

PROCESSO - A. I. Nº 210374.0039/14-0
RECORRENTE - SEMENTES AGROPECUÁRIA DE OURO LTDA. - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0078-01/15
ORIGEM - INFAC ITABERABA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/11/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0304-11/15

EMENTA: ICMS. 1. DIFERIMENTO. SEMENTES DE FEIJÃO E MILHO. VENDA DA MERCADORIA. DESTINATÁRIO FORA DO ESTABELECIMENTO PRODUTOR. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Em razão de tratar-se de sementes, e não de grãos, inexistia previsão de regime de diferimento nas operações internas, sob a égide do RICMS/BA/97. A partir de abril/2012, com o RICMS/BA/12, passou a existir a previsão de regime de diferimento nas operações de revenda internas de produtos agrícolas e extrativos em estado natural, abrangendo grãos e sementes. Contudo, tratando-se de operações interestaduais, não se aplica o instituto do diferimento. Infração insubstancial. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÃO SUCESSIVA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. FALTA DE RETENÇÃO. Fato não contestado. Mantida a multa indicada no Auto de Infração. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/2014 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$251.669,77, acrescido da multa de 60%, em razão de duas irregularidades, ambas alvo do apelo recursal:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido.

Consta na descrição da imputação, e no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração: Deixou de recolher ICMS de produtos sujeitos ao diferimento em operações interestaduais referentes a 889,1 toneladas de feijão e 453,5 toneladas de milho, no período de 2012 a 2014 conforme planilha anexa.

Lançado ICMS no valor histórico de R\$229.289,19, nos meses de janeiro, junho/agosto, dezembro de 2012; janeiro, junho/julho, outubro/dezembro de 2013; fevereiro, junho/julho de 2014.

Demonstrativos do levantamento fiscal anexado às fls. 13 a 15, com recibo de entrega no rodapé. Cópias de Documentos Auxiliares da Nota Fiscal eletrônica – DANFEs, emitidos pelo autuado para os Estados de Minas Gerais, Maranhão, Piauí, São Paulo, Roraima, Sergipe, Goiás, às fls. 16 a 89. Recibo de entrega das cópias dos DANFEs nºs 001 a 153, objeto da Infração 01, acostado à fl. 51.

INFRAÇÃO 2 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal.

Consta na descrição da imputação, e no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração:

Deixou de recolher ICMS do frete em operações interestaduais de 889,1 toneladas de feijão e 453,5 toneladas de milho, conforme planilha anexa.

Lançado ICMS no valor histórico de R\$22.380,58, nos meses de janeiro, junho/agosto, dezembro de 2012; janeiro, junho/julho, outubro/dezembro de 2013; fevereiro, junho/julho de 2014.

Demonstrativo do levantamento fiscal anexado às fls. 07 a 10, com recibo de entrega no rodapé. O Fisco acostou documentos às fls. 06 a 89.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 91 a 117, acostando documentos às fls. 118 a 172.

Na data de 17/12/2014 (fl. 173) o autuante prestou informação fiscal às fls. 174 a 177 acolhendo parte das alegações impugnatórias em relação à Infração 01, reduzindo o débito de imposto originariamente lançado para esta infração de R\$229.289,19 para R\$223.702,63, em novo demonstrativo que acosta às fls. 178 a 181, e mantendo integralmente a imputação 02.

Cientificado respectivamente nas datas de 23/12/2014 e de 07/01/2015, nos endereços do Sócio Administrador Leonardo de Brito Pereira e do Contador João Paulo Moura Dantas, constante do cadastro da empresa no sistema informatizado de Informações do Contribuinte - INC/SEFAZ (fls. 182 a 189), o contribuinte manteve-se silente, tendo o processo sido recebido por este CONSEF na data de 03/02/2015 (fl. 190).

O julgamento unânime em Primeira Instância manteve parcialmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0078-01/15, às fls. 192 a 200. Em seu voto assim se expressa o Relator:

VOTO

Na análise das peças processuais, constato que as infrações fazem referência a falta de recolhimento do ICMS substituto por diferimento, referente às operações de vendas interestaduais dos produtos milho e feijão (infração 01) e a falta de retenção e recolhimento do ICMS nas respectivas prestações sucessivas de transportes interestadual e intermunicipal (infração 02). A infração 02 (R\$22.380,58) não foi impugnada pelo autuado, estando, pois, caracterizada e excluída da lide.

Em sede de preliminar, o sujeito passivo arguiu a nulidade do Auto de Infração por ausência de fundamentação legal, que dificultaram a defesa; que houve ofensa aos requisitos do art. 142, CTN, aos princípios da Administração Pública, a elementos do Auto de Infração (art. 39, RPAF BA).

Em contrário da afirmação defensiva, não houve lesão aos direitos do contribuinte na alegada ausência de fundamentação legal, ainda porque estabelece o art. 19, RPAF BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, que "a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal".

Inexistiu equívocos nos requisitos constantes no art. 142 do CTN com aptidão para declarar a nulidade do correspondente Auto de Infração. Não constatei a incorreção no demonstrativo de débito do crédito tributário assinalado pelo autuado, a divergência reclamada pelo autuado se refere a redução na base de cálculo, conforme manda a legislação. Consta da planilha fiscal a indicação de cada operação com a discriminação de respectivas notas fiscais, valores, destinatário, quantidade dos produtos, alíquota aplicada, valores apurados, enfim, todos os indicativos necessários e suficientes para que o autuado apresentasse suas razões de defesa, como, aliás, o fez, da forma como melhor aprouve, com os fundamentos de fato e de direito que julgou pertinentes para a sustentação de sua tese. Não houve, em absoluto, qualquer prejuízo à defesa do contribuinte, nos termos do art. 18, RPAF BA, conforme aduziu o autuado. No exame das questões de mérito serão apreciados os alegados erros materiais na base de cálculo do ICMS.

Nas razões, os argumentos do sujeito passivo estão centrados nas seguintes assertivas:

1) que as operações autuadas dizem respeito às saídas de sementes de milho e feijão para outros Estados da Federação, tendo como destinatário órgãos da administração pública destes Estados, sujeitos à imunidades de tributos (art. 150, VI, a e c § 2º, CF 88).

2) que as operações de venda de sementes de feijão e milho aos entes imunes, não comportam a incidência de ICMS devendo ser afastada a exigência do presente crédito tributário.

3) que não existe a hipótese de DIFERIMENTO para as operações com sementes.

4) questiona a aplicação das alíquotas de 7% e 12% e a base de cálculo.

A Imunidade Tributária representa uma delimitação negativa de competência e forma qualificada de não incidência tributária por previsão constitucional. E, com base na supremacia do interesse público sobre o privado, prevê o art. 150, VI, "a", CF/88 que "é vedado à união, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros".

Nessa esteira, é cediço que os impostos diretos não devem incidir sobre os entes públicos por força da imunidade tributária, por força da regra imunizante. Essa é a razão da não incidência do IPVA sobre os veículos do Município ou do IPTU sobre a propriedade de imóvel da companhia de esgoto da Bahia, conforme exemplo trazido pelo autuado, por Decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (Agravo Regimental n.º 0009082-89.2013.8.05.0000/50000). O § 2º do mesmo dispositivo constitucional estende a regra imunizante para autarquias e fundações públicas, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais.

Por outro lado, a relação entre a imunidade recíproca e os impostos indiretos, a exemplo de ICMS, apresenta complexidades. Nessa medida, nas operações de vendas de bens por entidade imune, prevalecerá a imunidade tributária; nas operações de aquisição de bens, haverá normal incidência do imposto. Quando a entidade política compradora se coloca como contribuinte de fato, ao adquirir o bem, não está pagando o tributo, mas o preço do bem adquirido. No caso, o tributo é devido pelo estabelecimento alienante, colocado por lei, na condição de contribuinte de direito, único ocupante do pólo passivo da elação jurídico tributária.

Dessa forma, integralmente desqualificada e sem propósito a argumentação defensiva de que as operações de venda de sementes de feijão e milho com destino às instituições estatais estariam sob a proteção da imunidade tributária, não comportariam a incidência de ICMS, devendo ser afastada a exigência do crédito tributário, discutido no presente Auto de Infração.

Com relação à negativa da existência do instituto do DIFERIMENTO, nas operações com sementes, esta correto o autuado, considerando que as operações flagradas sem pagamento do ICMS foram destinadas a entidades situadas em outros Estados da Federação, incompatível com a natureza jurídica do DIFERIMENTO, cujas saídas para outro Estado, na realidade, dá ensejo ao seu encerramento. Destarte, ao realizar operação de saída interestadual sob o abrigo do DIFERIMENTO, o contribuinte deverá recolher o ICMS.

Vale esclarecer que o DIFERIMENTO não é benefício fiscal, mas somente uma técnica impositiva de deslocamento da exigência do tributo para o momento posterior à ocorrência do originário fato gerador, com a imputação da responsabilidade do seu recolhimento a terceiro. Apesar de ocorrerem sem débito de ICMS, as operações são tributadas, não se tratam de qualquer desoneração. Nos termos do art. 7º da Lei 7.014/96, o lançamento e o pagamento do imposto incidente sobre determinada operação são adiados para uma etapa posterior, atribuindo-se a responsabilidade pelo pagamento do imposto deferido ao adquirente ou destinatário da mercadoria, na condição de sujeito passivo por substituição vinculado a etapa posterior.

Com o instituto, o Estado desonera pequenos contribuintes, produtores agropecuários e extractivos da obrigação de efetuar o lançamento do imposto, concentrando atenções nos segmentos comercial e industrial, buscando, dessa forma, o cumprimento da obrigação fiscal junto aos segmentos empresariais que possibilitem maior certeza e garantia da correta quantificação e escrituração do crédito tributário. Por óbvio que o Estado da Bahia não poderia atribuir responsabilidade a contribuintes de outros Estados, justamente por isso, o DIFERIMENTO ocorre no âmbito interno do Estado.

Em síntese, inaceitável a construção do sujeito passivo, no sentido de justificar a ausência de recolhimento de ICMS, que as operações que realizou, alvo da fiscalização em debate, não são alcançadas pelo DIFERIMENTO, não obstante abranger quaisquer produtos agrícolas, aplica-se apenas às operações internas (art. 286, Decreto 13.780/12). Concluindo que as saídas em referência estão sujeitas à imunidade (art. 150, VI, "a" da CF/88) e sobre as quais não se aplica o DIFERIMENTO, sob o argumento que o artigo 286, §13, I e II do mesmo diploma regulamentar, diz que não haverá DIFERIMENTO, quando a saída seguinte não for onerada pelo tributo.

É vazio de significado o discurso defensivo de estabelecer diferenciação entre sementes e grãos, com o único objetivo de fugir da tributação, sob o argumento de que revendeu apenas sementes de milho e feijão e o instituto do DIFERIMENTO não se aplica aos seus produtos (art. 343, XIV c/c art. 347, II, a, RICMS BA).

Constatou, pois, do demonstrativo de débito elaborado pelo Auditor Fiscal, fls. 13/15, a discriminação de diversas operações com produtos destinados à instituições localizadas em outros estados da federação, consignando os documentos fiscais, os destinatários, produtos, quantidade, valor unitário, total, redução da base de cálculo (art.266, RICMS 12) e o ICMS devido.

As notas fiscais eletrônicas emitidas pelo autuado, acima referidas, com cópias acostadas aos autos (fls. 16/89), descreve as operações com feijão phaseolus majestoso, semente de milho BR 5033 Asa Branca, feijão vigna unguiculata, etc. O feijão phaseolus majestoso é o mesmo tipo carioca ou semente de feijão da cultivar majestoso; o feijão vigna unguiculata é sementes comestíveis, popularmente conhecido como feijão miúdo, fradinho, feijão de corda)

De maneira bem simples podemos afirmar que todo grão é semente, apesar que nem toda semente seja um grão. A semente é o resultado da fecundação que vai gerar uma nova planta; grão é o nome que damos as sementes que consumimos como alimentos. Tecnicamente, feijão é uma planta, não pode ser chamado de cereal e suas sementes não são grãos, porque é da família das leguminosas. As sementes de feijão devem ser chamadas simplesmente de sementes;

Em síntese, ainda que a acusação fiscal pudesse prescindir da referência ao instituto do DIFERIMENTO, a ausência de recolhimento do ICMS, nas operações praticadas pelo autuado, resta cristalina e se encontra perfeitamente demonstrada na planilha fiscal de fls. 13/15. O deslize fiscal não ocasionou qualquer lesão aos direitos do contribuinte, que apresentou suas razões da forma que melhor lhe aprouve fazendo serem conhecidas todas as suas razões e demonstrando domínio claro da infração cometida contra os cofres do erário baiano. A exigência do correspondente crédito tributário é medida que se impõe.

Nessa ordem, o Auditor Fiscal agiu corretamente, reduzindo a base de cálculo em 60%, nas saídas interestaduais dos insumos agropecuários relacionados no Convênio ICMS 100/97, na forma e condições estabelecidas no acordo interestadual e de acordo com o art. 266, III do Decreto 13.780/12 e nas operações havidas em janeiro/12, em conformidade com o art. 79, RICMS BA (Decreto 6.284/97). As alíquotas 7 e 12% foram aplicadas com acerto, em função do adquirente e o novo demonstrativo de fls. 178/180 procedeu à alteração que se fazia pertinente, reduzindo a infração 01 de R\$229.289,19 para R\$223.702,63.

Por fim, não houve também qualquer duplicidade com os fatos narrados no Auto de Infração nº 210374.0040/14-8 (DOC 4), uma vez que esse exige ICMS pela sistemática do Simples Nacional - LC 123/2006.

Diante do exposto, a infração 01 restou parcialmente caracterizada, no valor de R\$223.702,63 e o Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE.

É o voto.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 210 a 236, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária e requerendo a reforma da Decisão de piso.

Em apertada síntese, em relação ao Auto de Infração como um todo o Recorrente novamente argui nulidade do Auto de Infração, e desproporcionalidade e irrazoabilidade das multas aplicadas; e em relação apenas à Infração 1 alega, no mérito, imunidade dos destinatários, inexistência de hipótese de diferimento, e cobrança do imposto em duplicidade.

Como preliminares de nulidade das Infrações 1 e 2 Auto de Infração alega ausência de fundamentação legal para a exigência do crédito tributário, porque os dispositivos normativos supostamente infringidos teriam sido indicados, no Auto de Infração, de forma genérica, sem fazer menção a base de cálculo ou a alíquota aplicável; aduz que teriam sido citados na grande maioria pelo caput, sem citar parágrafos e incisos, e isto teria impossibilitado a identificação da infração que, segundo o Fisco, teria sido cometida por ele, Recorrente.

Em relação especificamente à Infração 1, aduz que haveria causa de nulidade em razão de que baseou a sua defesa na presunção de que a imputação refere-se a diferimento do ICMS, com base na legislação citada no Auto de Infração, mas que no Acórdão recorrido teria sido afastada a hipótese de diferimento, e em não se tratando de diferimento tratar-se-ia de ICMS devido pelo regime normal, mas o Auto de Infração não traz tal hipótese. Que, assim, o Auto de Infração deveria ser julgado nulo.

Cita o artigo 39, V, “a”, “b” e “c”, e artigo 18, IV, “a”, ambos do RPAF/BA, e diz que “a conduta” do Fisco estaria contrariando “os Princípios da Razoabilidade e da Transparência, indispensáveis para que seja assegurado ao contribuinte o exato entendimento dos fundamentos da autuação”.

Diz que estaria ausente “fato gerador para determinados valores lançados no Auto de Infração” e em seguida reprisa a alegação, já trazida na peça impugnatória, acerca do valor de base de cálculo que consta para novembro/2013 no demonstrativo de débito do Auto de Infração, R\$224.400,00, e o valor de base de cálculo de R\$144.592,00 para o mesmo mês no demonstrativo fiscal e na soma dos valores dos DANFEs que o Fisco colacionou ao processo, para este mesmo mês de novembro/2013.

Afirma que se aplicada a redução de base de cálculo de 60% nas saídas interestaduais de sementes, então o valor de base de cálculo deveria ser de R\$144.592,00, conforme consta no demonstrativo fiscal, e não de R\$224.400,00, tal como está no Auto de Infração, porque “*no caso em apreço, a proporção matemática entre os valores é de 64% (sessenta e quatro por cento), de forma que não ocorreu a redução de 60% (sessenta por cento) da base de cálculo como indica o i. julgador.*”

Em seguida cita o artigo 142 do CTN e diz que este mandamento também teria sido desrespeitado porque compete privativamente à autoridade fiscal constituir o crédito tributário, sendo de tal autoridade o dever de calcular o montante do tributo supostamente devido, e isto não teria ocorrido, não tendo sido especificada corretamente a quantia devida, no Auto de Infração.

O recorrente argui que existiria nulidade por não ter sido formalmente intimado acerca da revisão do débito lançado, quando da prestação a informação fiscal. Que uma das intimações foi destinada ao contador dele, Recorrente, Sr. João Paulo Moura Dantas, na qualidade de pessoa física, sem identificação de que o conteúdo do envelope estaria relacionado com o presente Auto de Infração, e esta intimação seria nula, posto que não indicara o Sr. João Paulo como seu representante, investido de poderes para receber intimação/notificação sobre movimentações processuais relacionadas ao presente feito, ou a qualquer outro processo administrativo em trâmite perante a Secretaria da Fazenda.

Que, ultrapassada essa fase, a segunda intimação foi enviada aos cuidados do representante legal do recorrente, Sr. Leonardo de Brito Pereira, o qual foi recepcionado por pessoa diversa, ou seja, sem qualquer relação com ele, Recorrente, “*possivelmente o porteiro do edifício para o qual a intimação foi direcionada.*”

Que se não bastasse o equívoco cometido quando da intimação de pessoa diversa do seu representante legal, o Sr. Leonardo somente teve acesso ao referido documento após o transcurso do prazo atribuído, o que lhe teria impossibilitado o pronunciamento. Pede a concessão de novo prazo para manifestar-se sobre a informação fiscal.

O contribuinte passa a insurgir-se contra o mérito da infração 01 aduzindo que na impugnação originária teria demonstrado que caso fosse aplicável o instituto do diferimento à espécie, com a saída das sementes para outro Estado da Federação, a cadeia do diferimento teria sido interrompida, o que implicaria o obrigatório recolhimento do ICMS por ele, Recorrente, ao Estado da Bahia. Contudo, por ser optante do regime simplificado Simples Nacional, o imposto incidente na operação teria sido objeto de recolhimento nessa sistemática.

Que a JJF considerou que houvera encerramento da fase de diferimento em razão das saídas interestaduais, e em face do expresso reconhecimento pela 1^a Junta de Julgamento Fiscal sobre a interrupção do diferimento, não haveria que se falar na exigência de ICMS, pois por consequência lógica, o imposto na modalidade diferida já teria sido devidamente apurado e recolhido pela sistemática do Simples Nacional, conforme artigo 13, §1º, inciso XIII, “a”, da LC 123/2006, “*já que não há qualquer hipótese suplementar que obrigue a realização de recolhimento do imposto de forma diversa.*”

O contribuinte novamente aduz que todo o seu débito de ICMS deveria ser recolhido sob a sistemática do Simples Nacional, então o débito cobrado na presente autuação teria sido também objeto do Auto de Infração nº 210374.0040/14-8, lavrado pelo Fisco deste Estado da Bahia igualmente tendo como sujeito passivo ele, o recorrente, para a exigência de ICMS apurado pela sistemática do Simples Nacional, pelo que estaria havendo *bis in idem*.

Em seguida, quanto ao mérito da imputação 1, o recorrente novamente aduz que inexistiria hipótese de diferimento para operações com sementes, e que há diferença entre os termos “grão” e “semente”.

Que não há previsão legal no ordenamento jurídico estadual para a exigência de ICMS diferido na comercialização de sementes, e há, contrariamente, previsão legal para a incidência do imposto

diferido no caso de venda de feijão, ou milho em palha, espiga, ou grãos, conforme disposição contida no art. 343, inciso XIV c/c 347, inciso II, alínea “a”, todos do RICMS/BA/97.

Que, contudo, no acórdão proferido a JJF manteve a exigência do ICMS diferido para a comercialização de sementes porque, conforme a Junta, o conceito de semente seria análogo ao conceito de grão.

Aduz que segundo Paulo César Tavares de Melo, professor do Departamento de Produção Vegetal da Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”, a diferença entre semente e grão é de que a primeira é um ser vivo, que germina para gerar nova planta, enquanto o segundo é destinado à alimentação.

Que, nesse sentido, o Engenheiro Agrônomo e membro do Conselho de Informações sobre Biotecnologia - CIB, Vinícius Ferreira Carvalho, diferencia semente e grão de forma técnica, expondo que semente é uma unidade reprodutiva, no sentido agronômico, enquanto grão é o que se colhe de uma semente após germinada.

Que a Lei nº 10.711/2003, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Sementes e Mudas, define o termo semente no seu art. 2º, inciso XXXVIII, que copia.

Que tratando-se de coisas diferentes, sementes e grãos, não podem ser tratados de forma análoga, como pretende a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, porque são cultivados e utilizados para finalidades diversas.

Que o artigo 343, XIV, do RICMS/BA/97, que transcreve, dispõe que será diferido o lançamento do ICMS na saída interna de feijão e milho em palha, em espiga ou em grãos.

Que assim a legislação impõe o ICMS diferido à saída de grãos, e, não de sementes destinadas especificamente à semeadura, produto que comercializa, conforme a NCM atribuída a algumas mercadorias comercializadas, e que cita como sendo a NCM 0713.31.10 - feijão para semeadura; e a NCM 1005100 - milho para semeadura. E conforme também citado nos certificados de sementes, emitidos por profissionais especialistas, documentos juntados aos autos em sede de impugnação.

Que nesse diapasão, contrariando o entendimento manifestado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, a diferenciação entre grão e semente é reconhecida pelo Estado da Bahia, porque o RICMS/BA/97 prevê forma de tributação diversa para cada espécie, e o “*diploma legal*” caracteriza as sementes como insumos. Que nesse sentido cita o artigo 79 do RICMS/BA/97, que copia, inserido no ordenamento jurídico baiano por força das disposições contidas no Convênio ICMS nº 100/97, subscrito pelo Estado da Bahia, e que incluiu as sementes no rol de insumos agrícolas, quando devidamente comprovado.

O contribuinte copia a Cláusula primeira, inciso V, do Convênio ICMS 100/97, e diz que deve-se reconhecer a diferença entre os termos grão e semente para melhor compreender a atividade que desempenha, sujeitando tal atividade à correta incidência tributária.

Aduz que no que tange aos períodos sujeitos à normatização pelo RICMS/BA/2012, inobstante a hipótese de incidência do imposto diferido abranger quaisquer produtos agrícolas, tal disposição somente seria aplicável a operações ocorridas dentro do Estado da Bahia. Copia o artigo 286, V, e §13, I, do RICMS/BA/2012.

Afirma que quanto às saídas interestaduais, não há Convênio, ou Protocolo subscrito entre os Estados destinatários das mercadorias e o Estado da Bahia, que determine a existência de um regime de um regime de substituição tributária para a exigência de ICMS na modalidade diferida.

Que, assim, o instituto do diferimento aplicar-se-ia apenas ao feijão e ao milho em palha, espiga ou grãos, produtos não comercializados ou produzidos por ele, Recorrente.

Que no caso das sementes, itens que então produziu e comercializou, não haveria previsão legal no ordenamento jurídico estadual para que seja exigido o ICMS na modalidade diferida, mas há a previsão de redução da base de cálculo das saídas interestaduais que envolvam sementes por

força do Convênio ICMS 100/97.

O contribuinte passa a expor que haveria imunidade atribuída aos destinatários das mercadorias, porque vendeu sementes de milho e de feijão para órgãos da administração pública de determinados Estados Federados, pessoas jurídicas de Direito Público que, entende, estariam sujeitas à imunidade tributária prevista na Constituição da República e, portanto, não estariam sujeitas ao pagamento de impostos em favor dos cofres de outros Entes Federados.

Que, contudo, a 1^a Junta de Julgamento Fiscal entendeu de forma diversa determinando que, no caso de impostos indiretos, a entidade pública se coloque como contribuinte de fato, pois acaba por arcar com o preço do bem, ao passo que no caso o tributo será pago pelo alienante do bem, no caso ele, Recorrente.

Que não seria assim, porque ele, sujeito passivo, contratou a venda de algumas sementes de milho e feijão com alguns Estados Federados, para que tais sementes fossem distribuídas de forma gratuita por esses Estados, sem cunho lucrativo.

Que a partir da descrição da destinação atribuída às sementes, compreender-se-ia que não haveria operação mercantil envolvida por parte do Estado Federado.

Que diante dessas características, as operações em tela estariam equivocadamente listadas no Auto de Infração em tela como fatos geradores de ICMS, mas encontrar-se-iam amparadas imunidade recíproca prevista no art. 150, inciso VI, alíneas “a” e “c”, e §2º, que transcreve.

Afirma que ao contrário do que indica o Acórdão recorrido, no texto Constitucional não há qualquer segregação quanto à incidência de tributos direitos, ou indiretos para fins de que esteja configurada a imunidade recíproca.

Assevera que nesse sentido também trafega a doutrina, e cita trecho de texto de jurista.

Expõe que no caso em apreço os Entes Públicos adquiriram as sementes comercializadas apenas com a finalidade de distribuí-las entre os populares, bem como para utilizá-las em escolas públicas, hospitais públicos, restaurantes populares, ou mesmo disponibilizá-las à pequenos produtores visando fomentar as atividades agrícolas, e por isto tais produtos não deveriam ser submetidos à incidência do ICMS.

O contribuinte passa a insurgir-se contra as multas aplicadas dizendo-as desproporcionais, irrazoáveis, inconstitucionais, confiscatórias, e cita trechos de autoria de juristas e Decisões da esfera judicial a respeito, em outras lides.

Conclui pedindo:

- que seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário em decorrência da interposição do presente Recurso Administrativo, nos termos do art. 151, inc. III, do CTN;
- que seja declarada a nulidade do Auto de Infração em razão de ausência de fundamentação legal para a exigência do imposto; em razão da indicação de dispositivos legais de forma genérica, o que impossibilitou a apresentação de defesa por parte do recorrente, conforme indicado em seu texto, e pela ausência da correta determinação da quantia devida;
- que seja declarada a nulidade da intimação dele, Recorrente, a respeito da reformulação do crédito tributário exigido, determinando-se a reabertura do prazo para tanto;
- alternativamente, caso superados os argumentos atinentes às nulidades que apontou, seja reconhecido que no caso em apreço, como as mercadorias foram remetidas para outros Estados Federados, teria ocorrido a interrupção do deferimento, obrigando o recolhimento do ICMS ao Estado da Bahia, o que afirma que teria sido providenciado por ele, recorrente, por meio da sistemática do regime Simples Nacional, conforme afirma que teria sido atestado “pelo próprio acórdão recorrido, nos termos do item 4.1”;
- que seja reconhecido que os itens que produziu e comercializou pela são sementes,

inexistindo no ordenamento jurídico estadual previsão legal para a exigência de ICMS na modalidade diferida para a realização dessas operações;

- que seja reconhecida a imunidade recíproca prevista no art. 150, inciso VI, alíneas *a* e *c* da Constituição da República, em relação aos Estados Federados destinatários das sementes, o que diz que impossibilitaria a manutenção da exigência do imposto estadual;

O contribuinte também requer que as multas aplicadas sejam declaradas nulas por ofensa aos Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade e do Não Confisco, por totalizarem 60% do total do crédito tributário exigido.

Requer ainda que todas as intimações relacionadas ao presente feito sejam remetidas ao seu Procurador, “*Dr. Wander Barreto, no seguinte endereço: rua Viçosa, nº 191, bairro São Pedro, Belo Horizonte/MG, CEP 30330-160, sob pena de nulidade.*”

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria José Ramos Coelho Sento-Sé, emite Parecer às fls. 210 a 212 aduzindo que o contribuinte reprisa, em sede de Recurso, parte do quanto já alegado na impugnação inicial, e já apreciado e rechaçado pelo julgamento de primeira instância. Considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do Acórdão recorrido.

Afirma que a imputação está clara, tipificada e alicerçada nos demonstrativos fiscais constantes nos autos, nas cópias das “*notas fiscais eletrônicas*” emitidas pelo autuado e na legislação estadual. Que a arguição de nulidade do Auto de Infração por insegurança da determinação da infração deverá ser rechaçada porque o lançamento está amparado no artigo 155, II, da Constituição da República e na Lei do ICMS, tendo sido descrito com perfeição o fato gerador e a legislação tributária aplicável à hipótese sob exame.

Assevera que que o lançamento atende aos requisitos previstos no RPAF/BA e foram observados os princípios da legalidade, da ampla defesa e da verdade material.

Aduz que as arguições de inconstitucionalidade devem ser rechaçadas porquanto falece ao Conselho de Fazenda a declaração de inconstitucionalidade, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/BA.

Frisa que o princípio constitucional que veda a criação de tributos com efeito confiscatório não alcança as multas, que possuem natureza jurídica diferente, e são sanções impostas ao contribuinte com função educativa. Aduz que as multas aplicadas estão previstas na Lei nº 7.014/96 do Estado da Bahia.

Aduz que a imunidade tributária dos entes públicos, prevista no artigo 150, VI, “*a*”, da Carta Federal, não alcança os impostos indiretos, hipótese do ICMS. Que assim sendo, nas operações de aquisição de bens por entidade imune, prevalecerá a tributação normal, levando-se em consideração que o ente público ocupa o status de contribuinte de fato ao adquirir o bem, e o estabelecimento alienante ostenta a condição e contribuinte de direito, conforme determinação legal.

Registra que o recorrente não colacionou provas materiais capazes de comprovar o recolhimento do ICMS nas operações de saídas interestaduais dos insumos agropecuários listados no Convênio [ICMS] 100/97.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/2014 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$251.669,77, acrescido da multa de 60%, em razão de duas irregularidades, ambas alvo do apelo recursal, embora quanto ao mérito apenas a acusação 1 tenha sido contestada.

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de

ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/BA.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações na forma como estão descritas no Auto de Infração, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo.

Uma vez que o contribuinte defendeu-se, no mérito, em relação à descrição das imputações, inexistiu prejuízo em decorrência de citação incompleta de dispositivo de Regulamento, ou mesmo de Lei. Contudo, observo que os dispositivos normativos aplicam-se às situações imputadas, em ambas as acusações.

Os fatos geradores ocorreram no período compreendido entre janeiro/2012 e julho/2014.

Sob a égide do RICMS/BA/1997 encontram-se as operações realizadas em janeiro/2012, e as demais estão sob regência do RICMS/BA/2012, que entrou em vigor a partir de 01/04/2012.

Em específico quanto à Infração 1, no campo “Enquadramento” estão citados, no Auto de Infração, os artigos 65 (base de cálculo em operações com diferimento), e artigos 342, 343, 347 e 348 (todos atinentes a diferimento), do RICMS/BA/1997, para o mês de janeiro/2012; e para os demais meses, de junho/2012 a julho/2014, estão citados os artigos 7º e parágrafos; 23 §1º, e 32, todos da Lei nº 7.014/96. Todos os dispositivos citados no Auto de Infração dizem respeito a operações sob regime de diferimento, portanto estão consentâneos com a imputação 1.

Observo que o contribuinte inclusive descreve, no texto do Recurso Voluntário, o teor das acusações.

A acusação 1 refere-se a operações de saídas interestaduais acobertadas pelas Notas Fiscais Eletrônicas – NFes cujos Documentos Auxiliares – DANFES foram impressos, acostados ao processo, e entregues ao contribuinte, conforme seu recibo à fl. 51 dos autos.

O contribuinte não nega ter emitido tais Notas Fiscais.

Em relação especificamente à Infração 1, aduz que haveria causa de nulidade em razão de que baseou a sua defesa na presunção de que a imputação refere-se a diferimento do ICMS, com base na legislação citada no Auto de Infração, mas que no Acórdão recorrido teria sido afastada a hipótese de diferimento, e em não se tratando de diferimento tratar-se-ia de ICMS devido pelo regime normal, mas o Auto de Infração não traz tal hipótese. Que, assim, o Auto de Infração deveria ser julgado nulo.

Observo que a acusação diz respeito a situação em que o Fisco entende tratar-se de operações que estaria sujeita a diferimento para efeito de pagamento do imposto.

As cópias dos Documentos Auxiliares da Nota Fiscal eletrônica – DANFES, emitidos pelo autuado para os Estados de Minas Gerais, Maranhão, Piauí, São Paulo, Roraima, Sergipe, Goiás, às fls. 16 a 89, comprovando tratar-se de operações de saídas interestaduais.

Quanto aos cálculos do imposto lançado na imputação 01, o Demonstrativo originário do levantamento fiscal está anexado às fls. 13 a 15, com recibo de entrega no rodapé. O autuante, em sede de informação fiscal, corrigiu o equívoco numérico referente ao mês de novembro/2013, mas mesmo após tal retificação do demonstrativo fiscal o contribuinte reprisa a alegação de nulidade em razão de ausência de “*fato gerador para determinados valores lançados no Auto de Infração*”.

Contudo, todas as operações objeto do lançamento estão detalhadamente descritas tanto no

demonstrativo fiscal originário, quanto no demonstrativo de fls. 178 a 180.

Ressalto que o “Valor Total” da base de cálculo de novembro/2013, à fl. 179, no demonstrativo fiscal retificado, é de R\$361.480,00, exatamente conforme cabeçalho da coluna na qual aposta esta totalização de valor mensal. Após a redução de 60%, ou seja, expurgados 60% do valor da base de cálculo, resta o valor encontrado pelo contribuinte, de R\$144.592,00. Tanto é assim, que à alíquota de 7% o ICMS encontrado pelo Fisco é de R\$10.121,44, montante constante à mesma fl. 179, para o mês de novembro/2013, na coluna “ICMS devido”.

Tal redução de 60% da base de cálculo está em consonância com o disposto no artigo 79, I, do RICMS/BA/97, e no artigo 266 do RICMS/BA/2012, suportados na adesão deste Estado ao Convênio ICMS 100/97, que em sua Cláusula Primeira, inciso V, a prevê, exatamente conforme diz o contribuinte em seu texto do apelo recursal.

Ainda acerca das alegações de nulidade, quanto à intimação para que o contribuinte tomasse conhecimento da informação fiscal, observo que a Administração Tributária deste Estado, por zelo, providenciou a intimação tanto no endereço do representante da empresa, quanto do seu Contador, ambos formalmente cadastrados pela empresa no sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ.

Porém por oportuno observo que ainda que o contribuinte não houvesse sido regularmente cientificado, que o foi, não assistiria razão ao contribuinte ao alegar cerceamento do seu direito de defesa por não ter sido cientificado do teor da informação fiscal de fls. 174 a 180, prestada na data de 17/12/2014, na qual o Fisco acolheu parte dos argumentos impugnatórios, porquanto já vigente, nesta data da prestação da informação fiscal, o §8º do artigo 127 do RPAF/BA, que assim prevê:

RPAF/BA:

Art. 127. O autuante terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da apresentação da defesa, para prestar a informação fiscal.

(...)

§ 8º. É dispensada a ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pelo autuado.

Nota: O § 8º foi acrescentado ao art. 127 pelo Decreto nº 14.898, de 27/12/13. DOE de 28 e 29/12/13, efeitos a partir de 01/01/14.

Por conseguinte, restam afastadas todas as preliminares de nulidade alegadas pelo contribuinte.

Assinalo que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de inconstitucionalidade, e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Assim, no quanto pertinente às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade das multas aplicadas, sob o argumento de que teriam efeito confiscatório, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do já mencionado artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, além do que as multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

No mérito, a contestação do contribuinte cinge-se a quatro pontos basilares:

- A. tratando-se, os destinatários, de pessoas jurídicas às quase aplica-se a imunidade, então não se poderia cobrar ICMS em razão da prática das operações alvo da imputação 01;
- B. afirma que trata-se de operações interestaduais com sementes, e não de grãos, aduzindo serem essas mercadorias diferentes entre si, citando inclusive a Lei nº 10.711/2003, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Sementes e Mudas, e define o termo semente no seu art. 2º, inciso XXXVIII;

- C. assevera que em sendo sementes, cabe a redução da base de cálculo, mas não cabe a adoção do regime de diferimento, porque tal regime refere-se, na égide do RICMS/BA/97, conforme disposição contida no seu artigo 343, inciso XIV c/c o artigo 347, inciso II, alínea “a”, a grãos, e não a sementes; e na vigência do RICMS/BA/2012, embora o regime de diferimento atinja os produtos agropecuários, independentemente de serem grãos, ou sementes, o fato de ser contribuinte optante pelo Simples Nacional exime-lhe do pagamento de outro imposto além daqueles já previstos no artigo 13 da LC 123/2006;
- D. ressalta que é contribuinte submetido ao regime Simplificado Simples Nacional, adstrito à LC 123/2006, e recolhe o imposto nos termos do artigo 13, §1º, inciso XIII, “a”, desta Norma, não lhe cabendo pagar ICMS devido por diferimento, *“já que não há qualquer hipótese suplementar que obrigue a realização de recolhimento do imposto de forma diversa.”*. Assim afirma que vez que todo o seu débito de ICMS deveria ser recolhido sob a sistemática do Simples Nacional, então o débito cobrado na presente autuação teria sido também objeto do Auto de Infração nº 210374.0040/14-8, lavrado pelo Fisco deste Estado da Bahia igualmente tendo como sujeito passivo ele, ora recorrente, para a exigência de ICMS apurado pela sistemática do Simples Nacional, pelo que estaria havendo *bis in idem*.

Estudando o item A, observo que há operações que destinam mercadorias a Secretarias de Estado, a exemplo das notas fiscais de fls. 20 a 32, 43, 44, 52 a 55, 75 a 89, dentre outras; há notas fiscais destinadas a pessoa física, a exemplo dos documentos de fls. 16 a 19, fls. 49 e 50, dentre outras; e há notas fiscais destinadas a pessoas jurídicas da esfera privada, a exemplo das notas fiscais de fls. 32 a 42. Assim, nem todas as operações destinam sementes a pessoas jurídicas sob imunidade tributária.

Contudo, ainda que todos os destinatários fossem Estados da Federação, a imunidade prevista na Constituição da República não alcança o ICMS devido pelos comerciantes que vendem seus produtos para os Governos das Unidades Federativas, tal como já dito no Julgamento de base e no Parecer da PGE/PROFIS, acostado aos autos.

Quanto ao item B, analisando detidamente as cópias impressas dos Documentos Auxiliares das Notas Fiscais eletrônicas – DANFEs acostados às fls. 16 a 89, e o demonstrativo do levantamento fiscal acostado às fls. 13 a 15, retificado às fls. 178 a 180, observo que as operações referentes a embalagem de papel (fl. 42) e a feijão (fls. 56 a 58) não foram objeto do lançamento.

As notas fiscais objeto do lançamento descrevem a mercadoria “sementes” de milho e de feijão, com nomenclaturas diferentes e classificações nos códigos da Tabela da nomenclatura Comum do Mercosul - NCM também diferentes. O sujeito passivo, contudo, nos documentos fiscais alvo da imputação 01 apenas utilizou códigos NCM relativos a sementes, e não a grãos, tal como afirmou.

Assim, sob o código 1005.10.00 – Milho para semeadura, o contribuinte, às fls. 35 a 41; às fls. 66 e 67, emitiu notas fiscais referentes a sementes de feijão e de milho. Sob o código 2306.90.10 – outros, às fls. 16 a 34; fls. 43 a 50; fls. 61 e 62; fl. 65; fls. 68 a 89, emitiu notas fiscais referentes a sementes de feijão e de milho. Sob o código 0713.31.10 - Feijões das espécies Vigna mungo (L.) Hepper ou Vigna radiata (L.) Wilczek para semeadura, às fls. 52 a 55, emitiu notas fiscais referentes a sementes de milho. Sob o código 0713.31.90 – outros, às fls. 60, 63 e 64 emitiu notas fiscais referentes a sementes de feijão).

Por conseguinte, de fato ao emitir tais documentos fiscais o contribuinte não utilizou códigos da NCM que são atinentes a operações com grãos.

Analizando os dados documentais e a legislação federal atinente ao feito, uso divergir do entendimento esposado pela e. Junta de Julgamento Fiscal e pela PGE/PROFIS no Parecer anexado aos autos deste processo, considerando o disposto na Lei Federal nº 10.711/2003, que dispondo sobre o Sistema Nacional de Sementes e Mudas, deixa evidente que a produção de sementes obedece a ordenamento jurídico próprio, com regras acerca de certificação de qualidade,

inclusive, do que deflui que, tal como dito pelo contribuinte, há diferença material entre grão, destinado à alimentação, e semente, destinada a cultivo:

Lei nº 10.711/2003:

Art. 1º. O Sistema Nacional de Sementes e Mudas, instituído nos termos desta Lei e de seu regulamento, objetiva garantir a identidade e a qualidade do material de multiplicação e de reprodução vegetal produzido, comercializado e utilizado em todo o território nacional.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

I – amostra: porção representativa de um lote de sementes ou de mudas, suficientemente homogênea e corretamente identificada, obtida por método indicado pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - Mapa;

II – amostra oficial: amostra retirada por fiscal, para fins de análise de fiscalização;

III - amostragem: ato ou processo de obtenção de porção de sementes ou de mudas, definido no regulamento desta Lei, para constituir amostra representativa de campo ou de lote definido;

IV - amostrador: pessoa física credenciada pelo Mapa para execução de amostragem;

V - armazenador: pessoa física ou jurídica que armazena sementes para si ou para terceiros;

VI - beneficiamento: operação efetuada mediante meios físicos, químicos ou mecânicos, com o objetivo de se aprimorar a qualidade de um lote de sementes;

VII - beneficiador: pessoa física ou jurídica que presta serviços de beneficiamento de sementes ou mudas para terceiros, assistida por responsável técnico;

VIII - categoria: unidade de classificação, dentro de uma classe de semente, que considera a origem genética, a qualidade e o número de gerações, quando for o caso;

IX - certificação de sementes ou mudas: processo de produção de sementes ou mudas, executado mediante controle de qualidade em todas as etapas do seu ciclo, incluindo o conhecimento da origem genética e o controle de gerações;

X - certificado de sementes ou mudas: documento emitido pelo certificador, comprovante de que o lote de sementes ou de mudas foi produzido de acordo com as normas e padrões de certificação estabelecidos;

XI - certificador: o Mapa ou pessoa jurídica por este credenciada para executar a certificação de sementes e mudas;

XII - classe: grupo de identificação da semente de acordo com o processo de produção;

(...)

XV - cultivar: a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras cultivares conhecidas, por margem mínima de descritores, por sua denominação própria, que seja homogênea e estável quanto aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso pelo complexo agroflorestal, descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos;

(...)

XIX - híbrido: o resultado de um ou mais cruzamentos, sob condições controladas, entre progenitores de constituição genética distinta, estável e de pureza varietal definida;

XX - identidade: conjunto de informações necessárias à identificação de sementes ou mudas, incluindo a identidade genética;

(...)

XXIV - laboratório de análise de sementes e mudas: unidade constituída e credenciada especificamente para proceder a análise de sementes e expedir o respectivo boletim ou certificado de análise, assistida por responsável técnico;

(...)

XXXI - produção: o processo de propagação de sementes ou mudas;

(...)

XXXIII - produtor de semente: pessoa física ou jurídica que, assistida por responsável técnico, produz semente destinada à comercialização;

(...)

XXXV - qualidade: conjunto de atributos inerentes a sementes ou a mudas, que permite comprovar a origem

genética e o estado físico, fisiológico e fitossanitário delas;

XXXVI - reembalador: pessoa física ou jurídica que, assistida por responsável técnico, reembala sementes;

XXXVII - responsável técnico: engenheiro agrônomo ou engenheiro florestal, registrado no respectivo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - Crea, a quem compete a responsabilidade técnica pela produção, beneficiamento, reembalagem ou análise de sementes em todas as suas fases, na sua respectiva área de habilitação profissional;

XXXVIII - semente: material de reprodução vegetal de qualquer gênero, espécie ou cultivar, proveniente de reprodução sexuada ou assexuada, que tenha finalidade específica de semeadura;

XXXIX - semente genética: material de reprodução obtido a partir de processo de melhoramento de plantas, sob a responsabilidade e controle direto do seu obtentor ou introdutor, mantidas as suas características de identidade e pureza genéticas;

XL - semente básica: material obtido da reprodução de semente genética, realizada de forma a garantir sua identidade genética e sua pureza varietal;

XLI - semente certificada de primeira geração: material de reprodução vegetal resultante da reprodução de semente básica ou de semente genética;

XLII - semente certificada de segunda geração: material de reprodução vegetal resultante da reprodução de semente genética, de semente básica ou de semente certificada de primeira geração;

XLIII - semente para uso próprio: quantidade de material de reprodução vegetal guardada pelo agricultor, a cada safra, para semeadura ou plantio exclusivamente na safra seguinte e em sua propriedade ou outra cuja posse detenha, observados, para cálculo da quantidade, os parâmetros registrados para a cultivar no Registro Nacional de Cultivares - RNC;

XLIV - termo de conformidade: documento emitido pelo responsável técnico, com o objetivo de atestar que a semente ou a muda foi produzida de acordo com as normas e padrões estabelecidos pelo Mapa;

XLV - utilização de sementes ou mudas: uso de vegetais ou de suas partes com o objetivo de semeadura ou plantio;

XLVI - usuário de sementes ou mudas: aquele que utiliza sementes ou mudas com objetivo de semeadura ou plantio;

XLVII - valor de cultivo e uso - VCU: valor intrínseco de combinação das características agronômicas da cultivar com as suas propriedades de uso em atividades agrícolas, industriais, comerciais ou consumo in natura.

Parágrafo único. Aplicam-se, também, no que couber e no que não dispuser em contrário esta Lei, os conceitos constantes da Lei no 9.456, de 25 de abril de 1997.

E nos termos da Lei Federal nº 9.457/1997:

Lei no 9.456, de 25 de abril de 1997:

Art. 3º Considera-se, para os efeitos desta Lei:

(...)

XIV - semente: toda e qualquer estrutura vegetal utilizada na propagação de uma cultivar;

(...)

Observo, por importante, que nos documentos acostados aos autos pelo Fisco, relativos às sementes, consta, por exemplo, à fl. 60, que trata-se de “*Semente certificada C2*”, e nos demais documentos também há classificações dadas a tais sementes, a exemplo de “*Semente S1*” (fl. 68), “*Semente comum*” (fl. 43), dentre outras classificações dadas às sementes nos documentos fiscais que lastreiam a imputação.

Assim, em relação ao item B entendo que assiste razão ao contribuinte no sentido de que sob a égide do RICMS/BA/97, o seu artigo 343, inciso XIV c/c o artigo 347, inciso II, alínea “a”, refere-se a grãos, e não a sementes, o que atinge o mês de janeiro/2012, na imputação 1:

RICMS/BA/97:

Art. 343. É deferido o lançamento do ICMS incidente:

(...)

II - nas sucessivas operações internas:

(...)

XIV - nas saídas de arroz em casca, farinha de mandioca, feijão e milho em palha, em espiga ou em grãos, efetuadas por produtor agrícola, com destino a estabelecimento comercial, industrial ou beneficiador situados no Estado, para o momento em que ocorrer a saída subsequente da mercadoria ou dos produtos resultantes da industrialização;

(...)

Assim tratando-se de sementes, e não de grãos, ainda que as operações alvo da imputação 01 fossem internas, seria improcedente a acusação, em relação às operações praticadas no mês de janeiro/2012, por inexistir previsão normativa para a exigência do ICMS devido naquelas operações.

Contudo, a partir de abril/2012 assim prevê o RICMS/BA/2012:

RICMS/BA/2012:

Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

V - nas saídas internas de produtos agrícolas e extrativos vegetais, em estado natural, produzidos neste estado;

Nota: A redação atual do inciso V do caput do art. 286 foi dada pela Alteração nº 22 (Decreto nº 15.163, de 30/05/14, DOE de 31/05 e 01/06/14), efeitos a partir de 10/06/14.

Redação originária, efeitos até 09/06/14: "V - nas saídas internas de produtos agrícolas e extrativos vegetais, em estado natural

(...)

Por conseguinte, tratando-se de semente, produto agrícola, seria devido o ICMS em decorrência nas operações de saídas internas. Porém trata-se de operações interestaduais.

Quanto ao item C, de fato o contribuinte está enquadrado como optante do regime simplificado denominado Simples Nacional a partir da data de 23/10/2007, consoante consta em seu cadastro no sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ.

As empresas do regime Simples Nacional encontram-se regidas, em determinadas situações, apenas pela legislação federal, ou seja, pela Lei Complementar nº 123/2006 e pelas Resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN em vigor à data de cada fato gerador dos tributos devidos, e em outras determinadas situações também se encontram sob a égide da legislação de cada ente tributante, por determinação contida nessa citada legislação federal do Simples Nacional.

Na situação em foco, se as operações fossem internas, encontrar-se-iam sob regime de diferimento, e se o contribuinte fosse enquadrado no regime normal de apuração do ICMS aplicar-se-ia apenas o disposto no RICMS/BA. Sendo empresa do regime Simples Nacional, aplicar-se-ia o quanto disposto no RICMS/BA e também o previsto na Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN em vigor no momento da ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária.

Observo que a mercadoria, produtos agropecuários, estava à época, e está na data presente, enquadrada no regime de diferimento nas operações internas, pelo que o contribuinte, em tais operações, não estaria dispensado da habilitação para uso do regime, nos termos do RICMS/BA/2012:

RICMS/BA/2012:

Art. 287. Nas operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento a fruição do benefício é condicionada a que o adquirente ou destinatário requeira e obtenha, previamente, sua habilitação para operar nesse regime, perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário, e desde que:

I - apure o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal;

(...)

III - seja optante pelo Simples Nacional, exclusivamente nas seguintes situações:

a) nas aquisições de mercadorias destinadas a processo de industrialização;

b) nas aquisições de sucatas, fragmentos, retalhos ou resíduos de materiais.

(...)

Art. 321. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido:

I - nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;

(...)

II - por terceiro, a que o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual ou distrital vigente;

VII - nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros estados e Distrito Federal:

a) com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006;

(...)

Contudo, estando o contribuinte submetido ao regime denominado Simples Nacional, conforme já dito neste voto a discussão também se subsume à LC 123/2006.

Determinavam à época dos fatos geradores o artigo 13, §1º, XIII, e o artigo 18, §4º, todos da LC 123/2006:

LC 123/2006:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º. O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

a) nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;

(...)

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar.

(...)

§ 4º. O contribuinte deverá considerar, destacadamente, para fim de pagamento:

(...)

IV - as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária e tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, antecipação tributária com encerramento de tributação;

(...)

(destacado pela Relatora)

Portanto, as receitas decorrentes das operações sujeitas ao regime de substituição tributária, com tributação em uma única etapa, são atingidas pelo sistema de tributação do Simples Nacional, mesmo que trate-se de diferimento, e o contribuinte deverá considerar tais receitas de forma destacada, para fins de pagamento do imposto.

Deve ser respeitado o momento em que o imposto é devido, para que exista o direito de lançamento do imposto pelo ente tributante. E, em se tratando de operação interestadual de saída de mercadoria sujeita ao regime de diferimento apenas em operações internas, não cabe a cobrança de imposto devido por diferimento.

Analizando o item D, assinalo que embora o contribuinte tenha sido autuado por falta de recolhimento de ICMS devido pelo regime Simples Nacional, no outro Auto de Infração que menciona, aquele lançamento, tal como já dito no Voto que lastreia a Decisão de base, não caracteriza o *bis in idem* arguido pelo contribuinte, pois trata-se, na lide ora em foco, de cobrança de imposto em razão de operações diversas das que foram objeto do outro lançamento de ofício. Por outro aspecto, não está comprovado, pelo contribuinte, que as duas autuações referir-se-iam

às mesmas operações de circulação de mercadorias.

Observo, por oportuno, vez que o autuado é optante pelo regime simplificado de apuração de tributos denominado Simples Nacional, que nos itens “1” e “2” da alínea “g” do inciso XIII do §1º do artigo 13 da Lei Complementar nº 123/2006 está dito, de forma literal, que o ICMS é devido nas operações sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto com, e sem, encerramento da tributação, submetendo-se o sujeito passivo à legislação estadual aplicável no Estado da Bahia.

Ou seja, a Lei Complementar nº 123/2006, que rege o Simples Nacional, explicita que a antecipação tributária com encerramento da fase de tributação enseja o pagamento do ICMS, situação em se enquadram as operações objeto da Infração 1.

E é com base neste dispositivo normativo, item “1” da alínea “g” do inciso XIII, artigo 13 da Lei do Simples Nacional, no qual prevista a hipótese de incidência relativa ao regime da substituição tributária, que as empresas enquadradas no regime simplificado Simples Nacional têm a obrigação tributária do recolhimento devido por substituição tributária em nosso Estado, além da obrigação de recolhimento dos tributos que compõem a “cesta de tributos” prevista no caput, incisos I a VIII, do mencionado artigo 13.

Contudo, consoante já dito neste meu voto, a imputação 1 refere-se a falta de recolhimento de imposto devido por diferimento, e as operações alvo da lide são operações de saídas interestaduais, pelo que o imposto deve ser pago pelo conjunto das saídas praticadas, sob o regime em que se encontra o contribuinte, ou seja, tratando-se de contribuinte inscrito no Simples Nacional, dentro da "cesta de tributos".

Ademais, para que o contribuinte inscrito no Simples Nacional pudesse operar no regime de diferimento deveria, necessariamente, para tanto estar habilitado, o que não está comprovado nos autos deste processo.

Observo, ainda, que no conjunto das operações objeto da lide há vendas de sementes de produção própria, tendo a empresa utilizado o Código Fiscal de Operações - CFOP 6101, a exemplo da operação acobertada pela Nota Fiscal eletrônica - NF-e nº 76 (fl. 16), também objeto da autuação, e que refere-se a sementes de feijão, pelo que nesta situação de venda de produção própria, mesmo se habilitado o contribuinte para operar no regime de diferimento, tratando-se de saída interestadual, ainda assim não aplicaria o instituto, por falta de previsão normativa.

Quanto ao pedido para que as comunicações ao contribuinte, relativas ao Auto de Infração em lide, sejam encaminhadas ao endereço que indica em seu Recurso Voluntário, tal providência pode ser tomada pela Inspetoria Fazendária de origem, respeitado o teor do artigo 108 do RPAF/BA. Assinalo, por devido, que embora esse pleito quanto ao endereço de intimação possa vir a ser acatado por esta SEFAZ, o não atendimento desta solicitação do contribuinte não implicaria nulidade, ao contrário do quanto afirmado pelo Recorrente, posto que o endereço do estabelecimento da empresa, portanto o endereço da pessoa jurídico autuado, é aquele que consta em seu cadastro nesta SEFAZ, pelo que, a rigor, este o endereço a ser utilizado por esta Secretaria para efeito de intimação fiscal.

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar parcialmente a Decisão recorrida, em específico excluindo o valor histórico de ICMS de R\$11.760,00, referente à Infração 1, remanescendo o débito de R\$211.942,63 para esta infração, e o valor de R\$22.380,58 para infração 2, não impugnada, para assim julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, com o imposto total devido de R\$234.323,21, com aplicação da multa de 60%, e dos acréscimos legais.

Diante, contudo, da inexistência de comprovação do pagamento do imposto devido em decorrência das operações objeto da acusação 1, recomendo, a critério da Autoridade Fazendária competente, a realização de nova ação fiscal, antes de decorrido o prazo decadencial, para que seja verificada a regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias

referentes àquelas operações.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 210374.0039/14-0, lavrado contra **SEMENTE AGROPECUÁRIA DE OURO LTDA. - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$234.323,21**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas "e" e "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se, a critério da Autoridade Fazendária competente, a realização de nova ação fiscal, antes de decorrido o prazo decadencial, para que seja verificada a regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias referentes às operações objeto da acusação 1.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS