

A. I. Nº - 279757.0070/14-5
AUTUADO - BUNGE FERTIZANTES S/A
AUTUANTES - ISRAEL CAETANO e AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 11.08.2016

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0064-06/16

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Mediante diligência, os autuantes efetuaram retificações na apuração do imposto. Infração subsistente em parte. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Ocorrendo entradas de mercadorias, cujas saídas tenham sido realizadas com redução de base de cálculo, cabe estorno do crédito no valor correspondente a parte proporcional da redução. Mediante diligência, os autuantes efetuaram correções na apuração dos valores devidos. Infração 2 subsistente. Infrações 3 e 4 subsistentes em parte. **b)** OPERAÇÕES INTERESTADUAIS EFETUADAS COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À LEGALMENTE PREVISTA. CONVÊNIO ICMS 100/97. Para fins de utilização de créditos fiscais, nas operações amparadas pelo Convênio ICMS 100/97, deve ser observada a redução da base de cálculos para operação com o produto beneficiado. Infração 8 caracterizada. Infrações 5, 6 e 7 subsistentes em parte. Afastadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 17/12/14, para exigir ICMS no valor de R\$1.187.671,80, acrescido de multa e juros moratórios, em razão das irregularidades abaixo transcritas.

Infração 1 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS: R\$ 16.869,10. Multa de 60%. Consta que se trata de operações de saídas de sucatas para contribuintes neste Estado - PH Com. Ind. Artefatos Plásticos Ltda., CNPJ 05.324.931/0001-69; SS Comércio de Metais Ltda., CNPJ 07.557.021/0001-51; Recplast Reciclagem Ind. Com. Ltda., CNPJ 06.348.694/0001-13 - sem habilitação para operar no regime de diferimento do ICMS, conforme o Anexo H do Auto de Infração.

Infração 2 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. ICMS: R\$89.684,57. Multa de 60%. Consta que se refere a fertilizantes produzidos em outras unidades da Federação, adquiridos para revenda, cujas saídas neste Estado são amparadas pela isenção, sem hipótese de manutenção de crédito fiscal, na forma dos artigos 100 e 104, VI, do RICMS-BA/97, conforme o Anexo A do Auto de Infração.

Infração 3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. ICMS: R\$459.451,49. Multa de 60%. Consta que se refere a entradas recebidas em transferências para comercialização de varreduras de fertilizantes, produzidas em outro estabelecimento do mesmo titular, estabelecido em outra unidade da Federação, cujas saídas neste Estado são amparadas pela isenção, sem hipótese de manutenção de crédito fiscal, na forma dos artigos 100 e 104, VI, do RICMS-BA/97, conforme o Anexo B do Auto de Infração.

Infração 4 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. ICMS: R\$466.151,01. Multa de 60%. Consta que se refere a entradas recebidas em transferências para comercialização de fertilizantes adquiridos por outro estabelecimento do mesmo titular, em outra unidade da Federação, cujas saídas neste Estado são amparadas pela isenção, sem hipótese de manutenção de crédito fiscal, na forma dos artigos 100 e 104, VI, do RICMS-BA/97, conforme o Anexo C do Auto de Infração.

Infração 5 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade da Federação de origem superior a estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolos. ICMS: R\$92.258,94. Multa de 60%. Consta que se refere a aquisições de matérias-primas para serem utilizadas na produção de fertilizantes neste Estado, com base de cálculo superior à prevista no Convênio ICMS 100/97 (erro na apuração da base de cálculo para redução de 30%), conforme o Anexo D do Auto de Infração.

Infração 6 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade da Federação de origem superior a estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolos. ICMS: R\$19.596,82. Multa de 60%. Consta que se refere às transferências recebidas de matérias-primas para serem utilizadas na produção de fertilizantes neste Estado, com base de cálculo superior à prevista no Convênio ICMS 100/97 (erro na apuração da base de cálculo para redução de 30%), conforme o Anexo E do Auto de Infração.

Infração 7 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade da Federação de origem superior a estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolos. ICMS: R\$25.252,36. Multa de 60%. Consta que se refere às entradas recebidas de matérias-primas (cloreto de potássio - KCL), a título de consignação industrial (CFOP 2917), da Companhia Vale do Rio Doce, CNPJ 33.592.510/0443-64, do Estado de Sergipe, para serem utilizadas na produção de fertilizantes neste Estado, com base de cálculo superior à prevista no Convênio ICMS 100/97 (erro na apuração da base de cálculo para redução de 30%), conforme o Anexo F do Auto de Infração.

Infração 8 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade da Federação de origem superior a estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolos. ICMS: R\$18.407,51. Multa de 60%. Consta que se refere às entradas recebidas de matérias-primas (cloreto de potássio - KCL), a título de compras para industrialização para entrega futura (CFOP 2116), da Companhia Vale do Rio Doce, CNPJ 33.592.510/0443-64, do Estado de Sergipe, para serem utilizadas na produção de fertilizantes neste Estado, com base de cálculo superior à prevista no Convênio ICMS 100/97 (erro na apuração da base de cálculo para redução de 30%), conforme o Anexo F do Auto de Infração.

O autuado apresenta defesa (fls. 131 a 148) e, preliminarmente, suscita a nulidade da intimação da lavratura do Auto de Infração sob o argumento de que, quando foi notificado do lançamento em 22/12/14, não recebeu em cópia ou mídia digital os demonstrativos “ANEXOS A, B, C, D, E, F, G e H”. Diz que foi afrontado o disposto no art. 46 do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. 7.629/99), o qual prevê que na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, deverão lhe ser fornecidas todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados na ação fiscal. Afirma que só obteve os citados demonstrativos posteriormente, conforme o “doc. 07” (fls. 181 a 189). Solicita a reabertura do prazo de defesa.

Sustenta que o Auto de Infração é nulo, tendo em vista que a fiscalização cometeu diversos equívocos ao quantificar o montante do crédito tributário. Aduz que, nos termos do art. 39, IV, do RPAF-BA/99, o Auto de Infração deve contemplar, no demonstrativo do débito, todas as operações que ensejaram as infrações supostamente cometidas pelo autuado, sob pena de nulidade.

Quanto à infração 1, afirma que dos três contribuintes citados na autuação, apenas um é optante pelo Simples Nacional e, portanto, para os demais é insubsistente a acusação fiscal.

Diz que as empresas PH COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ARTEFATOS PLÁSTICOS LTDA – ME, e SS COMÉRCIO DE METAIS LTDA – ME, para as quais efetuou vendas de sucatas, não são optantes pelo Simples Nacional.

Alega que além da falha acima, todos os valores lançados foram majorados, eis que a fiscalização atribuiu valor contábil ao documento fiscal diferente do quanto constante na correlata nota fiscal. Como exemplos, cita os seguintes equívocos:

- a Nota Fiscal nº 107218 tem o valor contábil de R\$1,97, o que geraria um suposto não recolhimento do ICMS de R\$ 0,33, entretanto, o levantamento fiscal majorou o valor contábil para R\$1.970,00, apurando um não recolhimento de ICMS de R\$334,90;
- a Nota Fiscal nº 7898 foi lançada em duplicidade no levantamento fiscal.

Diz que, apesar de ter efetuado saídas de sucatas com diferimento para optantes pelo Simples Nacional, esta infração não deve prosperar, pois todos os cálculos efetuados pela fiscalização fazendária estão equivocados. Acosta ao processo planilha, extrato do cadastro do Simples Nacional das mencionadas empresas, cópia de livro Registro de Saídas e nota fiscal (doc. 8).

Afirma que a infração 2 não procede, pois as suas atividades estão albergadas no Conv. ICMS 100/97 e no art. 20 do RICMS-BA/97 e, portanto, o crédito de ICMS é legítimo. Diz que não está obrigado a estornar créditos referentes a aquisições para revenda de fertilizantes, ainda que as saídas subsequentes estejam beneficiadas com isenção ou redução do imposto, por força do art. 20, XI, “c”, combinado com o art. 104, VI, ambos do RICMS-BA/97.

Afirma que se aplica em relação infração 3 o mesmo raciocínio atinente à infração 2, sendo que nos termos do art. 104, VI, combinado com o art. 20, XI, “c”, ambos do RICMS-BA/97, não está obrigado a estornar o crédito de ICMS aproveitado. Destaca que a autuação está equivocada, pois há lançamentos em duplicidade em relação às Notas Fiscais nºs 1354, 1377, 1381, 1382 e 1397, conforme o demonstrativo que apresenta (doc. 9).

No que tange à infração 4, diz que se aplica o mesmo raciocínio utilizado nas infrações 2 e 3 e, portanto, a autuação é insustentável nos termos do art. 104, VI, combinado com o art. 20, XI, “c”, ambos do RICMS-BA/97. Pontua que no levantamento fiscal há lançamento em duplicidade das Notas Fiscais nºs 495, 509, 1374, 1383 e 1395, de acodo com quadro comparativo anexo (doc. 10).

Relativamente à infração 5, diz que o cálculo do ICMS em que há redução da base de cálculo é de responsabilidade do vendedor, que está obrigado a deduzir do preço da mercadoria o valor do imposto dispensado, sendo demonstrada na nota fiscal a respectiva dedução por força do Conv. ICMS 144/92 e da redação originária do art. 20, §1º do RICMS/BA.

Explica que, embora haja redução da base de cálculo efetuada pelo o fornecedor de outro Estado, essa dedução no preço não pode ser repassada ao autuado, sendo-lhe assegurado o aproveitamento do crédito fiscal integral. Destaca que o fornecedor menciona no campo “observações” do documento fiscal os cálculos/deduções efetuados, para servir de parâmetro para que o destinatário aproveite o crédito do imposto sem as deduções promovidas no preço. Diz que esses ajustes na base de cálculo promovidos pelos fornecedores de outros Estados, em conformidade com o Conv. ICMS 144/92, bem como legislação do estado de origem, foram ignorados pela fiscalização quando glosou o crédito supostamente aproveitado a mais.

A título de exemplo, diz que a Nota Fiscal nº 10943 (doc. 11), que no campo “informações complementares”, o fornecedor VALE SERGIPE, demonstra o cálculo realizado para obter a base de cálculo reduzida, justificando o valor cobrado na nota fiscal e citando os fundamentos legais.

Também alega que diversas operações foram lançadas em duplicidade, conforme quadro comparativo anexo (doc. 12).

Afirma que em relação à infração 6 aplica-se a mesmo raciocínio adotado em relação à infração 5, visto que o cálculo do ICMS na operação de entrada interestadual, em que há redução da base de cálculo, é de responsabilidade do próprio vendedor, que está obrigado a deduzir do preço da

mercadoria o valor correspondente ao imposto dispensado, por força do Convênio ICMS 144/92 e a redação originária do art. 20, §1º, do RICMS-BA/97.

Assevera que, embora haja redução da base de cálculo promovida pelo o fornecedor de outro Estado, a referida dedução no preço não pode ser repassada ao destinatário, sendo-lhe assegurado ao aproveitamento do crédito fiscal integral.

Afirma que também há lançamentos em duplicidade em diversas operações, conforme quadro comparativo anexo (doc. 13).

Diz que a infração 7, da mesma forma que as infrações 5 e 6, a acusação fiscal não se sustenta, visto que o cálculo do ICMS de entrada em operações interestaduais em que há redução da base de cálculo é de responsabilidade do vendedor, que está obrigado a deduzir do preço da mercadoria o valor correspondente ao imposto dispensado, sendo demonstrada na nota fiscal essa dedução, por força do Convênio ICMS 144/92 e redação originária do art. 20, § 1º, do RICMS-BA/97.

Sustenta que, mesmo havendo redução da base de cálculo pelo o fornecedor de outro Estado, a referida dedução no preço não pode ser repassada ao destinatário, sendo-lhe assegurado o aproveitamento do crédito fiscal integral.

Afirma que, em relação à Nota Fiscal nº 99098, de 31/03/09, a fiscalização apurou um creditamento de R\$ 3.784,85, porém o montante apropriado foi de R\$3.010,49, conforme a página 233 do livro Registro de Entradas. Diz que o mesmo equívoco ocorreu quanto à Nota Fiscal nº 99242, de 24/09/09, em que o fisco apurou um crédito de R\$3.305,71, porém o valor utilizado foi de R\$ 305,71, conforme página 144 do livro Registro de Entradas. Acosta ao processo fotocópia das citadas páginas do livro Registro de Entradas, bem como quadro comparativo demonstrando autuação em duplicidade em novas operações (doc. 14).

Quanto à infração 8, afirma que seguindo o raciocínio aplicado nas infrações 5, 6 e 7, a acusação não procede, pois o cálculo do ICMS nas operações interestaduais em que há redução da base de cálculo é de responsabilidade do próprio vendedor, que está obrigado a deduzir do preço da mercadoria o valor correspondente ao imposto dispensado, sendo demonstrada na nota fiscal a dedução, por força do Conv. ICMS 144/92 e o art. 20, § 1º, do RICMS-BA/97. Assegura que embora ocorra redução da base de cálculo pelo o fornecedor, a referida dedução no preço não pode ser repassada ao destinatário, sendo-lhe assegurado ao aproveitamento do crédito fiscal integral decorrente das operações interestaduais em que o fornecedor efetuou o ajuste da base de cálculo.

Ao finalizar, solicita que seja acolhida a preliminar de nulidade da intimação. Pede que seja julgado nulo o Auto de Infração em decorrência dos diversos erros cometidos pela fiscalização ao apurar o montante do crédito tributário. Protesta por todos os meios de prova, inclusive pela realização de diligência. Requer que as publicações, intimações e resultado do julgamento do presente feito sejam feitas exclusivamente em nome do advogado Marcos Ferraz de Paiva, OAB/SP 114.303, com escritório na Rua Padre João Manoel, nº 755, 8º andar, Cerqueira César, CEP 01.411-001, São Paulo - SP.

Os autuantes prestam a informação fiscal (fls. 302 a 306), conforme relatado a seguir.

Sustentam que a preliminar de nulidade arguida não merece acolhimento, pois o autuado recebeu cópia dos demonstrativos de fls. 17 a 97, como comprovam os documentos de fls. 127 a 129. Afirmam que a mídia, contendo os mesmos demonstrativos no formato Excel, esteve todo o tempo na repartição fazendária à disposição do autuado. Acrescentam que, em 26/01/15, encaminhou, via e-mail, para o autuado o conteúdo da referida mídia.

Adentrando ao mérito da lide e referindo-se à infração 1, os autuantes destacam que nesse item do lançamento não há referência à condição de destinatário das mercadorias conforme os demonstrativos de fls. 17 e 18. Explicam que nessa infração o defendente efetuou operações de saídas de mercadorias tributadas (sucatas), sem o destaque e recolhimento do ICMS, destinadas a contribuintes não habilitados a operar no regime de diferimento. Aduzem que a habilitação para o diferimento não é exigida apenas para contribuintes optantes pelo “Simples Nacional”.

Quanto à infração 2, dizem que o defendente adquiriu em outras unidades da Federação os fertilizantes destinados à comercialização. Explicam que esses fertilizantes são beneficiados com isenção, nos termos do Conv. ICMS 100/97 e art. 20 do RICMS-BA/97, porém, como o autuado é um estabelecimento industrial, o art. 104, inc. VI, do RICMS-BA/97 não há prevê a hipótese de manutenção do crédito fiscal. Frisam que, ao contrário do afirmando à fl. 140 da defesa, a isenção beneficia a mercadoria, e não a atividade econômica. Para embasar seus argumentos, transcrevem trecho da defesa e do art. 104, VI, do RICMS-BA/97.

Relativamente à infração 3, afirmam que a matéria abordada nesse item do lançamento é a mesma na infração anterior, diferenciando-se apenas por se tratar de transferências entre estabelecimentos interestaduais de uma mesma empresa.

No que tange à infração 4, repetem que se trata da mesma matéria tratadas nas infrações anteriores, separada das demais em função do tipo de operação (CFOP 6152 – “Transferência de Mercadoria Adquirida ou Recebida de Terceiros”).

Afirmam que o autuado confessa o cometimento da infração 5 quando diz que “*é de responsabilidade do próprio vendedor, que está obrigado a deduzir do preço da mercadoria o valor correspondente ao imposto dispensado*” (fl. 142). Prosseguindo, explicam que o fornecedor das mercadorias aplicou incorretamente a redução de base de cálculo prevista no Conv. ICMS 100/97, do qual o Estado da Bahia é signatário, cabendo ao autuado requerer ao seu fornecedor a devolução do valor pago a mais a título de ICMS.

Relativamente à infração 6, dizem que a matéria é idêntica a de que cuida a infração anterior, diferenciando-se pelo tipo de operação (CFOP 2151), ou seja, transferência de fertilizantes que foram destinados à comercialização no Estado da Bahia.

Quanto à infração 7, mencionam que é a mesma irregularidade da infração anterior, porém versa sobre recebimento de cloreto de potássio, a título de consignação, com a utilização de crédito fiscal em valores superiores à redução da base de cálculo prevista no Conv. ICMS 100/97.

No tocante à infração 8, repetem que se trata da mesma matéria, somente com a mudança da operação (entrega futura), oriundas do Estado de Sergipe.

Ao finalizar, solicitam que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 4ª Junta de Julgamento Fiscal converter o processo em diligência, para que fosse concedido ao autuado o prazo de sessenta dias para apresentação de nova defesa, tendo em vista que a entrega do CD-ROM com os demonstrativos que embasaram a autuação só ocorreu em 09/01/15.

A diligência foi cumprida (fls. 313 e 314), tendo o autuado apresentado a petição de fls. 316 e 317.

Informa que recebeu, ainda que tardiamente, a cópia do CD-ROM com os demonstrativos elaborados pelo fiscal autuante, podendo exercer o seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Em seguida, reitera os termos da impugnação inicial. Ressalta que as suas atividades no Estado da Bahia estão encerradas e, portanto, as intimações acerca do presente feito devem ser realizadas em nome do advogado Marcos Ferraz de Paiva, OAB/SP 114.303, com escritório na Rua Padre João Manoel, nº 755, 8º andar, Cerqueira César, CEP 01.411-001, São Paulo - SP.

Os autuante tomaram ciência do pronunciamento do autuado (fl. 324).

Após apreciação em pauta suplementar, fls. 325-A a 327, o processo foi convertido em nova diligência à IFEP INDÚSTRIA, para que os autuantes atendessem às solicitações citadas a seguir.

Quanto à infração 1:

1. Demonstrem que as empresas SS Comércio de Metais Ltda. e Recplast Reciclagem Ind. Com. Ltda. não estavam habilitadas a operar no regime de diferimento com sucatas.

1.1 - Caso reste comprovado que essas empresas estavam habilitadas a operar no regime de diferimento, pede-se que sejam efetuadas as exclusões pertinentes na apuração do valor

devido.

2. Se pronunciem sobre os equívocos indicados pelo autuado (valor contábil equivocado e notas fiscais em duplicidade), inclusive sobre os demonstrativos e provas trazidos na defesa.

2.1 - Caso os argumentos defensivos sejam procedentes, pede-se que sejam efetuadas as correções pertinentes na apuração do valor devido.

3. Caso necessário, que seja elaborado novo demonstrativo de débito para a infração em tela.

Quanto às infrações 3, 4, 5, 6 e 7:

4. Se pronunciem sobre os argumentos apresentados pelo autuado, inclusive sobre os demonstrativos e provas trazidos na defesa, conforme o §6º do art. 127 do RPAF/99.

4.1 - Caso os argumentos defensivos sejam procedentes, pede-se que sejam efetuadas as correções pertinentes na apuração do valor devido em cada uma das infrações.

5. Caso necessário, que seja elaborado novo demonstrativo de débito para as infrações em tela.

A diligência foi atendida conforme fls. 331 a 338.

Quanto à infração 1, os autuantes informaram que após análise dos demonstrativos e dos respectivos livros e documentos fiscais, constataram os fatos relatados a seguir.

- Ocorreram erros na inserção dos valores da base de cálculo, tendo sido consideradas quantidades como se fossem valores contábeis. Sustentam que esses equívocos foram corrigidos.
- Não houve a duplicidade referente à Nota Fiscal nº 7898, pois essa nota tratava de duas mercadorias diferentes (sucatas de aço carbono e sucatas de plásticos).
- O contribuinte PH Comércio Indústria de Artefatos Plásticos Ltda. encontra-se na condição fiscal de “inativo” desde 28/12/07, conforme o Edital nº 040/07, de 28/12/07. Desse modo, independentemente da forma de apuração do ICMS, não é permitido o benefício do diferimento.
- O contribuinte Recoplast Indústria e Comércio Ltda. é optante pelo Simples Nacional desde 01/07/07 e, portanto, à luz do art. 393, II, do RICMS-BA/97, não poderia ter o ICMS diferido.
- O contribuinte SS Comércio de Metais Ltda. efetivamente estava habilitado a operar no regime de diferimento e, assim, a exigência fiscal quanto a essas operações não subsiste.

Foi elaborado um novo demonstrativo de débito para a infração 1, segundo o qual o valor originalmente lançado passa de R\$16.869,10 para R\$414,12 (fl. 432 e 433).

Quanto à infração 3, explicam que o autuado é um estabelecimento industrial produtor de fertilizantes (2013402 - *Fabricação de adubos e fertilizantes, exceto organo-minerais*) e, portanto, não goza da hipótese de manutenção de crédito fiscal nas saídas com isenção do imposto, prevista no art. 104, inc. VI, do RICMS-BA/97. Ressaltam que após verificação do Anexo B Transferência de Varredura, constataram que nos meses de setembro e novembro de 2011 as Notas Fiscais nºs 1354, 1377, 1381, 1382 e 1397 foram inseridas em duplicidade. Desse modo, retificaram esse referido Anexo (meses de setembro e novembro), tendo apurado que o débito original de R\$ 459.451,49 passou para R\$ 448.776,91, conforme demonstrativo de débito à fl. 334.

No que tange à infração 4, reiteram que o art. 104, VI, do RICMS-BA/97, não permite a manutenção do crédito fiscal nas entradas de fertilizantes destinados à comercialização no Estado da Bahia, com saídas beneficiadas pela isenção prevista no art. 20 do citado Regulamento. Observam que uma grande quantidade do produto foi fabricada pela Fertilizantes Serrana S/A.

Admitem que é procedente o argumento defensivo quanto à duplicidade das Notas Fiscais nºs 495, 509, 1374, 1383, 1395 e 1352. Afirmam que, após a exclusão dessas citadas notas, o débito exigido na infração 4 passa de R\$466.151,01 para R\$462.826,55, conforme o demonstrativo de débito que apresenta à fl. 335.

Relativamente à infração 5, aduzem que a matéria em questão está definida no Conv. ICMS 100/97, cláusula 2ª, inciso III, cujo teor transcreveram. Admitem que houve duplicidade de lançamentos, tendo sido excluídas as operações atinentes às Notas Fiscais n^{os} 12200, 12209, 12326, 12344, 12349, 12355, 122356, 12357, 12358, 12375, 12415, 12419, 12428, 12509, 12511, 12512, 12515, 12517, 12519, 12520, 12524, 12526, 12528, 12530, 12535, 12541, 12542, 12543, 12551, 12552, 12553, 12373, 12582, 12584, 12589, 12591, 12596, 12598, 12601, 12672, 12649, 13060, 10943, 13061, 13062, 13063, 13079, 12370, 15399, 15431, 15430, 15432, 18043, 18318, 18321, 18322, 18325, 18332, 18338, 18346, 18350, 18397, 18421, 18423, 18424, 18427, 10019, 9707, 106420, 1006444 e 106523, o que reduziu o valor devido de R\$ 92.258,94 para R\$ 86.634,56, conforme o demonstrativo de débito à fl. 336.

Quanto à infração 6, reiteram os argumentos aduzidos quanto à infração anterior. Admitem que houve lançamento em duplicidade, tendo sido excluídos os débitos referentes às Notas Fiscais n^{os} 176217, 176316, 177095, 177241, 26071, 26072, 1318, 1321, 1322, 1323, 1324, 1326, 1327, 1328, 1329, 1330, 1332, 1334, 1335, 1336, 1337, 1338, 1339, 1341, 1342, 1343, 1346, 1347, 1350, 1345, 1375, 1385, 1387, 1388, 1389, 1390, 1393 e 1394, o que reduziu o valor originalmente exigido (R\$ 19.596,82) para R\$ 15.951,66, consoante o demonstrativo de fl. 337.

No que tange à infração 7, inicialmente ressaltam que a Nota Fiscal nº 99242 foi escriturada no Registro de Entradas em 24/09/2009. Em seguida, afirmam que restou comprovado que o valor do crédito fiscal de ICMS lançado no livro Registro de Entradas foi diferente do destacado nas respectivas notas fiscais. Assim, retificaram o “Anexo F Crédito Maior (2117) MP” e, em consequência, o valor devido nessa infração passou de R\$ 25.252,36 para R\$25.105,31, conforme o demonstrativo de débito à fl. 338.

O autuado foi notificado acerca do resultado diligência, tendo recebido cópia dos novos demonstrativos (fls. 350 e 351).

Às fls. 353 a 356, o autuado se pronuncia sobre a diligência realizada.

Inicialmente, destaca que nas autuações lavradas contra o defendente passou a virar regra a correção dos erros e equívocos existentes em lançamentos que deveriam ser considerados nulos na origem, posto que sua formação está evidentemente viciada em decorrência da inobservância do disposto nos artigos 142, do CTN, e 39, IV, do RPAF/99. Diz ser inadmissível que este órgão julgador torne regra aquilo que deveria ser exceção, determinando a conversão do julgamento em diligência para possibilitar a revisão e correção de vícios, já que esses procedimentos deveriam ser prévios ao lançamento caso existisse controle de qualidade antecedente à sua lavratura.

Diz que o resultado da diligência ratificou os argumentos de defesa no que diz respeito à incerta e imprecisa acusação fiscal por ter destinado mercadorias para empresas optantes pelo Simples Nacional sem habilitação para operar o diferimento quando, em verdade, dos três fornecedores citados, apenas um é optante pelo Simples. Afirma que a diligência também confirmou a tese de defesa no que se refere ao valor contábil equivocado e às notas fiscais lançadas em duplicidade, sendo que um mesmo documento fiscal subsidiou duas infrações idênticas.

Assevera que mesmo que se alegue a exclusão dessas operações no trabalho revisional, consequência outra não se espera senão seja considerado nulo o lançamento, dada a quantidade de erros que tornam insubsistente, impreciso e incerto o Auto de Infração.

Quanto ao mérito das infrações 3, 4, 5, 6 e 7, afirma que o trabalho revisional se limitou a reproduzir o texto da lei sem emitir juízo de valor acerca da tese defensiva de que não está obrigado a estornar seus créditos de ICMS referente a aquisições para revenda e fabricação de fertilizantes, ainda que as saídas subsequentes estejam beneficiadas com isenção ou redução do imposto, por força dos art. 20, XI, “c” combinado com o art. 104, VI, ambos do RICMS-BA/97.

Menciona que os autuantes também não se pronunciaram quanto ao cálculo do ICMS de entradas referentes a operações interestaduais em que a redução da base de cálculo é de responsabilidade do vendedor, que está obrigado a deduzir do preço da mercadoria o valor correspondente ao imposto dispensado, sendo demonstrada expressamente na nota fiscal a respectiva dedução, por força do Convênio ICMS 144/92 e pelo art. 20, §1º, do RICMS-BA/97.

Destaca que, embora haja redução da base de cálculo promovida pelo fornecedor, a referida dedução no preço não pode ser repassada ao autuado, sendo-lhe assegurado a adjudicação do crédito fiscal integral decorrente das operações em que o vendedor promoveu o ajuste da base de cálculo por força do art. 104, VI, combinado com o art. 20, XI, “c”, do RICMS-BA/97.

Reitera que as suas atividades estão albergadas no Conv. ICMS 100/97, bem como no próprio art. 20 do RICMS-BA/97, de tal maneira que o crédito de ICMS se mantém como legítimo e não deve ser estornado de suas apurações.

Aduz que o fornecedor menciona no campo “observações” do documento fiscal os cálculos feitos, fundados na legislação estadual de origem, para servir de parâmetro para que o destinatário possa aproveitar o crédito do imposto sem as deduções efetuadas no preço. Diz que, portanto, está demonstrada a insubsistência das infrações em tela.

Reitera que todas as publicações, intimações, notificações e resultado do julgamento do feito sejam efetuadas em nome do advogado Marcos Ferraz de Paiva, OAB/SP 114.303, com escritório na Rua Padre João Manoel, 755, 8º andar, Cerqueira César, CEP 01.411-001, São Paulo-SP.

Os autuantes se pronunciaram à fl. 359 e, nessa oportunidade, afirmaram que o defendente nada trouxe de novo e, assim, mantiveram os termos da diligência.

VOTO

Preliminarmente, o autuado arguiu a nulidade do lançamento de ofício sob o argumento de que só recebeu cópia do CD-ROM com os demonstrativos que embasaram a autuação após a notificação da lavratura do Auto de Infração.

Ultrapasso essa preliminar, pois, mediante diligência, tal vício processual foi sanado com a reabertura do prazo de defesa em sessenta dias, conforme tinha sido solicitado pelo autuado.

Também afasto o pedido de nulidade em razão da existência de equívocos na apuração do montante do crédito tributário, uma vez que os equívocos apontados na defesa podem ser saneados, não impedindo, portanto, a determinação das infrações apuradas e dos montantes devidos, conforme veremos na apreciação do mérito. As diligências foram executadas em conformidade com o previsto no §1º do art. 18 do RPAF-BA/99, tendo sido entregue ao autuado cópia dos novos elementos e lhe foi concedido o prazo previsto para manifestação.

Em seu último pronunciamento, o autuado classificou como inadmissível a conversão do processo em diligência para possibilitar a correção de equívocos existentes no lançamento de ofício. Essa tese defensiva não procede, pois a realização de diligência saneadora, quando viável e necessária, não constitui uma imperfeição ou deficiência processual, mas sim uma obrigação do órgão julgador administrativo, haja vista que o §1º do art. 18 do RPAF-BA/99 expressamente prevê que *“as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente”*. Além de obrigação do julgador, a conversão do processo em diligência está em consonância com os princípios da verdade material, do informalismo e da ampla defesa, previstos no art. 2º do RPAF-BA/99 como norteadores do processo administrativo fiscal.

Indefiro o pedido de realização de diligência contido na defesa, pois os vícios que existiam no processo já foram devidamente retificados mediante diligências determinadas pela então 4ª Junta de Julgamento Fiscal. Dessa forma, encontra-se o processo em condições de julgamento, estando presentes nos autos todos os elementos necessários à formação do convencimento dos julgadores, conforme se verificará no exame de mérito da autuação.

Na infração 1, o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS, no valor de R\$ 16.869,10, por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, quando deu saída de sucata para contribuintes sem habilitação para operar no regime de diferimento.

O defendente afirma que as empresas PH Com. e Ind. de Artefatos Plásticos e SS Com. de Metais Ltda. não são optantes pelo Simples Nacional, bem como aponta equívocos quantos às Notas Fiscais nºs 107218 e 7898.

Para que o autuado efetuasse as operações de saídas de sucata de aço carbono relacionadas no demonstrativo de débito de fls. 17 e 18 com diferimento do imposto, era necessário que os destinatários das sucatas estivessem previamente habilitados a operar no regime de diferimento, nos termos do art. 344 do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos.

A PH Com. Ind. de Artefatos Plásticos Ltda. encontrava-se inativa desde 28/12/07, conforme comprova o documento de fls. 21 e 21V. Dessa forma, esse contribuinte não estava habilitado ao regime de diferimento e, em consequência, assiste razão aos autuantes quanto a essas operações, as quais ocorreram em 2009.

Apesar de a Recoplast Ind. e Com. Ltda. possuir habilitação para operar no regime de diferimento (fl. 343), esse contribuinte era optante do Simples Nacional, como comprova o documento de fl. 20 dos autos. Assim, por força do disposto no art. 393, II, do RICMS-BA/97, ela só poderia operar nesse citado regime quando efetuasse aquisições de sucatas junto a contribuintes não inscritos, o que não é o caso do autuado. Desse modo, também assiste razão aos autuantes no que tange a essas operações.

A SS Comércio de Metais Ltda., não optante do Simples Nacional, efetivamente estava habilitada ao regime de diferimento, conforme documentos à fl. 342. Portanto, em relação às operações destinadas a esse contribuinte a autuação não subsiste, como reconheceram os autuantes na segunda diligência.

Quanto à alegada duplicidade da Nota Fiscal nº 7898, os autuantes esclareceram que não houve duplicidade de lançamento, pois se trata de uma nota fiscal com duas operações diferentes (sucata de aço carbono e sucata de plástico).

Os autuantes reconheceram a existência de equívocos na base de cálculo das operações, quando consideraram quantidades como sendo bases de cálculo. Dessa forma, refizeram a apuração do imposto com a correção pertinente.

Acato o resultado da diligência efetuada, pois efetivamente os equívocos reconhecidos pelos autuantes estão comprovados pela documentação acostada ao processo. Além disso, quando o autuado se pronunciou sobre o resultado da diligência, ele se limitou a repetir os equívocos que já tinham sido indicados na defesa.

Em face ao acima exposto, a infração 1 subsiste parcialmente no valor de R\$414,12, ficando o demonstrativo de débito conforme o apresentado às fls. 432 e 433.

Trata a infração 2 de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisições interestadual de mercadorias (fertilizantes) com saída interna subsequente beneficiada com isenção do imposto.

O autuado sustenta que não está obrigado a estornar créditos referentes a aquisições para revenda de fertilizantes, ainda que as saídas subsequentes estejam beneficiadas com isenção ou redução do imposto, por força do art. 20, XI, “c”, combinado com o art. 104, VI, do RICMS-BA/97.

Tanto o RICMS-BA/97, no seu art. 97, I, “a”, como o RICMS-BA/12, no seu art. 310, I, “a”, vedam a utilização de crédito fiscal de ICMS, salvo expressas hipóteses de manutenção de crédito, referente a aquisições de mercadorias, quando a operação subsequente for isenta, sendo essa circunstância previamente conhecida.

O RICMS-BA/97, no seu artigo 20 e incisos, prevê que são isentas do ICMS as operações internas com os insumos agropecuários relacionados no Conv. ICMS 100/97. Nesse ponto, cabe salientar que não há controvérsia quanto ao fato de que as mercadorias relacionadas nessa infração estavam discriminadas no Convênio ICMS 100/97.

Com base nesses regramentos acima citados, o autuado estava impedido de utilizar os créditos fiscais de ICMS referentes às aquisições dos insumos agropecuários listados na infração em tela, conforme consideraram os autuantes.

Em sua defesa, o autuado argumenta que tem direito a manter o crédito fiscal em análise, nos

termos do art. 104, VI, do RICMS-BA/97.

Ao tratar das hipóteses de manutenção de crédito, o art. 104, VI, do RICMS-BA/97, assim dispõe:

Art. 104. Não se exige o estorno do crédito fiscal relativo:

VI - às entradas em estabelecimento agropecuário dos produtos objeto da isenção de que cuida o art. 20, bem como às entradas em estabelecimento industrial das matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem e demais insumos utilizados na fabricação daqueles produtos (Conv. 100/97); (grifo nosso)

Não há como se aplicar ao caso em análise a hipótese de manutenção de crédito fiscal prevista acima, pois o autuado não é um estabelecimento agropecuário e as aquisições em tela são referentes a fertilizantes (produto acabado).

Em face ao acima exposto, o argumento trazido pelo autuado não se mostra capaz de elidir a infração. Em consequência, a infração 2 subsiste integralmente.

As infrações 3 e 4 também versam sobre utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisições interestadual de mercadorias com saída interna subsequente beneficiada com isenção.

Em sua defesa, o autuado repete que não está obrigado a estornar créditos referentes a aquisições para revenda de fertilizantes, ainda que as saídas subsequentes estejam beneficiadas com isenção ou redução do imposto, por força do art. 20, XI, “c”, combinado com o art. 104, VI, do RICMS-BA/97. Além desse argumento, o defendente afirma que nas duas infrações há lançamentos de notas fiscais em duplicidade, conforme já relatado.

Quanto à vedação do direito ao crédito fiscal, o argumento defensivo não elide as infrações, conforme já demonstrado na infração anterior. Dessa forma, valho-me da mesma fundamentação utilizada na infração 2 para afastar o argumento defensivo quanto às infrações 3 e 4.

No que tange às alegadas duplicidades de lançamento de notas fiscais, os autuantes na última diligência reconheceram a procedência do argumento defensivo e refizeram a apuração do imposto com a exclusão das duplicidades citadas na defesa. Dessa forma, os valores devidos nas infrações 3 e 4 para, respectivamente, R\$448.776,91 e R\$462.826,55.

Acompanho as correções efetuadas pelos autuantes na última diligência, pois estão de acordo com os documentos probantes trazidos na defesa e, além disso, foram realizadas pelos próprios auditores fiscais que realizaram a auditoria e que lavraram o Auto de Infração em comento.

Assim, as infrações 3 e 4 subsistem parcialmente nos valores de, respectivamente, R\$448.776,91 e R\$462.826,55, ficando os demonstrativos de débito consoante os de fls. 334 e 335.

As infrações 5 e 6 tratam de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade da Federação de origem superior a estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolos. O objeto dessas duas infrações são matérias-primas destinadas à fabricação de fertilizantes neste Estado, sendo que a diferença entre elas é que a primeira cuida de aquisições, enquanto a segunda versa sobre transferências.

Em sua defesa, o autuado afirma que a redução de base de cálculo efetuada pelo fornecedor localizado em outra unidade da Federação consta nas notas fiscais e, portanto, o destinatário tem direito ao crédito fiscal integral. Diz que esses ajustes na base de cálculo promovidos pelos fornecedores, em conformidade com o Convênio ICMS 144/92 e com a legislação do Estado de origem, foram ignorados pelos autuantes. Também alega que, em relação a essas duas infrações, há lançamento de notas fiscais em duplicidade, conforme os demonstrativos que apresenta.

Inicialmente, há que se observar que o Convênio ICMS 100/97, que convalidou as reduções de base de cálculo que previstas no Convênio ICMS 144/92, é impositiva, não sendo dado aos contribuintes o poder discricionário para aplicá-lo segundo as suas próprias conveniências. Ao estabelecer a redução da base de cálculo para os produtos ali relacionados nas operações interestaduais, quiseram os estados membros torná-los menos onerosos os insumos agroindustriais, já que o imposto compõe o preço do produto.

Quando o destinatário do produto deixa de observar a redução da base de cálculo do imposto na operação interestadual ou a considera em valor inferior ao previsto (como é o caso das operações em tela), está-se a transferir para o Estado de destino uma carga de crédito fiscal indevida, tendo ainda como agravante o fato de que a saída subsequente desse produto continua a gozar do benefício da redução da base de cálculo. Portanto, o Estado da Bahia estaria suportando uma carga de crédito fiscal superior ao estabelecido para as demais unidades da Federação.

No caso em tela, a exigência fiscal está lastreada nos dispositivos do Convênio ICMS 100/97, tendo em vista que foi apurado que o estabelecimento remetente proporcionou ao destinatário (autuado) um crédito fiscal a ser utilizado maior do que o previsto na legislação, o que constitui um crédito fiscal indevido de acordo com o disposto no art. 93, §5º, II c/c art. 97, VIII do RICMS/BA.

O fato de a redução da base de cálculo estar demonstrado nos documentos fiscais não possui o condão de permitir a apropriação do crédito fiscal em sua totalidade. A demonstração dos cálculos efetuados pelo fornecedor e a citação de dispositivos regulamentares nas notas fiscais corroboram o acerto da ação fiscal, não servindo como argumento capaz de elidir as infrações.

Quanto às duplicidades alegadas pelo defendente, observo que os autuantes, no atendimento da segunda diligência, expressamente reconheceram a procedência do argumento defensivo e refizeram a apuração dos valores devidos, conforme já relatado.

Acato essas retificações efetuadas pelos autuantes e, em face ao acima exposto, as infrações 5 e 6 subsistem parcialmente nos valores de, respectivamente, R\$86.634,56 e R\$15.951,66, ficando os demonstrativos de débitos consoantes os de fls. 336 e 337.

A infração 7 trata da mesma matéria abordada nas infrações 5 e 6, diferenciando-se delas apenas no que tange ao tipo das operações realizadas – entradas de matérias-primas recebidas em consignação industrial (CFOP 2917).

Em sua defesa, o autuado repete o mesmo argumento apresentado em relação às infrações 5 e 6 quanto ao seu alegado direito à totalidade do crédito fiscal. Também indica equívocos quanto ao valor do crédito apropriado em relação às Notas Fiscais n^{os} 99098 e 99242, bem como aponta duplicidade de lançamento de notas fiscais.

Quanto ao direito à integralidade do crédito fiscal, não assiste razão ao autuado, pois o crédito fiscal a ser apropriado pelo destinatário das mercadorias deve observar a redução da base de cálculo prevista em acordo interestadual, no caso o Conv. ICMS 100/97, conforme já foi demonstrado nas infrações 5 e 6. Dessa forma, para evitar repetições desnecessárias, afasto o argumento defensivo atinente à infração 7 utilizando o mesmo argumento empregado na apreciação das infrações 5 e 6.

Quanto aos equívocos e duplicidades apontadas na defesa, acolho o resultado da segunda diligência, quando os autuantes efetuaram as correções pertinentes na apuração do imposto devido. Ressalto que, ao ser notificado acerca do resultado da diligência, o autuado não apontou a existência de equívocos nos demonstrativos retificados, limitando-se a repisar argumentos quanto ao seu suposto direito à totalidade do crédito fiscal.

Dessa forma, a infração 7 subsiste parcialmente no valor de R\$25.105,31, ficando o demonstrativo de débito conforme o apresentado à fl. 338.

A infração 8 trata da mesma matéria abordada nas infrações 5, 6 e 7, diferenciando-se apenas quanto ao tipo das operações – compra para industrialização para entrega futura (CFOP 2116).

Quanto a essa última infração, o autuado apenas questiona o seu direito à totalidade do crédito fiscal, utilizando o mesmo argumento aduzido quanto às infrações 5, 6 e 7. Sustenta que nas operações interestaduais em que há redução da base de cálculo, o fornecedor está obrigado a deduzir do preço da mercadoria o valor correspondente ao imposto dispensado, sendo demonstrada na nota fiscal essa dedução por força do Convênio ICMS 144/92 e o art. 20, §1º, do RICMS-BA/97. Assegura que embora ocorra redução da base de cálculo pelo fornecedor, a referida dedução no preço não pode ser repassada ao destinatário, sendo-lhe assegurado ao

aproveitamento do crédito fiscal integral.

Conforme já demonstrado nesse voto, o argumento defensivo não merece acolhimento, pois nos termos do art. 93, § 5º, II, do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos, somente é admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado, quando, em operação interestadual, a legislação da unidade Federada de origem fixar base de cálculo superior à estabelecida em acordo interestadual. Como a base de cálculo a ser aplicada nas operações interestaduais relacionadas na autuação contemplam uma redução de base de cálculo de 30% (Cláusula Segunda, III, do Convênio ICMS 100/97), o valor do crédito fiscal a ser apropriado pelo destinatário deve considerar essa mesma redução. No caso em tela, a base de cálculo utilizada pelo defendente foi superior à prevista no citado Convênio, como se pode observar no demonstrativo de fls. 93 a 97 dos autos. A indicação da redução de base de cálculo nas notas fiscais apenas corrobora o acerto da ação fiscal.

Ressalto que em relação a essa infração, o defendente não indicou equívoco de valor de nota fiscal ou de duplicidade.

Dessa forma, a infração 8 é subsistente.

Por fim, quanto ao pedido para que as notificações acerca do presente processo sejam endereçadas ao advogado subscritor da peça defensiva, nada obsta o atendimento de tal pleito, porém ressalto que o não atendimento a esse pedido não prejudicará a validade da intimação, desde que feita em conformidade com o disposto no art. 108 do RPAF-BA/99.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$ 1.147.801,19, conforme o quadro apresentado a seguir:

INFRAÇÕES	VALOR LANÇADO	JULGAMENTO	VALOR DEVIDO
1	R\$ 16.869,10	PROC. EM PARTE	R\$ 414,12
2	R\$ 89.684,57	PROCEDENTE	R\$ 89.684,57
3	R\$ 459.451,49	PROC. EM PARTE	R\$ 448.776,91
4	R\$ 466.151,01	PROC. EM PARTE	R\$ 462.826,55
5	R\$ 92.258,94	PROC. EM PARTE	R\$ 86.634,56
6	R\$ 19.596,82	PROC. EM PARTE	R\$ 15.951,66
7	R\$ 25.252,36	PROC. EM PARTE	R\$ 25.105,31
8	R\$ 18.407,51	PROCEDENTE	R\$ 18.407,51
TOTAL	R\$ 1.187.671,80	--	R\$ 1.147.801,19

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279757.0070/14-5**, lavrado contra **BUNGE FERTILIZANTES S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.147.801,19**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/06, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2016.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR