

A.I. Nº - 2797570087/15-3
AUTUADO – FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO-- INTERNET - 19.08.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0113-02/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. **a)** UTILIZAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO SUPERIOR AO ESTABELECIDO NA LEGISLAÇÃO QUE RESULTOU EM DESTAQUE A MAIOR DO ICMS. Reconhecida a infração. **b)** DEVOLUÇÕES DE MERCADORIAS. Falta de observação do art. 651 do RICM/97. Mantida a infração. 2. RECOLHIMENTO A MENOR. **a)** USO INDEVIDO DE REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Infração 03 caracterizada e reconhecida pelo autuado. **b)** ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. Infração 04 caracterizada e reconhecida pelo autuado. 3. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. Comprovada realização de saídas com isenção sem previsão de manutenção de crédito. Caracterizada a infração. 4. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL. **a)** Caracterizada a falta de escrituração de mercadorias tributadas da infração 06 e reconhecido pelo autuado. **b)** Caracterizada a falta de escrituração de mercadorias não tributadas da infração 07 e reconhecido pelo autuado 5. RECOLHIMENTO A MENOR. DESENVOLVE. Uso de créditos indevidos resultaram em erro na apuração do saldo devedor passível de incentivo. Reconhecida a infração 08. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 10/12/2015, formaliza a exigência de ICMS e multa no valor total de R\$401.700,67, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 (01.02.23) – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior a estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolo, nos anos de 2010 e 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 142.053,33, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 (01.02.10) – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente às entradas em devolução de mercadorias sem comprovação das respectivas saídas a título de vendas, nos anos de 2010 e 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 30.771,57, acrescido de multa de 150%, prevista na alínea “b” do inciso V do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 (03.02.06) – recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, em saídas interestaduais de embalagens do tipo BIG BAG para o Estado do Maranhão, com redução da base de cálculo, cujas entradas não foram beneficiadas

pela respectiva redução, no ano de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.868,20, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 (03.02.02) – recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, referente à venda de sacos valvulados ECOPLAC com destino ao Estado de Santa Catarina, através da nota fiscal nº 26.510, no mês de dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 414,40, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96

Infração 05 (01.05.01) – deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS referente às entradas de fertilizantes prontos para comercialização (fertilizante super N e fértil 32, 3-00-03), sem hipótese de manutenção do crédito fiscal, no ano de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$19.921,59, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 (16.01.01) – deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no ano de 2011, sendo exigida multa no valor de R\$ 2.279,39, prevista no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 07 (16.01.02) – deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, no ano de 2011, sendo exigida multa no valor de R\$ 3.976,93, prevista no inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 08 (03.08.04) – recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa DESENVOLVE, no ano de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 198.415,26, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 52 a 62, alertando que o prazo de decadência para constituição de créditos tributários é de 05 anos. Diz que em todos os lançamentos reclamados ocorreu supostamente o lançamento a menor do imposto. Desta forma, entende que os termos iniciais decadenciais foram as datas de ocorrência dos respectivos fatos geradores, conforme § 4º do art. 150 do CTN. Apresenta decisões do STJ que confirmam esta posição. Acrescenta que recebeu a notificação do presente auto de infração em 11/12/2015, estando os créditos tributários referentes a fatos geradores anteriores a dezembro de 2010 extintos pela decadência. Observa, ainda, que o termo de início de fiscalização não interrompe a fluência do prazo de cinco anos.

No mérito, em relação à infração 01, o autuado alega que tratam-se de operações com fertilizantes e demais insumos agropecuários e utilizou o crédito fiscal destacado na nota fiscal seguindo a sistemática da não-cumulatividade. Alega, também, que o auto de infração não esclarece o que seria a fixação de base de cálculo em valor superior ao estabelecido na norma, ofendendo o direito da ampla defesa.

Em relação à infração 02, o autuado informa que anexou as notas fiscais referentes às operações anteriores às devoluções, demonstrando as saídas a título de venda. Assim, entende ser improcedente a reclamação desta infração.

Em relação à infração 05, discorda do alegado na acusação pois a hipótese das saídas realizadas autorizavam a manutenção de crédito, conforme inciso VI do art. 104 do RICMS/97. Assim, entende que, como os fertilizantes se destinam a uso na agricultura e pecuária, a discussão acerca da sua atividade é irrelevante, devendo ser mantido o crédito fiscal.

Em relação à infração 08, o autuado explica que refere-se ao mesmo equívoco cometido na infração 05. A não caracterização da manutenção de crédito implicou erroneamente em redução da parcela sujeita à dilação de prazo pelo DESENVOLVE.

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 103 a 106, esclarecendo que, referente ao prazo da decadência, o § 4º do art. 150 do CTN definiu que seria de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador caso a lei não fixasse prazo a homologação. Cita, em seguida, a previsão contida no inciso I do art. 965 do RICMS/97, estabelecendo que o direito da Fazenda Pública constituir o

crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Assim, conclui que não havia decorrido o prazo decadencial.

No mérito, o autuante chama a atenção para o fato do autuado não ter questionado os valores levantados nos demonstrativos. Explica que o RICMS/97 isenta do ICMS as operações internas e reduz a base de cálculo das operações interestaduais com as mercadorias que o autuado comercializa.

Em relação à infração 01, confirma que o crédito fiscal utilizado foi superior ao permitido no Convênio ICMS 100/97 em razão de erro na apuração na base de cálculo pelo fornecedor.

Na infração 02, o autuante entende que não houve comprovação de relação entre as notas fiscais de saídas, anexadas das fls. 77 a 100, e as de devolução, objeto do auto de infração. Diz que apenas as notas fiscais nº 24278 e 28221 possuíam valores coincidentes com os constantes no demonstrativo à fl. 15.

Em relação à infração 05, o autuante reitera que o autuado não estornou os créditos vinculados às saídas internas com fertilizantes, isentas do ICMS. Diz que o inciso VI do art. 104 do RICMS/97 somente admite a manutenção de crédito fiscal nas saídas destinadas a estabelecimento agropecuário. Entende que, não havendo hipótese de manutenção de crédito, a saída com isenção sujeita o contribuinte ao estorno do crédito fiscal, em obediência à regra do princípio da não-cumulatividade. Assim, sendo estes créditos passíveis de estorno, em relação à infração 08, não poderia o autuado compensá-los na apuração da base de cálculo do incentivo do DESENVOLVE. Desta forma, entende mantidas as infrações 05 e 08.

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Em relação à arguição de decadência do direito da Fazenda Pública de exigir o crédito reclamado referente aos fatos geradores ocorridos antes de dezembro de 2010, entendo que a revogação do art. 107-A do COTEB, ocorrida em novembro de 2014, por intermédio da Lei 13.199, de 28/11/2014, não pode ter aplicação retroativa a atos jurídicos perfeitos e acabados, entre os quais se incluem os fatos geradores do ICMS praticados anteriormente à vigência da Lei 13.199/2014, sob pena de violação da garantia instituída no artigo 5º inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988 (à época das ocorrências, encontrava-se em vigor o art. 107-A do COTEB, apenas revogado, como dito, em novembro de 2014). Assinale-se que a PGE/PROFIS, nos autos do processo 207101.0002/14-6, exarou Parecer com entendimento correspondente ao acima exposto, através do qual restou dito que, em razão de a Lei 13.199/2014 conter norma jurídica não procedimental, os seus efeitos não podem retroagir. Assim, rejeito a arguição de decadência.

No mérito, em relação à infração 01, entendo que o demonstrativo referente às operações interestaduais com as mercadorias discriminadas no relatório denominado “Anexo A RBC Convênio 100-97”, constante em mídia à fl. 38 e por amostragem às fls. 13 e 14, revela que ocorreu erro na determinação da base de cálculo pelo fornecedor da mercadoria, resultando em aplicação de redução de base de cálculo em percentual inferior ao estipulado no Convênio ICMS 100/97.

Entendo que considerar como indevido o uso de crédito fiscal em razão de erro na definição da base de cálculo nas transferências interestaduais, objeto da presente infração, não caracteriza como afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade. A compensação do imposto devido em operações sujeitas ao ICMS com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado é garantia constitucional. Mas para que se tenha direito à utilização do imposto cobrado nas operações anteriores é necessário que o imposto cobrado não ultrapasse o estabelecido pela legislação.

O inciso III da cláusula segunda do Convênio ICMS 100/97 estabelece redução de 30% da base de cálculo do ICMS nas operações interestaduais com:

“III - amônia, uréia, sulfato de amônio, nitrato de amônio, nitrocálcio, MAP (mono-amônio fosfato), DAP (di-amônio fosfato), cloreto de potássio, adubos simples e compostos, fertilizantes e DL Metionina e seus análogos, produzidos para uso na agricultura e na pecuária, vedada a sua aplicação quando dada ao produto destinação diversa.”.

Desta forma, a base de cálculo deve corresponder a 70% do valor da operação. O demonstrativo anteriormente referido traz o cálculo da diferença apurada por nota fiscal. Assim, mantenho a infração 01.

Em relação à infração 02, observo que o autuado anexou (fls. 77 a 100) cópias de notas fiscais referentes a vendas por ela realizadas com destinatários localizados em outras unidades da Federação. A presente infração reclama crédito tributário decorrente de uso indevido de crédito fiscal destacado em notas fiscais de devolução emitidas pelos mesmos destinatários das notas fiscais anexadas e em período posterior à remessa efetuada pelo autuado. O autuante manteve a exigência da infração alegando que não ficou comprovada relação entre as notas de vendas e as de devolução.

Considerando que não foram observados os procedimentos previstos no art. 651 do RICMS/97, especificamente em relação à menção no documento fiscal de devolução do número, da série e da data do documento fiscal originário, bem como não foram anexados os conhecimentos de transporte referentes às remessas em devolução, reconheço a procedência da infração 02.

Entendo que diante dos fatos não ficou comprovada qualquer irregularidade. Se as devoluções ocorrem em período posterior à remessa e em quantidade que não extrapole as anteriormente enviadas, não há como caracterizar o cometimento de qualquer infração. Assim, concluo pela improcedência da infração 02.

Em relação à infração 05, de acordo com o demonstrativo anexado à fl. 17 pelo autuante, o estorno refere-se ao crédito fiscal das entradas de fertilizante não submetido a processo de produção e comercializados no Estado da Bahia sem hipótese de manutenção de crédito.

O inciso VI do art. 104 do RICMS/97 estabelecia à época dos fatos geradores a não exigência de estorno de créditos relativos:

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);

A alínea “c” do inciso XI do art. 20 do RICMS/97 trazia redação idêntica ao inciso III da cláusula segunda do Convênio ICMS 100/97 e previa isenção de ICMS nas saídas de:

c) amônia, uréia, sulfato de amônio, nitrato de amônio, nitrocálcio, MAP (mono-amônio fosfato), DAP (di-amônio fosfato), cloreto de potássio, adubos simples ou compostos, fertilizantes e DL metionina e seus análogos, quando produzidos para uso na agricultura e na pecuária, vedada a aplicação do benefício quando dada ao produto destinação diversa.

Desta forma, concluo que, nos termos do inciso VI do art. 104 do RICMS/97, o autuado estava obrigado ao estorno do crédito fiscal relativo às entradas de fertilizantes que não foram utilizados no processo produtivo, mas revendidos sem qualquer alteração na sua composição. A manutenção do crédito fiscal estava restrita às saídas dos fertilizantes destinados diretamente a estabelecimento agropecuário ou quando utilizado como insumo na produção de fertilizante. A partir da alteração promovida pelo Decreto nº 12.080/2010, com efeitos a partir de 01/05/2010, o benefício passou a contemplar não só o produto mas condicionou a fruição a determinado tipo de destinatário (estabelecimento agropecuário) ou ao uso que seria dado ao produto (insumo para produção de fertilizante). Ao contrário do alegado pelo autuado, a atividade desempenhada pelo destinatário passou a ser relevante para se determinar a aplicação do benefício. Reconheço a procedência da infração 05.

Em relação à infração 08, considerando o entendimento relativo à infração 05, não poderia o autuado compensar os créditos fiscais das mercadorias adquiridas como insumos, mas não utilizados no processo produtivo, na apuração do saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE. Tal procedimento resultou em erro na apuração do saldo devedor passível de incentivo. Reconheço a procedência da infração 08.

Considerando que as infrações 03, 04, 06 e 07 foram reconhecidas e pagas pelo autuado, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2797570087/15-3**, lavrado contra **FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$395.444,35**, acrescido das multas de 60% sobre R\$364.672,78 e de 150% sobre R\$30.771,57 previstas no art. 42 incisos VII e II, alínea “a” e V alínea “b” da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$6.256,32** prevista no art. 42, incisos IX, e II “f” do mesmo dispositivo legal e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 3.956/81.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR