

A. I. N° - 207097.0016/14-1
AUTUADO - ITAUEIRA AGROPECUÁRIA S/A
AUTUANTE - ANTÔNIO MENDONÇA SOUSA BRITO
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27.10.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0174-05/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENTRADAS POR TRANSFERÊNCIA COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR AO ESTABELECIDO NA LEGISLAÇÃO. A operação de transferência é espécie de operação de saída de mercadoria. Argumento defensivo incapaz de afastar a imputação fiscal. Aplicação do Convênio ICMS nº 100/97, c/c o art. 30, II, da Lei nº 7.014/96 e do art. 141 do RPAF/99. Infração subsistente. 2. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL RELATIVO ÀS ENTRADAS DE MERCADORIAS UTILIZADAS NA INDUSTRIALIZAÇÃO DE PRODUTOS, CUJAS SAÍDAS OCORRERAM COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Exigência fiscal alterada após cumprimento de diligência fiscal. Argumento defensivo incapaz de afastar a imputação fiscal. Art. 24 da Lei nº 7.014/96, arts. 305 e 312, II, do Decreto nº 13.780, de 16/03/12 e arts. 140 e 141 do RPAF/99. Infração subsistente em parte. Declaração de inconstitucionalidade. Falta de competência do Órgão Julgador. Art. 167 do RPAF/99. Multa proposta decorrente de inadimplemento de obrigação principal. Falta de competência do Órgão Julgador. Art. 159 do RPAF/99. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/09/2014, exige ICMS no valor de R\$213.143,69, em decorrência das seguintes infrações:

01 - 01.02.72 - "Utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS, nas operações de transferência para estabelecimento pertencente ao mesmo titular, com base de cálculo superior ao estabelecido na legislação". Acrescenta o autuante que "o contribuinte realizou diversos lançamentos de créditos fiscais de ICMS, durante os exercícios de 2011 e 2012, referentes às transferências de mercadorias de suas filiais, fazendo constar nos documentos fiscais valores superiores de base de cálculo e de ICMS, contrário ao que determina a legislação tributária - Convênio nº 100/97 e suas alterações, como também o previsto no RICMS - Dec. nº 6.284/97 e 13.780/12, conforme demonstrado através de papéis de trabalho, anexo a este processo" e transcritos na fl. 1 destes autos. Valor histórico de R\$155.343,32. Meses de fev/11; mar/11; out/11 a dez/11; jan/12 a abr/12 e out/12 a dez/12. Multa de 60%.

02 - 01.05.07 - "Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias utilizadas na industrialização de produtos, cujas saídas subsequentes ocorreram com isenção do imposto". Acrescenta o autuante que "o contribuinte realizou a menor o estorno do ICMS, na proporção devida, conforme previsto na Legislação Tributária - RICMS - Dec. 6.284/97 e 13.780/12, no total do exercício de 2012, conforme demonstrado através de papéis de trabalho, anexo a este processo" e transcrito na fl. 2 destes autos. Valor histórico de R\$57.800,37. Mês de dez/12. Multa de 60%.

O autuado apresenta impugnação nas fls. 545 a 555. De início, descreve as infrações e remete às considerações sobre os lançamentos fiscais em questão.

Afirma que a infração 01 não deve prosperar pelo fato de o Convênio ICMS nº 100/97 tratar de operações interestaduais de venda de insumos agropecuários, e não de operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesma empresa. Expõe a Cláusula quinta dessa norma como argumento de que a redução da base de cálculo prevista na Cláusula primeira somente é aplicável nas operações interestaduais de venda.

Além disso, aduz que se aplicasse a redução preconizada pelo autuante, a Fazenda Estadual do estabelecimento remetente exigiria o imposto recolhido a menos, tendo como base o previsto na Cláusula quinta, inciso II, do Convênio ICMS nº 100/97.

Dessa forma, entende ser improcedente o lançamento tributário.

Acerca da infração 02, considera também improcedente em virtude da base incorreta no cálculo do estorno de ICMS, prevista no art. 312, inciso II, do RICMS/BA, identificada pelo autuante.

Entende que o autuante, ao elaborar o "Demonstrativo Resumo da Manutenção do Crédito, do Crédito Indevido, da Participação das Exportações nas Vendas, do Montante de Crédito Devido de ICMS pelas Exportações e do Estorno Devido de ICMS" de acordo com o RICMS - com base nos Decretos de nºs. 6.284/97 e 13.780/12, na coluna 'Venda/Valor Contábil' considerou, como valor total das vendas, o valor contábil constante no Livro de Apuração do ICMS - LAICMS. Junta, na fls. 556 a 581, documentos para comprovar seus argumentos.

Fixa seu entendimento no sentido de que o valor contábil total das saídas lançado no LAICMS não é, necessariamente, o total das vendas realizado em um determinado mês. Segundo o impugnante, o valor total poderá contemplar a somatória das vendas de produtos, das transferências de mercadoria entre estabelecimentos da empresa, das remessas para industrialização, das devoluções de compras etc.

Traz exemplo do cálculo referente ao mês de fev/12. Assevera que o autuante considerou como "Vendas/Valor Contábil" a importância de R\$9.773.879,54, a englobar a somatória das operações contidas nos CFOPs 5.101, 6.101 e 7.127, correspondentes às vendas no estado de produção própria; vendas interestaduais de produção; e vendas para o exterior de produção própria, que totalizam R\$4.115.254,10, conforme o respectivo LAICMS. Dessa forma, afirma que a participação das vendas para o mercado externo é de R\$1.453.193,60, em relação à totalidade das vendas de R\$4.115.254,10, a indicar o percentual de 35,3124%, e não de 14,8681% calculado pelo autuante.

Alega o caráter confiscatório da multa de 60% consignada nas infrações em comento. Elenca julgados do STF e entendimento doutrinário para justificar seu entendimento.

Por fim requer:

1. Que seja considerado improcedente o auto de infração em virtude da comprovação da falta de base legal para a imputação da Infração 01 e do erro no cálculo do estorno dos créditos de ICMS - Infração 02;
2. Que, uma vez mantidas as infrações imputadas, o que se admite apenas por dever de diligência, seja adequada a multa em percentual entre 20% a 30% sobre o valor total do tributo, tendo por fulcro o inafastável princípio tributário do não-confisco, nos exatos termos previstos no art. 150, IV, da Constituição Federal.

O autuante presta informação fiscal às fls. 590 a 595. Após discorrer sobre a atividade econômica do autuado, tece as seguintes considerações e entendimentos relativos ao procedimento fiscal desenvolvido.

No que diz respeito à infração 01, discorre sobre o ordenamento tributário ao citar o art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal, no sentido da validade do Convênio ICMS nº 100/97. Afirma que a Cláusula quinta, inciso I, desse Convênio delibera acerca da autorização aos Estados e Distrito Federal, e não obrigatoriedade da não exigência da anulação dos créditos fiscais.

Transcreve os arts. 29, § 4º, incisos I, II e III e 30, incisos I e II, da Lei nº 7.014/96, para demonstrar a consonância com a norma contida no Convênio ICMS nº 100/97. Afirma, além da harmonia dessa norma com o RICMS e Lei nº 7.014/96, que o sujeito passivo não observou a legislação em vigor ao repetir tal comportamento em momento distinto. Suscita a procedência do feito com base nos demonstrativos nas fls. 19, 24 a 26 dos autos.

Quanto à infração 02, relata o procedimento fiscal no qual foram considerados créditos sejam decorrentes das operações de exportação, quanto aos relativos à manutenção prevista na legislação tributária, além da proporcionalidade das vendas isenta e não tributadas, consoante disposição do art. 93, § 1º, inciso II, do RICMS/97 e art. 312, § 4º, do RICMS/12.

Afirma que o lançamento consiste na cobrança da falta de estorno de crédito fiscal, referente às entradas de mercadorias utilizadas na industrialização de produtos, cujas saídas subsequentes ocorreram com isenção do imposto, no exercício de 2012, cujo valor reclamado é de R\$57.800,37.

Por fim, pede a procedência do auto de infração.

À fl. 599, consta o pedido da 2ª JJF acerca da diligência direcionada para INFAZ ALAGOINHAS com o intuito de:

1. O autuante elaborar e juntar aos autos o demonstrativo de débito, por data de ocorrência, dos valores históricos mensais relativos à infração 02, tendo como parâmetro o demonstrativo acostado à fl. 28 e CD à fl. 542;
2. Mediante intimação, enviar ao sujeito passivo o novo demonstrativo de débito juntado pelo autuante, oferecendo prazo de 60 dias, com a finalidade de o contribuinte exercer seus direitos de defesa e contraditório, bem como acostar aos autos o respectivo comprovante de entrega do citado documento.

À fl. 602, ao cumprir o pedido de diligência, o autuante junta novo demonstrativo da infração 02, alterando o valor relativo ao mês de dez/12 para R\$5.972,92, além de consignar valores aos meses de fevereiro, abril e novembro do exercício de 2012.

Devidamente intimado, o sujeito passivo apresenta manifestação às fls. 610 a 612, na qual ratifica a impugnação interposta.

À fl. 628, o autuante ratifica os dados e informações constantes da peça de informação fiscal nas fls. 590 a 596.

VOTO

Trata o presente procedimento do lançamento de duas irregularidades questionadas pelo sujeito passivo.

No que concerne à infração 01, constato o atendimento às formalidades para a sua validade, ao cumprir os requisitos constantes no art. 39 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Quanto ao mérito da citada infração, a alegação defensiva não possui o condão de afastar a acusação fiscal, pois o Convênio nº 100/97 possui o objetivo de impor redução da base de cálculo do ICMS nas saídas dos insumos agropecuários, conforme Ementa e Cláusula primeira.

A Cláusula quinta desse convênio, base da alegação defensiva, apenas, autoriza os Estados Membros da Federação e o Distrito Federal a não exigir a anulação do crédito prevista nos incisos I e II do art. 21, da Lei Complementar nº 87, de 13/09/1996. Tal autorização não foi demonstrada pelo sujeito passivo.

De outro modo, verifico que o Estado da Bahia, por meio do art. 30, inciso II, da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, determina a obrigatoriedade do estorno de crédito diante da entrada de mercadoria para integração ou consumo no processo de industrialização, produção, geração ou

extração, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto. Tal norma impõe conduta diferente daquela interpretada pelo impugnante.

Ao compulsar os demonstrativos do autuante nas fls. 19, 24, 25 e 26 dos autos, constato que o levantamento fiscal consolida as operações interestaduais de produtos agropecuários sujeitas à redução de base de cálculo, conforme fls. 20 a 24 e 27. Dessa forma, considero que operação de transferência de mercadoria é espécie de operação de saída de mercadoria.

Logo, com base na interpretação de que a redução de base de cálculo prevista no Convênio nº 100/97, norma impositiva, possui natureza jurídica de isenção parcial, na norma específica contida no art. 30, inciso II, da Lei nº 7.014/96 e no art. 141 do RPAF/99, não acolho os argumentos defensivos e julgo subsistente o lançamento consignado na infração 01.

Quanto à infração 02, o lançamento cumpre os requisitos formais dispostos no art. 39 do RPAF/99, a partir do atendimento à diligência fiscal, pelo autuante, ao discriminar as datas de ocorrência do inerente lançamento em novo demonstrativo, diferentemente da consolidação das datas de ocorrência para 31/12/2012, fl. 2, possibilitando ao sujeito passivo exercer seus direitos à defesa e ao contraditório, oportunidade em que manteve seus argumentos defensivos consignados em sede de impugnação, fls. 610 a 612.

Constato que o novo demonstrativo, fl. 602, apresenta possíveis valores de imposto a recolher nos meses de fevereiro, abril e novembro do exercício de 2012, não consignados neste Auto de Infração, além da redução do valor histórico, originalmente lançado, referente ao mês de dez/12, para R\$5.972,92.

De plano, pela evidência de agravamento da infração, aplico o art. 156 do RPAF/99 no sentido de representar à autoridade competente a instauração de novo procedimento fiscal relativo aos meses de fevereiro, abril e novembro do exercício de 2012, em face, inclusive, da proibição da *Reformatio in pejus*.

No que se refere ao mês de dez/12, verifico a inexistência de operações destinadas ao exterior, tendo em vista o valor consignado na coluna "E" do citado demonstrativo. Dessa forma, diante da manifestação expressa do sujeito passivo na ratificação dos argumentos elencados na peça impugnativa, fls. 610 a 612, considero pertinente o respectivo lançamento, já que não há proporcionalidade a ser analisada, como alega o autuado. Logo, julgo o lançamento subsistente em parte no valor de R\$5.972,92, discriminado no demonstrativo de fl. 602, com base no art. 24 da Lei nº 7.014/96, nos arts. 305 e 312, inciso II, do Decreto nº 13.780, de 16/03/12 e nos arts. 140 e 141 do RPAF/99.

Quanto ao caráter confiscatório aventado, de modo a incidir em declaração de inconstitucionalidade da multa proposta, ainda que de forma indireta, fica proibida a manifestação deste Órgão Julgador de primeira Instância Administrativa, tendo em vista o art. 167 do RPAF/99. No que tange à redução do valor proposto da multa, igualmente, carece de competência o citado Órgão, em virtude de a multa decorrer do inadimplemento de obrigação tributária principal - art. 159 do RPAF/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207097.0016/14-1** lavrado contra **ITAUEIRA AGROPECUÁRIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$161.316,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, "a" e "b", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Pela evidência de agravamento da infração, aplicado o art. 156 do RPAF/99, representando à autoridade competente a instauração de novo procedimento fiscal relativo aos meses de fevereiro, abril e novembro do exercício de 2012, em face, inclusive, da proibição da *Reformatio in pejus*.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2016.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – JULGADOR