

**PROCESSO** - A. I. Nº 207097.0016/14-1  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ITAUEIRA AGROPECUÁRIA S/A.  
**RECORRIDOS** - ITAUEIRA AGROPECUÁRIA S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0174-05/16  
**ORIGEM** - INFAZ ALAGOINHAS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 10/05/2017

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO C.JF Nº 0122-12/17**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. É nula a Decisão proferida com preterição do direito de defesa e supressão de instância. Retornem-se os autos à primeira instância para novo julgamento. Decretada, de ofício, a nulidade da decisão. Recursos **PREJUDICADOS**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata o presente processo de Recurso de Ofício e Voluntário, em face da Decisão proferida no Acórdão JJF nº. 0174-05/16 da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência em parte do Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir o valor de R\$ 161.316,24, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII alínea “a” e “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais em razão de duas irregularidades objeto deste Recurso:

*INFRAÇÃO 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%.*

*INFRAÇÃO 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 subseqüentes 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%.*

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 2ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração, o que fez nos seguintes termos:

**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.*

Intimado acerca do resultado do julgamento o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 649/661) em relação à Decisão da junta, reiterando todos os argumentos suscitados na peça defensiva, além de:

Com relação à infração 1 aduz que: “a redução da base de cálculo, prevista no Convênio 100/97, só se aplica nas operações de venda interestaduais, como se depreende do previsto no inciso II, da Cláusula Quinta do referido Convênio, in verbis”:

**Cláusula quinta** Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a:

*I - não exigir a anulação do crédito prevista nos incisos I e II do artigo 21 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996;*

*II - para efeito de fruição dos benefícios previstos neste convênio, exigir que o estabelecimento vendedor deduza do preço da mercadoria o valor correspondente ao imposto dispensado, demonstrando-se expressamente na Nota Fiscal a respectiva dedução;*

Desta forma, “a norma acima é de uma clareza solar: **é exigido do estabelecimento VENDEDOR a redução do preço o valor do imposto dispensado**, em decorrência dos benefícios previstos no Convênio ICMS 100/97”.

Assevera que: “a redução da base de cálculo do ICMS só deve ser aplicada nas operações de **VENDA** de insumos agropecuários, jamais em outras operações, como, por exemplo, nas de

*transferências de insumos entre estabelecimento da mesma empresa, caso concreto da presente lide”.*

Afirma que mesmo que, no caso em tela, se aplicado as regras previstas no Convênio ICMS 100/97, a recorrente não se aproveitou dos créditos constantes nas notas fiscais, constantes do levantamento fiscal, em virtude de realizar o estorno de crédito com base no art. 30 inc. II da Lei nº 7.014/96.

*Art. 30. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:*

*(...)*

*II - for integrada ou consumida em processo de industrialização, produção, geração ou extração, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto;*

A Recorrente informa que: *“é um estabelecimento produtor de frutas frescas (melão, melancia, etc.), produtos estes que são isentos na forma do Convênio ICM 44/75 c/c com o art. 265, I, “a”, do RICMS/BA, in verbis:”*

*Art. 265. São isentas do ICMS:*

*I - as saídas internas e interestaduais:*

*a) desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75, exceto alho, amêndoas, avelãs, castanha da europa e nozes (Conv. ICM 07/80);*

*Nota: A redação atual da alínea “a” do inciso I do caput do art. 265 foi dada pela Alteração nº 3 (Decreto nº 13.966, de 04/05/12, DOE de 05 e 06/05/12), efeitos a partir de 01/04/12, redação anterior sem efeitos.*

Por fim diz que: *“qualquer que seja o ICMS a ser considerado em relação às Notas Fiscais em comento, o crédito não será aproveitado pela Recorrente em sua totalidade. A exação exigida no auto de infração em comento, relativamente à “Infração 1”, é totalmente indevida, pois se mantido o lançamento em questão, há que se ajustar o estorno realizado pela Recorrente dada a utilização dos insumos na produção de mercadorias isentas de ICMS, tornando nulo o efeito do seu lançamento”.*

Com relação à Infração 2, não traz nenhum argumento novo, limitando-se a dizer no seu intróito que: *“reitera todos os argumentos trazidos quando da peça impugnatória”.*

Ao final de seu recurso, a defendente, ressalta o caráter confiscatório da multa de 60%, que fere a garantia expressa do Art. 150, IV da Carta Magna. Nesta linha, colaciona aos cadernos processuais extensas decisões do STF sobre a matéria.

Por fim, pede que seja reformado o Acórdão 5ª JF nº JF nº 0174-05/16, no sentido de:

- a) Considerar indevido o lançamento relativo à “Infração 1” do auto de infração ora combatido, já que o crédito considerado indevido foi estornado, na forma do art. 30, II, da Lei 7.014/96.*
- b) Mantida as Infrações imputadas à Recorrente, o que se admite por segurança jurídica, a multa lançada seja adequada em percentual entre 20% e 30% sobre o valor do tributo, tendo por fulcro o inafastável princípio do não-confisco, nos termos previsto no artigo 150, IV da Constituição Federal de 1.988.*

## VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário contra Decisão proferida por meio do Acórdão da 5ª JF nº 0174-05/16, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 29/09/2014 para exigir crédito tributário no montante de R\$ 161.316,24.

Contudo, da análise das peças processuais, mais precisamente do pedido da Diligência (fl.599) a 2ª JF, pede ao autuante para elaborar e juntar aos autos o demonstrativo de débito, por data de ocorrência dos valores históricos mensais relativos à infração 2, tendo como parâmetro o demonstrativo acostado à fl. 28 e CD à fl.542.

E logo após, mediante intimação enviar ao sujeito passivo o novo demonstrativo de débito juntado pelo autuante, oferecendo prazo de 60 dias com a finalidade o contribuinte exercer seu direito de defesa e contraditório, bem como acostar aos autos o respectivo comprovante de entrega do citado documento.

Mas ao verificar o termo de intimação de conhecimento da Diligência (fl.603), noto que o prazo dado a recorrente foi de 10 dias, e não os 60 dias determinado pela 2ª JJF.

Ante o exposto, considero PREJUDICADA a análise do Recurso de Ofício e Voluntário e, de ofício, voto pela NULIDADE da Decisão recorrida, devendo os autos retornar à Primeira Instância para que seja proferida nova Decisão.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADOS** a análise dos Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e, de ofício, decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **207097.0016/14-1**, lavrado contra **ITAUEIRA AGROPECUÁRIA S/A.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento, a salvo de falhas.

Sala das Sessões CONSEF, 10 de abril de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAUJO – PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS