

PROCESSO - A. I. N° 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 n° 0174-05/16
ORIGEM - INFAS ALAGOINHAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/05/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 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 n°. 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 n° 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 n° 100/97 e suas alterações, como também o previsto no RICMS - Dec. n° 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 transcrita 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 n° 7.629/99.

Quanto ao mérito da citada infração, a alegação defensiva não possui o condão de afastar a acusação fiscal, pois o Convênio n° 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 n° 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 n° 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 defendant, 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 JJF nº JJF N° 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 JJF 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 JJF, 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 2^a 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 2^a 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