

PROCESSO	- A. I. N° 206918.3000/16-0
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MOSAIC FERTILIZANTES O BRASIL LTDA.
RECORRIDOS	- MOSAIC FERTILIZANTES DO BRASIL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0016-05/17
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 02/03/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0009-11/18

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Falta de indicação dos critérios que levaram à redução do Auto de Infração. Retornem os autos à primeira Instância para novo julgamento. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Nesta oportunidade processual, cuida a procedimentalidade da análise dos Recursos de Ofício, apresentado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, e Voluntário, interposto contra a Decisão (Acórdão JJF nº 0016-05/17) que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, lavrado em decorrência de 4 (quatro) irregularidades, sendo as infrações 01 e 02 objeto dos Recursos de Ofício e do Voluntário, respectivamente.

INFRAÇÃO 1 - Deixar de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos funcionários, referente às aquisições de JB Refeições Industriais Ltda -ME, sem Regime Especial para apuração do ICMS em conta corrente, conforme demonstrativo B - Diferido Alimentação, parte integrante do Auto de Infração; cópia entregue ao Contribuinte, nos meses de novembro de 2014. Multa de 60% - Art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$20.027,89;

INFRAÇÃO 2 - Recolher a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, referente às saídas interestaduais para Terloc Terminal Logístico Ltda, no Estado de São Paulo, para fins de armazenagem da mercadoria Sulfato de Potássio, com utilização da redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 100/97, sem previsão legal do benefício nas operações, conforme demonstrativo A - Saída Armazenagem UF, parte integrante do Auto de Infração; cópia entregue ao Contribuinte, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e 2014. Multa de 60% - Art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$ 54.914,87;

O autuado, através de representante legal, apresentou impugnação (fls. 33 a 37), e o autuante prestou as informações fiscais (fls. 74 a 75) e (fls. 191 a 192) para, em seguida, a Junta de Julgamento Fiscal julgar pela Procedência em Parte do Auto de Infração, com decisão de teor adiante reproduzido:

“O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla 4 infrações, tanto por descumprimento de obrigação principal como acessória, relativas ao ICMS, já devidamente relatadas.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Verifico que o sujeito passivo reconhece a procedência das infrações 3 e 4, em relação às quais cabe a manutenção das exigências tributárias, observado que os atos que formalizam o lançamento dos respectivos créditos tributários ocorreram em consonância com o devido processo legal.

Resta o exame das infrações 1 e 2. No que tange a infração 1, relativa à falta de recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, referente às aquisições de JB Refeições Industriais Ltda-ME, sem Regime Especial para apuração do ICMS em conta corrente, o sujeito passivo apresenta os comprovantes de recolhimento do ICMS diferido alimentação (fls. 48 a 71), acolhidos pelo

autuante, não cabendo a presente exigência tributaria no que alude à infração 2.

A infração 1, portanto, é improcedente.

Quanto à infração 2, se refere a recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, concernente às saídas interestaduais para Terloc Terminal Logístico Ltda., no Estado de São Paulo, para fins de armazenagem, da mercadoria Sulfato de Potássio, com utilização da redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 100/97.

Trata-se da saída de Sulfato de Potássio, para a Terloc Terminal Logístico Ltda, estabelecida em São Paulo. O benefício da redução da base de cálculo, para tal produto, se dá conforme determina o inciso III, Cláusula segunda do Convênio ICMS 100/97, como segue:

“Cláusula segunda Fica reduzida em 30% (trinta por cento) a base de cálculo do ICMS nas saídas interestaduais dos seguintes produtos:

I - farelos e tortas de soja e de canola, cascas e farelos de cascas de soja e de canola, sojas desativadas e seus farelos, quando destinados à alimentação animal ou ao emprego na fabricação de ração animal;

II – milho, quando destinado a produtor, à cooperativa de produtores, à indústria de ração animal ou órgão oficial de fomento e desenvolvimento agropecuário vinculado ao estado ou Distrito Federal;

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;

Entendo que se trata de um benefício que condiciona o uso na agricultura e na pecuária do produto em questão. Assim, a redução da base de cálculo para ser aplicada deve o contribuinte, diante do questionamento do fisco, demonstrar que a condição foi atendida. Não se trata de uma prova negativa e sim de uma prova necessária a utilização do benefício, uma vez que ela é a condição para que o mesmo seja usufruído.

No presente caso, a destinação do produto, tendo em vista que foi para uma empresa de logística situada no Estado de São Paulo, não há, pelo destinatário, como se assegurar da destinação prevista no inciso III da Cláusula segunda do Convênio ICMS 100/97. É imprescindível que se comprove a aludida condição, que o sujeito passivo não consegue demonstrar nos autos, visto não alinhar qualquer elemento probatório que permita concluir que foi atendida a condição necessária à concessão do benefício fiscal, além da certificação de que produz e comercializa fertilizantes, adubos e produtos destinados à nutrição animal, relativos ao uso na lavoura e pecuária, elementos que são necessários, contudo não suficientes para concluir pela destinação prevista na aludida legislação.

Assim, fica mantida a infração 2.

Diante do exposto, voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.”

Diante do teor da Decisão, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “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.

De sua parte, o sujeito passivo, inconformado com a Decisão de Primeira Instância, interpôs, em tempo hábil, Recurso Voluntário (fls. 276 a 284), combatendo apenas a imputação 2, inicialmente descrevendo os fatos para, em seguida, hostilizar a decisão na parte em que manteve o lançamento de ofício, pleiteando, ao final, o acolhimento integral da defesa, para fins de anular integralmente o Auto de Infração.

Assim, asseverou ser impossível prevalecer o entendimento fixado no acórdão, porquanto a acusação foi enquadrada no art. 29, § 8º, da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 266, inciso III do RICMS do Estado da Bahia, enquanto, nas operações autuadas, não houve qualquer descumprimento a tais dispositivos legais.

A irresignação reside no fato de não terem sido aceitos os argumentos defensivos apresentados pelo recorrente, fundamentando-se o acórdão na tese de que o contribuinte não comprovou a aplicação da mercadoria autuada pelo destinatário em atividade agrícola, condição necessária para usufruir do benefício da redução da base de cálculo do imposto.

Ressaltou ser o principal objeto social da autuada a industrialização e comércio de fertilizantes, adubos e produtos destinados à nutrição animal, relativos ao uso na lavoura e pecuária, atividade

econômica desenvolvida pela empresa, formalizada pela documentação societária devidamente registrada nos órgãos competentes, conforme contrato social anexo, e também comprovado pelo CNAE cadastrado perante a Receita Federal do Brasil, conforme consta no cartão CNPJ. Juntou tela do “CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA”.

Prosseguindo, asseverou que, analisando apenas as partes envolvidas na operação de armazenagem, de um lado se tem como remetente o recorrente, que é fabricante de adubos e fertilizantes, e, do outro lado, o próprio armazém, com a finalidade precípua de guarda, ou seja, após um período, o mesmo sulfato, que foi remetido, retorna para o estabelecimento da recorrente, fato comprovado através das notas fiscais que instruíram a defesa.

Aduziu que, superada a análise da operação de armazenagem, que, por si só, já comprovaria que o bem remetido depois retornava ao estabelecimento da ora recorrente, porquanto faz parte de suas atividades industrializá-lo, utilizando-o na composição dos fertilizantes que comercializa e, portanto, destinado à agricultura, apresentando-se como inadmissível prosperar a incoerência da lavratura, a qual se encontra fundamentada na mera presunção de que o produto em questão, “Sulfato de Potássio”, não foi destinado à agricultura.

Em seguida, explicou ser o Sulfato de Potássio um composto químico formado basicamente por uma mistura de potássio e enxofre, nutrientes essenciais para o desenvolvimento das plantações, afirmando que tal composto, por si só, é considerado fertilizante, porém, pode ser utilizado para diversas misturas, criando um novo fertilizante ou, ainda, usado para potencializar sua performance.

Invocou e colacionou, por considerá-lo importante, o trecho do Convênio ICMS 100/97 aplicável ao caso versado.

Daí, afirmou que, comprovado ser o objeto social, ou seja, a atividade desenvolvida pela recorrente, a fabricação de adubos e fertilizantes, ficava devidamente provado que o referido sulfato de potássio era utilizado como matéria prima em outras formulações de fertilizantes específicos para cada tipo de solo ou safra, ou mesmo podendo ser comercializado como fertilizante.

Esclareceu ter tal produto, no contexto dos negócios desenvolvidos pelo recorrente, somente aplicação na agricultura, assegurando que entender de modo diverso seria pretender forçar a Impugnante a fazer prova negativa, o que se apresenta como arbitrário e abusivo, ante todas as comprovações de que o sulfato de potássio foi enviado para armazenagem, retornou, depois foi utilizado na produção de fertilizantes para aplicação na agricultura e pecuária, ou seja, não teve destinação diversa daquela disposta no Convênio nº 100/1997.

Destacou, também, que a uma simples análise da classificação fiscal se verifica o enquadramento do sulfato de potássio como fertilizante, o que não deixaria margens para questionamentos acerca de sua destinação, chamando atenção para tabela TIPI.

Capítulo 31 - Adubos (fertilizantes)

Nota 4 - A posição 31.04 compreende unicamente, desde que não apresentados sob as formas ou embalagens previstas na posição 31.05:

a) Os produtos seguintes:

- 1) Os sais de potássio naturais, em bruto (carnalita, cainita, silvinita e outros);*
- 2) O cloreto de potássio, mesmo puro, ressalvadas as disposições da Nota 1 c) acima;*
- 3) O sulfato de potássio, mesmo puro;*
- 4) O sulfato de magnésio e potássio, mesmo puro;*

b) Os adubos (fertilizantes) que consistam em misturas entre si de produtos indicados na alínea a) acima.

<i>31.04</i>	<i>Adubos (fertilizantes) minerais ou químicos, potássicos,</i>	
<i>3104.20</i>	<i>- Cloreto de potássio</i>	
<i>3104.20.10</i>	<i>Com teor de óxido de potássio (K₂O) não superior a 60 %, em peso</i>	<i>NT</i>
<i>3104.20.90</i>	<i>Outros</i>	<i>NT</i>

3104.30	- Sulfato de potássio	
3104.30.10	Com teor de óxido de potássio JK20 não superior a 52 %, em peso	NT
3104.30.90	Outros	O
3104.90	- Outros	
3104.90.10	Sulfato duplo de potássio e magnésio, com teor de óxido de potássio (K20) superior a 30 %, em peso	O
3104.90.90	Outros	NT

Nesse contexto, sustentou que caem por terra os dois argumentos indicados na Informação Fiscal para a manutenção da autuação, quais sejam:

1. não verificação do retorno da mercadoria, nem mesmo sob a forma simbólica, ao estabelecimento de origem; a defesa se encontra instruída com as notas de retorno das operações de remessa para a armazenagem.
2. ausência de prova de que as mercadorias foram destinadas para uso na agricultura ou pecuária; por si só o sulfato de potássio já pode ser aplicado como fertilizante, além disso a Impugnante remeteu para armazenagem o sulfato em comento, o qual, após um período, retornou. Além do que o recorrente tem como objeto social a fabricação e comercialização de adubos e fertilizantes, sendo utilizado o sulfato em seu processo produtivo.

A par disso, arguiu que as operações autuadas foram realizadas de acordo com todas as previsões do Convênio ICMS N° 100/97, configurando-se o direito à redução da base de cálculo relativa ao ICMS nelas incidente, uma vez que tal convênio exige apenas que seja uma saída interestadual de um fertilizante.

Ademais, de acordo com o estabelecido no inciso III do artigo 266 do RICMS/BA, a entrada dos insumos deu-se em estabelecimento industrial da ora recorrente, localizado no Estado da Bahia, cumprindo, mais uma vez, as exigências estipuladas pela legislação.

Concluiu postulando o acolhimento das razões recursais, objetivando o cancelamento do Auto de Infração epigrafado, ante a comprovação da regularidade das operações interestaduais de remessa e retorno para armazenagem (item II da lavratura), com a consequente extinção e o arquivamento do Processo Administrativo Fiscal.

Salientou que, em relação aos itens III e IV do Auto de Infração, considerando que já foram pagos e os comprovantes juntados aos autos, procedimento repetido nesta oportunidade, imperioso o acolhimento deste recurso, visando ser declarada, nos termos do art. 156, do Código Tributário Nacional, a extinção da mencionada parcela do crédito tributário formalizado de ofício e ora recorrido, reafirme-se, considerado o pagamento do débito.

VOTO

Conforme minuciosamente relatado, o Auto de Infração supra identificado imputa ao contribuinte o cometimento de quatro infrações à legislação do ICMS, tendo a decisão de primeira instância julgado Procedente em Parte a autuação, o que gerou a irresignação do sujeito passivo, através de Recurso Voluntário, objetivando a sua reforma, no que tange a imputação 02.

O contribuinte, na sua peça recursal, sustentou a incoerência da lavratura, a qual se encontra fundamentada na mera presunção de que o produto “Sulfato de Potássio” não foi destinado à agricultura.

Outrossim, asseverou ter a empresa recorrente comprovado o seu objeto social, ou seja, a atividade por ela desenvolvida, que é a fabricação de adubos e fertilizantes, ficando devidamente demonstrado que o referido sulfato de potássio é utilizado como matéria prima em outras formulações de fertilizantes específicos para cada tipo de solo ou safra, só podendo ser comercializado como fertilizante.

Sustentou que as operações autuadas foram realizadas de acordo com todas as previsões do Convênio ICMS 100/97, configurando-se o direito à redução da base de cálculo relativo ao ICMS

nelas incidente, uma vez que tal convênio exige apenas que exista uma saída interestadual de um fertilizante.

Na sua tese recursal, aduziu que, de acordo com o descrito no inciso III do artigo 266 do RICMS/BA, a entrada dos insumos deu-se em estabelecimento industrial do recorrente, localizado no Estado da Bahia, cumpridas, mais uma vez, as exigências estipuladas pela legislação, não sendo plausível a manutenção da autuação.

Ocorre que, do exame detido das peças processuais, constata-se que a ação fiscal seguiu os ritos legais e o recurso foi apresentado tempestivamente, inexistindo cerceamento de defesa.

A par disso, analisado o acórdão lavrado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, a qual, inclusive, formalizou Recurso de Ofício, verifica-se uma discrepância insanável, porquanto consta como valor remanescente, julgado como devido pelo autuado, o importe de R\$76.996,78, somando-se as infrações mantidas integralmente na decisão de piso, quais sejam, as de nºs 02, 03 e 04, enquanto, na resolução, o sujeito passivo está sendo condenado ao valor do imposto de R\$20.027,89 e multas no montante de R\$22.081,91 além dos demonstrativos de débitos anexados às fls. 265, 266 e 267 indicarem uma exigência tributária no valor total de R\$42.109,70.

Assim é que, compulsando o teor do acórdão hostilizado, observa-se que a JJF incidiu em falha técnica, entrando em contradição entre os valores indicados no corpo da decisão e o constante da Resolução.

Nesse quadro circunstancial, é importante invocar o art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia, segundo o qual são nulos os atos praticados e as decisões proferidas, tanto se preferido o direito de defesa, quanto se não forem fundamentadas ou não apresentarem a devida clareza na condenação (incisos I e II).

De tal modo, apesar de sequer ter sido pontuado pelo autuado, torna-se necessário que este Órgão julgador, de ofício, proceda à decretação da nulidade, por ser a consequência imposta por Lei às Decisões proferidas sem a necessária e indispensável fundamentação, ou com preferição ao direito de defesa, repita-se, ambos (dever de fundamentação e amplitude de defesa) constitucionalmente assegurados.

Ressalte-se, por fim, que apesar de representar um aparente atraso na tramitação do processo administrativo fiscal, face o retrocesso processual, tal posicionamento pode, entretanto, significar economia futura para o Estado da Bahia, por evitar possíveis honorários sucumbenciais, os quais, provavelmente, ocorreriam em uma demanda no âmbito da Justiça Estadual.

Do exposto, voto no sentido de ser decretada, de ofício, a NULIDADE da Decisão farpeada e, consequentemente, julgo Prejudicado o Recurso Voluntário, de tudo resultando o retorno da procedimentalidade à Primeira Instância para saneamento e novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **206918.3000/16-0**, lavrado contra **MOSAIC FERTILIZANTES DO BRASIL LTDA.**, devendo o processo retornar à Primeira Instância para que se proceda a novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS