

A. I. Nº - 206887.0002/17-1
AUTUADO - OURO VERDE COMÉRCIO DE FERTILIZANTES E REPRESENTAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - JOELSON ROCHA SANTANA
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09.10.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0145-02/18

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Valores reduzidos em face de ajuste procedido em diligência fiscal deferida por demanda do sujeito passivo. Infrações parcialmente subsistentes. **2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL.** Valor ajustado para mais que o original em face de ajuste procedido em diligência fiscal deferida por demanda do sujeito passivo, contudo, neste PAF limitado ao valor original. **3. MULTA FIXA.** Falta de apresentação de livro(s) fiscal(is), quando regularmente intimado. Infração caracterizada. Deferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 15/05/2017, o auto de infração exige o valor de R\$78.636,88, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – 07.01.01 – Deixou de recolher ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Valor: R\$ 2.277,62. Período: Jan, Abr e Ago/2014; Maio a Julho e Set/2015; Mar, Mai, Jul e Out/2015; Mar, Mai, Jul, e Out. 2016. Enquadramento legal: Artigo 8º, II e § 3º do art. 23 da Lei 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS-BA/2012. Multa: Artigo 42, II, “d”, da E dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05 nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 – 07.01.02 – Recolheu a menos ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Valor: R\$ 3.333,74. Período: Fev, Jun, Set e Nov/2014; Fev, Abr, Ago e Out/2015; Jan, Abr, Set, Nov e Dez/2016. Enquadramento legal: Artigo 8º, II e § 3º do art. 23 da Lei 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS-BA/2012. Multa: Artigo 42, II, “d”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 – 07.15.01 – Deixou de recolher ICMS por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização. Valor: R\$ 71.645,52. Período: Jan e Dez/2014; Maio a Julho, Set e Nov/2015; Mar, Jul e Out/2016. Enquadramento legal: Artigo 12-A, da Lei 7.014/96. Multa: Artigo 42, II, “d”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 – 16.04.01 – Deixou de apresentar Livro(s) Fiscal(is), quando regularmente intimado. Valor: R\$ 1.380,00. Período: 04 e 11/04/2017. Enquadramento legal: Artigo 34, VII e VIII, da Lei 7.014/96 c/c art. 108 da Lei 3.956/81. Multa: Artigo 42, XX, da Lei 7.014/96.

O autuado impugna o lançamento às fls. 106-110. Diz que a exação fiscal não procede, pois o Auditor fez retroagir lei tributária para alcançar fato gerador pretérito em detrimento do contribuinte.

Quanto ao mérito da autuação, relata atuar no comércio atacadista de fertilizantes, adubos e defensivos agrícolas, sendo que boa parte das mercadorias que comercializa tem tratamento tributário específico dado pelo Conv. ICMS 100/97, bem como pelos Protocolos ICMS106/09 e 27/10, mas, verificando tais dispositivos e analisando o AI e planilhas/demonstrativos exigindo ICMS ST,

alega indevida a exação, haja vista que no período 2014 e 2015 as mercadorias ali descritas não estavam sujeitas à ST.

Exemplificando com as mercadorias NCMs 84.09.80.95, 8423.91.90, 8483.50.10, 8482.10.10, 4016.99.90 e 8409.91.13, aduz que muitas das mercadorias só passaram a constar do Anexo I do RICMS-BA a partir de março 2016, mas, retroagindo a lei, o Auditor alcançou aquisições realizadas entre janeiro 2014 a fevereiro 2016.

Além disso, afirma que o Auditor exige ICMS por antecipação, cobrando indevidamente o diferencial de alíquota sobre a aquisição de mercadorias sujeitas à ST com fase de tributação já encerrada, a exemplo das mercadorias com NCM 8431.30.00 e 7318.16.00, adquiridas em São Paulo, as quais constam do Protocolo ICMS 104/09; das mercadorias NCM 3923.29.13 e 2809.20.19, provenientes de SP, ES, MG e RJ, conforme Protocolo ICMS 106/09 e 27/2010; previstas no Anexo I do RICMS-BA desde 2014.

Também diz haver indevida cobrança de diferencial de alíquota na aquisição da mercadoria NCM 3809.91.99, proveniente do RJ, signatário do Protocolo IMCS 27/10, a partir de fevereiro 2015, o mesmo ocorrendo com relação à mercadoria NCM 1209 (sementes) e mudas que são mercadorias isentas por força do disposto no art. 265, I, “a” e “b”, do RICMS-BA, conforme demonstrativo que diz em anexo.

Aduz que a isenção também se aplica aos defensivos e fertilizantes, conforme o Dec. Estadual 16.284 de 18 de agosto de 2015, que trata da manutenção do benefício fiscal da isenção na cobrança do ICMS para insumos agropecuários indicados no Conv. ICMS 100/1997, mercadoria que passou a ter carga tributária de 4% (nas operações com fertilizantes), sendo que antes disso o fertilizante era isento de ICMS.

Assim, diz, o AI contém inconsistências e ofensas aos princípios da não cumulatividade do ICMS (art. 155, 2º, II, da CF) e da irretroatividade da lei tributária, além de erro na aplicação da legislação e cobrança indevida do imposto, devendo, portanto, o AI ser julgado improcedente.

Concluindo, pede o acolhimento da Impugnação para que o AI seja julgado improcedente, ou, no caso de entendimento diverso, que seja determinada a revisão do lançamento, pelo que requer a realização de diligência fiscal.

O autuante presta informação fiscal, à fl. 120. Diz que sem apresentar demonstrativo que possa desqualificar os levantamentos da autuação, o contribuinte “alega, entre outras coisas, que retroagimos a lei para alcançar as aquisições realizadas nos anos de 2014 a 2016, acrescentando à BC MVA incidente nas aquisições interestaduais e cita alguns NCMs num universo bem maior que são efetivamente da Antecipação parcial e da total, conforme as referidas planilhas”.

Afirma que as infrações se referem tão somente a falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por ST, como também pela falta do recolhimento do ICMS referente a antecipação parcial, conforme demonstrativos de fls. 05-09.

Também diz não proceder a alegação defensiva quanto à cobrança de ICMS relativa a diferencial de alíquota sobre mercadorias com fase de tributação encerrada, pois apenas encontrou diferença do imposto que o contribuinte deixou de recolher mesmo com alíquotas de origem e alíquota interna reduzida.

Mantém a autuação por entender não haver inconsistências nem ofensa à legislação, como alegado pelo Impugnante.

Às fls. 124-126 o autuado se manifesta acerca da Informação Fiscal. Após sintetizar a Impugnação, diz que o autuante, sem se debruçar sobre os questionamentos da defesa com relação às mercadorias sujeitas à ST sobre as quais exige ICMS por diferencial de alíquota, nem quanto à aquisição de mercadorias isentas, sobre as quais fez incidir ICMS por antecipação parcial, limitou-se a reafirmar a correção do lançamento fiscal.

Sobre a afirmação do autuante acerca da falta de apresentação de planilhas, ressalta que está questionando a forma como foi aplicada a lei que culminou na exação fiscal, razão pela qual todo

o levantamento fiscal e não apenas os anexos contendo planilhas estariam eivados de vícios insanáveis. Assim, reitera toda a Impugnação e pede que o AI seja julgado improcedente.

Visando esclarecer o contraditório, à fl. 152 consta pedido de diligência para o autuante:

- a) Intimar o autuado a apresentar demonstrativo referente às suas alegações, ou seja, indicando para cada infração impugnada, as notas fiscais que se enquadram nas situações tributárias apontadas na defesa, de modo a verificar se cabem alterações e/ou exclusões nos itens e valores que considere indevidos;
- b) Após o exame das razões defensivas, e do demonstrativo apresentado na forma solicitada no item antecedente, se confirmadas tais assertivas, proceda as alterações e/ou exclusões que se fizerem necessárias para o deslinde das questões arguidas na defesa;
- c) Recomenda-se que o autuante preste a Informação Fiscal, decorrente deste pedido de diligência, com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação (art. 127, § 6º, do RPAF/99);
- d) Se necessário, deve ser refeito o demonstrativo de fls. 04 e 05, apresentando novo demonstrativo de débito, com a indicação dos valores que devem ser mantidos no AI.

Intimado (fl. 137), o contribuinte prestou as informações (fls. 151-222).

Conforme a Informação Fiscal de fl. 256, entendendo que as indicações do Impugnante procediam, o autuante ajustou a exação fiscal, inclusive quanto às reduções das bases de cálculo nas alíquotas internas (de 17 para 6,8%, equivalente a 60% de redução), conforme planilhas de fls. 257-370.

Intimado com ciência do recebimento de cópia dos demonstrativos acerca do ajuste efetuado por ocasião da diligência (fl. 372) e comunicação de prazo para, querendo, sobre ele se manifestar, o contribuinte não mais se pronunciou nos autos.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração conduz 04 (quatro) infrações pelas quais exige o valor de R\$ 78.636,88.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 03-verso, 07-14, 17, 22, 120, 122 e 372, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 05-96, 257-369, CDs de fls 121 e 370); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Oportunamente, o lançamento foi impugnado exemplificando indevidas inclusões de operações no levantamento fiscal do qual resultaram as infrações e a consequente exação fiscal, em face de equivocada interpretação do preposto fiscal acerca de: a) mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por força do Convênio ICMS 100/97, bem como pelos Protocolos ICMS106/09 e 27/10, no período compreendido pela ação fiscal; b) cobrança de ICMS por diferença entre a alíquota interestadual e a interna, relativa a mercadorias da ST com fase de tributação já encerrada; c) cobrança indevida de ICMS por diferencial de alíquotas relativa a mercadorias isentas de tributação por força do disposto no art. 265, I, “a” e “b”, do RICMS-BA; d) erro na cobrança de ICMS nas aquisições interestaduais com defensivos e fertilizantes, conforme o Dec. Estadual 16.284 de 18 de agosto de 2015 que trata da manutenção do benefício fiscal da isenção na cobrança do ICMS para insumos agropecuários indicados no Conv. ICMS 100/1997, e que passaram a ter carga tributária de 4%.

Pois bem, tendo em vista que: a) a Informação Fiscal foi prestada em desacordo com o previsto no art. 127, § 6º do RPAF, já que, sem contestar as alegações defensivas, limitou-se a reafirmar as acusações fiscais; b) o contribuinte reiterou o pedido de diligência no sentido de que o levantamento fiscal fosse revisto levando em conta os apontamentos feitos na peça defensiva, o PAF foi baixado em diligência ao autor do feito para:

- a) Intimar o autuado a apresentar demonstrativo referente às suas alegações, ou seja, indicando para cada infração impugnada, as notas fiscais que se enquadram nas situações tributárias apontadas na defesa, de modo a verificar se cabem alterações e/ou exclusões nos itens e valores que considere indevidos;
- b) Após o exame das razões defensivas, e do demonstrativo apresentado na forma solicitada no item antecedente, se confirmadas tais assertivas, proceda as alterações e/ou exclusões que se fizerem necessárias para o deslinde das questões arguidas na defesa;
- c) Recomenda-se que o autuante preste a Informação Fiscal, decorrente deste pedido de diligência, com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação (art. 127, § 6º, do RPAF/99;
- d) Se necessário, deve ser refeito o demonstrativo de fls. 04 e 05, apresentando novo demonstrativo de débito, com a indicação dos valores que devem ser mantidos no AI.

Intimado, o contribuinte prestou as informações de forma analítica e, desta vez, ao analisar na forma pedida, o autor do feito em lide reconheceu a procedência das alegações defensivas e revisou o procedimento fiscal original elaborando novas planilhas suporte das infrações, que resulta no valor de R\$ 98.071,18, cujo demonstrativo de débito que se extrai dos demonstrativos refeitos é o seguinte:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor ICM S AJUSTADO
Infração 01					
31/01/14	09/02/14	1743,76	17	60	296,44
30/04/14	09/05/14	364,88	17	60	62,03
31/08/14	09/09/14	1094,71	17	60	186,10
30/11/14	09/12/14	10,59	17	60	1,80
31/05/15	09/06/15	371,59	17	60	63,17
30/06/15	09/07/15	147,41	17	60	25,06
31/07/15	09/08/15	1733,47	17	60	294,69
30/09/15	09/10/15	1074,12	17	60	182,60
31/03/16	09/03/16	986,47	17	60	167,70
30/05/16	09/07/16	2468,71	17	60	419,68

31/07/16	09/08/16	501,29	17	60	85,22
31/10/16	09/11/16	1259,65	17	60	214,14
TOTAL DA INFRAÇÃO					1.998,63
Infração 02					
28/02/14	09/03/14	25,00	17	60	4,25
30/06/14	09/07/14	200,65	17	60	34,11
30/09/14	09/10/14	1411,29	17	60	239,92
31/01/15	09/02/15	144,12	17	60	24,50
28/02/15	09/03/15	1886,65	17	60	320,73
30/04/15	09/05/15	1188,12	17	60	201,98
31/08/15	09/09/15	617,18	17	60	104,92
31/10/15	09/11/15	1660,59	17	60	282,30
31/01/16	09/02/16	3241,76	17	60	551,10
30/04/16	09/04/16	530,71	17	60	90,22
30/09/16	09/10/16	2411,00	17	60	409,87
30/11/16	09/12/16	672,24	17	60	114,28
31/12/16	09/01/17	3355,53	17	60	570,44
Total da Infração					2.948,62
Infração 03					
31/01/14	09/02/14	11151,76	17	60	1.895,80
31/12/14	09/01/15	15677,53	17	60	2.665,18
31/05/15	09/06/15	35115,12	17	60	5.969,57
30/06/15	09/07/15	49260,24	17	60	8.374,24
31/07/15	09/08/15	61269,00	17	60	10.415,73
30/09/15	09/10/15	50582,88	17	60	8.599,09
30/11/15	09/08/13	30975,59	17	60	5.265,85
31/03/16	09/04/16	80693,94	17	60	13.717,97
31/05/16	09/06/16	58641,12	17	60	9.968,99
31/07/16	09/08/16	48990,06	17	60	8.328,31
31/10/16	09/11/16	97312,94	17	60	16.543,20
Total da infração					
Infração 04				Multa fixa	
04/04/17	11/05/17			460,00	460,00
11/04/17	11/05/17			920,00	920,00
Total da infração					1.380,00

Assim, considerando que cientificado do ajuste efetuado no valor da exação, o contribuinte, tendo oportunidade de sobre ele se manifestar, silenciou, tendo em vista a disposição do artigo 142 do RPAF abaixo transcrito, tenho por esgotada a sua irresignação acerca das inconsistências que apontou em detalhes utilizando-se de forma inconteste e sem qualquer atropelo, seu direito à ampla defesa que ocorreu dentro do devido processo legal, neste caso.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

De outro modo, tendo em vista que analisando os autos não há comprovação de que as mercadorias objeto da Infração 03 saíram do estabelecimento com a devida tributação e também não constatando inconsistência no procedimento administrativo que resultou de diligência fiscal, acolho o ajuste procedido para declarar subsistente a exação fiscal no valor ajustado.

Contudo, ainda que considerando devida a exação relativa à infração 03 no valor de R\$ 91.743,93 (maior que o valor original que é R\$ 71.645,52), tendo em vista a impossibilidade de sua majoração neste Auto de Infração, para esta infração preserva-se o valor originalmente lançado com o seu consequente demonstrativo de débito (fls. 01-verso), recomendando-se a elaboração de lançamento complementar relativo à diferença entre o valor ajustado e o original.

Isto, com fundamento nas disposições dos artigos 149, IV, V, VI, VIII e 150, do CTN, observando-se as regras dos seus respectivos parágrafos, em face das seguintes razões: a) porque a atividade processual revisional administrativa na forma de conduzir o processo em busca da verdade material é guiada por dogmas informados por princípios de Direito Administrativo - a exemplo da indisponibilidade do crédito tributário e o da estrita legalidade; b) porque a atividade judicante administrativa visa firmar o ato em julgamento dentro da estrita legalidade, de modo a que, garantindo os direitos do contribuinte se faça realizar o interesse público com a correta aplicação da lei e o consequente ingresso do crédito tributário decorrente da hipótese de incidência concretizada – nem mais, nem menos.

Assim, em face da redução verificada nos valores das infrações 01 R\$1.998,63 e 02 R\$2.948,62; acolhendo o valor ajustado para mais, contudo limitado neste AI ao valor original da Infração 03 e mantido o valor da Infração 04 R\$1.380,80, vejo por subsistir neste PAF o valor de R\$77.972,77, tendo como demonstrativo de débito os valores acima expostos e ajustados para as infrações 01 e 02, mantendo-se os valores originais para as infrações 03 e 04.

Por todo o exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206887.0002/17-1**, lavrado contra **OURO VERDE COMÉRCIO DE FERTILIZANTES E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$76.592,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “d” da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.380,00** prevista no art. 42, XX, do mesmo diploma legal, e dos os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 8.537/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

JOSE ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR