

A. I. N°. - 269197.0001/19-6
AUTUADO - OLAM AGRÍCOLA LTDA.
AUTUANTES - MARCELO DE AZEVEDO MOREIRA, JOSÉ LUIS SOUSA SANTOS e ITAMAR GONDIM SOUZA
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09.10.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0165-02/19

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. PAUTA FISCAL. VALOR MAIOR QUE O VALOR DAS OPERAÇÕES REGISTRADAS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Para fins de utilização, o crédito fiscal das operações, objeto da autuação, corresponde ao imposto decorrente do valor das operações, conforme artigo 309, § 7º do RICMS-BA/2012, que apenas regulamenta o imposto devido nas operações, como previsto no artigo 13, I da LC 87/96. Rejeitado o pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 04/02/2019, o Auto de Infração em lide exige ICMS acusando a seguinte infração:

01.02.24 - Utilização indevida de crédito fiscal do imposto, relativo a parte excedente, nas operações interestaduais, em que o imposto foi recolhido com base em pauta fiscal superior ao valor da operação. Valor: R\$831.744,45. Período: Setembro a Dezembro 2018. Enquadramento legal: Art. 309, § 7º, do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

Registra-se no AI que a empresa adquiriu algodão em pluma de cooperativas no Estado do Mato Grosso com valores do ICMS destacados nos documentos fiscais calculados com base em preço mínimo (pauta fiscal) sendo que as operações ocorreram com valores inferiores ao de pauta, e neste caso os créditos fiscais de ICMS são limitados e calculados pelos valores das operações, conforme art. 309, § 7º do RICMS-BA/2012.

O sujeito passivo apresenta Defesa às fls. 175/188. Após reproduzir a infração, no item “2.1 – DA EFETIVA REALIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES E DA BOA-FÉ DA IMPUGNANTE” afirma se tratar de PAF que glosa créditos de ICMS de mercadorias adquiridas de boa-fé, tema que diz já analisado e decidido pelo STJ de forma favorável aos contribuintes.

Após descrever a sistemática da não cumulatividade do imposto apurado mediante registro de crédito e débito na conta corrente fiscal a partir do ICMS destacados nos documentos fiscais, reproduz excertos doutrinários a respeito e reproduz ementa de decisão do STJ e a Súmula 509 do STJ, para dizer que ainda que a matéria de fundo seja diferente, diz ser incontroversa a presença da boa-fé e da veracidade da compra e venda, razão pela qual usou o crédito fiscal objeto da glosa pelo AI.

No item “2.2. DA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE” segue dizendo que a infração decorre do aproveitamento integral do crédito do ICMS destacado nos documentos fiscais que teve como base de cálculo o valor da pauta fiscal para algodão em pluma adquirido de cooperativas situadas em Mato Grosso.

Destaca que, apesar disso, a acusação não demonstra a origem do valor da pauta fiscal mencionado na planilha “Demonstrativo AI 2691970001196_OLAM AGRICOLA LTDA”, e que, da sua análise apenas verifica a existência de coluna de nome “valor BC pauta”, utilizada para obtenção da diferença exigida no AI, sem indicação da legislação do Estado do Mato Grosso, o que, diz,

afrontaria o artigo 142 do CTN, que reproduz, e que isto resultaria na nulidade do lançamento fiscal, conforme trechos de doutrina e ementas de acórdãos do CONSEF, reproduzidas.

Em complemento à tese de nulidade, aduz que ainda que assim não fosse, não há como manter a glosa dos créditos por ofensa ao artigo 155, § 2º, I, da CF, que por expressar a não cumulatividade do ICMS, reproduz.

Fala que somente nas hipóteses de não incidência ou isenção do tributo o contribuinte não pode compensar o ICMS, como previsto no art. 155, §2º, II, “a” da CF, também reproduzido.

Assim, diz, ainda que se admita que a legislação de Mato Grosso outorgue uma pauta fiscal para a operação com algodão em pluma, não existem dúvidas que o ICMS incidiu sobre esse valor e isso demonstra que o ICMS destacado nas NFs é o que efetivamente incidiu nas operações interestaduais. Portanto, a glosa ofenderia o pacto federativo por declarar a inconstitucionalidade de forma indireta e o imposto deve ser aproveitado.

Diz que, inclusive, essa questão se encontra em análise pelo STF, em sede de repercussão geral, no RE nº 628075, que reproduz.

Além disso, aduz, considerando que a mercadoria é originária de outro Estado, caberá ao estabelecimento remetente obedecer aos enunciados prescritivos relacionados ao ICMS no seu Estado, o que é o efetivo receptor do imposto apurado no respectivo LRICMS. Logo, foge à competência da Bahia questionar os valores adotados pelo Estado do remetente.

Diz que o próprio artigo 309 do RICMS-BA, estabelece que constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário e que o seu § 7º, utilizado como fundamento do AI, não encontra fundamento de validade no artigo 29, da Lei 7.014/96, o que novamente macularia a validade da autuação.

Concluindo, pede a nulidade do AI ou, se esse não for o entendimento, que o AI seja cancelado.

Às fls. 196/202 os autuantes prestam informação fiscal. Após sintetizarem a peça de impugnação, assim rebatem os argumentos defensivos.

Dizem não haver os vícios alegados, pois observaram todos os preceitos legais. Informam que através das portarias nº 35, 140 e 200/2018, a SEFAZ de Mato Grosso instituiu a lista de preços mínimos (pauta fiscal) para produtos agrícolas determinando a BC nas operações interestaduais; que, conforme exemplo da NF-e 19.821, de 07/11/2018 autuada (fl. 26, do PAF), as informações constam nas NFs de venda a ordem (CFOP 6119). Assim, o pedido da nulidade por vício material não tem fundamento legal.

Concordam com a boa-fé alegada e que as operações se efetivaram, bem como reconhecem o direito ao crédito fiscal, obedecendo ao princípio da não cumulatividade, mas, desde que os preceitos legais sejam observados, em especial, os previstos no RICMS-BA. Dizem que o argumento de direito ao crédito fiscal de documento inidôneo foge ao escopo da autuação, bem como não adentram sobre a guerra fiscal dos benefícios fiscais unilaterais concedidos pelas Unidades Federativas e sobrestado pelo STF para decisão a respeito da sua repercussão no RE citado na defesa, tendo em vista estar fora do cerne do PAF.

Quanto ao mérito da autuação, reproduzindo o art. 13, I e 12 da LC 87/96, dizem terem observado o artigo 13, I da LC 87/96, que define o valor da base de cálculo como sendo o valor da operação.

Aduzem que a Lei 7.014/96, norma estadual do ICMS, no seu art. 17, I, fez remissão LC federal e que a normativa estadual citada foi regulamentada pelo RICMS-BA no seu artigo 309, § 7º, também reproduzido.

Assim, dizem, fica admitido o crédito fiscal calculado sobre o valor da operação, o que foi plenamente considerado no procedimento fiscal, por força da função vinculada à lei vigente.

Concluem pugnando pela procedência do AI.

VOTO

Como relatado, o Auto de Infração acusa uso indevido de crédito fiscal de ICMS relativo à parte excedente, nas operações interestaduais em que o imposto foi recolhido com base em pauta fiscal superior ao valor da operação.

Pois bem. Antes de adentrar ao mérito da acusação fiscal impugnada, compulsando os autos verifico: a) conforme docs. de fls. 172 e 173, bem como do teor da Impugnação em que o sujeito passivo exerceu seu direito à plena defesa sem acusar cerceamento, 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) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 08-19, 21-169 e CD de fl. 170); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Ao contrário do alegado pelo Impugnante acerca de falta de demonstração da origem do valor em pauta fiscal exposta na planilha suporte da autuação, às fls. 29-36, dos autos, constam as portarias do Estado de origem das operações que instituíram a pauta fiscal, fundamento da glosa do crédito fiscal objeto do AI.

Ademais, a acusação fiscal tem suporte no “DEMONSTRATIVO DO CÁLCULO DO CRÉDITO INDEVIDO, EM RAZÃO DA UTILIZAÇÃO A MAIOR DO VALOR PERMITIDO, CONFORME ART. 309, § 7º” (fls. 09-19), identificado pormenorizadamente as NFs objeto da autuação, como, data de emissão, número, Chave de acesso, CNPJ do emitente, UF, descrição da mercadoria, CFOP, vlr. da operação, vlr. BC (pauta), Aliq. ICMS, Crédito utilizado, Crédito permitido e Crédito ICMS Indevido.

Portanto, sem sentido lógico nem jurídico a alegação de nulidade suscitada por afronta ao artigo 142 do CTN, e que afastada está.

Superada a análise preliminar, passo a apreciar o mérito do lançamento tributário de ofício em sede de revisão neste órgão administrativo judicante.

De logo, ressalto tratar-se de 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).

Sem objetar os dados contidos nos demonstrativos suporte do AI, o Impugnante confirma que a autuação decorre de uso de crédito de ICMS, cuja base de cálculo estipulada em pauta fiscal do Estado remetente é maior que o valor destacado nas operações identificadas no citado demonstrativo, como se vê no DANFE da NF-e 19.821, exemplo autuado à fl. 26 pelas autoridades fiscais, sua defesa é que: a) agiu de boa-fé; b) a glosa afronta a não cumulatividade do ICMS; c) refere-se a tema já analisado pelo STJ de forma favorável aos contribuintes; d) a Súmula 509 do STJ protege o crédito glosado; e) o ICMS destacado nas NFs é o que incidiu nas operações interestaduais; f) a glosa ofenderia o pacto federativo por declarar a inconstitucionalidade de forma indireta; g) essa questão se encontra em análise pelo STF, em sede de repercussão geral, no RE nº 628075, que trata de benefício fiscal concedido unilateralmente por UF; h) por ter origem fora da Bahia este Estado não pode questionar os valores adotados pelo Estado do remetente.

Contrariando os argumentos da Defesa, as autoridades fiscais autuantes, ainda que reconheçam o

direito ao crédito fiscal dentro da não cumulatividade do ICMS, afirmam que tal direito deve atender a normativa a respeito. No caso, as disposições do artigo 13, I, da LC 87/96, artigo 17, I, da Lei estadual do ICMS (7.014/96), regulamentado no seu artigo 309, § 7º do RICMS-BA.

Pois bem! Compulsando minuciosamente os autos e ponderando os argumentos de acusação e defesa é de se concluir sem muito esforço, que a razão assiste aos autuantes, senão vejamos:

A uma, porque aqui não há falar em ofensa à não cumulatividade do ICMS tendo em vista que sua composição, guardadas as competências tributárias das UF's envolvidas nas operações, decorre da correta aplicação das normativas do imposto aos casos concretos.

Neste caso, situado na Bahia, o contribuinte autuado, além de atender à normativa nacional do ICMS, tem que obedecer à normativa do ICMS de competência da Bahia.

A dois, tratando-se de função vinculada à lei, em que tanto a Administração Tributária ativa autora do ato administrativo impugnado, quanto a Administração Tributária judicante que responde pela revisão do crédito fiscal, cuja legitimidade e legalidade na visão administrativa há de ser afirmada mediante o devido processo legal dentro do Processo Administrativo Fiscal – PAF, aos prepostos da Administração Tributária, como nesse caso e sob pena de responsabilidade funcional, cabe aplicar a legislação de incidência aos casos concretos no sentido de conferir o correto cumprimento das obrigações tributárias por parte dos contribuintes.

Ao que interessa ao deslinde do caso, essas normativas são:

LC 87/96:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

Lei 7.014/96:

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria e na transmissão de sua propriedade, previstas nos incisos I, II, III e IV do art. 4º, o valor da operação;

RICMS-BA:

Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

- o valor do imposto cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

a) de mercadorias para comercialização, inclusive material de embalagem;

...

§ 7º Se o imposto for destacado a mais do que o devido, somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado, inclusive quando, em operação interestadual, a legislação da Unidade Federada de origem fixar base de cálculo superior à estabelecida em lei complementar ou em convênio ou protocolo, ou o imposto houver sido cobrado com base em pauta fiscal superior ao valor da operação. (grifos meus)

Assim, considerando que: a) o crédito fiscal relativo a operações interestaduais, cujo valor destacado nos documentos fiscais de aquisição, calculado na origem com base em pauta fiscal e creditado pelo contribuinte é maior que o valor das operações declaradas nos mesmos documentos; b) a determinação legal para que a base de cálculo do crédito fiscal de direito que se inclui na sua própria BC, corresponde à incidência da alíquota interestadual sobre o valor das operações; c) expressa normativa vigente da Bahia que apenas regulamenta o crédito de direito, o definindo como o valor calculado sobre o valor das operações, como previsto na norma nacional do ICMS, quanto ao mérito do caso em lide, outra conclusão não pode ser senão a confirmação da relação jurídica material estabelecida na origem do AI.

De mais a mais: a) por não se tratar de documento fiscal inidôneo, não há falar em aplicabilidade do disposto na Súmula 509 do STJ; b) por não tratar de benefício fiscal, sobre o caso em exame não há repercussão dos efeitos do RE nº 628075, citado pelo Impugnante; c) dada à unicidade jurisdicional do Direito brasileiro, a arguição de inconstitucionalidade do § 7º, do artigo 309 do

RICMS-BA, não pode ser apreciada no âmbito deste CONSEF (Art. 167, I e III do RPAF) e; d) ainda que sem repercussão para meu juízo sobre este PAF, há várias decisões judiciais de tribunais superiores, inclusive Súmula do STJ (431), que condicionam a tributação de operações por pauta fiscal, situação distinta da vista neste PAF.

Infração subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269197.0001/19-6**, lavrado contra **OLAM AGRÍCOLA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$831.744,45**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de sessões do CONSEF, 10 de setembro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR