

A. I. Nº 210613.0004/18-5
AUTUADO COOPERATIVA AGRÁRIA DOS CAFEICULTORES DE SÃO GABRIEL -COOABRIEL
AUTUANTE HILTON MARINHO SILVA CAVALCANTE
ORIGEM INFRAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 04/09/2020

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0079-01/20-VD

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. [CAFÉ EM GRÃOS]. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO RESPONSÁVEL. O imposto diferido deve ser recolhido pelo contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer o termo final do diferimento na condição de substituto tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/09/2018, formaliza a exigência de ICMS no valor total histórico de R\$414.269,28, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido.*

Consta na complementação da descrição da conduta infracional que o autuado efetuou saída de café em grãos sem o recolhimento do ICMS diferido, não habilitado para operar no regime de diferimento.

Período de ocorrência: fevereiro, abril a julho de 2018.

O autuado apresentou Defesa (fls.62 a 77). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Assinala que o autuante capitulou o Auto de Infração com base no art. 7º e parágrafos; art. 23, § 1º e art. 32 da Lei nº 7.014/96 e a multa aplicada no artigo 42, II, “f” do mesmo diploma legal. Reproduz a redação dos referidos dispositivos legais.

Salienta que o presente lançamento provavelmente se perfaz em um equívoco, haja vista que não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Afirma que no presente caso, as Notas Fiscais eletrônicas de transferência de mercadorias arroladas na autuação demonstram que as mercadorias foram transferidas da filial localizada no Município de Camacan-BA, Cooabriel-Camacan – CNPJ nº 27.494.152/0029-45 para a filial localizada no Município de Itabela-BA, (Cooabriel-Itabela – CNPJ nº 27.494.152/0019-73).

Sustenta que desse modo, não há incidência de ICMS na transferência efetuada, haja vista que não se está diante de uma operação de circulação jurídica ou econômica, por não se tratar de compra e venda, ou algum negócio jurídico assemelhado, que dê amparo à incidência do ICMS.

Diz que assim sendo, resta evidenciado que o lançamento foi açodado e não observou corretamente a subsunção do fato à norma, bem como outros requisitos basilares para a lavratura do auto de infração.

Alega que outro ponto que deve ser considerado é o fato que a movimentação da mercadoria dentro do próprio Estado da Bahia não causou qualquer prejuízo ao Fisco, haja vista que, conforme comprovam os arquivos SPED do período, não houve qualquer apropriação e/ou utilização de créditos pela filial remetente ou a filial destinatária.

Assevera que desse modo, o lançamento é insubsistente.

Consigna que numa análise preambular, poder-se-ia entender que o lançamento ora discutido teria

garida nos moldes do art. 11, § 3º, II, no sentido de que *é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular* c/c o art. 12, I da LC nº 87/1996 que determina que *Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: I – da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.*

Alega que o dispositivo deve ser interpretado de acordo com a regra-matriz do ICMS sobre as operações mercantis que se encontra insculpida na Constituição Federal de 1988, cujo teor reproduz.

Assevera que a circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional diz respeito à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade. Neste sentido, invoca e reproduz lição de Roque Antonio Carrazza e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que editou a Súmula 166, cujo teor reproduz.

Acrescenta que na esteira da Súmula 166, o STJ examinou o Recurso Especial (1.125.133/SP), submetido ao regime de Recurso Repetitivo, transcrevendo o seu teor. Registra que, também, este é o posicionamento do Excelso Supremo Tribunal Federal, conforme transcrição que apresenta. Diz que o Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia também se alinha à uníssona jurisprudência acima mencionada, conforme recente decisão que reproduz.

Conclusivamente, afirma que a transferência de mercadorias entre filiais do mesmo contribuinte não configura operação de circulação sujeita à incidência do ICMS, inexistindo assim qualquer amparo para a manutenção do lançamento ora guerreado.

Prosseguindo, alega defeito de capitulação do lançamento por não incidência do ICMS mesmo em caso de diferimento.

Observa que o lançamento foi fundamentado no art. 7º e parágrafos; art. 23, § 1º e art. 32 da Lei nº 7.014/96, e não obstante na motivação do lançamento constar que a empresa seria *não habilitada para operar no regime de diferimento*, inexistindo nos autos indicação de qualquer dispositivo legal que lhe obrigasse a submeter-se à referida habilitação.

Afirma que também não consta do lançamento o dispositivo legal que determina que as operações com café cru em grão devem se submeter ao regime de diferimento.

Acrescenta que o enquadramento legal utilizado no lançamento trata da regra geral a ser aplicada no diferimento: modalidade, base de cálculo e forma de recolhimento.

Diz que além disso, o regime de diferimento sempre acompanha determinados produtos por conveniência fiscal e do legislador, não sendo crível a exigência de habilitação prévia para a sua incidência, se é que existe, pois como explicitado, não há qualquer informação no Auto de Infração neste sentido.

Conclusivamente, consigna que mesmo que houvesse capitulação válida no lançamento, o que não ocorreu, melhor sorte não restaria ao Auto de Infração, haja vista que não houve a ocorrência do fato gerador, seja ele diferido ou imediato.

Continuando, alega a inexistência de qualquer prejuízo ao Fisco, portanto, inexistindo motivação para a lavratura de qualquer Auto de Infração. Invoca os princípios da razoabilidade e proporcionalidade para afirmar que, no presente caso, pelo fato da não utilização dos créditos, não houve qualquer prejuízo ao erário. Acrescenta que a ausência de prejuízo conduz à dispensa de qualquer multa, especialmente quando não tenha havido intenção de lesar o Fisco. Neste sentido, invoca e reproduz julgados dos tribunais superiores.

Conclusivamente, diz que nesse diapasão todas as sanções impostas pelo Estado devem obedecer aos princípios da legalidade, proporcionalidade e da razoabilidade, mesmo reconhecendo a existência de conflitos entre si de princípios; o que impõe a declaração de nulidade do auto de infração ora guerreado.

Prosseguindo, argui excesso punitivo da multa imposta e o seu claro efeito confiscatório. Alega que inobstante aos argumentos contidos no auto de infração, a multa arbitrada se perfaz em verdadeiro confisco do patrimônio da empresa.

Diz que é cediço que as multas por infração, ou como a hodierna doutrina classifica, multas punitivas, foram erigidas para desestimular determinados atos dos contribuintes visando à redução ou supressão de tributos, contudo, não podem se transformar em objeto de confisco. Neste sentido, reproduz lição do Prof. Ricardo Corrêa Dalla, assim como julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Min. Sálvio Figueiredo.

Afirma que referida penalidade fere ainda o princípio ao não confisco, consagrado na Constituição de 1988. Reproduz aduzido dispositivo constitucional.

Conclusivamente, diz que ainda que persistisse hígido o lançamento, o que não acredita face ao todo exposto, a presente imposição por infração resta despida de qualquer legalidade e constitucionalidade, devendo ser reduzida a valor pertinente e não confiscatório.

Finaliza a peça defensiva requerendo que seja declarada a insubsistência do Auto de Infração. Requer, ainda, caso assim não se entenda, que seja reduzido o valor exigido, trazendo a multa imposta para montante pecuniário que respeite os parâmetros da legalidade e proporcionalidade.

O autuante prestou Informação Fiscal. Discorre sobre as alegações defensivas. Diz que como todas as questões levantadas são questões de Direito, entrega ao CONSEF a apreciação da matéria.

Finaliza dizendo que como em nenhum momento o autuado ataca os fatos que embasaram a lavratura do presente Auto de Infração, nem apresenta prova da habilitação para operar no regime de diferimento, nem apresenta prova de quitação do ICMS devido, pugna pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

A exigência fiscal de que cuida o Auto de Infração em exame se refere à falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, tratando-se de operação de saída de café em grãos realizada pelo autuado.

Conforme descrito na complementação da conduta infracional, o autuado efetuou saída de café em grãos sem o recolhimento do ICMS diferido, *não habilitado para operar no regime de diferimento*.

Verifico que o autuado, no caso COOPERATIVA AGRÁRIA DOS CAFEICULTORES DE SÃO GABRIEL - COOABRIEL, conforme o próprio nome identifica, se trata de cooperativa de produtor rural.

A questão trazida no presente lançamento decorreu do fato de o autuado ter realizado operações de saídas por meio das Notas Fiscais eletrônicas arroladas na autuação, com destino a filial localizada no Município de Itabela-BA, (Cooabriel-Itabela – CNPJ nº 27.494.152/0019-73).

Nas referidas Notas Fiscais eletrônicas o autuado consignou como natureza da operação, transferência de mercadorias recebidas ou adquiridas de terceiro - CFOP 5152 - sem destaque do imposto conforme se verifica, por exemplo, nas Notas Fiscais nºs. 1963, 2734, 2829, 2830, 2930, constantes da planilha elaborada pelo autuante.

O fundamento legal para exigência do imposto diferido do autuado, na condição de sujeito passivo por substituição vinculado a etapa posterior, consta no Auto de Infração como art. 7º, § 1º, art. 23, § 1º e art. 32, todos da Lei n. 7.014/96.

Os referidos dispositivos legais estabelecem o seguinte:

Art. 7º Dar-se-á o diferimento quando o lançamento e o pagamento do imposto incidente sobre determinada operação ou prestação forem adiados para uma etapa posterior, atribuindo-se a responsabilidade pelo pagamento do imposto diferido ao adquirente ou destinatário da mercadoria, ou ao usuário do serviço, na condição de sujeito passivo por substituição vinculado a etapa posterior.

§ 1º Na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações antecedentes, salvo disposição em contrário, o imposto devido pelas referidas operações ou prestações será pago pelo responsável, quando:

I - da entrada ou recebimento da mercadoria, do bem ou do serviço;

II - da saída subsequente por ele promovida, ainda que isenta ou não tributada;

III - ocorrer qualquer saída ou evento que impossibilite a ocorrência do fato determinante do pagamento do imposto.

§ 2º O regulamento poderá submeter ao regime de diferimento operações ou prestações, estabelecendo o momento em que devam ocorrer o lançamento e o pagamento do imposto, ficando atribuída a responsabilidade por substituição ao contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer o termo final do diferimento.

§ 3º O regulamento poderá estabelecer exigências e condições para autorizar o contribuinte a operar no regime de diferimento.

[...]

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

[...]

§ 1º O pagamento do imposto cujo lançamento tenha sido diferido atenderá ao disposto no § 1º do art. 7º.

Ocorre que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia - RICMS/BA, Decreto nº. 13.780/12, atendendo ao comando da Lei nº. 7.014/96, traz um tratamento específico às operações realizadas por cooperativas de produtor rural como é o caso do autuado.

Referido tratamento específico encontra-se estabelecido no art. 286, I, “a” e “b”, 1, conforme reproduzido abaixo:

Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

I - nas seguintes operações internas relacionadas com cooperativas de produtores:

a) saídas de mercadorias de estabelecimento de produtor rural ou extrator com destino a estabelecimento de cooperativa de que fizer parte;

b) saídas das mercadorias referidas na alínea “a” deste inciso, de estabelecimento de cooperativa de produtores ou extratores, com destino:

I - a outro estabelecimento da mesma cooperativa;

A simples leitura do dispositivo regulamentar acima reproduzido permite constatar que ocorre o diferimento na saída do produtor rural com destino a cooperativa que fizer parte, assim como na saída de cooperativa que recebeu as mercadorias do produto rural com diferimento quando destinada a outro estabelecimento da mesma cooperativa. Ou seja, não se encerra a fase do diferimento quando a saída se dá de uma cooperativa para outro estabelecimento da mesma cooperativa.

Ocorre que a fruição do diferimento é condicionada a que o adquirente ou destinatário esteja previamente habilitado, o que, segundo a acusação fiscal, não ocorreu no caso em apreço.

Neste sentido, dispõe o artigo 287 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, abaixo transcrito:

Art. 287. Nas operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento a fruição do benefício é condicionada a que o adquirente ou destinatário requeira e obtenha, previamente, sua habilitação para operar nesse regime, perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário, e desde que:

Verifica-se, portanto, que para operar sob o regime de diferimento a filial do autuado obrigatoriamente teria que estar habilitada. Não estando, cabível exigir do autuado o pagamento do imposto cujo lançamento e pagamento fora diferido nas operações realizadas anteriormente com o produtor rural.

Relevante consignar que a alegação defensiva de que, a transferência de mercadorias entre filiais do mesmo contribuinte não configura operação de circulação sujeita à incidência do ICMS procede parcialmente, haja vista que este entendimento somente é aplicável às operações

internas.

Neste sentido, parece-me pertinente invocar e reproduzir, conforme faço abaixo, o entendimento da Procuradoria Geral do Estado da Bahia – PGE/PROFIS, firmado no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, que promoveu uniformização de sua orientação jurídica acerca de alguns temas, entre estes a questão de transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, tendo concluído que: *Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.*

O registro feito pela PGE/PROFIS para não aplicabilidade desse entendimento no tocante às transferências interestaduais se deu nos seguintes termos:

Este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, tendo em vista que a Súmula 166 do STJ e a decisão lançada no REsp 1.125.133/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições do art. 13, § 4º, da LC 87/96. De fato, a definição do tratamento tributário a ser conferido a tais operações demanda seja necessariamente analisado o impacto financeiro suportado pelos Estados de origem e de destino, em decorrência do regime de compensação de créditos e débitos do imposto. Ademais, o próprio STJ reabriu a discussão a respeito do tema, no julgamento do RESP nº 1.109.298-RS, que discute, especificamente, a base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, com foco no art. 13, § 4º, da LC 87/96. Tem-se aí, portanto, valioso indicativo de que não se deve ter por definitivamente assentada a questão, enquanto não enfrentada sob a ótica da repartição das receitas tributárias entre os Estados federados.

Cabe consignar que em face das reiteradas decisões deste CONSEF, no sentido de acompanhar o entendimento manifestado pela PGE/PROFIS acima aduzido, adveio a recente Súmula nº 08, editada pela Câmara Superior deste CONSEF, no sentido de que, *não cabe à exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular.*

Entretanto, cumpre observar que independentemente de as operações de saídas para a sua filial não poderem ocorrer amparadas pelo regime de diferimento - em face de referida filial não estar habilitada para fruição do diferimento - ou, mesmo que se considere a não incidência nas transferências, conforme explanado acima, a exigência do imposto diferido é cabível sim do autuado.

Reitere-se, não se exige o imposto pela operação própria, posterior, realizada pelo autuado com destino à sua filial, haja vista que amparada pela não incidência do imposto ou, ainda que não fosse pela não incidência, amparada pelo diferimento, caso o estabelecimento filial destinatário fosse habilitado. Na realidade, a exigência diz respeito ao imposto que fora diferido nas operações realizadas com o produtor rural.

Vale dizer que, no presente caso, a autuação é procedente, haja vista que está sendo exigido o imposto que fora diferido na operação anterior realizada com o produtor rural.

Cabe registrar que nos termos do art. 17, § 7º, inciso I da Lei 7.014/96, tratando-se de transferência de mercadorias para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria, conforme se vê da reprodução abaixo do referido dispositivo legal:

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

[...]

§ 7º Na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo é:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

Assim sendo, no presente caso, considerando que nas Notas Fiscais eletrônicas arroladas na autuação, o autuado consignou como natureza da operação, transferência de mercadorias recebidas ou adquiridas de terceiro - CFOP 5152 – não vislumbro óbice para que a base de cálculo do imposto diferido seja a mesma consignada nas referidas Notas Fiscais, conforme a autuação,

haja vista que o ICMS diferido decorre justamente da entrada da mercadoria.

Diante disso, a infração é subsistente no valor de ICMS exigido de R\$414.269,28.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210613.0004/18-5**, lavrado contra a **COOPERATIVA AGRÁRIA DOS CAFEICULTORES DE SÃO GABRIEL – COOABRIEL**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$414.269,28**, acrescido da multa de 60%, prevista no 42, II, “f” da Lei n. 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2020.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR