

A. I. N° - 087016.0002/17-8  
**AUTUADO** - NATIVA FERTILIZANTES LTDA.  
**AUTUANTE** - DIJALMA MOURA DE SOUZA  
**ORIGEM** - INFAC INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 18.09.2020

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0092-05/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES SUBSEQUENTES AMPARADAS POR ISENÇÃO. Nos termos do inciso VI do art. 104 do RICMS/1997 e art. 264, XVIII, “c” do RICMS/12, descabe a exigência do estorno dos créditos previstos na alínea “c” do inciso XI do art. 20 na situação de bens adquiridos utilizados como insumos na produção, destinados a uso na agricultura e na pecuária. Destinação diversa não comprovada. Rejeitada a nulidade suscitada. Decaído parte do crédito tributário. Infração insubstancial. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 31/01/2017 exigindo ICMS pela falta de estorno de crédito fiscal relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto - R\$2.322.560,61. Multa de 60%.

Descreve que se trata de entradas de matérias-primas para produção de fertilizantes e comercializadas no Estado com isenção, sem hipótese de manutenção do crédito fiscal nessas operações, conforme disposto nos artigos 104, VI do RICMS/97 e 264, XVII, “c” do RICMS/2012.

Cientificado da autuação em 08/02/17 (fl. 3) foi lavrado Termo de Revelia em 10/05/17 (fl. 296).

Protocolou defesa em 05/02/18 (fls. 91 a 109), reapresentada em 05/03/19 (fls. 315 a 332).

Requeru a PGE/PROFIS (fls. 359/362) a nulidade da científica da autuação.

O Acórdão CJF 320-11/18 (fls. 363/365) acolheu a representação da PGE no sentido de reabrir o prazo de defesa e promover julgamento em primeira instância.

Em 30/01/19 (fl. 368) o sujeito passivo foi intimado para apresentar defesa (prazo de 60 dias).

Pelo exposto, apesar das peças processuais não estarem agrupadas no processo numa sequencia temporal, será apreciada a defesa apresentada em 05/03/19 às fls. 315 a 332, em cumprimento da Decisão que acolheu a representação da PGE da nulidade da ciência da autuação.

Inicialmente ressalta que possui como objeto social a industrialização, mistura, manipulação, comercialização e importação de adubos, defensivos agrícolas, herbicidas e produtos químicos e orgânicos; transporte de carga e descarga; comercialização de açúcar, produtos agrícolas e/ou industriais e a exploração de armazenagem, exercendo atividades de industrialização, mistura, manipulação, comercialização e importação de adubos, defensivos agrícolas, herbicidas e produtos químicos e orgânicos, ou seja, industrialização de produtos agrícolas e fertilizantes.

Discorre sobre o conhecimento da autuação, representação CONSEF e Decisão contida no Acórdão CJF N° 0321-11/18 (fls. 363 a 365), acolhendo o pedido de reabertura do prazo de defesa.

Preliminarmente argumenta que o Auto de Infração deve ser julgado nulo por:

- i) não ser sido lavrado Termo de Encerramento de Ação Fiscal;
- ii) existir decisões a seu favor prolatadas pelo CONSEF (fls. 370 a 391) e
- iii) o crédito tributário foi completamente atingido pela decadência.

Em seguida passa a abordagem sobre as preliminares:

- A) Discorre sobre a decadência relativa ao ICMS supostamente devidos em 2012 a 2014 e só foi cientificada em 04/02/2019, o que comprova a decadência do presente lançamento, visto que o procedimento fiscal iniciado em 2017, a notificação do sujeito passivo foi declarada nula pelo CONSEF, tendo o crédito tributário sido alcançado pela decadência.
- B) Que a ação fiscal iniciada no dia 29/12/2016, registro Termo de Início, mas não o Termo de Encerramento de Fiscalização em observância ao art. 28 do RPAF/BA, nem se enquadra nas situações de dispensas previstas nos artigos 29 e 30 do citado diploma legal, o que implicou em cerceamento do direito de defesa e do contraditório, cuja nulidade deve ser declarada nos termos do art. 18, II do RPAF/BA;
- C) A fiscalização juntou logomarca e fotos com legendas (fls. 63/68) para demonstrar as atividades da empresa, que não são da sede, nem das operações, nem matéria-prima e muito menos de carga transportada e sim de endereço colhido no Google (Farfem; Senado Federal; BNDES/Petrobras, etc). Esclarece que encerrou suas atividades industriais desde meados de 2015, conforme SPEDs enviados em 2017, o que comprova que as fotos não são da sede da empresa, devem ser declaradas nulas de pleno direito, pela inveracidade dos fatos.

No mérito, ressalta que a autuação acusa falta estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto, infringindo o art. 104, VI do RICMS/97 e art. 264, XVIII, “c” do RICMS/12, porém a fiscalização não explicou os motivos de fato e de direito que determinam, justificam o estorno do crédito fiscal.

Argumenta que as notas fiscais objeto da autuação são relativas aos produtos relacionados no Convênio 100/97 e exercendo atividade preponderante de industrialização, há previsão expressa de não exigência do estorno do crédito prevista no art. 104 do RICMS/97 e art. 264 do RICMS/2012, relativo às saídas de produtos contemplados com isenção nas operações internas com insumos agropecuários (amônia, uréia, ...) quando produzidos para uso na agricultura e na pecuária, vedada a aplicação do benefício quando dada ao produto destinação diversa.

Indica que o Código da Atividade Econômica Principal é 20.13-4-02 Fabricação de adubos e fertilizantes, exceto organo-minerais, com Atividades Econômicas Secundárias de: 20.51-7-00 Fabricação de defensivos agrícolas; 52.11-7-01 – Armazéns gerais – emissão de warrant e 46.37-1.02 – Comércio atacadista de açúcar, conforme dados cadastrais à fl. 77.

Ressalta que este fato já foi confirmado integralmente pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal no julgamento no Processo AI nº 279862.0601/16-3 (fls. 370 a 386), sendo indubioso que exerce atividade industrial e constitui um estabelecimento industrial agrícola, tendo o legítimo direito de manter o crédito fiscal de ICMS decorrente das entradas de insumos agropecuários.

Argumenta que a legislação de regência é muito clara e impõe apenas uma condição para a manutenção do crédito: que não lhes seja dada destinação distinta do uso na agricultura e pecuária, situação que não foi provada pela fiscalização.

Discorre sobre a atividade de industrialização cuja definição é dada no parágrafo único do art. 46 do CTN e artigos 3º e 4º do RIPI (Dec. nº 7.212/2010), destacando que o art. 264, XVIII, “a” do RICMS/2012 estabelece que o benefício fiscal da isenção ampara toda operação de circulação da mercadoria *desde a sua produção até a destinação final assegurando a manutenção do crédito*.

Destaca que no Acórdão CJF 0294-11/16 foi decidido que não se exige a anulação do crédito de ICMS referente às entradas de insumos em estabelecimento industrial utilizados na produção de mercadorias isentas, desde que não seja destinada a atividade agropecuária.

Também que a impugnante já teve seu direito reconhecido pela 1ª JJF no Acórdão 043-01/17 que foi confirmado pela 1ª CJF no Acórdão CJF 0357-11/17 cujas ementas transcreveu à fl. 330.

Por fim, requer que o Auto de Infração seja julgado nulo pelos vícios e ilegalidades indicados, seja declarada a decadência de todos os créditos constituídos e improcedente a autuação.

Requer ainda, a realização de perícia técnica, se necessário para comprovar suas alegações.

O autuante na informação fiscal prestada (fls. 436 a 443) esclarece que o autuado tem como atividade principal a produção de fertilizantes, produção de granulados a partir da mistura de NPK e mais nutrientes e micronutrientes, constituindo insumos utilizados na agricultura.

Transcreve às fls. 436 a 442 o Convênio ICMS nº 100/97 e afirma que na legislação tributária estadual, especificamente no RICMS/97 e RICMS/2012, “*nos dispositivos já anteriormente citados não há previsão de hipótese de manutenção o crédito fiscal para a revenda de fertilizantes mas tão somente para os granulados, desde que produzidos (misturados) no Estado*”.

Diz que o procedimento adotado foi de adquirir matérias-primas para produção de fertilizantes e revendê-las no Estado, sem ter efetuado o estorno do correspondente crédito fiscal.

Transcreve os artigos 104 do RICMS/97 e 264 do RICMS/2012 e discorda da interpretação dada pela Decisão contida no Acórdão JJF 043-11/17 (fl. 131) por não condizer com a realidade dos fatos.

Afirma que o julgamento afastaria a exigência de crédito fiscal por parte de estabelecimentos “comerciais” (atacadistas e varejistas) que adquirem fertilizantes (granulados) de outras unidades da Federação, tributados e com redução da base de cálculo na forma do Convênio ICMS 100/97, sem estornar o crédito fiscal relativo às saídas amparadas pela isenção.

Argumenta que na situação presente o autuado efetua “*revenda das matérias-primas, no estado que adquiriu, sem terem sido utilizadas na fabricação de produtos (fertilizantes, granulados)*” não fazendo jus a manutenção do crédito fiscal conforme decisões prolatadas nos Acórdãos JJF 113-02/16, JJF 09/06/16 e JJF 119-04/16, conforme ementas transcritas à fl. 443.

Afirma que o autuado não comprovou ter produzido fertilizantes objeto da exigência fiscal, efetuando apenas revenda e requer que o Auto de Infração seja julgado procedente em conformidade com a matéria já pacificada nas Juntas e Câmaras do CONSEF.

Às fls. 446 a 575 foi acostado o requerimento formulado a PGE a título de controle da legalidade, requerendo a reabertura do prazo de defesa, que foi deferido e culminou na decisão contida no Acórdão CJF 0320-11/18 (fls. 576 a 578) que acolheu a Representação da PGE e determinou a reabertura do prazo de defesa (28/11/2018).

Na assentada do julgamento a Patrona do autuado requereu que fosse declarada a suspensão do crédito tributário nos termos do art. 113 do RPAF/BA.

## VOTO

Inicialmente cabe apreciar as preliminares de nulidades suscitadas, sob argumentos de: i) não ter sido lavrado Termo de Encerramento da Ação Fiscal; ii) existir decisões a seu favor prolatadas pelo CONSEF e iii) o crédito tributário foi completamente atingido pela decadência.

Quanto a não lavratura do Termo de Encerramento da Ação Fiscal, observo que o art. 30 do RPAF/BA estabelece que: “*Quando o Auto de Infração for emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda, o Termo de Encerramento de Fiscalização e o Auto de Infração constituirão um instrumento único*”.

Pelo exposto, tendo o Auto de Infração sido lavrado através do sistema de processamento eletrônico da SEFAZ/BA, o AI e o Termo de Encerramento constitui um instrumento único, o que configura que o procedimento é regular, motivo pelo qual não acolho a nulidade suscitada.

No tocante a nulidade suscitada sob o argumento de que foram juntadas logomarca, fotos com legendas (fls. 63/68) que não correspondem às atividades exercidas pela sociedade empresarial, observo que a acusação fiscal refere-se a falta de estorno de crédito fiscal, tendo como suporte os demonstrativos de fls. 21 a 47 que relaciona as notas fiscais de entradas e valores dos créditos fiscais, que a fiscalização entendeu que a empresa deveria estornar o crédito fiscal, em razão das saídas subsequentes terem sido feitas contempladas com o benefício fiscal da isenção, conforme indicação dos dispositivos regulamentares infringidos relativos ao ICMS.

Assim sendo, as fotos e logomarca juntadas pela fiscalização podem servir ou não de prova quanto ao cometimento da infração, mas não configura prova determinante. O que é determinante é se os produtos adquiridos têm assegurado a manutenção do crédito fiscal o que será apreciado nas razões de mérito. Por isso, não acolho esta nulidade suscitada.

Com relação ao pedido para suspender a exigibilidade do crédito tributário, observo que o art. 122, IV do RPAF/BA prevê que extingue-se o processo administrativo fiscal com a desistência da defesa ou do recurso, que não é o caso deste processo, tendo em vista que conforme consta no relatório após a cientificação da autuação em 08/02/17, foi lavrado Termo de Revelia em 10/05/17 (fl. 296) e o sujeito passivo requereu à PGE/PROFIS a nulidade da cientificação da autuação, o que lhe foi assegurado na decisão contida no Acórdão CJF 320-11/18 (fl. 363/365) que acolheu a representação da PGE no sentido de reabrir o prazo de defesa, o que ocorreu após a cientificação ao contribuinte em 30/01/19 (fl. 368).

No mérito, o autuado requereu a decadência da constituição do crédito tributário argumentando que as operações ocorreram nos exercícios de 2012 a 2014 e só foi científica em 04/02/2019.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que:

- 1) O Auto de Infração foi lavrado em 31/01/2017 e dado ciência ao estabelecimento autuado em 08/02/17 conforme aposição de assinatura do Sr. Hermógenes da Silva Junior (fl. 3), com suporte no Instrumento Particular de Procuração – Pessoa Jurídica passada pela empresa (doc. de fl. 07), com “*prazo de validade até o dia 31 de dezembro de 2017*”.
- 2) No processo em que requereu reabertura do prazo de defesa (fls. 91 a 109) o autuado alegou que o mencionado funcionário “*já havia sido desligado do quadro de empregado da empresa, desde o dia 08.02.2017*” (fls. 93 e 145).

Pelo exposto, como a procuração passada pela empresa outorgava poderes para o funcionário representá-la perante a Secretaria da Fazenda, inclusive assinar documentos, entendo que tendo exercido esse poder em 08/02/2017 quando tomou ciência do Auto de Infração, comprova que exercia esse poder naquela data, mesmo que tenha sido demitido no mesmo dia. É claro, que se o funcionário tivesse sido demitido antes da aposição da assinatura no Auto de Infração, o mesmo não poderia ter exercido o poder que a empresa lhe conferiu.

Entretanto, considerando que a representação feita pela PGE/PROFIS acolheu a pretensão de reabertura do prazo de defesa do sujeito passivo, mas não apreciou a questão de mérito da decadência, entendo que a decisão contida no Acórdão CJF N° 0321-11/18 (fls. 363 a 365) acolheu o pedido de reabertura do prazo de defesa, legitimou a nova científica em 04/02/2019.

Portanto em se tratando de falta de estorno de crédito fiscal, que implicou em recolhimento do imposto a menos que o devido, seguindo as orientações contidas no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0 e Súmula nº 12 do CONSEF de que para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração (CJF 0055-11/19), aplica-se o disposto no art. 150, § 4º do CTN, configurando a decadência dos créditos tributários constituídos de janeiro/2012 a janeiro de 2014, decaídos em 04/02/2019.

Quanto ao direito da manutenção do crédito fiscal de ICMS relativo a entradas de mercadorias no estabelecimento que tiveram saídas contempladas com isenção, o autuado alega que exerce atividade de industrialização de produtos relacionados no Convênio 100/97 e há previsão expressa de não exigência do estorno do crédito (art. 104 do RICMS/97 e art. 264 do RICMS/2012).

Por sua vez o autuante contesta que o autuado exerce atividade principal de produção de fertilizantes, granulados a partir da mistura de NPK e mais nutrientes e micronutrientes, constituindo insumos utilizados na agricultura e *não há previsão de hipótese de manutenção o crédito fiscal para a revenda de fertilizantes mas tão somente para os granulados, desde que produzidos (misturados) no Estado*.

Pelo exposto não foi contraditado que o estabelecimento autuado exerce atividade de industrialização de fertilizantes que constitui insumos utilizados na agricultura, relacionados no Convênio 100/97 e a questão que se apresenta é o direito da manutenção do crédito fiscal.

Pela análise dos demonstrativos sintéticos de fls. 13 a 20 e analíticos de fls. 21 a 45 (49 folhas - arquivo gravado na mídia à fl. 69), trata-se de aquisição de cloreto de potássio granulado, uréia granulada, ss de amônia farelada, policoten, dawsleysil, FTEBR, borogran, produsoomib, ácido bórico, ou seja, insumos utilizados na produção de fertilizantes etc.

Estes insumos constituem matéria-prima utilizada na fabricação de produtos do estabelecimento autuado que exerce atividade de industrialização de produtos destinados a agricultura e agropecuária, cujos artigos 20, XI, "c" da LC 87/96, art. 104, VI do RICMS/1997 e art. 264, XVIII do RICMS/2012 (Convênio ICMS 100/1997), o qual *"não se exige o estorno do crédito fiscal relativo às entradas em estabelecimento industrial"*.

Ressalte-se que conforme elencado na impugnação apresentada, este Conselho de Fazenda Estadual já proferiu decisões neste mesmo sentido nos Acórdão CJF Nº 0294-11/16 e Acórdão CJF Nº 0357-11/17 cuja infração 5 apresentava a mesma matéria e estabelecimento autuado, cujo teor do voto transcrevo abaixo:

No tocante a Infração 5, saliento que o contribuinte tem objeto social a atividade de indústria e de produção de adubos e fertilizantes, com lastro no art. 104, inciso VI do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997.

Também, por tratar de estabelecimento industrial, tendo sua produção destinação exclusiva para uso na agricultura e pecuária.

Assim, verifico que não foram acostadas provas de destinação diversa dos produtos objetos da glosa do crédito fiscal. Observei, ainda, que existe jurisprudência no Conselho de Fazenda que confirma esta situação, conforme matéria vinculada na 1ª Câmara de Julgamento Fiscal em 02/12/2016, Acórdão nº 0294-11/16 do ilustre conselheiro/Relator Paulo Danilo Reis, apresentando argumento relevante para dirimir a lide, sou favorável pela Insubsistência e mantendo a decisão de piso.

Também, foi objeto de autuação deste mesmo contribuinte no processo 279862.0601/19-3 cuja infração 2 tratava de exigência fiscal idêntica e foi julgada improcedente conforme Acórdão JJF 043-01/17 (fls. 370/379) cujo recurso de ofício não foi provido cf. Ac. CJF 0357-11/17 (fls. 380/386).

Ressalto ainda que as decisões mencionadas pelo autuante (fl. 443) trata de operações de comercialização de produtos que trata o Convênio ICMS 100/97, conforme Acórdãos:

JJF 113-02/16 (5) - *"estorno do crédito fiscal relativo às entradas de fertilizantes que não foram utilizados no processo produtivo, mas revendidos sem qualquer alteração na sua composição"*.

JJF 009-04/16 *"... não são destinados à industrialização, mas sim à comercialização..."*.

JJF 0119-04/16 *"a manutenção dos créditos fiscais... somente se verifica se as saídas isentas internas posteriores foram de produtos fabricados pelo próprio estabelecimento"*.

Face do exposto, voto pelo IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **087016.0002/17-8**, lavrado contra **NATIVA FERTILIZANTES LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a" do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR