

PROCESSO - A. I. Nº 276890.0007/18-9
RECORRENTE - DU PONT DO BRASIL S.A. (CORTEVA AGRISCIENCE DO BRASIL LTDA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0165-03/19
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/07/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0123-11/21-VD

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO. RECOLHIMENTO A MENOS. Medida judicial relativa a Auto de Infração preexistente, cuja lide judicial diz respeito à matéria objeto do ato administrativo. Recurso Voluntário prejudicado quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria que se encontra *sub judice* no Poder Judiciário, reflete diretamente na decisão de mérito do presente Auto de Infração. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, contra a Decisão da 3ª JJF, proferida através do Acórdão nº 0165-03/19, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado para exigir o débito no total de R\$83.632,31, em razão da constatação de três infrações, sendo objeto deste recurso apenas a exação 2, a saber:

Infração 2. Recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$82.019,56, em razão de utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo em 60%, baseado no Convênio 100/97, sem a concessão do desconto correspondente à redução do ICMS no preço da mercadoria e expresso na nota fiscal, como manda a legislação, nos meses de maio, setembro e outubro de 2015.

A Decisão recorrida, após rejeitar as nulidades arguidas, consignar que no lançamento de ofício foi observado o devido processo legal e que o autuado reconheceu os débitos das exações 1 e 3, julgou o Auto de Infração Procedente, diante das seguintes considerações de mérito relativas à infração 2:

VOTO

[...]

No mérito, a infração 02 acusa o autuado de ter recolhido a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo. O contribuinte reduziu a base de cálculo em 60%, baseado no Convênio 100/97, sem a concessão do desconto correspondente à redução do ICMS, no preço da mercadoria e expresso na nota fiscal, como manda a legislação, nos meses de maio, setembro e outubro de 2015.

O defendente não nega que nas operações relacionadas pelo Auditor Fiscal na autuação, as respectivas notas fiscais não registravam a concessão do desconto correspondente à redução do ICMS, no preço da mercadoria e expresso na nota fiscal, como manda a legislação. Limitou-se a questionar a suposta falta de assimilação da regra exposta em Convênio pela legislação interna do Estado da Bahia.

A matéria em discussão encontra-se normatizada pelo Convênio 100/97, na Cláusula Quinta, inciso II, que para melhor esclarecimento subscrevo, in verbis:

Cláusula Quinta:

(. . .)

Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a:

II - para efeito de fruição dos benefícios previstos neste Convênio, exigir que o estabelecimento vendedor deduza do preço da mercadoria o valor correspondente ao imposto dispensado, demonstrando-se expressamente na Nota Fiscal a respectiva dedução. (Grifei)

Esta regra foi expressamente absorvida pela legislação do Estado da Bahia. Vejamos o que diz o artigo 266,

inciso III do RICMS/BA, Decreto 13.780/12, in verbis:

Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:

III - nas saídas interestaduais dos insumos agropecuários relacionados no Conv. ICMS 100/97, na forma e condições estabelecidas no acordo interestadual, sendo que, a manutenção integral do crédito fiscal somente se aplica às entradas em estabelecimento industrial das matérias primas, produtos intermediários, materiais de embalagem e demais insumos utilizados na fabricação daqueles produtos.

Da análise dos dispositivos transcritos, verifica-se que o objetivo do legislador foi que o benefício fiscal fosse repassado ao adquirente na forma de desconto, por isso encontra-se expresso na lei, que deveria constar o cálculo no documento fiscal, de forma a comprovar que o benefício fiscal foi repassado.

Nessa trilha, importante observar, ser evidente que o cumprimento da exigência estatuída no dispositivo acima aludido não se materializa unicamente pela aposição na nota fiscal da alíquota de 12% e muito menos se restringe à indicação de que está sendo concedido o benefício fiscal ao adquirente, como aduziu o impugnante em sua peça defensiva. Ou seja, ao reduzir a alíquota de 17% para 12% nas operações de vendas, o benefício visa a efetiva diminuição da carga tributária nessas operações. Portanto, é fato, que nos documentos fiscais emitidos pelo autuado não consta o valor do desconto aqui discutido.

Cabe registrar, que embora o defendente centre sua defesa, argumentando que em seu entendimento, a legislação baiana teria sido omissa na recepção do Convênio ICMS 100/97 e, portanto, não poderia invocá-lo para sustentar o presente lançamento de ofício, constato que o Autuado se socorreu exatamente do Convênio 100/97, para realizar operações de vendas com base de cálculo reduzida, conforme faz prova notas fiscais anexadas aos autos fls. 07/08.

Assim, ficando provado, que não houve o atendimento por parte do autuado, ao que dispõe o artigo acima indicado da norma legal, concluo pela manutenção da exigência do crédito tributário. Mantida a infração 02.

Considerando que o sujeito passivo não carrou aos autos, elementos de prova necessários e com o condão de elidir a acusação fiscal, concluo pela procedência integral do Auto de Infração.

[...]

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Não se conformando com a Decisão de piso, o sujeito passivo, às fls. 114 a 147 dos autos, em seu Recurso Voluntário aduz que o Auto de Infração o acusa da utilização indevida do benefício fiscal previsto no Convênio ICMS 100/97, já que não teria deduzido do preço da mercadoria o valor correspondente ao imposto dispensado, nos termos da cláusula quinta do referido convênio e no art. 266, III do RICMS/BA.

No entanto, tal imputação não merece prosperar, uma vez que a legislação baiana nunca internalizou de maneira expressa o conteúdo do Convênio ICMS 100/97 em sua integralidade, de tal maneira que a exigência imposta não possui respaldo legal capaz de lhe dar suporte.

Assim, ainda que se admita que o art. 266, II do RICMS/BA, teria promovido a internalização do Convênio ICMS 100/97 de maneira geral, verifica-se que tal incorporação não teria se aperfeiçoado em sua integralidade.

Nesse sentido, o recorrente diz que vale reforçar que aludida cláusula 5ª estabelece uma regra de caráter autorizativo, exurgindo-se clara de sua redação tal condição. Logo, de uma simples análise, os representantes tributários do Poder Executivo das unidades federadas chegaram a um acordo, formalizado pelo Convênio ICMS 100/97, no sentido de facultar aos Estados e ao Distrito Federal que cada um deles, segundo seus critérios pessoais de oportunidade e conveniência, exijam dos contribuintes em seus respectivos territórios que promovam o desconto do preço correspondente à redução da base de cálculo em 60% estabelecida em sua cláusula 1ª, indicando-a na nota fiscal.

Sendo assim, segundo o apelante, trata-se de uma decisão discricionária de cada ente federativo, que deve, na hipótese de seu exercício, ser internalizado por meio de instrumento próprio para tanto, nos termos da jurisprudência sedimentada pelos tribunais superiores, conforme precedentes que cita.

Afirma que nessa circunstância pretende o autuante fundamentar a cobrança do ICMS com base no art. 266, III do RICMS/BA, o qual, todavia, não possui referência específica alguma ao inciso III da cláusula 5ª do Convênio ICMS 100/97 ou ao seu conteúdo, tampouco estabelece regra convergente ao Convênio, eis que, embora o tal artigo relacione-se genericamente ao Convênio ICMS 100/97, nada dispõe a respeito da obrigatoriedade de se efetuar o desconto no preço da mercadoria correspondente à redução da base de cálculo em 60%, tampouco de sua informação em nota fiscal, do que ressalta que, diferentemente do inciso II, no tocante ao inciso I da mencionada cláusula 5ª, o art. 266, III, o aborda de maneira expressa.

Assim, o recorrente defende que, dessa forma, revela-se patente a opção pelo Estado da Bahia, até o momento, de não exercer a autorização manifestada pelos representantes de fazenda dos entes federados no sentido de condicionar o aproveitamento da redução da base de cálculo ao correspondente desconto no preço da mercadoria e sua informação em nota fiscal, uma vez que, ainda que se alegue que o Convênio ICMS 100/97, sob a perspectiva de instrumento normativo, tenha sido internalizado pelo Estado da Bahia, importa destacar que o inciso II da cláusula 5ª do Convênio ICMS 100/97, individualmente considerado, não o foi. Portanto, a operação realizada pelo recorrente possui fundamento taxativo e literal no RICMS/BA.

Assinala e reconhece que certas regras do Convênio ICMS 100/97 foram incorporadas pelo RICMS, sendo a redução da base de cálculo uma delas, na medida em que tal redução encontra respaldo explícito e ostensivo na legislação baiana, o que não ocorre na hipótese da opção veiculada na cláusula 5ª, II do Convênio ICMS 100/97, já que a mera incorporação da cláusula 5ª do Convênio ICMS 100/97 à legislação baiana não representa medida suficiente a fundamentar sua aplicação.

Salienta que a concessão do incentivo aprovado por convênio depende, ainda, de internalização na legislação tributária de cada ente federado. Ou seja, aprovado o convênio, cada Estado-Membro e o Distrito Federal deverão tratar da instituição do incentivo nas suas legislações internas antes de concedê-lo, conforme determina a LC 24/75.

Assim, verifica-se, portanto, que os Convênios apresentam natureza meramente autorizativa, ou seja, não se trata de uma imposição aos Estados e ao Distrito Federal, mas sim uma faculdade de implementação de determinados benefícios fiscais, bem como seu alcance e condições, do que, a respeito da natureza meramente autorizativa dos convênios celebrados pelo CONFAZ, cita decisão do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 635.688, em sede de repercussão geral:

“Recurso Extraordinário. 2. Direito Tributário. ICMS. 3. Não cumulatividade. Interpretação do disposto art. 155, §2º, II, da Constituição Federal. Redução de base de cálculo. Isenção parcial. Anulação proporcional dos créditos relativos às operações anteriores, salvo determinação legal em contrário na legislação estadual. 4. Previsão em convênio (CONFAZ). Natureza autorizativa. Ausência de determinação legal estadual para manutenção integral dos créditos. Anulação proporcional do crédito relativo às operações anteriores. 5. Repercussão geral. 6. Recurso extraordinário não provido.”
(STF. RE 635.688. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. DJE. 13/02/2015.) (não destacado no original)

Destaca que, no presente caso, fundamentando-se essencialmente nas disposições contidas no Convênio ICMS 100/97, entendeu o Fisco que o recorrente se utilizou indevidamente do benefício fiscal previsto no referido convênio, na medida em que não deduziu do preço da mercadoria o valor correspondente ao imposto dispensado, nos termos da cláusula quinta do convênio.

Contudo, tal dedução não foi imposta ao contribuinte quando da internalização do benefício fiscal previsto no Convênio ICMS 100/97 pelo Estado da Bahia, que assim dispôs em seu RICMS/BA:

Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:

(...)

III - nas saídas interestaduais dos insumos agropecuários relacionados no Conv. ICMS 100/97, na forma e condições estabelecidas no acordo interestadual, sendo que, a manutenção integral do crédito fiscal somente

se aplica às entradas em estabelecimento industrial das matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem e demais insumos utilizados na fabricação daqueles produtos;

Segundo o apelante, significa dizer que, em que pese o Convênio ICMS 100/97 tenha **autorizado** os Estados e o Distrito Federal a exigir que seja deduzido do preço da mercadoria o valor correspondente ao imposto dispensado para fruição do benefício da redução da base de cálculo nas operações com insumos agropecuários, o Estado da Bahia nada dispôs a esse respeito, não internalizando em sua legislação tal condicionante.

Dessa forma, considerando a natureza meramente autorizativa dos convênios celebrados no âmbito do CONFAZ, e uma vez que o Estado da Bahia não prevê em sua legislação estadual qualquer condicionante para que os contribuintes beneficiem-se da redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 100/97, o recorrente defende que o Auto de Infração não merece prosperar, não possuindo qualquer alicerce jurídico que lhe dê guarida, sendo medida de direito a declaração de sua improcedência, o que se dará mediante o provimento do presente recurso.

Em seguida, o recorrente passa a fazer comparativos da efetiva incorporação da cláusula quinta, inciso II, do Convênio ICMS 100/97 pela legislação de outros Estados da Federação, ao trazer expressamente, como condicionante à fruição do benefício, a necessidade de o estabelecimento vendedor deduzir do preço da mercadoria o valor correspondente ao imposto dispensado.

O apelante aduz ainda que o RICMS/BA previu expressamente a necessidade de desconto do valor correspondente ao imposto dispensado ao incorporar outros convênios celebrados no âmbito do CONFAZ, a exemplo dos Convênios ICMS: 53/07 e 147/07, onde o Estado da Bahia previu expressamente a necessidade de repasse no preço das mercadorias do valor correspondente ao imposto dispensado, consoantes artigos: 264, XLI e XLIV.

Pede a inaplicabilidade da multa de 60% por representar verdadeira afronta aos princípios da razoabilidade, do não confisco e da proporcionalidade, previstos na Constituição Federal e de observância obrigatória pelos agentes da administração pública.

Por fim, requer o provimento do Recurso Voluntário, determinando o cancelamento do Auto de Infração em sua integralidade e, subsidiariamente, a redução da multa, como também que futuras notificações sejam encaminhadas também aos seus advogados, com escritório na Rua Olavo Redig de Campos, 105, Torre A, CEP 04711-904, São Paulo, sob pena de nulidade.

Às fls. 152 dos autos, consta expediente do contribuinte, através de seu advogado constituído, no sentido de: “... manifestar **desistência** do presente processo administrativo, tendo em vista o ajuizamento de medida judicial questionando os débitos em apreço, cadastrada sob o número 8062331-63.2020.8.05.0001 e distribuída à 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador no dia 24/06/2020”.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, no sentido de modificar a Decisão de 1ª instância, sob a alegação recursal de que a acusação de utilização indevida do benefício fiscal previsto no Convênio ICMS 100/97 (já que não teria deduzido do preço da mercadoria o valor correspondente ao imposto dispensado), não merece prosperar, uma vez que a legislação baiana não prevê qualquer condicionante para que os contribuintes se beneficiem da redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 100/97.

Entretanto, conforme petição processada pelo próprio patrono do sujeito passivo, às fls. 152 dos autos, foi informada a **desistência** do Recurso Voluntário, em decorrência da interposição de medida judicial questionando o débito em apreço, cadastrada sob o número 8062331-63.2020.8.05.0001, e distribuída à 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, no dia 24/06/2020.

Reza o art. 126 do COTEB (Lei nº 3.956/81), que: “Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso

interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis”.

Por sua vez, o art. 117 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, determina que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

Já o § 1º, inciso I do referido dispositivo legal, determina que o Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113 do RPAF, “*I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente*”, conforme ocorreu no presente caso.

Logo, entendo que o Recurso Voluntário se encontra prejudicado, com a consequente extinção do processo administrativo fiscal, diante da escolha judicial pelo contribuinte, esgotando-se a instância administrativa, conforme previsto nos citados artigos 126 COTEB e 117 do RPAF, por optar o sujeito passivo pela ação judicial sobre a **mesma matéria**, objeto do lançamento de ofício.

Diante do exposto, considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário, no que tange à exigência consignada no Auto de Infração, em epígrafe, relativa à infração 2, haja vista o reconhecimento e pagamento dos valores exigidos nas infrações 1 e 3, consoante documento às fls. 81 e 82 dos autos, por se tratar aquela de objeto com repercussão direta à demanda judicial, devendo o Auto de Infração ser remetido à Diretoria de Controle da Arrecadação, Crédito Tributário e Cobrança (DARC), para inscrição em dívida Ativa, na forma prevista no art. 113 do RPAF, cuja exigibilidade do crédito tributário ficará suspensa, nos termos do artigo 151, IV do CTN.

Do exposto, voto PREJUDICADO o Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário interposto, para manter inalterado o lançamento de ofício promovido por meio do Auto de Infração nº **276890.0007/18-9**, lavrado contra **DU PONT DO BRASIL S.A. (CORTEVA AGRISCIENCE DO BRASIL LTDA.)**, no valor de **R\$83.025,90**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, incisos VII, “a” e II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa pelo descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$606,41**, prevista no inciso IX do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos e os autos serem remetidos à DARC, para adoção das medidas cabíveis, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV do Código Tributário Nacional.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS