

PROCESSO - A. I. N° 206905.0002/12-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FAZENDA IOWA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0024-01/13
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
INTERNET - 05.06.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0205-13/13

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. DIFERIMENTO. ALGODÃO. SINISTRO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. A fiscalização deixou de averiguar aspectos substanciais acerca da natureza do fato concretamente verificado. Tendo em vista que o autuado, além de produtor, também beneficia algodão em capulho para outros contribuintes, conforme informação fiscal, deveria a fiscalização ter verificado se o algodão sinistrado, ou parte dele, foi adquirido ou recebido de terceiros, ou se foi produzido pelo próprio autuado em sua propriedade rural, já que é uma fazenda destinada a produção de algodão. Sendo o algodão sinistrado de produção do próprio autuado, plantado e colhido no mesmo imóvel rural onde se deu o sinistro, não houve “diferimento” de imposto em etapa anterior, de modo que a imputação somente faz sentido sendo o algodão recebido ou adquirido de terceiro, quando de fato caberia a cobrança do imposto anteriormente diferido e que ficou impossibilitado de incidir em saída subsequente em virtude do sinistro. Além de não ter sido identificado o fato concretamente ocorrido, a base de cálculo foi fixada em função de elementos inadequados, inclusive envolvendo valores estranhos ao fato imputado. Lançamento nulo. Mantida a Decisão recorrida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Fato em parte demonstrado nos autos. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal (1ª JJF), nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão exarada no Acórdão JJF Nº 0024-01/13, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21.05.12, em razão dos seguintes fatos:

INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento do “ICMS substituído por diferimento” na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido relativamente a mercadorias queimadas, sendo lançado tributo no valor de R\$1.173.973,76, com multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento de ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, sendo lançado imposto no valor de R\$21.516,42, com multa de 60%.

O autuado apresentou defesa e, referindo-se à Infração 1, afirmou que em razão de uma queimada ocorrida nas proximidades da sua fazenda, algumas fagulhas trazidas pelo vento queimaram cerca de 600 fardões de algodão. Disse que o fato foi registrado na Delegacia de Polícia Civil de São Desidério, bem como foi informado ao Departamento de Polícia Técnica de

Barreiras, ao IBAMA e à Secretaria da Fazenda. Aduziu que todos os procedimentos fiscais previstos foram efetuados, conforme notas fiscais anexadas ao processo. Salientou que o algodão destruído pelo fogo ainda estava em processo produtivo, já que se encontrava em capulho.

Quanto à Infração 2, afirmou que deu saída de caroço de algodão e milho para a empresa Agrovita Agroindustrial Ltda., que tem como atividade econômica a fabricação de alimentos para animais. Sustentou que a ilegalidade descrita nesse item do lançamento não ocorreu.

Ao prestar a informação fiscal, o autuante mantém a autuação em sua totalidade.

Por meio do Acórdão JJF N° 0024-01/13, a Infração 1 foi julgada nula. Ao proferir o seu voto, o ilustre relator explicou que um incêndio no cerrado resultou na queima de considerável quantidade de algodão em capulho que se encontrava em poder do recorrido. Após citar os documentos que comprovavam a ocorrência do incêndio, o relator assim se pronunciou:

[...]

O que está sendo cobrado neste caso é o imposto que se encontrava diferido quando a empresa adquiriu ou recebeu para beneficiamento o algodão em capulho. O inciso X do art. 343 do RICMS em vigor à época do fato previa diferimento do imposto para algodão em capulho, em pluma ou beneficiado, bem como de caroço de algodão, porém, de acordo com as comunicações e certidões apresentadas, o sinistro diz respeito unicamente a algodão em capulho, e, por conseguinte a responsabilidade pelo imposto atribuível ao autuado neste caso se restringe ao algodão em capulho que ele adquiriu ou recebeu para beneficiamento e que foi sinistrado ainda quando se encontrava na condição de algodão em capulho, antes do beneficiamento.

Observe-se que a comunicação feita à Secretaria da Fazenda, à fl. 141, é referente à queima de 459 fardões de algodão em caroço (algodão em capulho), perfazendo uma quantia de 4.947.345 kg de algodão em caroço (algodão em capulho). Na mesma comunicação, é calculada uma perda estimada de 1.978.000 kg de algodão em pluma e de 2.622.000 kg de caroço de algodão, se o algodão em caroço tivesse sido beneficiado. Portanto, conforme consta na própria comunicação, essas quantidades de “algodão em pluma” (sem caroço) e de caroço de algodão seriam as que seriam obtidas se tivesse havido o beneficiamento (descaroçamento). Ocorre que o algodão foi queimado antes de ter havido o beneficiamento (descaroçamento). Não faz sentido, portanto a segregação em duas categorias – pluma e caroço – de algo que já não existia mais, a não ser carvão e cinzas.

[...]

Dediquei espaço demais a estas considerações, pois para fundamentar o que estou sustentando seria bastante citar o art. 65, inciso II, do RICMS então vigente: a base de cálculo do imposto diferido neste caso seria o preço praticado pelo contribuinte substituído (ou seja, o preço praticado por quem vendeu ou remeteu a mercadoria ao contribuinte substituto, o autuado), acrescido das despesas de transporte e das demais despesas que a tenham onerado até o ingresso no estabelecimento do responsável por substituição (o frete da mercadoria dos estabelecimentos dos vendedores ou remetentes até o estabelecimento do autuado).

[...]

Acrescento agora a essas considerações uma circunstância que não pode ser deixada à margem neste caso. A auditora responsável pelo lançamento, ao prestar a informação, afirmou que este contribuinte, além de produtor, também beneficia algodão em capulho para outros contribuintes. Sendo assim, deveria a fiscalização ter verificado se o algodão sinistrado, ou parte dele, foi adquirido ou recebido de terceiros, ou se foi produzido pelo próprio autuado em sua propriedade rural, já que é uma fazenda: segundo o laudo pericial à fl. 138, tratar-se de um imóvel rural “destinado a produção de algodão”.

Isso é de suma importância, porque, se o algodão sinistrado fosse de produção do próprio autuado, plantado e colhido no mesmo imóvel rural onde se deu o sinistro, há que se convir que em tal situação não houve “diferimento” de imposto em etapa anterior, e a imputação feita neste caso cai por terra, e além de não ser exigível “imposto diferido”, pois imposto diferido não houve, também não há imposto a ser pago, pois não houve fato gerador, haja vista que o ICMS incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e incêndio não constitui “operação” mercantil. Em tal caso, o autuado teria apenas de efetuar o estorno de créditos porventura utilizados na aquisição de insumos agrícolas e de bens do ativo permanente (estorno proporcional).

Por outro lado, se o algodão tivesse sido recebido ou adquirido de terceiro, aí, sim, teria havido diferimento, e caberia em tal caso a cobrança do imposto anteriormente diferido e que ficou impossibilitado de incidir em saída subsequente em virtude do sinistro.

Nada disso foi verificado neste caso.

Em suma, o fato concreto – incêndio de algodão em capulho – foi mal interpretado pela fiscalização, e, sem a apuração efetiva do que realmente ocorreu, no tocante à natureza da mercadoria sinistrada, sua origem e

preço, foi lançado imposto em situação desprovida de certeza e liquidez, não havendo como no curso do processo serem saneados esses vícios, pois a depuração dos fatos implicaria o refazimento de tudo. Somente são passíveis de saneamento vícios eventuais ou de forma.

O lançamento do item 1º deste Auto de Infração, no que concerne ao imposto diferido, é nulo por falta de certeza e liquidez.

E surge aqui uma nova questão com relação a esse item 1º. É que, na descrição da infração do item 1º, consta que o contribuinte deixou de proceder ao recolhimento do “ICMS substituído” (ICMS devido por substituição), na condição de responsável pelo imposto diferido, vindo a seguir um adendo de que o imposto lançado seria relativo a mercadorias que foram queimadas.

Porém não foi só isso o que na verdade foi objeto do item 1º. O imposto relativo às mercadorias queimadas é apenas a terceira parcela do item 1º, no valor de R\$1.100.789,71, conforme papel de trabalho à fl. 17.

As outras duas parcelas do item 1º, nos valores de R\$54.738,64 e R\$18.445,41 nada têm a ver com a descrição feita neste item. Depois de examinar e reexaminar os autos, conclui afinal que essas duas parcelas se referem, na verdade, é ao item 2º, de acordo com os demonstrativos às fls. 22/23.

[...]

Por tudo isso, é nulo o lançamento do item 1º. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

A Infração 2 foi julgada Procedente em Parte, sob a seguinte fundamentação:

[...]

O 2º lançamento refere-se à falta de recolhimento de ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis. O lançamento envolve quatro coisas distintas: venda de caroço de algodão para contribuinte que não tem habilitação de diferimento (fls. 22/23), venda de milho com isenção (fls. 54/55), venda de fibrilha com isenção (fl. 55) e devolução de mercadoria sem destaque de imposto (fl. 51).

[...]

Nos termos do art. 20, XI, “a”, do RICMS, são isentas as operações com milho e milheto, quando destinados a produtor, cooperativa de produtores, indústria de ração animal ou órgão oficial de fomento e desenvolvimento agropecuário vinculado ao Estado.

[...]

Quanto às notas fiscais às fls. 82/84, o destinatário do milho é José Hélio Martin de Jesus Júnior. De acordo com a ficha cadastral à fl. 85, trata-se de produtor rural, estabelecido na fazenda Poço do Espírito Santo, na zona rural de Paripiranga. Tendo em vista que consta no cadastro da SEFAZ que o destinatário é produtor rural, concluo que são isentas as saídas de milho a ele destinado. Deverão ser excluídas, por conseguinte as parcelas do imposto referentes às notas fiscais às fls. 82/84.

[...]

Restam as notas fiscais relativas a devoluções de mercadorias sem destaque do imposto. O demonstrativo encontra-se à fl. 51, e as notas fiscais, às fls. 52-53. Trata-se de devolução de compra de material de uso e consumo: a nota fiscal à fl. 52 refere-se à devolução de uma turbina, e a nota fiscal à fl. 53 refere-se à devolução de um suporte (peças automotivas). Nas notas fiscais consta a menção às notas fiscais originárias. Observo que nas notas fiscais realmente não consta o destaque do imposto. Porém, como se trata de devolução de material de uso e consumo, não tendo havido por isso creditamento do imposto, a finalidade do destaque do tributo nas notas é apenas para possibilitar a utilização do crédito fiscal pelo estabelecimento de origem. Na primeira nota, o destinatário é estabelecido em Goiás. Na segunda nota, o destinatário é situado na Bahia. O art. 652, § 2º, do RICMS/97 prevê inclusive que no caso de devolução de mercadorias ou bens adquiridos para uso, consumo ou ativo permanente, já tendo sido paga a diferença de alíquotas, este contribuinte teria direito à recuperação do imposto pago. Devem, portanto ser excluídas as parcelas de R\$183,60 e R\$60,48, relativas às Notas Fiscais nºs 6975 e 7050 (fls. 52/53).

[...]

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF/99, a 1ª JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

O objeto do Recurso de Ofício é a Decisão de primeira instância que julgou a Infração 1 Nula e a Infração 2 Procedente em Parte.

Na Infração 1, o recorrido foi acusado de ter deixado de recolher ICMS devido por substituição tributária por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, relativamente a mercadorias que foram queimadas.

Os documentos acostados ao processo na defesa – certidão policial (fl. 120), laudo pericial (fl. 138), comunicação ao IBAMA (fl. 140) e comunicação à SEFAZ (fl. 141) – comprovam a ocorrência do sinistro que queimou aproximadamente 460 fardões de algodão em capulho, o que equivalia, segundo os cálculos do recorrido, a 1.978.000 kg de algodão em pluma e a 2.622.000 kg de caroço de algodão, se o algodão em capulho tivesse sido beneficiado.

De acordo com os documentos de fls. 7 (extrato do INC - Informações do Contribuinte) e 105 (Contrato Social) e com afirmação da autuante na informação fiscal (fl. 148), o recorrido, além de produzir, beneficiava algodão de terceiros.

Sobre o algodão em capulho recebido de terceiros é possível se falar sobre o diferimento do ICMS incidente sobre operação ou operações anteriores. Todavia, em relação ao algodão em capulho produzido pelo próprio recorrido não houve diferimento de ICMS, uma vez que não existiu operação anterior. Dessa forma, era necessário que a fiscalização efetuasse a separação entre o algodão produzido pelo recorrido e o que foi recebido de terceiros, pois sem essa segregação não há como se ter certeza acerca da ocorrência da infração e do valor devido. Como essa segregação não foi feita, a infração em tela fica maculada de nulidade, a teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Além do vício acima, há divergência entre o produto citado na autuação (algodão em pluma e caroço de algodão) e o citado nos laudos técnicos e que foi objeto da ação fiscal (algodão em capulho). Essa divergência entre o fato apurado e o descrito também nulifica o lançamento por insegurança na determinação da infração e do valor devido.

Conforme foi salientado na Decisão recorrida, o valor da base de cálculo utilizado pela autuante está em desconformidade com o previsto na legislação, ou seja: na autuação, foi empregado o preço apurado pelo contribuinte substituto, indicado nas notas fiscais emitidas pelo recorrido; de acordo com o art. 65, II, do RICMS-BA, deveria ter sido utilizado o preço praticado pelo contribuinte substituído, acrescido das despesas que tenham incidido até o ingresso no estabelecimento do recorrido. Trata-se, portanto, de um vício material que atinge a base de cálculo do imposto acaso devido.

Observa-se também que no demonstrativo de débito foram incluídos valores que são estranhos à infração em comento (R\$ 54.738,64 e R\$ 18.445,41).

Pelo acima comentado, a Infração 1 padece de certeza e liquidez, sendo que esses vícios não são passíveis de retificação mediante diligência, uma vez que exigiriam o refazimento integral da ação fiscal. Dessa forma, foi correta a Decisão da primeira instância que julgou a Infração 1 Nula.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade competente para que verifique a possibilidade de refazimento da ação fiscal referente à Infração 1, a salvo de falhas.

Cuida a Infração 2 da falta de recolhimento de ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, conforme os Anexos II (fl. 51) e IV (fls. 54 e 55) do Auto de Infração.

A sucumbência da Fazenda Pública nesse item do lançamento decorreu das seguintes retificações: a) exclusão dos débitos atinentes às Notas Fiscais nºs 7548, 7546 e 7534 (fls. 82 a 84); b) exclusão dos débitos referentes às Notas Fiscais nºs 6975 e 7050 (fls. 52 e 53).

Não há reparo a fazer na Decisão de primeira instância quanto a essas duas retificações, uma vez que: a) o destinatário das Notas Fiscais nºs 7548, 7546 e 7534 está inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia na condição de produtor rural (fl. 85) e, portanto, essas operações estão amparadas pela isenção prevista no art. 20, XI, “a”, do RICMS-BA/97; b) as Notas Fiscais nºs 6975 e 7050 se referem a devoluções de materiais de uso e consumo, nas quais o

destaque do imposto serviria apenas para ensejar a apropriação do crédito pelo estabelecimento de origem e, assim, não houve falta de recolhimento de imposto.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter inalterada a Decisão recorrida, a qual não carece de qualquer reparo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206905.0002/12-9**, lavrado contra **FAZENDA IOWA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.710,12**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2013.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS