

A.I. Nº - 2691300008/17-4
AUTUADO - GLENCORE IMPORTADORA E EXPORTADORA S.A.
AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLO
ORIGEM - INFAZ – BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18.02.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0015-02/19

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. REMESSA PARA EXPORTAÇÃO. Nas remessas para formação de lotes em recintos alfandegados para posterior exportação, o estabelecimento remetente, ocorrendo perda, extravio, perecimento, sinistro, furto da mercadoria, ou qualquer evento que dê causa a dano ou avaria o estabelecimento remetente ficará obrigado ao recolhimento do imposto devido, sem imposição de multas, no prazo de quinze dias após a ocorrência (art. 404, §4º, inc. II do RICMS/2012). Afastada a preliminar de nulidade. Não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária. A autuada elidiu parte da infração. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 26/12/2017, exige crédito tributário no valor histórico de R\$32.846,91, acrescido da multa, em razão da constatação do cometimento da infração a seguir descrita.

INFRAÇÃO 01 – 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos períodos de janeiro, junho de 2015 e setembro de 2016

Multa no percentual de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: artigo 2º, inciso I e artigo 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inciso I, do RICMS/2012.

Na descrição dos fatos relata:

1. Os trabalhos de fiscalização foram desenvolvidos a partir da:
 - a. Escrituração em EFD;
 - b. Das notas fiscais eletrônicas de entrada e saída da empresa;
 - c. Tabelas de valores recolhidos à SEFAZ, obtidos em sistemas próprios.
2. Também foram utilizadas as tabelas de notas fiscais de exportação e respectivos Registros de Exportação (RE) e Despachos de Exportação (DE) obtidos no MCEX. Solicitou-se também cópia da documentação comprobatória da efetiva exportação das mercadorias à autuada.
3. Após análise dos documentos, a fiscalização identificou a falta de recolhimento de ICMS em razão da não comprovação de exportação tanto de soja quanto de algodão em pluma.
4. A propósito da soja, observou-se que entre junho e julho de 2014 houve 109 notas fiscais de entrada, totalizando 4.485.660,60 kg do grão. Não foram observadas outras entradas do produto.

5. Há notas fiscais comprovando o envio de 4.485.600,60 kg de soja em 2014, para formação de lotes para exportação em armazém alfandegado situado no Porto de Cotegipe em Aratu – Bahia, (CFOP 5505).
6. Em agosto de 2014 a autuada emitiu uma nota fiscal de exportação (CFOP 7501), homologada pela receita federal, remetendo 4.470.540 kg de soja para a Holanda. Trata-se da NF-e 05, série 3.
7. Verifica-se, portanto, que há um saldo de 15.060 kg saídos da autuada com destino incerto, uma vez que não se confirma a respectiva exportação. Cabe cobrança do ICMS.
8. Para precificar a carga, utilizou-se dos dados constantes na referida NF-e 05, série 3. Já o fato gerador, foi considerado 180 dias após a última remessa realizada, em atenção à legislação vigente:
Ocorrência do fato gerador: janeiro de 2015
Unidade tributada: kg
Valor da unidade tributada: R\$1,0579
Valor total da carga = $15.060 \times R\$1,0579 = R\$15.930,97$
Valor do ICMS = $15.131,97 \times 17\% = R\$2.708,44$
9. Ainda sobre soja, a NF-e 1667, de março de 2016, remete o produto para a unidade da Glencore de São Félix do Araguaia – MT, com vistas a formação de lote para exportação.
10. Trata-se de 49.820 kg da commodity, valoradas a R\$1,48/kg.
11. Como não foi confirmada exportação homologada pela Receita Federal e já se passaram os 180 dias regulamentares, cabe cobrança de ICMS.
Ocorrência do fato gerador: setembro de 2016
Unidade tributada: kg
Valor da unidade tributada: R\$1,48
Valor total da carga = $49.820 \times R\$ 1,48 = R\$73.733,60$
Valor do ICMS = $73.733,60 \times 12\% = R\$8.848,03$
12. Também para o algodão em pluma a exportação é realizada em duas etapas: NF-e de CFOP 5505 para acobertar o transporte da carga até formar o lote na área alfandegada e NF-e de CFOP 7501 para a exportação propriamente dita, sempre pendentes de confirmação pelas DE/RE homologadas pela Receita Federal.
13. Entretanto, não foi possível identificar nem na listagem fornecida pela autuada nem no material do MCEX o Despacho/Registro de Exportação correspondente às notas números 143 e 145, ambas da série 3.
14. Cabe cobrança do ICMS.
15. Como ambas as notas são de dezembro de 2014, considerar-se-á a ocorrência do fato gerador em 31/06/2015, em atenção à legislação.
16. Para a nota fiscal número 143 tem-se:
Ocorrência do fato gerador: junho de 2015
Unidade tributada: kg
Valor da unidade tributada: R\$4,84
Peso da carga: 19.399,50
Valor total da carga = $19.399,50 \times R\$ 4,84 = R\$94.086,27$
Valor do ICMS = $R\$94.086,27 \times 17\% = R\$15.994,67$
17. Para a nota fiscal número 145 tem-se:

Ocorrência do fato gerador: junho de 2015

Unidade tributada: kg

Valor da unidade tributada: R\$4,9236

Peso da carga: 6.327,00 Kg

Valor total da carga = 6.327,00 x R\$4,9236 = R\$31.151,62

Valor do ICMS= R\$31.151,62 x 17% = R\$5.295,77

18. Assim, em razão da impossibilidade de comprovação da efetiva exportação das commodities, a autuada deve recolher o ICMS abaixo relacionado:

Ano/Mês ICMS a recolher

2015/01 R\$2.708,44

2015/06 R\$21.290,44

2016/09 R\$8.848,03

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 19 a 34, inicialmente se identificando como pessoa jurídica de direito privado, cujo objeto social, dentre outros, é o comércio nos mercados interno e externo, de produtos agrícolas; importação e exportação em geral, incluindo, mas sem se limitar, a produtos agrícolas e semielaborados, biodiesel e prestação de serviço de transporte ferroviário e transporte rodoviário.

Reproduz a infração, objeto da autuação e assegura que demonstrará que não deve arcar com os ônus jurídicos tributários apontados no auto de infração.

Preliminarmente destaca que a fiscalização realizou o agrupamento de três supostas infrações em um único item do auto de infração, procedimento que entende não ser condizente com a legislação do ICMS, que exige a demonstração clara e precisa, sem o que, há nítida nulidade do lançamento.

Transcreve trecho de entendimento proferido pelo CONSEF, que decretou em julgamento a nulidade de auto de infração em caso análogo, julgamento este, realizado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal cujo Acórdão JJF nº 0200-05/14, reproduz em parte, destacando o trecho: *“Essa metodologia é contrária à determinações da Lei e do RICMS, conforme já abordado linhas acima, visto que repercute em desfavor do Estado e também por dificultar o exercício do direito de defesa e contraditório do contribuinte.”*.

Adverte que o auto de infração não descreveu os fatos de forma clara, precisa e sucinta, contrariando o RPAF no seu artigo 39, inciso III, portanto, em sede de preliminar, requer a decretação de nulidade do auto de infração.

Ao se reportar aos itens 04 a 08, afirma não ter ocorrido a falta de recolhimento do ICMS, como percebeu a fiscalização ao descrever que constatou existir uma diferença de 15.060 kg de produtos saídos do estabelecimento, *“com destino incerto”*, por supostamente não ter sido confirmada a respectiva exportação, com base no entendimento de que ocorreu o recebimento de 4.485.660,60 kg de grão, sendo comprovado do envio de 4.485.600,60 kg de soja em 2014, para formação de lote e posteriormente emitiu a NF-e 005 para exportação dos produtos, remetendo 4.470.540 kg de soja, fato que teria resultado na diferença apontada.

Defende que a suposta diferença (15.060 kg), corresponde a 0,33% do total da mercadoria exportada, fato que se tratando de grãos, é conhecida a ocorrência de quebras, seja durante o armazenamento, ou no transporte, o que acarretou a suposta diferença, além do impacto da umidade do ar que interfere no peso da mercadoria.

Explica que conhecida como “quebra técnica”, a diferença de peso em relação à quantidade do produto, ocorre em relação à necessidade de respiração dos grãos, perda de pó e até mesmo evaporação da água e que essa quebra pode inclusive variar conforme cada região, tipo de grão, condições de estocagem e transporte.

Conclui que a diferença não se trata de mercadoria não exportada e sim de diferença insignificante em relação ao montante exportado, plenamente justificada diante da quebra técnica inerente à operação com grãos.

Complementa que a comprovação da saída com destino incerto não pode ser fundamentada em simples indício, devendo ser acompanhado de provas, inclusive contábeis que possam demonstrar o ingresso de recursos financeiros.

Afirma que a fiscalização não comprovou a infração pois, trata-se de “quebras técnicas”, previstas em literatura sobre o transporte dos grãos, não podendo ensejar a exigência do ICMS, ou muito menos tratar de operações tributável.

Reproduz trecho do voto do relator que julgou improcedente uma infração que trata de matéria assemelhada, proferido pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal no Acórdão CJF nº 0239-11/14, destacando o entendimento de que *“Não há, na legislação tributária estadual, previsão de percentuais aceitáveis para essas “perdas”, todavia, considerando que no exercício de 2008 o recorrente movimentou 6.172.991,53 kg de “cacau em baga”, entendo que é razoável admitir que a diferença que remanesce, no montante de 12.305,47 kg, correspondente à 0,2% da mercadoria movimentada no período, decorreu de variações de peso, decorrente da umidade, que são inerentes às operações com a referida mercadoria e, portanto, não houve omissão de operação de entrada dessa mercadoria no exercício em questão.”*. Assim, requer que lhe seja atribuído o mesmo entendimento, com a consequente anulação do auto de infração.

Ao abordar os itens 09 a 11 onde a fiscalização alega a não comprovação de exportação com base na NF-e 001.667, já tendo decorrido o prazo de 180 dias regulamentares, diz tratar-se de equívoco, em razão do autuante não ter analisado com mais detalhes a NF-e 001.667 (Doc. 04), posto que não houve a saída da mercadoria e os dois campos destinados à data da saída e hora de saída estão em branco, dessa forma, aponta que não ocorreu o fato gerador do ICMS.

Esclarece que a mercadoria constante na NF-e 001.667, não utilizada, foi enviada para formação de lote por meio da NF-e 000.806 (Doc. 05), emitida na mesma data, inclusive, a mesma descrição constante no campo “dados adicionais”, dando conhecimento de que a mercadoria foi adquirida através da nota fiscal nº 004.519 emitida pela SINAGRO PRODUTOS AGROPECUÁRIOS S/A.

Complementa que relativamente à NF-e 000.806 foi emitido o correspondente conhecimento de transporte CT-e 510864 (Doc. 06), comprovando a efetiva circulação da mercadoria. Portanto, diz tratar-se de novo equívoco da fiscalização em considerar a incidência de ICMS apenas em decorrência da emissão de uma nota fiscal (NF-e 001.667), sem qualquer circulação da mercadoria.

Pugna pela nulidade do item, pois entende que a infração imputada não tem relação com a situação fática ocorrida.

Frisa que não há falta de recolhimento do ICMS relatada nos itens 12 a 17, onde a fiscalização alega não ter encontrado informações acerca da exportação de algodão em pluma correspondente às notas fiscais números 000.143 e 000.145 (Docs. 07 e 08), exigindo o ICMS.

Discorre que as operações relativas às notas fiscais números 000.143 e 000.145 foram anuladas em face da entrada das mercadorias acobertadas pelas NF-e 001.156 e 001.157 (Docs. 09 e 10), cuja operação realizada é identificada conforme explicitado no campo “natureza da operação” e no campo “dados adicionais” e a indicação das notas fiscais que deram ensejo à entrada das mercadorias, que posteriormente foram remetidas para exportação por meio das NF-e 000.146 e 000.147 (Doc. 11 e Doc. 12) e exportadas, como se observa pelo comprovante de exportação nº 2141263523/3 (Doc. 13), memorandos de exportação nº 126 e 128 (Doc. 14 e Doc. 15) e registros de exportação averbados números 141623646001 e 141623646003 (Doc. 16 e Doc. 17).

Conclui que assim demonstra não haver ausência de comprovação de exportação das mercadorias, com base nas notas fiscais 000.143 e 000.145, tampouco a ocorrência do fato gerador que pudesse ensejar a cobrança do ICMS.

Apresenta o resumo a seguir para demonstrar os argumentos.

NF-e – auto de infração	NF-e cancelamento	NF-e exportação	Comprovante de exportação	Memorando de exportação	Registro de exportação
000.143	001.156	000.146	2141263523/3	126	141623646001
000.145	001.157	000.147	2141263523/3	128	141623646003

Repisa que tendo anuladas as operações referentes aos documentos fiscais inicialmente emitidos e comprovada a exportação posterior das mesmas mercadorias, por meio de outras notas fiscais, o fisco não pode exigir o recolhimento do ICMS, sob pena de acarretar um locupletamento ilícito e gerar ao contribuinte uma carga tributária inexistente, por não ter ocorrido o fato gerador do imposto.

Requer, portanto o cancelamento do presente auto de infração.

Argui que a autuação apresenta motivação incorreta, haja vista que os dispositivos legais que fundamentam o enquadramento da suposta infração apenas tratam sobre datas e cumprimento de obrigações acessórias. O artigo 2º, inciso I e art. 32, ambos da Lei nº 7.014/96 tratam da incidência do ICMS nas operações relativas à circulação de mercadorias e do recolhimento do imposto e o artigo 332, inciso I, do RICMS/2012, trata da data do pagamento do ICMS. Portanto, entende que o auto de infração não está corretamente motivado, ferindo a Constituição Federal que expressamente veda que obrigações pecuniárias sejam constituídas e cobradas com base em procedimentos arbitrários ou imotivados.

Defende a necessidade dos atos de aplicação da lei tributária em casos concretos serem devidamente justificados e fundamentados, de modo que possibilite ao contribuinte exercer o seu direito à ampla defesa.

Alerta que no processo em discussão, a fundamentação no dispositivo legal indicado, não retrata a infração imputada, afrontando os princípios da motivação e da legalidade. Portanto, fica comprovada a falta de motivação do lançamento fato que o macula de nulidade.

Cita lição de Eduardo Domingos Bottallo para destacar a necessidade dos lançamentos estarem amparados em correta fundamentação.

Também recorre aos ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho, que apreende ser um problema de subsunção, quando o enunciado constituído como fato jurídico, busca fundamento numa norma, quando na verdade deveria buscar em outra, por tratar-se de aplicação da norma jurídica incorreta o que caracteriza em “erro de direito”.

Por fim, afirma que pelo que foi demonstrado, a cobrança é nula de pleno direito, motivo pelo qual requer a anulação do auto de infração, reproduzindo ementas do julgamento do CONSEF do AI nº 206882.0911/07-0 pela Junta de Julgamento Fiscal, Acórdão JJF nº 0174-02/12 e Acórdão CJF nº 0317-11/09 – 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Lembra que a autuante aplica a multa percentual sobre o ICMS supostamente devido, com base no artigo 42, inciso II, “a”, da Lei nº 7.014/96, que reproduz, e afirma que a mesma é indevida, na medida que se refere à conduta ilícita que não se verifica, assim como é altíssima, elevando sobremaneira o próprio ICMS, fato que acarreta um nítido e nefasto efeito confiscatório, vedado pelo artigo 150, inciso V, Constituição Federal.

Traz excertos de julgamentos do Supremo Tribunal Federal acerca da abusividade das multas cujo entendimento é que a sanção deve ser proporcional à suposta infração cometida, o que não ocorre no caso concreto, uma vez que as multas aplicadas fazem com que o débito tributário se torne 60% maior que a quantia originariamente devida, excedendo o critério de razoabilidade e contrariando o princípio tributário da proporcionalidade.

Declara que o Superior Tribunal de Justiça – STJ já reduziu multas sob a alegação de violação ao princípio da razoabilidade, conforme Agravo Regimental AGR 421317, Min Relator João Otávio de Noronha, DJ de 14/06/04.

Requer a anulação das multas diante do desrespeito a Constituição Federal.

Pugna pelo recebimento da presente defesa administrativa, o cancelamento do auto de infração e protesta por realização de sustentação oral.

Requer também que toda e qualquer intimação ou notificação seja encaminhada ao endereço indicado na defesa, bem como ao subscritor da defesa, no endereço Rua Estados Unidos, 322, Jardim América – São Paulo/SP, CEP 01427-000, sob pena de nulidade.

A autuante presta a informação fiscal às fls. 122 a 128, inicialmente resume as alegações da defesa e confirma o enquadramento inicial da infração, pois se tratam de fatos geradores que configuram saída de mercadoria tributada – soja ou algodão – como se não tributadas fossem, em razão da respectiva exportação.

Reafirma a ocorrência de apenas uma infração, ainda que com diversos fatos geradores, datas e mercadorias diferentes.

Explica que o “DANFE não é a nota fiscal eletrônica. A NF-e é um arquivo XML emitido com autorização das SEFAZ do emissor e do receptor e seu conteúdo pode ser conferido através do site da Receita Federal e de aplicativos variados. O DANFE é apenas um documento auxiliar, impresso em qualquer papel, para ser usado naquelas oportunidades em que a consulta ao arquivo eletrônico da NF-e seja dificultada por razões técnicas.”

Quanto à perda técnica, arguida na defesa, adverte que a legislação do ICMS não contempla tal hipótese, assim, não cabe à fiscalização aceitar ou não a evaporação das 15 toneladas de soja cobradas.

Para subsidiar o julgamento, anexa CD gravados slides da apresentação elaborada por Thiago Guilherme Péra, Coordenador Técnico do Grupo ESALQ-LOG, realizada em 26/03/2018 em Piracicaba-SP, intitulada “Perdas na logística de grãos sólidos agrícolas no Brasil”. Neste documento há tabelas gerais sugerindo o percentual de “perda técnica” por produto, por estado e por modal.

Grifa que a nota fiscal nº 001.667 permanece com o status de autorizada, não tendo sido cancelada dentro dos parâmetros da legislação, portanto, permanece válida a transferência de mercadoria destinada ao porto de Itaquí para formação de lote para exportação, embora o local de entrega tenha sido informado como São Félix do Araguaia.

Inferir da análise dos documentos apensados, que por hipótese, a mercadoria acobertada pela nota fiscal nº 004.519, oriunda de SINAGRO de MT, foi entregue ao estabelecimento da autuada de São Félix do Araguaia-MT, correspondendo a 99.640,00 kg de algodão. Porém, inferir que parte desta mercadoria pertencia à Glencore de São Félix do Araguaia-MT e parte à Glencore de Luiz Eduardo Magalhães-BA, supõe assim, que existe outra nota fiscal na qual a propriedade de parte do algodão é cedida à filial baiana ou à filial mato-grossense, em razão de não identificar a quem estava destinada a NF-e emitida pela SINAGRO.

Continua descrevendo que ambas empresas emitiram notas fiscais de números 001.667 e 000.806 referentes a compra das mercadorias do Mato Grosso e destinadas a formar de lote de exportação em Itaquí, embora o local de entrega das mercadorias fosse “São Félix do Xingu”, como pode ser visto nas informações complementares das notas, fls. 82 e 84.

Descreve numa segunda hipótese que a NF-e da SINAGRO tenha sido utilizada duas vezes, uma, pela Glencore de Luiz Eduardo Magalhães e outra pela Glencore de São Félix, para justificar a origem de duas cargas remetidas para formação de lotes de exportação, uma vez que as notas números 001.667 e 000.806 estão válidas.

Conclui que nas duas hipóteses levantadas cabe a exigência do ICMS, posto que autuada apresentou apenas o conhecimento de transporte do algodão da filial de São Félix para AMAGGI EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO, localizada nesta mesma cidade, não sendo apresentados os documentos comprobatórios da exportação das mercadorias acobertadas pela NF-e nº 001.667.

Reconhece não ser devido a exigência do ICMS referente as notas fiscais números 000.143 e 000.145, em vista dos documentos anexados pela defesa às fls. 88 a 94 comprovam o retorno das

mercadorias ao estabelecimento da autuada, entretanto, a fiscalização está obrigada a aplicar a multa por força da lei.

A autuada às fls. 137 a 139 apresenta manifestação registrando inicialmente o reconhecimento da autuante quanto a improcedência da exigência do ICMS relativo as notas fiscais 000.143 e 000.145, entretendo, pontua não ter procedência a informação fiscal referente aos demais itens.

Reafirma que a autuação se trata de várias infrações afrontando o disposto no art. 39, inc. III do RPAF/99.

Questiona o posicionamento externado pela autuante acerca da diferença entre NF-e e DANFE, haja vista que foi possível acessar a NF-e através da chave eletrônica, constatando-se que são coincidentes as informações em ambos documentos.

Diz que o material anexado pela autuante gravado no CD, traz argumentos a favor da autuada, pois demonstra a existência de perdas técnicas por diversas hipóteses, inclusive aquela arguida na defesa, cujos percentuais são compatíveis com o descrito de 0,33%, correspondendo a 15.060 Kg de soja, dado que reputa ser importante registrar.

Pontua que a autuante silenciou acerca da necessidade de comprovação através de provas inclusive contábeis da saída dos produtos com destino incerto.

Assegura que as mercadorias constantes da nota fiscal nº 001.667 jamais saíram do estabelecimento, apesar de constar a data de emissão, pois nota-se que os campos destinados a data e hora de saída estão em branco. Assim, conclui que não ocorreu fato gerador do ICMS e o fato da NF-e está autorizada pela Receita Federal, caberia a autuação pelo não cancelamento da mesma, não a exigência do imposto.

Explana que a autuante levanta hipóteses sem fundamento, a partir do fato da NF-e 001.667 encontrar-se válida, pois, na realidade esta nota fiscal foi substituída pela NF-e 000.806 que acobertou a saída das mercadorias para compor o lote, cujas datas de emissão são iguais nos dois documentos. Atrelado a NF-e 000.806 foi emitido o CT-e nº 510.864 para comprovar a efetiva circulação das mercadorias.

Destaca que a própria autuante reconhece que os documentos de exportação apresentados não têm relação com a NF-e nº 001.667, reforçando a afirmação que a mesma não circulou.

Por fim, reitera todos os argumentos apresentados na defesa.

A autuante presta nova informação fiscal nos documentos às fls. 142 a 145, confirmando o enquadramento da infração, pois se trata de fatos geradores que configuram saída de mercadoria tributada – soja ou algodão – como se não tributada fosse em razão de exportação e há apenas uma infração, ainda que com diversos fatos geradores, datas e mercadorias diferentes.

Observa que o argumento manifestado na primeira informação fiscal de que a legislação do ICMS não contempla esta hipótese das perdas técnicas, o volume de perdas torna-se irrelevantes de 15 ton. ou 15 ton. e 60 Kg já que à fiscalização não cabe aceitar as citadas perdas.

Volta a frisar que a NF-e 001.667 permanece com o status de autorizada no site da Receita Federal indicando que não foi cancelada dentro dos parâmetros da legislação destacando ser irrelevante o fato dos campos destinados a hora e data da saída da mercadoria estarem em branco.

Afirma que das 2.360 notas fiscais eletrônicas arquivadas no banco de dados da SEFAZ, 1.584 não têm a data de emissão preenchida, contudo, as operações por elas acobertadas ocorreram, pois há documentos de exportação comprovando. Mesmo assim, estas outras 1.584 notas fiscais não foram contestadas pela empresa.

Conclui requerendo a manutenção parcial do auto de infração conforme demonstrado a seguir.

Infração 01 - 02.01.03

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo	Alíquota %	Multa (%)	Valor Histórico
31/01/2015	09/02/2015	15.932,00	17,00	60,00	2.708,44
30/06/2015	09/07/2015	125.237,88	17,00	60,00	21.290,44
Total					23.998,88

É o relatório.

VOTO

O presente lançamento imputa ao sujeito passivo a acusação que descumpriu obrigação tributária principal por ter deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, conforme já relatado.

Na descrição dos fatos, a autuante narra diversas ocorrências no período fiscalizado que ensejaram a autuação, exigindo o recolhimento do ICMS. Estas ocorrências, apesar de decorrerem de situações diversas, todas recaem na mesma acusação, caracterizada na peça inaugural do lançamento.

Acerca deste procedimento adotado pela autuante, incide preliminar de nulidade suscitada pela defesa que concebe caracterizada a violação ao artigo 39, inciso III do RPAF/99, na medida que na sua interpretação, a autuante não descreve a infração de forma clara, precisa e sucinta. Apela ao entendimento proferido pelo CONSEF, que já decretou em julgamento, a nulidade de auto de infração que trata de matéria análoga, julgamento este, realizado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, conforme Acórdão JJF nº 0200-05/14.

Esclareço que o Acórdão JJF nº 0200-05/14 resultante do julgamento do auto de infração nº 206911.0004/12-2, que por unanimidade a 5ª Junta de Julgamento Fiscal decretou a nulidade do mesmo, decorreu da aplicação de metodologia inadequada para a exigência fiscal, portanto, semelhante ao caso em análise. Entretanto, ressalto que o auto de infração julgado era composto de duas infrações que em verdade se desdobram em 8 (oito) imputações. Uma das infrações acusava o contribuinte de recolhimento a menos do ICMS e a segunda da falta de retenção e recolhimento do imposto devido por substituição tributária.

Importante registrar que a motivação que justificou a nulidade do referido auto de infração está expressa na ementa, *in verbis*.

“ACÓRDÃO JJF Nº 0200-05/14

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. No Auto de Infração estão contempladas infrações diversas, cujo critério comum foi a apuração do imposto, quando houve repercussão na conta corrente fiscal do ICMS em desfavor do Estado. Metodologia de apuração em desconformidade com a lei. Agrupamento de diversas imputações em um único item. Repercussão na base de cálculo do ICMS apurado por substituição tributária, contaminando a exigência fiscal que compõe o item 2 do lançamento de ofício. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.”

Constato que a motivação da nulidade se deve ao fato dos membros da 5ª JJF terem interpretado que a aplicação da metodologia na autuação, causou repercussão na conta corrente fiscal do ICMS em desfavor do Estado. Fato que não se observa no presente caso.

Por outro lado, não vislumbro qualquer violação ao artigo 39, inciso III do RPAF/99, na medida que a infração foi descrita com clareza e precisão, prova disto é que o a autuada exerceu na plenitude seu direito de defesa, abordando de forma adequada as imputações, ponto por ponto.

Destarte, não acolho a preliminar de nulidade arguida.

Em outra arguição de nulidade, a autuada justifica motivação incorreta utilizada pela autuante, posto que os dispositivos legais que fundamentam o enquadramento da infração, apenas tratam sobre datas e cumprimento de obrigações acessórias.

A acusação fiscal se refere a falta de recolhimento do ICMS por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis e os dispositivos mencionados na infração, artigo 2º, inciso I e

artigo 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inciso I, do RICMS/2012, não comprometem nem causam embaraço a correta cognição da acusação, portanto não há cerceamento ao exercício do direito à ampla defesa e do contribuinte. Dessa forma, não acolho a arguição de nulidade.

Ultrapassadas as questões preliminares, passo a analisar o mérito, sobre o qual, para melhor sistematizar o voto, analiso a infração em dois itens distintos, consoante abordado pela defesa e pela autuante nas informações que prestou.

O primeiro ponto a ser analisado refere-se à acusação da falta de recolhimento do ICMS relatada nos itens 04 a 08, onde a fiscalização constatou existir uma diferença de 15.060 kg de produtos saídos do estabelecimento, “*com destino incerto*”, por não ter sido confirmada a respectiva exportação.

A autuada ao se defender, argui que a diferença de 15.060 kg, corresponde a 0,33% do total da mercadoria exportada, fato que se tratando de grãos, é conhecida e aceitável a ocorrência de quebras por diversos fatores. Portanto, infere tratar-se de diferença insignificante em relação ao montante exportado.

A autuante argumenta que a legislação do ICMS não contempla as hipóteses de quebras e perdas, assim sendo, não cabe à fiscalização aceitar tal justificativa.

Sobre o tema, traz a apresentação elaborada pelo Coordenador Técnico do Grupo ESALQ-LOG intitulada “PERDAS NA LOGÍSTICA DE GRANÉIS SÓLIDOS AGRÍCOLAS NO BRASIL”, expondo tabelas gerais e sugerindo percentuais aceitáveis a título de “perda técnica”.

Constato que o RICMS/2012 no seu artigo 404, trata das remessas para formação de lotes destinados a exportação e no inciso II do §4º determina o procedimento a ser adotado pelos contribuintes no caso de perdas, conforme transcrito.

“Art. 404. Na remessa para formação de lotes em recintos alfandegados para posterior exportação, o estabelecimento remetente, previamente credenciado pelo inspetor fazendário, deverá emitir nota fiscal em seu próprio nome, sem destaque do valor do imposto, indicando como natureza da operação “Remessa para Formação de Lote para Posterior Exportação” (Conv. ICMS 83/06).

(...)

§ 4º O estabelecimento remetente ficará obrigado ao recolhimento do imposto devido, sem imposição de multas, no prazo de quinze dias após a ocorrência dos seguintes eventos:

(...)

*II - em **razão de perda**, extravio, perecimento, sinistro, furto da mercadoria, ou qualquer evento que dê causa a dano ou avaria;” (Grifei).*

Da análise do conteúdo da apresentação apensada aos autos pela autuante, verifico que o Coordenador Técnico do Grupo ESALQ-LOG, demonstra tabelas referentes a “*Indicadores referências para quantificação das perdas*” quantificando os índices para transporte rodoviário (destino: portos, centros consumidores e terminais multimodais), dois índices: 0,132% para transportes rodoviários utilizando vias de “boa” qualidade e 0,267% para vias de “não boa” qualidade, segundo critérios utilizados em pesquisa sobre o tema. Em outra tabela, sob o título “ÍNDICES DE PERDAS NA AGRO LOGÍSTICA DE GRÃOS NO BRASIL” apresenta os percentuais que variam de 1,905% a 0,551%, observando os critérios de armazenagem, qualidade das vias rodoviárias, modalidade e canal de comercialização.

Portanto, concluo que os dados não servem de referência para avaliar a irrelevância arguida pela defesa para a perda de 0,33%, por adoção de critérios diversos do caso em análise.

Ademais, mesmo se tratando de quebra ou perda, fato admitido ter ocorrido pela própria autuada, o RICMS/2012 no seu artigo supracitado, prevê o recolhimento do ICMS correspondente a perda sem imposição de multas, no prazo de quinze dias após a ocorrência das mesmas, recolhimento este, não comprovado nos autos que foi efetuado pelo contribuinte.

Desta forma, considero procedente a exigência do valor decorrente da diferença apurada pela fiscalização de 15.060 Kg de soja, valorada em R\$15.930,97, correspondendo a exigência do ICMS de R\$2.708,44.

Nos itens 09 a 11 a fiscalização alega a não comprovação de exportação das mercadorias constantes na NF-e 001.667, já tendo decorrido o prazo de 180 dias, previsto para comprovação da exportação, cabendo assim, o recolhimento do ICMS correspondente às mercadorias no montante de R\$21.290,44.

A defesa assegura que não houve a saída da mercadoria, posto que nota fiscal nº 001.667 não foi utilizada, sendo as mercadorias remetidas para formação de lote, por meio da NF-e 000.806, emitida na mesma data, quando também foi emitido o correspondente conhecimento de transporte CT-e 510.864, comprovando a efetiva circulação da mercadoria.

Verifico que a autuada não traz aos autos provas para sustentar tese de que não ocorreu a circulação da mercadoria constante na NF-e 001.667 (Doc. 04), apenas afirmando que não houve a saída da mercadoria e os dois campos destinados à data da saída e hora de saída estão em branco, argumento este, totalmente descaracterizado pela autuante.

Outrossim, o fato da autuada afirmar que nota fiscal nº 001.667 – fl. 82 foi substituída pela nota fiscal nº 000.806 – fl. 84, tendo como evidenciação do trânsito das mercadorias através desta última nota fiscal o fato de ter emitido o Conhecimento de Transporte, não apaga o fato da nota fiscal nº 001.667, continuar com status de “Autorizada” no banco de dados das notas fiscais eletrônicas da Receita Federal do Brasil.

Caso a operação não houvesse sido concretizada, a legislação permite o cancelamento de qualquer documento fiscal eletrônico dentro do prazo de 24 horas, conforme prevê o art. 92 do RICMS/2012, *in verbis*.

Art. 92. Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, o emitente poderá cancelar o respectivo documento eletrônico em prazo não superior a 24 (vinte e quatro) horas, contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NF-e, desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria.

Transcorrido o prazo para cancelamento, a autuada não adotou as providências previstas nos §§1º e 2º do ceto artigo.

§1º Após o prazo máximo referido no caput e desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria, fica admitida a emissão de Nota Fiscal de entrada ou saída para regularização do quantitativo da mercadoria em estoque, com destaque do imposto, se for o caso.

§2º No campo informações complementares da nota fiscal de entrada ou saída, referidas no § 1º, deverão constar o número da nota fiscal incorreta e o motivo da incorreção.”

Portanto, a nota fiscal nº 001.667 estando “Autorizada”, surte todos os efeitos jurídicos e tributários referentes a operação por ela acobertada.

Assim, considero procedente a exigência do ICMS no valor de R\$21.290,44.

Quanto aos itens 12 a 17, onde a fiscalização alega não ter encontrado informações acerca da exportação de algodão em pluma correspondente às notas fiscais números 000.143 e 000.145.

A autuada comprova que as notas fiscais de números 000.143 e 000.145 – fls. 88 e 90, foram anuladas em face da entrada das mercadorias acobertadas pelas NF-e 001.156 – fl. 92 e 001.157 – fl. 94, e posteriormente remetidas para exportação por meio das NF-e 000.146 – fl. 96 e 000.147 – fl. 98 e exportadas, como se observa pelo comprovante de exportação nº 2141263523/3 – fl. 100, memorandos de exportação nº 126 e 128 – fls. 102 e 104 e registros de exportação averbados nº 141623646001 – fls. 106 a 111 e 141623646003 – fls. 113 a 118.

A autuante reconhece não ser devida a exigência do ICMS em vista dos documentos anexados pela defesa às fls. 88 a 94, que comprovam o retorno das mercadorias ao estabelecimento da autuada.

Acato a decisão da autuante, por irrefutável comprovação das alegações da defesa.

A arguição de que a multa aplicada tem caráter confiscatório não pode prosperar, muito embora o art. 150, inc. IV, da Constituição Federal, vede a utilização do tributo com efeito de confisco, a multa por infração tributária consiste em sanção a ato ilícito, razão pela qual não se vincula ao princípio da vedação ao confisco, que abarca somente os tributos.

Outrossim, a multa aplicada está legalmente prevista para a infrações apurada, com disposição expressa no artigo 42 inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96. De mais a mais, fica inviabilizada a análise da alegação em razão deste órgão julgador ser incompetente para declarar a inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de consoante art. 167, inc. I, do RPAF/99.

Quanto a solicitação para que as intimações e notificações sejam encaminhadas para o endereço específico declarado na defesa e também aos advogados que representam a autuada, ressalto que o órgão competente pelas ações administrativas nos Processos Administrativos Fiscais da SEFAZ poderá enviar intimações, notificações e comunicações acerca o andamento do presente processo para os endereços citados na defesa, embora não esteja obrigada a fazê-lo, sendo que sua falta, não ensejará motivo para decretação da nulidade do lançamento, porquanto não há previsão legal no RPAF/99, para tal comportamento, haja vista que o envio de notificações e intimações quanto ao andamento processual obedece ao que dispõe o art. 127, do Código Tributário Nacional – CTN como regra, ou seja, a eleição do domicílio tributário do sujeito passivo.

Cabe, também destacar que a Lei nº 13.199/2014, alterou o Código Tributário do Estado da Bahia, introduzindo o art. 107-D, instituído o domicílio tributário eletrônico – DTE do Estado da Bahia, obrigatório para todos os seus contribuintes, sendo o canal oficial do Fisco com seus contribuintes, para encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificações de diversos atos administrativos. Através do DTE, os advogados representantes da empresa poderão ser comunicados.

Pelo exposto, voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo a seguir.

Infração 01 - 02.01.03

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo	Alíquota %	Multa (%)	Valor Histórico
31/01/2015	09/02/2015	15.932,00	17,00	60,00	2.708,44
30/06/2015	09/07/2015	125.237,88	17,00	60,00	21.290,44
Total					23.998,88

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE PARTE** o Auto de Infração nº **2691300008/17-4**, lavrado contra **GLENCORE IMPORTADORA E EXPORTADORA S.A.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.998,88**, acrescido da multa de 60%, art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2019.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR