

A. I. N° - 278906.0016/18-0
AUTUADO - MASTER SAFRAS COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA
AUTUANTE - GILMAR SANTANA MENEZES
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26.12.2019

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0117- 06/19

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE DIFERIMENTO. **a)** SEM AUTORIZAÇÃO PARA RECOLHER NO MÊS SEGUINTE. **b)** SEM COMPROVANTE DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A previsão legal regulamentar para efetuar o pagamento antecipado nas operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de diferimento não guarda correlação com a utilização do crédito fiscal relativo a aquisições interestaduais, por inexistir na legislação estadual previsão de utilização indevida de crédito fiscal em relação às aquisições de mercadorias em outros estados, sem o pagamento do imposto. Atos praticados por autoridade com preterição do direito de defesa e o lançamento de ofício sem conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Acolhida as preliminares de nulidade. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 19/12/16 e exige ICMS no valor de R\$2.082.984,04 em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal do imposto referente a aquisição de mercadorias em outras unidades da Federação sujeitas ao regime de diferimentos e desacompanhadas do comprovante de recolhimento do imposto. Consta na descrição dos fatos que refere se a notas fiscais emitidas pela empresa Master Safras, que não tem autorização do titular da repartição fiscal a que está vinculado, para efetuar recolhimento no dia 09 do mês subsequente, conforme disposto no art. 322, V, ‘k’, §4º do RICMS/2012 - R\$708.305,32 acrescido da multa de 60%.
2. Utilização indevida de crédito fiscal do imposto referente a aquisição de mercadorias em outras unidades da Federação sujeitas ao regime de diferimentos e desacompanhadas do comprovante de recolhimento do imposto. Consta na descrição dos fatos que refere se a notas fiscais eletrônicas vindas de outras unidades da Federação e da nota fiscal eletrônica de entrada, devolução de produtos emitidas pela empresa Master Safras - R\$1.374.678,72 acrescido da multa de 60%.

O autuado na defesa apresentada às fls. 337 a 359, inicialmente ressalta a tempestividade da autuação, discorre sobre as infrações, salientando que ambas exigem imposto pelo mesmo fundamento de regra de diferimento do ICMS e mesmo período (2017 e 2018), sendo que a primeira infração refere se a glosa do crédito apropriado nas Notas Fiscais série 1 e infração 2 sobre glosa do crédito de notas fiscais eletrônicas.

Ressalta que apresenta a mesma linha defensiva para ambas as infrações, considerando que Nota Fiscal série 1 e eletrônica não influí no direito de apropriar o crédito fiscal.

Alega que antes de iniciar a abordagem jurídica, esclarece que está situada no oeste baiano, iniciou suas atividades em abril/2007, dedica se ao comércio de grãos, milho, firmando contrato com empresas de alimentos (Alimentos Brasil, Três Corações...), adquirindo milho fora do Estado de produtores/comerciantes localizados no Distrito Federal, Piauí e Mato Grosso, sendo que por questões de logística, foi transportado diretamente do produtor para o cliente, também localizado fora do Estado da Bahia, com raríssimas exceções transitado dentro do Estado da Bahia.

Ressalta que todas as vendas ocorreram a preço CIF, responsabilizando se pelo frete até o destinatário final, valendo-se da contratação de transportadores e incluído o valor do frete no seu preço de venda, oferecendo à tributação pelo ICMS para o Estado da Bahia.

Destaca que sua presença no oeste baiano decorre importância econômica da região, ampliando suas atividades no beneficiamento de grãos (indústria) do mercado local.

Afirma que a autuação baseia se no diferimento do ICMS aplicável às operações objeto de levantamento fiscal (art. 7º e §2º da Lei 7.014/96; art. 286, §2º; e art. 332 do RICMS), conforme transscrito às fls. 341 e 342, cujo crédito fiscal foi glosado, por a fiscalização entender que ela se encontra na condição de substituta tributária por diferimento e responsável pelo pagamento de imposto incidente na etapa anterior de circulação.

Destaca que o art. 286, V do RICMS/12, estabelece que é diferido o lançamento do ICMS nas saídas internas de produtos agrícolas e extractivos vegetal, em estado natural, produzidos neste estado e a fiscalização entendeu aplicar tal dispositivo para exigir o imposto na condição de responsável tributário por substituição, incidente na etapa anterior, correspondente à saída do milho do produtor (2017 e 2018), sem considerar os créditos fiscais no Auto de Infração 2789060017/18-7 (que deve ser julgado em conjunto com este PAF), pois glosou todos os créditos correspondentes às aquisições de milho no mesmo período, por meio do lançamento ora impugnado.

Alega que os lançamentos são incongruentes, visto que exige o ICMS diferido e também a glosa do crédito fiscal de forma concomitante, gerando dupla incidência de cobranças.

Diz que inexiste fundamento para aplicação do diferimento nas aquisições de milho em operações interestaduais, conforme Notas Fiscais de Entrada juntadas ao processo (2017 e 2018), visto que a legislação disciplina o diferimento nas operações internas com produtos agrícolas, motivo pelo qual o auto de infração é completamente nulo ou improcedente por apresentar fundamento e enquadramento alheio à realidade dos fatos.

Transcreve o art. 332, V, K, §4º do RICMS, que trata dos prazos de recolhimento do ICMS antes da saída das mercadorias, nas operações com produtos agropecuários e extractivos vegetais e minerais, não trazendo qualquer regra de substituição tributária capaz de justificar o diferimento do imposto.

Afirma que neste contexto o Auto de Infração é nulo, por falta de clareza e precisão, descrição dos fatos e devido enquadramento legal. É improcedente, porque os dispositivos legais citados não amparam a cobrança na forma como foi feita e a fiscalização lançou o ICMS calculado pelas saídas, desprezando os créditos fiscais das entradas que foram glosados no Auto de Infração nº 2789060017/18-7.

Reafirma a nulidade do lançamento em razão de falha na descrição dos fatos e capitulação legal, com base nos primados consagrados pela Constituição de 1988 (art. 5º) restringindo ou delimitando o patrimônio particular dos contribuintes.

Discorre sobre o regime de diferimento e hipótese de substituição tributária, que na acepção técnica não se enquadra afrontando os princípios da tipicidade ou da legalidade estrita que

norteia o Direito Tributário tendo em vista que a previsão do art. 286, V, do RICMS/12, contempla o diferimento do lançamento do ICMS “nas saídas internas de produtos agrícolas e extractivos vegetal, em estado natural, produzidos neste estado”.

Conclui que as notas fiscais de entrada do período fiscalizado comprova que não adquiriu qualquer produto agrícola de produtor situado no Estado da Bahia, fulminando completamente a infração apontada no lançamento de ofício, conforme descrição da infração pelo próprio autuante o que conduz a nulidade da infração nos termos do art. 18, IV do RPAF/BA, em razão do lançamento de ofício não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Afirma que a jurisprudência consolidada do CONSEF é absolutamente rigorosa no respeito ao art. 18, IV, “a”, do RPAF, transcrevendo ementas dos Acórdãos JJF 0071-02/16 e CJF 0300-12/18, situação que se enquadra por se tratar de exigência do imposto lastreado em notas fiscais de operações de saídas de sucatas de alumínio para outros estados.

No mérito, afirma que falta amparo legal para a cobrança do ICMS, visto que o art. 7º da Lei 7014/96, apresenta tão-somente o conceito legal de diferimento e responsabilidade do adquirente ou destinatário da mercadoria, bem como o §2º do art. 286 do RICMS, não justifica a exigência formalizada, apenas informando como regra geral que o termo final do diferimento ocorre na saída das mercadorias, salvo em alguns casos específicos em que ele ocorrerá na entrada no estabelecimento do substituto legal, não definindo com certeza e segurança se o termo final do diferimento ocorreu na entrada ou na saída das mercadorias, na medida em que não foi sequer apontada a hipótese legal de substituição.

Quanto a ausência de autorização do titular da repartição fiscal para recolhimento do ICMS no dia 09 do mês subsequente ao dos fatos geradores, na forma do art. 332 do RICMS/12, alega que os prazos de recolhimentos em nada interfere com os regimes de apuração, prescrevendo tão-somente o momento que o tributo deve ser recolhido, o que ensejaria a cobrança com acréscimos legais se recolhido a destempo, mas não poderia glosar a integralidade dos créditos fiscais apurados no período.

Conclui que nenhum dos dispositivos citados no lançamento fiscal possui o condão de amparar o crédito fiscal formalizado e improcedente o auto de infração.

Destaca ainda que esta autuação exige a glosa do crédito fiscal enquanto o Auto de Infração nº 2789060017/18-7, exige ICMS calculado sobre as saídas, desprezando-se todos os créditos fiscais resultantes das entradas de produtos agrícolas o que caracteriza cobrança em duplicidade.

Requer que como forma de solucionar essa distorção, o CONSEF deve adotar uma das seguintes soluções:

- a) deduzir do auto de infração AI nº 2789060017/18-7 o valor lançado no presente lançamento; ou
- b) anular o todo o crédito tributário cobrado neste auto de infração.

Para isso, requer a reunião dos processos administrativos para decisão conjunta por órgão único, evitando soluções conflitantes em prejuízo das partes envolvidas.

Conclui requerendo reunião deste PAF com o 2789060017/18-7, NULIDADE ou IMPROCEDÊNCIA do lançamento, conforme argumentos expostos.

O autuante na sua informação fiscal (fls. 1393 a 1396) inicialmente descreve a infração 1 e os dispositivos infringidos (art. 332, V, K, § 4º e art. 340 do RICMS/BA), e diz que são improcedentes os argumentos utilizados na defesa.

Sugere que o CONSEF converta o processo em diligência à INFIP, para investigar as operações praticadas pelo estabelecimento autuado “com produtores rurais do Estado do Piauí tendo em vista que solicitei ao fisco do referido Estado, na cidade de Corrente-PI, informações sobre essas operações e obtive resposta que grande parte são fictícias e para oficializar as mesmas nos solicitou uma diligência pedida através da SEFAZ de Teresina”.

Em seguida transcreveu à infração 2 e da mesma forma os mesmos dispositivos indicados na infração 1 e afirmou que são improcedentes os argumentos utilizados pelo contribuinte na sua defesa desta infração e além disso sugere que o CONSEF solicite diligência pela INFIP, sobre as operações da MASTER SAFRAS, com as empresas “SOLT COMERCIAL e a COMERCIAL COM EIRELI, de BRASILIA-DF para verificar a veracidade dessas operações tendo em que a empresa Master Safras estava utilizando desse mesmo tipo de operação com empresas e produtores do Estado do Piauí”.

Em 19/08/2019 o autuado juntou petição às fls. 1400 a 1411 na qual comunica que a 2ª JJF julgou Improcedente o AI Nº 278906.0017-18/7, conforme Acórdão JJF 0118-02/19, que tratava da exigência do ICMS diferido e por esse motivo requer que seja dado o mesmo tratamento a esta autuação.

Na assentada do julgamento o Patrono do autuado suscitou a nulidade do lançamento de ofício em razão de não ter sido intimado para tomar conhecimento do início da ação fiscal.

VOTO

Inicialmente com relação a nulidade suscitada por falta de intimação, verifico que foi acostado à fl. 4 um Termo de Intimação que não se encontra assinado pelo representante do estabelecimento autuado. Por sua vez, a ciência do Auto de Infração foi feita por meio do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), nos termos dos artigos 26 e 108 do RPAF/BA. Verifico que foram juntado aos autos cópias de notas fiscais Mod. 1, com aposição de carimbos em postos fiscais de fronteiras do Estado, que tudo indica foram coletadas na empresa. Pelo exposto poderia se perquirir por meio de diligência a comprovação da intimação do sujeito passivo, mas diante da apreciação de outras nulidades, entendo não ser necessário sua realização.

Quanto ao pedido de conexão do julgamento do AI 278906.0017-18/7 com este processo, verifico que o autuado juntou às fls. 1400 a 1411 o julgamento pelo Acórdão JJF 0118-02/19, portanto o pedido perdeu o seu objeto, motivo pelo qual não será apreciado.

O Auto de Infração foi lavrado e acusa exigência de ICMS nas duas infrações em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal do imposto referente a aquisição de mercadorias em outras unidades da Federação sujeitas ao regime de diferimentos e desacompanhadas do comprovante de recolhimento do imposto.

Consta ainda que o autuado não tem autorização do titular da repartição fiscal para efetuar recolhimento no dia 09 do mês subsequente e também que a infração 2 engloba uma operação de nota fiscal de entrada relativa a devolução de vendas.

Na defesa apresentada o sujeito passivo argumentou que em ambas as infrações, não há previsão na legislação de vedação da apropriação de crédito fiscal e suscitou a nulidade do Auto de Infração por falta de clareza e precisão, descrição dos fatos e devido enquadramento legal.

Pela análise dos elementos constantes do processo constato que para as duas infrações foi indicado como enquadramento legal os artigos 7º e §2º da Lei 7.014/96; art. 286, §2º; e art. 332 do RICMS e multa tipificada no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, que o deficiente argumenta não se coadunar com a descrição das infrações.

Para facilitar a interpretação da nulidade suscitada, transcrevo os dispositivos abaixo:

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

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

(...)

Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

§ 2º As hipóteses de diferimento previstas neste artigo encerram na saída subsequente da mercadoria ou do produto resultante de sua industrialização, exceto em relação às hipóteses a seguir indicadas, cujo encerramento ocorrerá na entrada dos produtos no estabelecimento:

(...)

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

V - antes da saída das mercadorias, nas seguintes operações, inclusive quando realizadas por contribuinte optante pelo Simples Nacional, observado o disposto no § 4º deste artigo:

§ 4º O recolhimento do imposto no prazo previsto nos incisos V (exceto as alíneas “a”, “b”, “c” e “d”) e VII poderá ser efetuado no dia 9 do mês subsequente, desde que o contribuinte seja autorizado pelo titular da repartição fiscal a que estiver vinculado;

k) com produtos agropecuários e extractivos vegetais e minerais;

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno:

a) quando da utilização indevida de crédito fiscal;

Pelo exposto o art. 7º da Lei nº 7014/96 define as situações de diferimento, cujas operações ou prestações podem ser submetidas ao regime de diferimento operações ou prestações, estabelecendo o momento em que devam ocorrer o lançamento e o pagamento do imposto.

Por sua vez o art. 286 do RICMS/BA elenca as hipóteses de diferimento e o art. 332, V, “k” determina que o recolhimento do ICMS diferido será feito antes da saída das mercadorias, a menos que o tenha autorização do inspetor fazendário no dia 9 do mês subsequente, quando tratar se de produtos agropecuários e extractivos vegetais e minerais.

Já o art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96 estabelece aplicação de multa de 60% do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno, quando da utilização indevida de crédito fiscal.

Conforme acima relatado, a descrição das infrações acusam que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal relativo a aquisição de mercadorias enquadradas no regime de diferimento (inclusive uma operação de devolução interestadual), de contribuintes localizados em outros Estados, por estar desacompanhadas de pagamento do ICMS diferido e o enquadramento das infrações tratam de obrigação do pagamento do imposto diferido e momento de pagamento, se antes da saída do estabelecimento ou caso autorizado pelo inspetor fazendário, no dia 9 do mês subsequente.

Neste caso, a previsão existente do momento de pagamento do ICMS deferido nas operações internas, com ou sem encerramento do diferimento, não tem correlação com as aquisições interestaduais, que depende da previsão na legislação de cada Estado e do Distrito Federal.

Também, a tipificação da multa no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96 indica situação genérica de aplicação para as situações de utilização indevida de crédito, sem que haja previsão na legislação estadual para a situação em questão de vedação a utilização do crédito fiscal.

Por tudo que foi exposto, acato a nulidade suscitada nos termos do art. 18, II e IV, “a” do RPAF/BA por constituir atos praticados por autoridade com preterição do direito de defesa e o lançamento de ofício não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Entendo que da forma que foi descrita as infrações e a indicação dos dispositivos legais infringidos e a tipificação da multa, dificultou o exercício do contraditório por parte do estabelecimento autuado.

Com relação aos argumentos da fiscalização de que obteve resposta do Fisco do Piauí de que grande parte das operações são fictícias e também de empresas localizadas no Distrito Federal (Brasília), entendo que deve ser objeto de verificação por parte da Inspetoria Fazendária, inclusive de solicitação de diligência a INFIP.

Entretanto se comprovado os indícios de que as operações objeto da autuação são fictícias, ficaria caracterizada um outro tipo de infração, que não é a que consta neste lançamento, mudando o fulcro da autuação. Por isso, entendo que deve ser verificado em outro lançamento, mas não deve ser feito diligência neste sentido neste processo.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 278906.0016/18-0, lavrado contra **MASTER SAFRAS COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA**.

Esta Junta de julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20.12.2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2019.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR