

PROCESSO - A. I. Nº 269130.0008/17-4
RECORRENTE - GLENCORE IMPORTADORA E EXPORTADORA S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0015-02/19
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS (OESTE)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/12/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0196-12/20-VD

EMENTA: ICMS. 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). Não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária. A autuada elidiu parte da infração. Afastada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão da 2ª JJF Nº 0015-02/19, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 26/12/2017, exigindo 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 Cotelândia 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 especificar 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 x R\$1,0579 = R\$15.930,97

Valor do ICMS= 15.131,97 x 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 x R\$ 1,48 = R\$73.733,60

Valor do ICMS= 73.733,60 x 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 x R\$ 4,84 = R\$94.086,27

Valor do ICMS= R\$94.086,27 x 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

A 2^a JJF dirímu a lide com base no voto condutor abaixo transscrito, votando pelo Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe com base nas seguintes alegações.

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.”

Constatou 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”.

Constatou 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 descharacterizado 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 cito 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 abrange 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 constitucionalidade 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 cientificacões 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

Inconformada com a Decisão proferida pelo juízo de base, a recorrente interpôs Recurso Voluntário com base nas seguintes razões de defesa:

Contesta que a fiscalização realizou o agrupamento de 03 (três) supostas infrações em um único item do auto de infração e que referido procedimento não é condizente com a legislação tributária do ICMS, que exige a demonstração clara e precisa, sem o que há nítida nulidade do auto de infração.

Transcreve trecho de entendimento proferido pelo CONSEF (5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, ACÓRDÃO JJF Nº 0200-05/14), que decretou a nulidade do auto de infração em caso análogo.

Invoca o art. 39, inciso III, do RPAF.

Destaca que no caso em comento, o Auto de Infração é nulo, eis que encerra vícios insanáveis, na medida em que não constam os dispositivos legais em que se arrimou para calcular a exigência fiscal, não mencionando as normas jurídicas que fundamentam o dispositivo legal supostamente infringido.

Alega que a autoridade fiscal, quando do lançamento de ofício, citou artigos que não tem qualquer correlação com a suposta infração praticada.

Ressalta que a capitulação das supostas infringências veicula apenas dever instrumental aos contribuintes acerca da emissão de documentos fiscais e respectiva escrituração nos respectivos livros e que se demonstram ausentes a real motivação da Autoridade Fiscal para lavrar o auto infração.

Requer a nulidade da infração por vício material, citando entendimento do jurista Professor Eurico Marcos Diniz de Santi.

Acrescenta que a Fiscalização apontou dispositivos, de forma imprecisa e vaga, violando claramente o disposto no art. 142 do CTN e o art. 39, III e V do RPAF/99.

Aduz que constituir créditos tributários fundamentados em situações destoantes da realidade dos fatos é afrontar diretamente o art. 142 do CTN.

Ou seja, inequivocamente, os fatos imputados à Recorrente não se coadunam com os dispositivos legais consignados no auto de infração, posto que houve flagrante erro na capituloção legal da conduta supostamente imputada ao Recorrente, constituindo erro de direito, vício material do lançamento, o que implica a sua nulidade.

No mérito, segundo a “descrição dos fatos”, constante no auto de infração em questão, pontua que a fiscalização entendeu (itens 4 a 8) existir uma diferença de 15.060 kg de produtos saídos do estabelecimento da Impugnante, “com destino incerto”, por supostamente não ter sido confirmada a respectiva exportação.

Em seu raciocínio, ocorreu o recebimento de 4.485.660,60 kg de grão, havendo a comprovação do envio de 4.485.600,60 kg de soja em 2014, para formação de lote.

Posteriormente, ainda segundo o entendimento da fiscalização, a Impugnante emitiu a NFe 5 anteriormente juntada aos autos para exportação dos produtos, remetendo 4.470.540 kg de soja, fato que teria resultado na diferença inicialmente apontada.

É importante destacar que a suposta diferença (15.060 kg), corresponde a 0,33% do total da mercadoria exportada e, em se tratando de grãos, é cediço a existência de quebras, seja durante o estoque, seja durante o respectivo transporte, o que certamente acarretou a suposta diferença acima mencionada. Além disso, a própria umidade do ar impacta no peso da mercadoria.

Também conhecida como “quebra técnica”, a diferença de peso em relação à quantidade do produto (como ocorre no caso dos presentes autos), ocorre em relação à necessidade de respiração dos grãos, perda de pó e até mesmo evaporação da água.

Afirma, portanto, que não se trata de mercadoria não exportada. Pelo contrário, trata-se de diferença insignificante em relação ao montante exportado, plenamente justificado diante da quebra técnica inerente à operação com grãos.

Sinaliza ainda que, caso a fiscalização constatasse uma eventual diferença de quantidade de mercadorias (como descrito no auto de infração, e que se alega apenas a título argumentação), tal fato caracteriza mero indício, que deve ser acompanhado de provas cabais (inclusive contábeis), demonstrativas do ingresso de recursos financeiros que possam comprovar uma saída “com destino incerto”, como indevidamente alegou a fiscalização.

Ressalta que, no caso em tela, é aduzida a quebra técnica, o que implica dizer que não houve perda de mercadoria, mas sim uma alteração de peso em razão das condições climáticas de transporte às quais foram expostas.

Critica a fundamentação trazida pela decisão de piso ao alegar que tomou por base um relatório intitulado “PERDAS NA LOGÍSTICA DE GRANÉIS SÓLIDOS AGRÍCOLAS NO BRASIL” que demonstra o percentual de perdas nas atividades agrícolas ali descritas, com base em percentuais que dependem diretamente da qualidade da armazenagem, das vias rodoviárias e a modalidade adotada.

Nessa suposta linha de raciocínio o I. Julgador alega que os dados fornecidos “... 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”.

Conclui que não há como se admitir a exigência do ICMS no caso em questão, simplesmente por falta de previsão regulamentar.

Relativamente aos itens 09 a 11, da “descrição dos fatos”, alega a fiscalização a não comprovação de exportação com base na NFe nº 1667, já tendo decorrido o prazo de 180 dias regulamentares, fato que, segundo seu entendimento, enseja a cobrança do ICMS.

Alega que há equívoco da fiscalização ao deixar de analisar com mais detalhes a NFe nº 1667 anteriormente juntada aos autos. Isto porque, não obstante conste a informação da data de emissão, jamais houve a saída da respectiva mercadoria. De fato, nota-se que os campos destinados à “data da saída” e “hora de saída” estão em branco.

Ou seja, jamais houve qualquer saída da mercadoria lá descrita, com destino ao estabelecimento da filial da Impugnante e, portanto, não ocorreu o fato gerador do ICMS, a ensejar a presente autuação.

Destaca que a mercadoria constante na NFe nº 1667 (não utilizada) foi enviada para formação de lote por meio da NFe nº 806 também juntada aos autos, emitida na mesma data. Inclusive, a mesma descrição consta no campo “dados adicionais”, dando conhecimento de que a mercadoria foi adquirida através da NF nº 4519 emitida pela Sinagro Produtos Agropecuários S/A.

Veja-se, ainda, que relativamente à NFe 806 acima mencionada há o correspondente conhecimento de transporte CTe 510864 juntado anteriormente aos autos, que comprova a efetiva circulação da mercadoria em questão, amparada na citada NFe nº 806.

Afirma tratar-se de novo equívoco cometido pela fiscalização, ao exigir a incidência de ICMS apenas em decorrência da emissão de uma nota fiscal (NFe nº 1667), sem qualquer circulação da mercadoria e, portanto, sem a ocorrência do fato gerador do ICMS.

Pontua que se trata da mesma operação e da mesma mercadoria, descritas em duas notas fiscais distintas, emitidas na mesma data, sendo uma com data e hora de saída preenchidos bem como com conhecimento de transporte atrelado ao documento fiscal, resta óbvio que a circulação de mercadoria ocorreu apenas na nota que possui o conhecimento de transporte emitido, uma vez que a mesma mercadoria não seria objeto de saída da empresa por dois documentos fiscais distintos que realizam operação idêntica.

E mais: o simples fato da nota fiscal constar em determinado sistema como “autorizada”, isso é apenas um indício de uma eventual circulação de mercadoria, que admite prova em contrário, como efetivamente realizado no caso dos presentes autos.

Caberia, no máximo, a exigência de uma multa pelo não cancelamento da nota fiscal, mas jamais a exigência do ICMS referente a uma operação de circulação de mercadoria que jamais ocorreu.

No que tange aos itens 12 a 17, como constou CORRETAMENTE na decisão recorrida, o próprio autuante admite não ser devida a exigência do ICMS, que foi inteiramente acatado pela D. Junta de Julgamento.

Por fim contesta a multa aplicada por entender que não se trata de conduta ilícita.

Afirma tratar-se ainda que valor exorbitante, elevando sobremaneira o próprio ICMS (caso fosse devido nessa operação), fato que acarreta um nítido e nefasto efeito confiscatório, vedado pelo artigo 150, inciso V da Constituição Federal.

Traz decisões para corroborar com sua tese.

Este é o relatório.

Fez presente a advogada, na sessão de videoconferência, Dra. Natalia Yuni Motoe para fazer sustentação oral dos fatos da recorrente.

VOTO

O presente Recurso Voluntário visa a reforma da decisão de primeiro grau, que chancelou a infração única imputada ao contribuinte pela suposta falta de recolhimento do ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos períodos de janeiro, junho de 2015 e setembro de 2016.

De logo, importante ressaltar que se trata de contribuinte exportador de produtos agrícolas, sendo objeto do presente auto a falta de recolhimento do ICMS, em razão da não comprovação de exportação da soja e do algodão em pluma.

Toda a fiscalização foi realizada com base em escrituração fiscal (EFD), notas fiscais eletrônicas de entrada e saída de mercadorias e nos Registros de Exportação obtidos no MCEX.

A recorrente requer inicialmente a decretação de nulidade do presente Auto de Infração, trazendo as seguintes preliminares de nulidade.

Inicialmente, demonstra insurgência em relação ao agrupamento de 03 (três) supostas infrações em um único item do auto de infração, alegando que o referido procedimento não é condizente com a legislação tributária do ICMS, suscitando, portanto, a nulidade do auto de infração.

Observo, contudo, que a infração é única e reclama exclusivamente a falta de recolhimento do ICMS nas operações de saída em que não foram comprovadas correspondentes exportações.

Alega ainda em suas preliminares, que a autoridade fiscal, quando do lançamento de ofício, citou artigos que não têm qualquer correlação com a suposta infração praticada.

Neste ponto, verifico que não há incongruência jurídica entre a capitulação legal inserida na autuação e as exigências lançadas nos demonstrativos apurados pelo agente autuante. O enquadramento legal, apesar de genérico, não prejudicou o pleno exercício do direito de defesa e do contraditório, visto que o fiscal autuante dispôs, minunciosamente, quanto à infração cometida no campo vinculado à “Descrição dos Fatos”.

A recorrente exerceu plenamente o exercício do contraditório, não obstante constatar que os dispositivos legais aplicados não foram os mais específicos para o tema em comento.

Ressalto, portanto, que o auto de infração em questão foi lavrado em consonância com as cautelas da lei, não havendo casos de nulidade de que trata o artigo 18 do RPAF. O fiscal autuante lavrou o Auto e este atende aos requisitos formais essenciais à sua validade e ao devido processo legal administrativo.

Afasto as preliminares de nulidade suscitadas e avanço para a apreciação do mérito.

Adentrando nas razões meritórias, verifico que o fiscal autuante aferiu a ocorrência do fato gerador, mediante cotejo dos dados extraídos nos documentos fiscais de registro de entrada e saída para exportação, confrontando as quantidades, em kg, da soja efetivamente ingressada no estabelecimento e as quantidades vendidas, conforme Registros de Exportação acostados aos autos.

A partir de então, constatou o fiscal autuante uma diferença de 15.060 kg de soja sem a respectiva prova da sua efetiva exportação.

Considerando que as exportações estão amparadas pela isenção do ICMS, entendeu o fiscal autuante que as quantidades aferidas teriam sido objeto de venda no mercado interno, exigindo o ICMS.

E para precisar a carga, o fiscal autuante utilizou-se dos saldos constantes na NFe de exportação e o fato gerador foi considerado 180 dias após a última remessa realizada.

Não há nos autos qualquer prova que a recorrente tenha, de fato, efetuado os registros demandados pelo nosso ordenamento legal, para justificar a perda alegada em defesa. Ademais, conforme menciona a decisão de piso, também não foi trazido aos autos prova de que a recorrente tenha realizado o pagamento do imposto ICMS incidente.

Conforme mencionou a decisão de piso, *o RICMS/2012 no seu artigo 404, trata das remessas para formação de lotes destinados à exportação e no inciso II do §4º determina o procedimento a ser adotado pelos contribuintes no caso de perdas, conforme transcreto:*

“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).

Não há qualquer registro que justifique as perdas suscitadas, nem tampouco recolhimento do ICMS, conforme exige nossa legislação.

Ainda que a referida diferença seja justificada por alterações de peso em razão das condições climáticas de transporte às quais foram expostas, caberia o registro e o pagamento do ICMS respectivo.

Nos itens 9 a 11 da descrição dos fatos, esclarece a recorrente que não cabe a exigência do ICMS, pois não há fato gerador. Contesta que não há prova da circulação da mercadoria e, portanto, a ocorrência do fato gerador do ICMS. Aduz que a mera emissão de uma nota fiscal (NFe nº 1667), não seria suficiente para que o fiscal autuante exigisse o ICMS.

Quanto às alegações, é de se ressaltar que a Nota Fiscal Eletrônica – NF-e é um documento digital, emitido e armazenado eletronicamente, com o intuito de documentar, para fins fiscais, uma operação de circulação de mercadorias ou uma prestação de serviços, ocorrida entre as partes. Sua validade jurídica é garantida pela assinatura digital do remetente (garantia de autoria e de integridade), e a Autorização de uso fornecida pelo Fisco, antes da ocorrência do fato gerador.

A emissão de nota fiscal pela pessoa jurídica tem caráter instrumental e probatório em relação ao fato gerador do tributo, gerando contra ela presunção relativa de veracidade de seus dados, aplicável pelo fisco, a seu critério, inclusive no caso de irregularidade na emissão.

Por imperativo legal, a emissão do documento fiscal leva à constatação da circulação da mercadoria. Assim, ainda que verossímeis as alegações defensivas, não são, contudo, suficientes para elidir a infração, restando-a devidamente caracterizada.

Acatar a alegação de que as mercadorias descritas na NFe nº 1667 foram, em verdade, enviadas para formação de lote por meio da NFe nº 806, ainda que ambas as notas tenham sido emitidas na mesma data, traria precedente preocupante para esse Conselho de Fazenda.

Isto posto, entendo que a infração é subsistente parcial, conforme decisão de piso.

Quanto às multas aplicadas, entendo que a penalidade está devidamente prevista em nosso ordenamento legal. Foge da competência desse Colegiado, a apreciação de redução de multa por obrigação principal, de acordo com os artigos 158/159, RPAF/99.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269130.0008/17-4**, lavrado contra **GLENCORE IMPORTADORA E EXPORTADORA S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.998,88**, acrescido da multa de 60%, art. 42, II, "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de agosto de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS