

PROCESSO - A. I. Nº 140780.0005/20-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JOSE CARLOS RODRIGUES DE SOUZA DE MUTUÍPE
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JF nº 0035-01/22-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0184-12/22-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito à alíquota aplicável, enquanto a matéria fática diz respeito ao ICMS diferido não recolhido em decorrência do evento “perda”, ou seja, por não ser possível a efetivação da operação ou evento futuro previsto como termo final do diferimento. A autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado em relação à Decisão de piso que julgou Nulo o Auto de Infração em referência, lavrado em 24/03/2020, o qual exige imposto no valor histórico de R\$ 1.148.086,79, além de multa de 60% pela constatação da seguinte infração:

***Infração 01 – 03.02.02** – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.*

Consta adicionalmente na descrição da conduta infracional imputada ao autuado que: Recolheu a menor o ICMS por aplicar alíquota zero “0” nos lançamentos a título de baixa de estoque.

***Período de ocorrência:** 31/12/2015, 31/12/2017, 30/06/2018, 31/07/2018 e 31/08/2018.*

***Enquadramento Legal:** Artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96.*

***Multa Aplicada:** Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96*

Após a devida instrução processual, assim decidiu a 1ª JF (fls. 43 a 49):

VOTO

A descrição da infração imputada ao autuado se apresenta da seguinte forma no corpo do Auto de Infração: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Adicionalmente na descrição da conduta infracional imputada ao autuado foi consignado o seguinte: Recolheu a menor o ICMS por aplicar alíquota zero “0” nos lançamentos a título de baixa de estoque.

A leitura das descrições acima permite constatar que a acusação fiscal se refere a operações de saídas de mercadorias (cacau em amêndoas) regularmente escrituradas nas quais o autuado recolheu a menos o ICMS por ter aplicado erroneamente a alíquota, sendo que a Fiscalização complementou a descrição dizendo que o recolhimento a menos decorreu do fato de o autuado ter aplicado alíquota zero “0” nos lançamentos a título de baixa de estoque.

Observe que o autuado afirma que a autuação é improcedente, pois o procedimento adotado pela empresa não merece a glosa imposta pela fiscalização, haja vista que a Nota Fiscal nº 438, foi emitida em 16/12/2015, exatamente para cancelar a perda de 525.538 quilos de cacau, decorrente da quebra de peso.

Alega o autuado que a própria Sefaz/BA, por meio do Parecer nº. 04.510/2013, esclareceu ao consultante como proceder ao ajuste de estoque à luz do art. 234 e 312 do RICMS/BA/12.

Alega, ainda, que a questão não é nova e já sofreu criteriosa análise por parte do Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, em casos de manifesta semelhança, tendo este colegiado firmado jurisprudência no

sentido de se albergar posição de que mesmo inexistindo na legislação tributária estadual fixação de percentuais, há de se considerar que relativamente ao produto “Cacau em Amêndoas” é razoável admitir perda de peso até 4% (quatro por cento) do peso bruto estocado.

Assinala que esse entendimento vem consolidado no Acordão nº 006503/13, acentuado pela decisão exarada no Acordão nº 0344-11/07 de relatoria do Conselheiro Fernando Antonio Brito de Araújo, que sintetiza seu voto dizendo que: Na região é muito comum “quebra de peso” de 2% (dois por cento) e dependendo do armazém e da quantidade de cacau estocado até 4% (quatro por cento)[...].Assim, diante de tal consideração, é admissível que as diferenças de saídas apuradas no levantamento quantitativo são decorrentes da quebra de peso e não de omissão de saídas.

Verifico, também, que na Informação Fiscal o autuante registra que no período de 01/01/2015 a 31/12/2015 o autuado emitiu diversas NFe de venda de cacau em amêndoas como operações normais de sua atividade de comércio atacadista de cacau em amêndoas, e no dia 16/12/2015 emitiu a NFe nº 438 com a natureza da operação AJUSTE e CFOP 5927 – Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração, sob a alegação de “RECONHECIMENTO DE PERDA FÍSICA DE CACAU EM AMÊNDOAS CONFORME RELATÓRIO DE INVENTÁRIO DE 31/12/2014.”

Diz que também uma operação normal para a atividade exercida pelo autuado, senão pelo detalhe que originou o presente Auto de Infração, ou seja, considerou alíquota zero “0” na referida NFe, quando na verdade, deveria ter aplicado a alíquota de 18% por se tratar de uma mercadoria tributada.

Alega o autuante que o fato de a mercadoria em questão ser tributada por “Substituição Tributária por Diferimento” não exclui a sua tributação na situação exposta, ao contrário já havia ocorrido o diferimento do pagamento do ICMS devido na primeira operação que foi a saída do produtor rural para o estabelecimento do autuado, e haveria o próximo diferimento quando da saída deste para o estabelecimento industrial no Estado da Bahia, consoante estabelece o art. 7º da Lei nº 7.014/96.

Observa o autuante que as ocorrências e eventos como perda de produto in natura em decorrência de falhas no transporte, no armazenamento, no acondicionamento e também furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência similar causam o encerramento do termo final do Diferimento. Ou seja, a próxima operação a ser praticada pelo autuado seria a venda do cacau em amêndoas para o estabelecimento industrial no Estado da Bahia para onde a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS seria Diferido ou transferido, porém o evento citado pelo autuado, no caso perda de peso, pôs fim àquela operação, somente na quantidade alegada como perdida. Diz que assim sendo, considerando que o evento futuro ou próxima operação não mais acontecerá, o autuado deverá assumir o ônus do recolhimento do imposto devido.

Ressalta que no caso concreto, o autuado deveria tomar a atitude, de documentar o fato e registrá-lo na forma prevista no § 11 do art. 286 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12. Alega que o autuado documentou o fato emitindo a competente NFe, porém não tributou a operação, deixou de recolher o ICMS por ter aplicado a alíquota zero “0” como já foi citado anteriormente e que motivou a lavratura do presente Auto de Infração.

O exame dos elementos que compõem o presente processo, notadamente as alegações defensivas, contestação do autuante e demonstrativos acostados aos autos, permite concluir que a autuação foi feita de forma equivocada, haja vista que acusa recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, ou seja, por aplicação de alíquota zero “0” nos lançamentos a título de baixa de estoque, quando, na realidade, a situação fática diz respeito à falta de recolhimento do ICMS diferido.

O equívoco da autuação se acentua pelos próprios demonstrativos elaborados pela Fiscalização, haja vista que apontam se tratar de recolhimento a menos por erro na aplicação da alíquota, sendo que, o demonstrativo referente aos meses de junho, julho e agosto de 2018, traz como título “Demonstrativo: Falta de recolhimento do ICMS mercadoria tributada como não tributada – lançamento a título de baixa de estoque sem destaque e sem recolhimento do ICMS devido”.

Certamente que a autuação foi feita de forma equivocada, pois a exigência cabível no presente caso é do ICMS diferido, aliás, registre-se, conforme consignado pelo próprio autuante na Informação Fiscal.

Por certo que se tivesse exigido o ICMS diferido em decorrência do evento “perda”, ou seja, por não ser possível a efetivação da operação ou evento futuro previsto como termo final do diferimento, a acusação fiscal estaria correta.

Ocorre que conforme visto acima, a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável, haja vista que a imputação diz respeito à alíquota aplicável, enquanto a matéria fática é a exigência do ICMS diferido em face à não efetivação da operação ou evento futuro previsto como termo final do diferimento.

É indubitoso que a autuação foi feita de modo equivocado, razão pela qual, por implicar mudança do fulcro da imputação, não há como dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Observe-se que o autuado conduziu as suas razões reportando-se sempre sobre as saídas de cacau em amêndoas, inclusive invocando parecer da Sefaz/Ba e decisão do CONSEF que não têm qualquer relação com o ICMS diferido, mas sim operações de saídas, provavelmente, induzido pela acusação fiscal.

Diante do exposto, a infração é nula.

Recomendo a autoridade fiscal competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, consoante manda o art. 21 do RPAF/BA/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

A 1ª JJF recorreu de ofício em relação a sua decisão nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, com as alterações promovidas pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

É o Relatório.

VOTO

Passo a analisar o Recurso de Ofício.

A Decisão de piso ao analisar o Auto de Infração guerreado, afirma que houve mudança do fulcro da autuação, o que ocasionou a nulidade do feito, com base no art. 18, II do RPAF (Decreto nº 7.629/99), por preterição do direito da ampla defesa e do contraditório.

Faço o recorte da decisão de piso no seguinte termos:

*“O equívoco da autuação se acentua pelos próprios demonstrativos elaborados pela Fiscalização, **haja vista que apontam se tratar de recolhimento a menos por erro na aplicação da alíquota**, sendo que, o demonstrativo referente aos meses de junho, julho e agosto de 2018, traz como título “Demonstrativo: **Falta de recolhimento do ICMS mercadoria tributada como não tributada – lançamento a título de baixa de estoque sem destaque e sem recolhimento do ICMS devido**”.*

*Certamente que a autuação foi feita de forma equivocada, **pois a exigência cabível no presente caso é do ICMS diferido**, aliás, registre-se, conforme consignado pelo próprio autuante na Informação Fiscal.*

Por certo que se tivesse exigido o ICMS diferido em decorrência do evento “perda”, ou seja, por não ser possível a efetivação da operação ou evento futuro previsto como termo final do diferimento, a acusação fiscal estaria correta.”

Por óbvio, o enquadramento legal não guarda relação com o levantamento realizado pelo Autuante, ou seja, houve mudança do fulcro da autuação, razão pela qual a r. Decisão se mostrou absolutamente correta.

Face ao esposado, julgo pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a decisão de piso que julgou nula a autuação em análise.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **140780.0005/20-0**, lavrado contra **JOSE CARLOS RODRIGUES DE SOUZA DE MUTUÍPE**. Recomenda-se à autoridade fiscal competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, observando o prazo decadencial.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de junho de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

FRANCISCO AGUIAR DA SILVA JÚNIOR – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS