

PROCESSO - A. I. Nº 206920.0012/19-1
RECORRENTE - EGÍDIO DAL MOLIN
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JF nº 0323-06/22-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ OESTE

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0414-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. A descrição da infração decorre de operação de venda de milho em grãos pelo produtor rural, não podendo ser responsabilizado pelo “*recolhimento do imposto diferido*” de atribuição ao destinatário da mercadoria. A descrição do fato e capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação deveria referir-se a falta de destaque do ICMS nas operações com mercadorias tributáveis. Razões recursais capazes à reforma do Acórdão recorrido. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Nulo**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão exarada através do Acórdão JF nº 0323-06/22-VD, que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 01/10/2019, no valor histórico de R\$ 163.526,94, sob acusação de “*Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido*”, nos meses de junho, julho e agosto de 2019, consignando, ainda, no campo “Descrição dos Fatos”, que: “*O produtor rural deu saída de milho em grão, mercadoria enquadrada no regime tributário de diferimento do ICMS, para outros contribuintes não habilitados pela Secretaria da Fazenda a operar no regime de tributação citado, portanto deixou de recolher o ICMS no valor de R\$ 163.526,94 ..., conforme demonstrativo e fotocópia das notas fiscais em anexo.*”

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, diante das seguintes razões de mérito:

VOTO

[...]

O contribuinte autuado se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, na condição de produtor rural exercendo como atividade principal o “cultivo de soja”, estabelecido no município de Formosa do Rio Preto.

[...]

A complementar tal regra, como indicado inclusive pelo autuante, o artigo 332 do mesmo RICMS/12 estatui em seu inciso V, alínea “a”, o recolhimento do ICMS antes da saída das mercadorias realizadas por estabelecimento de produtor ou de extrator, não constituído como pessoa jurídica.

Esta é exatamente a situação do autuado, inscrito no cadastro do estado da Bahia, como já visto anteriormente, como produtor rural, sem vir a se constituir em pessoa jurídica, inclusive com o seu CPF nas notas fiscais elencadas na autuação.

Logo, o imposto seria devido quando da realização das saídas ocorridas, levantadas e autuadas.

[...]

No mérito, constato que em verdade, o sujeito passivo não trouxe aos autos qualquer argumento além daqueles acima enfrentados e rechaçados, em oposição a autuação formulada.

Ao assim proceder, fica o julgador impedido de tecer qualquer outra consideração a respeito da autuação, em relação ao seu âmbito, o que deixou a impugnação apresentada vulnerável quanto ao aspecto material da autuação.

Desta forma, diante da total ausência de comprovação em sentido contrário ao da acusação, me posiciono no sentido de ser o lançamento procedente

No Recurso Voluntário, de fls. 314 a 321 dos autos, o recorrente alega que o autuante se quer observou a atividade constante nas inscrições estaduais dos compradores, que dentre elas, tem a Criação de Rebanhos Bovinos, o que demonstra que a operação é isenta e não diferida, conforme descrito nas notas fiscais que acompanham este Auto de Infração, nas quais descrevem “MILHO EM GRÃOS”, com ICMS ISENTA, conforme artigo 264, inciso XVIII do RICMS/BA, tornando essa infração totalmente nula, do que diz que, se o inciso XVIII do art. 264 foi revogado pelo Decreto nº 20.992, de 23/12/21, DOE de 24/12/21, efeitos a partir de 01/01/22, foi editado o inciso CXVIII do art. 265, com o mesmo sentido e texto, logo, preenchidas as condições para operar-se a isenção.

Salienta que a acusação fiscal, em nenhum momento, menciona que as condições para a isenção não foram preenchidas e que por conta disso as saídas internas de MILHO EM GRÃOS estariam ou não amparadas com o diferimento, o que se torna ilegal o ato administrativo, descambiando, assim, para a sua NULIDADE, lastreado nas disposições do art. 18, inciso III do RPAF, que determina ser NULO o lançamento baseado em decisões “não fundamentadas”.

Diz que, nesse caso o autuante cometeu um erro grave, já que em nenhum momento o contribuinte mencionou que vendeu produtos com DIFERIMENTO, pois, o que consta nas notas fiscais é a menção da ISENTA, que por conta dos adquirentes terem atividades de CRIAÇÃO DE BOVINOS preenchem as condições de produtor rural, para esta ISENTA que não foi observada também pela Decisão recorrida.

Reitera que a autuação fiscal não pode prosperar, pois o ICMS exigido é fruto de equívoco do autuante, haja vista que em nenhum momento, houve vendas de produtos pelo sistema de diferimento, pois, na verdade, as vendas foram realizadas com ISENTA, conforme determina a legislação, art. 264, XVIII do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012.

Destaca que, em sua maioria, as vendas foram efetuadas para contribuintes localizados na zona rural, e os produtos foram utilizados para a alimentação animal, conforme atividade econômica principal destacada nas inscrições estaduais dos mesmos.

Pede a NULIDADE do Auto de Infração, posto que na documentação emitida não há nenhuma ligação com DIFERIMENTO e sim com ISENTA, conforme Decisão JJF nº 0302-04/13, situação exatamente igual, em que o auto de infração foi anulado, a qual transcreve.

Outro ponto que o recorrente diz ser importante salientar é o fato da Decisão recorrida consignar que o Convênio ICMS 100/97 diz respeito apenas a redução de base de cálculo e não a ISENTA DE PRODUTOS considerados INSUMOS AGROPECUÁRIOS. Afirma que o MILHO EM GRÃOS utilizados como RAÇÃO ANIMAL é sim um INSUMO AGROPECUÁRIO e existem diversas decisões no CONSEF a respeito dessa situação e que a cláusula segunda do Convênio ICMS 100/97 reporta-se aos produtos que tem REDUÇÕES DE BASE nas operações INTERESTADUAIS e a cláusula terceira à ISENTA nas operações internas, cuja regra foi recepcionada no art. 264, XVIII do RICMS/BA.

Por fim, o recorrente requer que seja decretada a nulidade da autuação fiscal em razão da jurisprudência citada, por gerar a insegurança jurídica observada, já que existe uma decisão anulando o Auto de Infração e outra dando como procedente Auto de Infração, da mesma situação, nos termos do § 1º, do art. 18 do RPAF/99, e diante da ausência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, que é ISENTA e não DIFERIMENTO, razão determinante para a NULIDADE, ou que sejam as operações consideradas ISENTAS, e assim, tornando o AUTO DE INFRAÇÃO improcedente.

Registra-se a presença na sessão de videoconferência, os Srs. Egídio Dal Molin e Daniel representantes da empresa exerceram o direito regimental da fala.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de

Infração, lavrado para exigir o ICMS de R\$ 163.526,94, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de que o sujeito passivo *“Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido”*, tendo no campo “Descrição dos Fatos” dito como irregularidade: *“O produtor rural deu saída de milho em grão, mercadoria enquadrada no regime tributário de diferimento do ICMS, para outros contribuintes não habilitados pela Secretaria da Fazenda a operar no regime de tributação citado, portanto deixou de recolher o ICMS no valor de R\$ 163.526,94 (cento e sessenta e três mil quinhentos e vinte e seis reais e noventa e quatro centavos) conforme demonstrativo e fotocópia das notas fiscais em anexo.”*, quanto aos fatos geradores de junho a agosto de 2019.

Na Decisão recorrida, em que pese concluir pela Procedência da autuação, ratificou que *“A acusação é de que o autuado deixou de recolher o ICMS substituído por Diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido”*.

A tese recursal principal é de que as operações de milho em grãos são isentas e não diferida, pois, os adquirentes são criadores de rebanhos bovinos, não tendo a acusação mencionado que as condições para a isenção não foram preenchidas e que, por conta disso, as saídas internas de MILHO EM GRÃOS estariam ou não amparadas com o diferimento, o que se torna ilegal o ato administrativo, ensejando a nulidade, já que em nenhum momento o contribuinte mencionou que vendeu produtos com DIFERIMENTO, pois, o que consta nas notas fiscais é a menção da ISENÇÃO, o que também não foi observada pela Decisão recorrida. Assim, pede a NULIDADE do Auto de Infração, posto que na documentação emitida não há nenhuma ligação com DIFERIMENTO e sim com ISENÇÃO, do que cita como paradigma a Decisão JF nº 0302-04/13, situação exatamente igual, em que o auto de infração foi anulado.

Apesar de **não se comprovar** a alegação recursal de que, em sua maioria, as vendas foram efetuadas para contribuintes localizados na zona rural e os produtos utilizados como alimentação animal, já que da análise do demonstrativo e dos documentos fiscais, constantes às fls. 3 a 144 dos autos, verifica-se que das 139 notas fiscais arroladas (fls. 3 a 5):

1. Sete notas fiscais (6538, 6540 e 6544 a 6548) estão em duplicidade;
2. Treze notas fiscais (fls. 16 a 28) destinaram-se à COOPRASU Cooperativa Agroindustrial, Inscrições Estaduais nºs 129.615.349 e nº 155.640.531, cuja atividade era de comércio atacadista de matéria-prima agrícola (fls. 10/13), logo, não caberia a isenção, mas, sim, o diferimento do ICMS, no caso do adquirente se encontrar habilitado, porém, nunca a exigência ao produtor *do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido*;
3. Noventa e quatro notas fiscais (fls. 29 a 119) destinaram-se à Meio Oeste Agropecuária, Inscrição Estadual nº 145.417.431, cuja atividade era de “cultivo de milho” (fl. 14), logo, não caberia a isenção, mas, sim, o diferimento do ICMS, no caso do adquirente se encontrar habilitado, porém, nunca a exigência ao produtor *do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido*;
4. Vinte e cinco notas fiscais (fls. 120 a 144) destinaram-se ao produtor rural Carlos Thadeu Costa Souza, Inscrição Estadual nº 137.852.563, cuja atividade é criação de bovinos para corte (fl. 9), logo, só este caberia a isenção.

Contudo, é notório o descompasso entre a acusação fiscal e a irregularidade cometida pelo contribuinte, pois, no caso concreto, por se tratar o acusado do remetente das mercadorias na condição de produtor rural, sob Inscrição Estadual nº 65.439.278 (fl. 8), apesar de sua atividade econômica principal cadastrada constar “Cultivo de Soja”, não poderia ter sido responsabilizado pelo *“recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido”*, cuja atribuição é incumbida ao destinatário da mercadoria, pois, uma vez constatada a falta do requisito para se perfazer o benefício fiscal do *regime tributário de diferimento do ICMS* pelo suposto adquirente do milho em grãos, a tributação sobre a operação da venda deixaria de ser postergada ou diferida e, de imediato, submetida à tributação normal, cujo imposto, esse sim, seria de responsabilidade do remetente.

Portanto, a exigência ao produtor rural, na condição de remetente, não poderia ser pela *falta de recolhimento do ICMS diferido* e muito menos *na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido*, pois, repita-se, nesta condição de inviabilidade do diferimento do imposto, a imputação ao remetente, na condição de produtor rural, seria de operações tributadas como não tributadas, pois o diferimento do ICMS se trata de um fato superveniente e sob condição de responsabilidade do adquirente.

Diante de tais considerações, vislumbro que a acusação fiscal de “*Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido*” não se coaduna com os fatos apurados, ou seja, de falta de recolhimento do imposto decorrente de operação tributada como não tributada, o que ensejou mudança do fulcro da acusação realizada e, em consequência, no vício do lançamento desde a sua constituição, redundando na nulidade do lançamento de ofício por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para declarar NULO o Auto de Infração, recomendando-se à autoridade competente que verifique a possibilidade de instauração de novo procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas, visando cobrar o crédito tributário porventura devido, nos termos do art. 21 do RPAF/BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 206920.0012/19-1, lavrado contra **EGÍDIO DAL MOLIN**. Recomenda-se à autoridade competente que verifique a possibilidade de instauração de novo procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas, visando cobrar o crédito tributário porventura devido, nos termos do art. 21 do RPAF/BA.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2023.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS