

A. I. N° - 298942.1143/23-1
AUTUADO - VILSON WALKER
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL / POSTO BAHIA-GOIÁS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08.11.2024

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0251-05/24-VD**

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM PRODUTOS AGROPECUÁRIOS. IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. Ficou comprovado que a nota de simples remessa está acobertada pelo DANFE do vendedor para o adquirente originário, com o imposto devidamente pago em data anterior à ação fiscal, e o que o autuante fez foi utilizar a base de cálculo da venda subsequente em outro estado, o que contraria frontalmente a legislação vigente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O lançamento de ICMS, mediante auto de infração lavrado no trânsito de mercadorias, foi efetuado em 21.09.2023, no valor histórico de R\$ 30.585,55 acrescido de multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – Falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadoria enquadrada no regime de diferimento em situação onde não é possível adoção do referido regime, desacompanhada de DAE ou certificado de crédito.

Descrição dos fatos: Falta de recolhimento do ICMS apuração sumária da operação de saídas interestaduais de sementes de soja – insumos produtos agropecuários extrativos vegetais conforme DANFES 3081,2918, CT-e 49577, DAMDF – e-/MDF 31682.

Na impugnação (fl. 34), o autuado alega que o recolhimento do ICMS foi cobrado anteriormente no DANFE de número 3064, emitido em 08.09.2023 que consta anexo à defesa, com operação de venda de produção do estabelecimento entregue ao destinatário por conta e ordem do adquirente originário em venda à ordem. O DANFE 3081 é a remessa de entrega da nota nº 3064, e que foi pago o ICMS antecipado.

Visto que o ICMS não é devido, solicita uma revisão da notificação fiscal. Está anexada junto à defesa as notas fiscais da operação e o DAE de ICMS referente ao pagamento antecipado.

À fl. 46 há despacho da coordenação administrativa à SAT/DARC em que se pede retirar a notificação fiscal da situação de INSC EM D ATIVA, após alteração do PAF, que deve ficar na situação de DEFESA. Em seguida, retornar o processo ao CONSEF para prosseguimento do trâmite processual do referido auto de infração.

VOTO

Trata-se de lançamento por encerramento de diferimento em saída interestadual de semente de soja. Consta termo de apreensão à fl. 03, relacionando os documentos fiscais referentes, com assinatura do preposto do autuado.

A defesa alega que no DANFE nº 3064, fl. 36, consta operação de venda à ordem, e que o DANFE nº 3081, fl. 08, que deu origem ao lançamento em julgamento, é a remessa ao destinatário referente a esta nota fiscal de venda ao adquirente originário, e que serviu de embasamento ao lançamento

do imposto, cujo ICMS assegura ter sido pago antecipadamente, conforme DAE apresentado junto com o comprovante de pagamento.

Numa primeira análise, constato que de fato o DANFE 3081 anexado pelo autuante como prova, foi emitido em 11.09.2023, e que consta no termo de apreensão, com a natureza da operação *REMESSA POR CONTA E ORDEM DE TERCEIROS*, e destinada à *FIAGRIL LTDA*, em Sinop, MT, e consta nos dados adicionais a seguinte informação: *OPERAÇÃO ORIGINADA DE VENDA À ORDEM DA EMPRESA LIMAGRAIN BRASIL S.A CNPJ 12.770.927/0013-23, IE 138.393.168 CONFORME NOTA FISCAL Nº 3064, EMITIDA EM 08.09.2023.*

A nota fiscal nº 3064, foi emitida em 08.09.2023 para a empresa LIMAGRAIN BRASIL LTDA, o adquirente originário, cuja natureza da operação é *REMESSA POR CONTA E ORDEM DO ADQUIRENTE ORIGINÁRIO*.

Por fim, consta DAE à fl. 37, que se refere no campo de informações complementares à nota fiscal 3064, com o comprovante de recolhimento à fl. 38, em agência do Banco do Brasil, na data de 08.09.2023, mesma data de emissão da nota fiscal nº 3064, que é anterior à ação fiscal.

O auto de infração foi lavrado no trânsito de mercadoria em 21.09.2024, a partir de um termo de apreensão do dia 12.09.2024. Como se comprova, na data da fiscalização de trânsito já havia decorrido 04 dias do recolhimento do imposto referente à operação interestadual (08.09.2023).

Vejamos o que diz a legislação pertinente:

Art. 340. Nas vendas à ordem, por ocasião da entrega global ou parcelada da mercadoria a terceiro, deverá ser emitida nota fiscal (Conv. S/Nº, de 15/12/70, e Ajuste SINIEF 01/87):

I - pelo adquirente originário, com destaque do ICMS, quando devido, em nome do destinatário das mercadorias, consignando-se, além dos demais requisitos, o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do estabelecimento que irá efetuar a remessa;

II - pelo vendedor remetente: a) em nome do destinatário, para acompanhar o transporte das mercadorias, sem valor das mercadorias e sem destaque do ICMS, na qual, além dos demais requisitos, constarão:

1 - como natureza da operação, a expressão “Remessa por conta e ordem de terceiro”;

2 - o número de ordem, a série e a data da emissão da nota fiscal de que trata o inciso I deste artigo, bem como o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do seu emitente;

b) em nome do adquirente originário, com destaque do ICMS, quando devido, na qual, além dos demais requisitos, constarão:

1 - como natureza da operação, a expressão “Remessa simbólica - venda à ordem”;

2 - o número de ordem, a série e a data da emissão da nota fiscal prevista na alínea “a”, bem como o número de ordem, a série, a data da emissão e o valor da operação constante na nota fiscal de que trata o inciso I.

No parecer DITRI nº 2.568, de 12.02.2009 ainda sob a égide do antigo regulamento de ICMS, é dito que:

Para acobertar o trânsito de mercadorias, o fornecedor deverá emitir em nome do destinatário, nota fiscal de “ remessa simbólica- venda à ordem “ sem destaque, na qual não precisa ser indicado o valor da venda original, devendo constar apenas o número de ordem, a série e a data de emissão da nota fiscal de venda emitida pelo consulente, bem como o seu nome, o endereço, e os números de inscrição, estadual e no CGC.

Não há divergências quanto à atual legislação do RICMS de 2012, conforme se verifica no inciso I do art. 140. Foi emitida nota fiscal pelo adquirente originário, sem destaque de imposto (a legislação deixa a situação “quando devido”), e isto foi feito, conforme se verifica nas notas da

LIMAGRAIN. Nas operações internas do estado de destino, a operação provavelmente é isenta, como é aqui no Estado da Bahia.

Por outro lado, o vendedor remetente, cumprindo a legislação, emitiu notas fiscais nos termos do inciso II acima citado, sem VALOR DAS MERCADORIAS, e SEM DESTAQUE DO ICMS, mas foi apontado no campo do valor total das mercadorias, o preço praticado entre o adquirente originário e o seu cliente, fato normal dado o direito ao sigilo das operações comerciais, e o parecer da DITRI inclusive destaca que **não precisa indicar o VALOR DA VENDA ORIGINAL**, pois é da natureza comercial não se revelar ao cliente, o custo de aquisição de uma mercadoria vendida. Quando o consumidor ou uma empresa adquire um produto, não fica sabendo do preço de aquisição, pois se souber, pode causar desconforto e até desistência da compra.

Tal situação levou a fiscalização de trânsito a cobrar o imposto, com base na informação de um outro valor praticado pelo adquirente originário, o mesmo que foi posto pelo vendedor na nota de simples remessa, que dá trânsito à mercadoria, no campo do valor total dos produtos, valor este, repito, que foi praticado entre o adquirente originário e o destinatário final.

A ilegalidade fica patente quando a legislação diz que não há destaque do ICMS, e na prática o que o fiscal fez foi cobrar um imposto que julgou que deveria ter sido destacado, mas que sequer a legislação autoriza destacar, por se tratar de nota fiscal de simples remessa, porque haveria duplicidade de débito, visto haver destaque da operação na nota fiscal do vendedor para o adquirente originário e o preço da operação subsequente é praticado pelo adquirente originário já em outro estado.

A base de cálculo do imposto devido pelo vendedor está na alínea b, do item 2 do artigo supracitado.

b) em nome do adquirente originário, com destaque do ICMS, quando devido, na qual, além dos demais requisitos, constarão: (...)

O destaque de ICMS acima é o imposto devido ao estado do emitente vendedor e o que se verifica é que o DANFE de venda para a LIMAGRAIN(3.064) tem 30.292 kg, e a venda subsequente da LIMAGRAIN para a FIAGRIL tem a quantidade diferente, de 16.736 kg, mas isto não revela incoerência, pois de acordo com o caput do art. 340 diz “ nas vendas à ordem, por ocasião da entrega global ou parcelada da mercadoria”, sendo possível portanto que as vendas à ordem ocorram entregas subsequentes de forma parcelada para o destinatário final, no interesse e nos moldes pretendidos pelo adquirente originário. O adquirente pode inclusive vender a clientes distintos e, portanto, ordenar fazer entrega distintas.

Prova disso é que no processo ainda por julgar, em posse deste Relator (NF 2989421142/23-5) a nota fiscal de venda é a mesma deste PAF, DANFE 3.064, e a nota fiscal de simples remessa para o destinatário final, não é mais para a FIAGRIL, mas a MS COMÉRCIO DE SEMENTES, e tem quantidade de 8.090 kg, que somados alcança 24.826 kg, ainda faltando parte de mercadoria a ser entregue, em outra operação. Haver diferença a menos não implica em nenhuma irregularidade, que só existiria se houvesse quantidade maior, sem pagamento do imposto na venda para o adquirente originário.

Foi julgado outro processo por esta Junta (N.F. 298942.1452/23-4), do mesmo contribuinte, e envolvendo operações de venda à ordem, em que se deu procedência parcial, inclusive com participação deste Relator, e que foi motivo de debates na sessão inicial de julgamento (03.10.2023) que inclusive motivou o adiamento, e em que pese este Relator tenha votado favoravelmente, foi relatado por outro julgador, e aqui faço um “*mea culpa*”.

É que a própria defesa enviou por e-mail para apreciação após o adiamento deste julgamento, além do próprio acórdão JJF N° 0106-05/24NF, um parecer da DITRI, e um pedido de reconsideração ao Presidente do Conselho de Fazenda, em que apresenta o DANFE de venda n° 3170 de venda para a LIMAGRAIN com 26.790kg e os DANFES de simples remessa N° 3.102 com

10.716 kg e o DANFE N° 3.103 de 16.074 kg que somados, totalizam o valor do DANFE de venda à ordem de 26.790 kg.

O que levou à procedência parcial e reconhecimento ter confundido este julgador, foi o fato de que havia desconhecimento de quantidades no DANFE autuado da simples remessa em comparação com o DANFE de venda à ordem, assim como diferença no preço entre a operação de venda ao adquirente originário e o destinatário, levando a um equívoco deste julgador, como se houvesse diferença na quantidade entregue ao destinatário final, e como se trata de processo julgado, e não mais sob escrutínio desta Junta, e está em recurso a ser apreciado, só uma cuidadosa análise do processo em grau de recurso, poderá conferir com total segurança, se houve algum equívoco no julgamento, mas foi esta a conclusão prévia que posso fazer, notadamente a partir da análise deste processo congênere, do mesmo contribuinte, em que não se constatou qualquer irregularidade pelas diferenças apontadas pelo autuante.

Por fim, repito, a base de cálculo da operação em venda à ordem, não pode ser o valor adotado como preço final entre o adquirente originário e o destinatário, numa espécie de “substituição tributária”, alcançando operação subsequente em outro estado, sem qualquer base legal para isto, pois eventual imposto da diferença de valor agregado entre as 2 operações, cabe ao estado de destino, não podendo o estado de origem se apropriar de imposto onde não é o sujeito ativo da relação jurídico-tributária.

Assim posto, discordo da jurisprudência estabelecida nesta Junta em julgamento anterior (motivo do adiamento deste julgamento), e voto pela IMPROCEDÊNCIA deste lançamento, pois ficou comprovado que a nota de simples remessa está acobertada pelo DANFE do vendedor para o adquirente originário, com o imposto devidamente destacado e pago em data anterior à ação fiscal.

O que o autuante fez foi utilizar a base de cálculo da venda subsequente em outro estado, para lançar imposto, baseando-se na operação seguinte e SEM DESTAQUE DE ICMS (possivelmente decorrente de isenção em operações internas como ocorre neste mesmo Estado da Bahia) o que contraria frontalmente a legislação vigente, que é cobrar imposto sobre operação em que o Estado da Bahia não é o agente ativo da relação jurídica e ainda por cima, uma operação isenta entre dois contribuintes do estado de destino, constituindo-se em ilegalidade flagrante a ser sanada por este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual.

Face ao exposto voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298942.1143/23-1**, lavrado contra **VILSON WALKER**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2024.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR