

PROCESSO - A. I. Nº - 146547.0004/05-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ALBATROSS COMÉRCIO INTERNACIONAL LTDA.
RECORRIDOS - ALBATROSS COMÉRCIO INTERNACIONAL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0369-04/06
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 22/05/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0172-12/07

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Infração parcialmente elidida. **b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS.** PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Foram refeitos os cálculos, para correção dos equívocos da autuação. Infrações parcialmente comprovadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. CACAU EM AMÊNDOAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** Infração caracterizada. Mantida a Decisão de 1ª Instância. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício, este último interposto pela Junta em sua Decisão, em face do disposto no art. 169, inc. I, letra “a”, item 1, do RPAF/99. O presente processo tem origem no Auto de Infração lavrado para reclamar ICMS e aplicação de multa no valor total de R\$494.012,12, decorrente de:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$70.363,13, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, exercícios de 2001 e 2003, conforme planilhas de demonstrativos anexos. Observa-se que foram incluídas nos levantamentos notas fiscais em duplicidade (paralelas).
2. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no valor de R\$119.209,82. Realizou operações interestaduais de vendas de cacau em amêndoas, relativas às Notas Fiscais nº 2162 a 2170, todas emitidas sem destaque do ICMS devido, fazendo apenas constar observações de se tratar de operações contempladas com não incidência do imposto, como se fosse operação para exportação, deixando assim de se debitar do imposto devido.
3. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$304.039,17, relativo às operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos

provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, relativo aos exercícios de 2000 e 2002, observando-se que foram incluídas nos levantamentos notas fiscais emitidas em duplicidade.

4. Multa no valor de R\$400,00 por confeccionar, sem a devida autorização, impressos de documentos fiscais.

O autuado impugnou o lançamento tributário, às folhas 796 a 814, e a JJF declarou a procedência parcial do lançamento, com a fundamentação abaixo transcrita:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado em decorrência de 04 (quatro) irregularidades: Falta de recolhimento do imposto, relativo à omissão de saídas de “cacau em amêndoas” nos exercícios de 2001 e 2003; Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis; Falta de recolhimento do imposto, relativo às operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas e multa por confeccionar, sem autorização, impressos de documentos fiscais.

Inicialmente, ressalto que o autuado reconheceu totalmente a infração 04, com benefício da Lei nº 10328/2006. Portanto, não existe lide em relação à mesma, razão pela qual deve ser mantida na autuação.

Quanto à preliminar de nulidade argüida pela defesa, constatei que nos lançamentos fiscais estão determinados: o autuado, o montante do débito tributário, a capitulação legal, a natureza da infração apurada e não foram constatados vícios formais ou materiais que comprometam a autuação fiscal. Ademais, de acordo com o art. 18, § 1º do RPAF/99, as eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração, devendo ser corrigidas ou suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-lhe cópias dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 dias para se manifestar. Assim, rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração.

No que diz respeito a preliminar de prescrição suscitada na infração 03(exercício de 2000), deixo de acatar pelas razões seguintes:

Quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que ‘o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado’, e não o foi pelo sujeito passivo.

Em relação à prescrição, conforme art. 966 do RICMS/BA, a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 05 anos contados da data de sua constituição definitiva. Na situação em análise, como o crédito tributário foi constituído “de ofício” em 13/05/2005, ainda não se configurou o prazo prescricional para cobrá-lo administrativamente ou judicialmente.

No mérito, analisando as infrações 01 e 03, o impugnante alegou em sua defesa que a autuante cometeu diversos equívocos nos levantamentos quantitativo de estoques. Apresentou planilhas e notas fiscais para comprovar seus argumentos. Na informação fiscal a autuante acatou parcialmente a defesa e elaborou novo demonstrativo de débito.

Em nova manifestação, o contribuinte reiterou os argumentos defensivos e apresentou novas planilhas com valores divergentes dos encontrados pela auditora fiscal. Em virtude do impasse, o processo foi encaminhado em diligência à ASTEC que emitiu primeiramente o

Parecer nº 0081/2006 e em virtude de equívoco, apresentou o Parecer nº 0160/2006, corrigindo o anterior.

No Parecer nº 0160/2006, infração 01, a diligente apurou no exercício de 2001 uma omissão de saídas de 18.121,00 Kg de cacau em amêndoas e um imposto devido de R\$ 7.670,62, enquanto que no exercício de 2003 encontrou uma omissão de entradas de R\$ 10.225,00 Kg e um imposto devido de R\$ 6.101,26.

Entendo que o valor a ser cobrado em 2001 deve se limitar a quantia de R\$2.579,88 tendo em vista que o valor de R\$7.670,62 extrapola o valor originalmente cobrado no Auto de Infração. Represento a autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a fim de recuperar a diferença encontrada, nos termos do art. 156 do RPAF/99. Ressalto que o sujeito passivo já reconheceu o valor do débito originalmente lançado, com benefício da Lei nº 10328/2006.

Quanto ao exercício de 2003, inicialmente a autuante apurou uma omissão de saídas, cujo débito do ICMS foi de R\$ 67.783,25. Após as provas apresentadas pelo impugnante e a diligência realizada pela ASTEC foi encontrada uma omissão de entradas com débito do imposto de R\$ 6.101,26. Em virtude disso, acompanho a diligência nº 0160/2006 efetuada pela ASTEC e entendo que restou caracterizado um débito de ICMS de R\$2.579,88 para o exercício de 2001 e um valor de R\$6.101,26 para o exercício de 2003.

Na infração 03, após a diligência efetuada pela ASTEC, Parecer nº 0160/2006 foram apurados os seguintes valores de omissões de entradas: 11.222,00 Kg de cacau em amêndoas com um imposto devido de R\$ 2.441,91 para o exercício de 2000 e 12.345,50 Kg do mesmo produto com um imposto reclamado de R\$ 16.139,27 para o exercício de 2002. Assim, concordo com os valores encontrados na diligência efetuada e julgo a infração procedente em parte no montante total de R\$ 18.581,18.

Quanto à infração 02, a impugnante argumenta que as notas fiscais nº 2162 a 2170 foram destinadas à empresa “INDECA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CACAU LTDA”, localizada em São Paulo/SP com o fim específico de exportação e que a mesma processou a matéria prima, exportando em seguida os produtos derivados, também alcançados pela não incidência do ICMS.

De acordo com o art. 582 do RICMS/97, não incide o ICMS nas operações ou prestações que destinem mercadorias ao exterior para “empresas comerciais exportadoras”, entretanto, nas remessas para exportação através de empresa comercial exportadora, inclusive “trading”, os interessados solicitarão credenciamento junto à Inspetoria Fazendária do seu domicílio fiscal, sendo que: I - o remetente fará declaração de que as remessas de mercadorias serão feitas com o fim específico de exportação e que as mercadorias não sofrerão no estabelecimento exportador nenhum processo de beneficiamento, rebeneficiamento ou industrialização, salvo reacondicionamento para embarque.

Dessa forma, considerando que o autuado não cumpriu as obrigações acessórias exigidas na legislação vigente e por tratar-se de um benefício fiscal devem ser obedecidas literalmente, além de não comprovar a efetiva exportação das mercadorias e considerando que as mercadorias foram destinadas a estabelecimento industrial, conforme notas fiscais anexas às pgs. 515 a 524 deste PAF, entendo que a infração restou caracterizada.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já efetivamente recolhidos, conforme abaixo:

<i>Infrações</i>	<i>Valor devido (R\$)</i>
<i>1</i>	<i>8.681,14</i>
<i>2</i>	<i>119.209,82</i>
<i>3</i>	<i>18.581,18</i>
<i>4</i>	<i>400,00</i>
<i>Total</i>	<i>146.872,14”</i>

Inconformado com a Decisão acima transcrita o contribuinte ingressou, tempestivamente com o Recurso Voluntário, apresentando as razões de fato e de direito a seguir expostas.

Inicialmente argüiu preliminar de nulidade do lançamento, afirmando que: a Decisão proferida pela 4ª JF, através do Acórdão nº 0369-04/06 ora contestado, produzida com “gran finale” de um processo inegavelmente eivado de vícios de forma e permeado de erros materiais, onde a autuante para obter os resultados que exhibe em seus Demonstrativos da peça original, confundiu sacaria vazia e guaraná em grãos, com cacau em amêndoas, excluiu notas fiscais que deveriam ser computadas, incluiu notas canceladas, alterou quantidades expressas nas notas, não demonstrou claramente a metodologia para aferição de preços médios, enfim, cometeu uma seqüência de falhas materiais, que traduzem tão somente, uma tentativa desesperada do fisco, de “sustentar o insustentável”.

Sustenta a ilegitimidade das exigências contidas no Auto, cuja irrogação de conduta ilícita não passa de uma sucessão de equívocos, cujos dispositivos oferecidos não possibilitam o entendimento emprestado a exação, tampouco abre espaço ou possibilidade para o apenamento pretendido, Entende ser ilegítima a autuação, devendo por isso, ser declarada nula, dando-se baixa dos registros pertinentes, com o conseqüente arquivamento do processo que lhe proporcionou origem.

O autuado insiste na argüição de nulidade, recorrendo aos ensinamentos de SAMUEL MONTEIRO:

O Auto de infração é um ato administrativo regrado e vinculado (nunca discricionário e nem arbitrário), e que para merecer validade administrativa e eficácia jurídica deve preencher os requisitos – condição que lhe dão embasamento e suporte, a fim de se construir lisura. Por isso, para garantir a segurança do fisco e do Autuado, se exige que ele:

1º) Tenha fundamentação fática, concreta e real, ocorrida e verificada, seja com sua exteriorização, seja com a prova de sua materialização, [...] o auto de infração e a notificação serão nulos, se exigirem tributos ou contribuições sem provar a ocorrência e a materialidade do fato gerador;

2º) Seja embasado em motivos reais, idôneos e existentes, o que afasta de eficácia a exigência com suporte em ficção, suposições ou premonição cabalística de fatos que não restam materialmente, nem provados documentalmente e parcialmente.” (MONTEIRO; Samuel. Tributos e Contribuições. 2. ed. São Paulo: Hemos, 1991, t.3, p. 160-161).

Afirma que o lançamento que ora se repudia, converteu-se em verdadeiro ente camaleônico, a sofrer transmutações a cada nova intervenção do fisco e, necessária reabertura de prazo a defendente, que ora se vê diante a uma situação, ora diante de outra. Como se o fisco, diante a inevitável derrocada da peça em sua plenitude, ora recorresse a um ora a outro, todos portos inseguros, que não reservam guarida suficiente, ao que a esta altura entende que se puderam classificar como inebriantes tergiversações.

Argumenta que inexistem os pressupostos de legitimidade, clareza, segurança jurídica e fundamentação, se impondo ao autuado apenamento indevido, portanto, à revelia da lei. Declara ainda que não há como oferecer sustentação ao Auto de Infração impugnado, que não tem alicerce nem mesmo na legislação do Estado, e que não poderia, como não pode, dissociar-se da CF e suas demais leis complementares hierarquicamente superiores. Às favas, já foram lançados os princípios norteadores do Direito Tributário.

Do caso declara que exsurge a necessidade jurídica de opor-se à ilegalidade que macula os direitos das pessoas, especialmente quando essa ilegalidade procede de um agente do poder público. Não pode o ente subordinado curvar-se ante a ilegalidade, sob pena de não merecer as garantias individuais da Carta Magna da Nação.

Afirma que a providência mais lúcida e justa seria a decretação de Nulidade da peça em toda sua extensão, para que sobre os órgãos julgadores não venha a pesar a cumplicidade na produção de uma exigência esdrúxula, embasada numa peça fiscal que mais se assemelha a um desengonçado ser mutante.

Quanto ao teor do Acórdão impugnado sustenta a inconsistência do mesmo, por revelar novas contradições a ensejar dúvidas e comprometer ainda mais a qualidade da peça fiscal, tornando-a definitivamente imprestável como suporte legítimo da exigência de tributo e multas.

Afirma que a Junta Julgadora cometeu equívocos técnicos, ao tomar como base de suas verificações e correções, tão somente, os Relatórios produzidos pela Autuante e pela ASTEC (Assessoria Técnica do CONSEF), cujo teor e resultados foram frontalmente contestados pelo autuado em suas contra razões anteriores, por inconsistência dos dados contidos nos demonstrativos anexados e que modificaram substancialmente os resultados apresentados no Auto, em sua versão original.

Defende que se deve rechaçar ainda a consistência das exigências de imposto e multa, contra o autuado, pelas seguintes razões:

1. porque a própria Junta Julgadora, reconhece taxativamente, a ocorrência de uma sucessão de erros de procedimentos apontados pelo autuado, em sua defesa e contra-razões. Esvai-se, por conseguinte, a suposta “consistência” dos demonstrativos elaborados pela Autuante e gerados por fiscal estranha ao feito em suas diligências, e que serviram arbitrariamente como base, para exigências descabidas de tributos e multas;
2. porque em nenhum momento, Autuante ou Diligente, contraditou as arguições de nulidade da peça fiscal; há de se entender, como prova de reconhecimento, a confissão tácita;
3. porque a autuante e Diligente não contraditaram as arguições de inconsistência e ilegitimidade dos métodos adotados, em flagrante desacordo com as normas que disciplinam o levantamento quantitativo de estoques, em especial, as disposições elencadas na Defesa, da Portaria nº 445/98;
4. porque a relatoria silenciou quanto às divergências últimas, apontadas pelo autuado em suas contra razões;
5. porque a Auditora diligente, no novo Parecer Fiscal produzido, não explica e nem justifica, clara e objetivamente, as razões que determinaram novas mudanças tão significativas nos valores da nova base de cálculo apurada, em relação a cada suposta infração apontada originalmente no Auto. Resta o autuado reconhecer que está sendo alvo de exigências descabidas e desprovidas de fundamentação legal e material, o que, certamente, os senhores julgadores haverão de reconhecer.

Declara que toda documentação que foi apresentada pelo autuado em sua Defesa caracteriza inegáveis erros e omissões, provadas e demonstradas. Caberia a autuante, reconhecer mais estes equívocos cometidos, sendo comuns quando do exame de um volume substancial de documentos.

Quanto aos equívocos e inconsistências não apreciados pela relatoria na apuração final de supostas infrações afirma que em relação à infração 1:

EXERCÍCIO DE 2001 – A Autuante lançou no Auto de infração, um débito relativo a supostas “omissões de saídas de mercadorias, efetuada sem emissão de documento fiscal”, no valor total de R\$ 2.579,88, com base de cálculos de: R\$ 15.175,76. Após a revisão fiscal e diligências executadas pela Auditora Diligente, procedeu-se a várias ratificações, e apurou-se um novo valor do débito (demonstrativos à fls. 1.109), da ordem de: R\$ 7.670,62, com base de cálculo de: R\$ 94.936,90, valores e quantidades estes, já contestados pelo autuado no curso da Defesa.

O autuado entende que, no processo em lide, deve ser mantido o débito originariamente lançado no Auto, no valor de: R\$ 2.579,88, porque inclusive, foram desconsideradas correções apontadas pelo autuado em sua defesa. Sem justificativa plausível, o referido valor, também reconhecido pela Relatoria e já recolhido pelo autuado.

EXERCÍCIO DE 2.003 – A Autuante lançou no Auto de infração, um débito relativo a supostas “omissões de saídas de mercadorias, efetuada sem emissão de documento fiscal”, no valor total de: R\$ 67.783,25, com base de calculo de: R\$ 398.725,00. Após revisão fiscal e diligências

executadas pela Auditora Diligente, procedeu-se a várias ratificações e apurou-se conforme demonstrativos à fls. 1.109, que a suposta infração, é insubsistente, porque, apurou-se em verdade, supostas omissões de entrada no valor de: R\$ 35.889,75, com imposto devido no valor de: R\$: 6.101,26, contrariando, portanto, o teor da infração descrita pelo autuado.

Sustenta que a nova exigência contida nos demonstrativos elaborados pela Auditora Diligente, não pode subsistir, porque, de um lado, os novos resultados apurados contrariam o enquadramento da infração descrita pela autuante e, a exigência de imposto no valor de: R\$: 6.101,26 é descabida por ausência de fundamento legal no processo – argumenta que foi apurada nova infração diversa da apontada no Auto de infração.

Declara que não há qualquer fundamento legal a embasar a inegável mudança da infração apurada, o que não deve substituir no mesmo Auto de Infração, podendo, todavia, ser objeto de recomendação de nova ação fiscal. Este, o posicionamento que a Relatoria, por dever de ofício deveria adotar. Conclui que deve ser reconhecida a Nulidade da suposta infração apontada pela Autuante, porque resultou em ação diversa da encontrada.

Em relação à INFRAÇÃO 03, apontou os seguintes equívocos:

EXERCÍCIO DE 2.000 – Após as diligências empreendidas pela Auditora Maria Auxiliadora Gómez Ruiz, que reconheceu novas divergências nos demonstrativos elaborados pela Autuante, a mesma conclui em seu Relatório, apuração de “omissão de entradas”, da ordem de: 11.222,00 Kgs, de cacau em amêndoas, no valor de: R\$ 15.364,16, e, débito do ICMS no valor de: R\$ 2.441,91 (fls. 1.109, do PAF). Procedidas às retificações protestadas pelo autuado em suas contra-razões, restaria o resultado apresentado pelo autuado em sua planilha já anexada anteriormente, com explicações detalhadas e finalmente, o demonstrativo do débito real apurado, no valor de: R\$ 1.033,83, relativamente ao exercício de 2000. Débito este, que o autuado entende, prescrito, por decorrência do prazo prescricional de 05 (cinco) anos, sem julgamento do Auto de Infração ou inscrição na dívida ativa.

Argumenta que o julgador de 1º grau cometeu evidente equívoco ao não acatar a prescrição reclamada, ao citar as disposições do art. 173, inciso I, do CNT, Ressaltou que não houve, anteriormente, qualquer julgamento do Auto de Infração e não foi constituído em definitivo o crédito reclamado, inclusive por conta das inúmeras alterações procedidas no curso da ação fiscal.

EXERCÍCIO DE 2.002 – Após as diligências empreendidas pela Auditora Diligente, em seu novo relatório, conclui com apuração de “*omissão de entradas de mercadorias*”, no total de: 12.345,50 Kgs. de cacau em amêndoas, no valor de: R\$ 94.936,90, e o ICMS devido no valor de: R\$ 16.139,27.

Afirma que o julgador “*a quo*”, mais uma vez, cometeu equívoco, ao desconsiderar as provas e reclamações contidas nas contra-razões do autuado. Em primeiro plano, rechaçou a forma “mutante” de apuração de valores pelos prepostos do Fisco que, a cada diligência inovaram em relação à diligência anterior. No relatório da diligência anterior (Parecer ASTEC nº 081/2006), para a mesma quantidade: 12.345,50 Kg, de supostas omissões de entradas, apontou-se uma base de calculo de: R\$ 56.665,85, que correspondia a um preço unitário médio de: R\$ 4,59, e ICMS devido de: R\$ 9.633,19. Em novo relatório, para a mesma quantidade supostamente omitida, a base de cálculos passa a ser de: R\$ 94.936,90 e o ICMS devido, de: R\$ 16.139,27. Afirma que se tornam assaz esdrúxulas, quiçá “mágicas”, as inusitadas formas espontâneas de geração de tributos controversos, praticados pelos pressupostos do Fisco, contra o que, só resta ao contribuinte rebelar-se e protestar com veemência!

O autuado juntou em sua defesa, as planilhas VI e VII, demonstrativos, I, II e III, docs. anexados nºs 79 a 82, comprovadas pelas notas fiscais, fotocópias também anexadas, docs. nºs 126 a 131, relativas às divergências constatadas nos demonstrativos da autuante, no curso da ação fiscal. Reitera que, na planilha VI, apontou-se entre as diversas notas fiscais de saídas de mercadorias, que foram computadas em duplicidade, inclusive, a Nota Fiscal nº 1130, de julho de 2.002. Do exame da planilha de “saída de mercadorias” elaborada pela Autuante fls. 997 e 998, do PAF,

pode-se constatar que, a autuante registrou em duplicidade a Nota Fiscal nº 1130, na quantidade de: 15.000 Kgs, de forma equivocada, digitando aa fl. 997, uma suposta Nota Fiscal de Saída nº 1103 correspondente a saída de 15.000 Kgs, quando deveria ser nº 1130, também já digitada à fl. 998, do PAF. Dessa forma, entende que foram computadas a maior saídas de 15.000 Kg. de cacau em amêndoas, ao digitar uma nota de saída fiscal inexistente. A verdadeira Nota Fiscal nº 1103, foi emitida em julho de 2002, e refere-se à entrada de 129 Kg de cacau em amêndoas, e foi computada a fl. 990, do PAF, na planilha de “entrada de mercadorias”, fato mais uma vez não observado pela Auditora Diligente, e que poderá ser comprovado, através de exames dos documentos e demonstrativos já anexados a processo, pela própria autuante e pelo autuado.

Portanto, deduz que o total de saídas com notas fiscais no exercício de 2.002 de 2.029.569,00 Kg, deverá sofrer uma dedução de 15.000 Kg, correspondente a citada nota fiscal inexistente, e passa a ser de: 2.014.569,00 Kg. Assim, confrontando-se o total de saídas reais: 2.017.223,50 Kgs, com o total correto de saída com notas fiscais de: 2.014.569,00 Kgs, vai-se constatar em verdade, uma diferença de: 2.654,50 Kgs. – **diferença esta, apurada nas saídas e não, nas entradas como descrito no Auto de Infração.**

No que tange à “*infração 2 declara que a autuante, a Auditora Diligente e a Junta de Julgamento, não contestaram os argumentos da defesa. Afirma que a Decisão ora proferida pela 4ª JF, contraria outra Decisão proferida pelos órgãos julgadores, em relação ao Auto de infração nº 922405-00, de 01/12/2001, lavrado contra a CCR Exportação e Importação Ltda. Naquela oportunidade, a citada remetente, enviou cacau em amêndoas para a mesma firma destinatária, a Indeca – Indústria e Comércio de Cacau Ltda, a título de: “remessa com fim específico de exportação – não incidência de ICMS, nos termos do art. 582 do RICMS – Ba.”, conforme carimbo do posto nas Notas Fiscais de remessa. Registra ainda que, a SEFAZ-BA., concedeu autorização para “remessa com fim de exportação”, sem pagamento do ICMS, a exemplo do Parecer GECOT 1793/99, registrado no livro nº 01, fls. 716 a 718, GECOT, em 08/09/99, regime este, apurado nas disposições dos arts. 581 e 582 do RICMS/97.*

Entende o autuado, que deverá ser reconhecida a improcedência da exigência contida na citada infração, pois contrariamente, estaria sendo alvo de processo discriminatório, com tratamento diferenciado, o que não recebe guarida no âmbito do CTN e da própria CF/88. Quando muito, caberia aplicação de penalidade formal, por eventual descumprimento de obrigação acessória, haja vista que, no caso de operações de exportação o ICMS eventualmente pago converte-se em crédito acumulado para o contribuinte e estando a empresa autuada, ora em processo de baixa, ficaria impedida de usar o citado crédito decorrente.

Ademais, não procedem os argumentos expostos pela Autuante, que a empresa “*não comprovou as exportações*”, porque em nenhum momento requisitou, averiguou ou concedeu prazo suficiente para o autuado providenciasse tal comprovação junto à empresa destinatária.

Ao final formulou os seguintes pedidos:

- a) A revisão da Decisão da 4ª JF, ora atacada;
- b) reconhecimento da indispensabilidade da perícia já requerida na defesa, haja vista que, em sua informação fiscal, a Autuante nem a auditora diligente não apresentaram qualquer resposta aos questionamentos já elencados.
- c) reconhecimento de absoluta insubsistência e imprestabilidade da informação fiscal, porque incongruente, e desprovida de provas e elementos concretos capazes de elucidar dúvidas e subsidiar com segurança e clareza, o julgamento da peça em lide;
- d) reconhecimento das divergências apontadas pelo autuado em sua defesa, assim como, dos ajustes reclamados e comprovados, após os relatórios das diligências determinadas pelo CONSEF e Relator da 4ª JF;
- e) decretação de NULIDADE da peça fiscal, em toda sua extensão, nulidade esta, agravada pela inconsistência da informação fiscal, a qual, de um lado, confirma a ocorrência denunciada

pelo autuado em sua defesa, de uma série de erros e equívocos; de outro, revela a inadmissível mudança de critérios de apuração, adotada de forma inconseqüente pela autuante;

- f) por último, se for divergente o entendimento dos eméritos julgadores e forem ultrapassadas as arguições de nulidade, que seja reconhecida e decretada a total improcedência do Auto ora atacado em toda sua extensão.

A Procuradoria Estadual, através da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa exarou Parecer nos autos, nos seguintes termos: O autuado apresentou Recurso Voluntário pretendendo reformar o acórdão nº 0369/06 da 4ª JJF que considerou procedente em parte o presente Auto de Infração. O Auto de Infração se baseou no levantamento quantitativo de estoque que apurou diferenças de recolhimento de ICMS. O recorrente alega, em síntese, que o Auto de Infração é Nulo, por não indicar com precisão e certeza os fatos imputados; que a Decisão recorrida também é nula por ser incerta e por ter se baseado em informações inconsistentes. No mérito, reitera os equívocos e inconsistências das infrações 1, 2 e 3.

Observou a representante da PGE/PROFIS que o Auto de Infração não padece de vício de nulidade, já que os princípios de ampla defesa e contraditório vem sendo respeitados, tendo o contribuinte tido toda a oportunidade de manifestação e produção de provas. Sustenta que o Acórdão recorrido não se revela frágil como pretende o recorrente, tendo se baseado nas provas produzidas, especialmente o Parecer ASTEC.

No mérito, afirma que o contribuinte, ora recorrente, repete todos os argumentos já trazidos quando da defesa e da sua manifestação sobre a diligência. Declara que o Parecer ASTEC depurou os fatos e revelou os números corretos, não tendo o contribuinte se insurgido, de forma objetiva, contra tais resultados. Sendo a matéria remanescente eminentemente fática, acompanhou o Parecer ASTEC nº 0081/2006, fls. 1050/1054. Diante disso, a representante da PGE/PROFIS opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Passo a examinar o Recurso Voluntário. Cabe inicialmente observar que a JJF (Junta de Julgamento Fiscal) deliberou, no pedido de diligência pela reabertura do prazo de defesa, concedendo 30 dias para que o contribuinte pudesse se manifestar acerca da revisão efetuada pela ASTEC. Todavia, apesar da Inspeção intimar o sujeito passivo, ofertando apenas o prazo de 10 dias, conforme doc. fl. 1.127-A, com ciência verificada em 09/10/06 do ato intimatório - via AR (aviso de recebimento) - o autuado apresentou suas contra-razões através de petição protocolada em 31/10/06, sanando, portanto, a irregularidade do ato de comunicação da Inspeção, posto que a finalidade do ato processual foi atingida com a manifestação do contribuinte. Logo, fica evidente que o contribuinte ainda que erroneamente cientificado para contestar a revisão em 10 (dez) dias, se utilizou de prazo mais elástico (21 dias), não sendo declarada, pelo órgão preparador, a intempestividade da sua intervenção no processo, configurando, portanto, a clara demonstração de que o mesmo se considerou intimado em conformidade com a deliberação da Junta de Julgamento Fiscal.

Ressalto ainda que a Decisão de 1ª Instância homologou os pagamentos efetuados pelo autuado, aproveitando-se o mesmo dos benefícios da Lei nº 10.328/06 (Lei de Anistia Fiscal), envolvendo o reconhecimento parcial da autuação, em relação às infrações 4 (R\$ 400,00) em sua totalidade, e em parte quanto à infração nº 1 (no valor de R\$ 2.579,88, em relação ao exercício de 2001) e infração 3 (valor de R\$ 15.094,08, parcialmente, com referência aos fatos geradores ocorridos em 2000).

Quanto à preliminar de nulidade, não acato as razões recursais, pois o Auto de Infração e atos subsequentes, envolvendo a informação fiscal, as revisões efetuadas pela ASTEC e, finalmente, a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, foram praticados em obediência às formalidades previstas na legislação do processo administrativo fiscal, concedendo-se ao contribuinte, em todas as etapas reguladas no RPAF, a oportunidade de contraditá-los, em cumprimento dos princípios da ampla defesa e do contraditório, não havendo qualquer vício de forma ou de

substância que invalida o procedimento fiscal. Da mesma forma, o fato das revisões resultarem em mudança nas quantidades apuradas, com eventual alteração das omissões de entradas para omissões de saídas ou vice-versa, não implica em nulidade do feito, posto que o fulcro da autuação envolve diferenças na contagem física dos estoques, passível de alteração por conta das provas apresentadas pelo sujeito passivo em sua impugnação. Deve-se apenas obedecer o contraditório, ofertando-se ao contribuinte a possibilidade de contraditar os novos resultados, o que foi feito no presente processo, conforme ressaltado linhas acima.

No que refere às preliminares de decadência e prescrição, de igual forma não merecem guarida as alegações do recorrente, posto que em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2000, a apuração do imposto pelo fisco resultou de atos de fiscalização em relação a operações que não foram espontaneamente lançadas e pagas pelo contribuinte. Nessa situação a contagem do prazo decadencial desloca-se para o 1º dia do exercício seguinte, ou seja, 1º de janeiro de 2001, encerrando-se em 31 de dezembro de 2005, aplicando-se à espécie, a norma contida no art. 173, I, do CTN e o art. 28 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.951/81). Como o Auto de Infração foi lavrado 13/05/2005, não se operou a decadência alegada pelo sujeito passivo.

No que se refere à prescrição, o referido instituto não se aplica ao direito de lançar o tributo, mas em relação à pretensão do Estado de executar a dívida fiscal em juízo. Em face da impugnação administrativa do sujeito passivo, que ora se examina em grau de Recurso Voluntário, a exigibilidade do crédito tributário se encontra suspensa, nos termos do art. 151, inc. III, do CTN, não se podendo, no presente caso, se falar em prescrição de dívida ainda não exigível, posto que a suspensão prevista na Lei, somente cessará após o encerramento da fase administrativa contenciosa.

No mérito, resta em discussão parte da infração 1 e as infrações 2 e 3. A ASTEC em relação às infrações 1 e 3 promoveu sensível redução do valor do débito após sucessivas revisões do procedimento fiscal, cujo teor o contribuinte teve oportunidade de contraditar. Ressalto que em relação à infração 1, o contribuinte, quanto ao exercício de 2001 procedeu ao recolhimento do imposto que foi originalmente lançado, cessando a discussão de mérito. Na peça recursal limitou-se a repetir os argumentos de defesa, impugnando de forma específica, apenas a Nota Fiscal nº 1130, de julho de 2002. A mencionada nota fiscal sequer foi juntada ao processo, ao menos em cópia reprográfica, e o contribuinte mencionou em seu Recurso Voluntário que o referido documento fiscal integra a planilha acostada a fl. 990 do PAF, fato não corroborado pela leitura do documento citado. Os demais argumentos de defesa já foram enfrentados na Decisão de 1ª instância e devidamente rechaçados, razão pela qual mantenho sem alteração o Acórdão “*a quo*”, em especial, pela falta de juntada de novas provas que elidissem as infrações 1 e 3, cujos valores já foram revisados pela ASTEC com redução considerável da autuação. Pelos mesmos motivos indeferido o pedido de realização de nova diligência neste feito, considerando a inexistência de novas provas que possam colocar em “xeque” a exigência tributária remanescente após a revisão da ASTEC.

Quanto à infração 2, que envolve a falta de recolhimento de ICMS em razão do contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, envolvendo operações interestaduais de vendas de cacau em amêndoas, relativas às Notas Fiscais nºs 2162 a 2170, emitidas sem destaque do ICMS, acompanho o entendimento externado na Decisão primária, pelas razões a seguir expostas. As Notas Fiscais nºs 2162 a 2170 foram destinadas à empresa “INDECA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CACAU LTDA”, localizada em São Paulo/SP com o fim específico de exportação. Consta que esta empresa processou a matéria-prima enviada pelo autuado, exportando em seguida os produtos derivados.

Segundo a mesma linha de raciocínio adotado pelo julgador de 1º grau, percebe-se claramente que o art. 582 do RICMS/97 estabelece que não incide o ICMS nas operações ou prestações que destinem mercadorias ao exterior para “empresas comerciais exportadoras”. Entretanto, nas remessas para exportação através de empresa comercial exportadora, inclusive “trading”, os interessados solicitarão credenciamento junto à Inspetoria Fazendária do seu domicílio fiscal, sendo que: I - o remetente fará declaração de que as remessas de mercadorias serão feitas com o

fim específico de exportação e; **II**) as mercadorias não sofrerão no estabelecimento exportador nenhum processo de beneficiamento, rebeneficiamento ou industrialização, salvo re-acondicionamento para embarque.

Entretanto, o autuado não cumpriu as obrigações acessórias exigidas na legislação vigente e por tratar-se de um benefício fiscal, devem ser obedecidas as condições literalmente. Além disso, não houve a comprovação da efetiva exportação das mercadorias remetidas e considerando que as mercadorias foram destinadas a estabelecimento industrial, conforme notas fiscais anexas às pgs. 515 a 524 deste PAF, há que se inferir que as mesmas foram destinadas à industrialização, configurando, portanto, operação não amparada pelo benefício fiscal em exame. Ressalto que conforme foi informado pelo próprio contribuinte, na sua peça recursal, deixou de ser produzida a prova da efetiva exportação dos produtos enviados para a empresa localizada em São. Paulo, limitando-se o mesmo a dizer que esta prova não foi solicitada. Ademais, conforme já dito acima, o envio da matéria-prima cacau em amêndoas para uma indústria pressupõe a sua transformação naquele estabelecimento, em contrariedade à regra do benefício para as exportações indiretas, contidas no art. 582 do RICMS/97. Logo, deve ser mantida a exigência fiscal, razão pela qual **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário.

Quanto ao Recurso de Ofício, de igual modo, mantenho a Decisão recorrida, considerando que as reduções efetuadas nos valores objeto da autuação decorreram de 2 (duas) sucessivas revisões efetuadas pela ASTEC, no procedimento de contagem dos estoques da empresa, envolvendo matéria de ordem eminentemente fática. Os resultados foram comunicados ao autuante e ao autuado, não havendo qualquer manifestação em contrário quanto às reduções.

Recomenda-se, apenas, que autoridade fiscal competente proceda a renovação da ação fiscal, quanto ao exercício de 2001, visto que a ASTEC apurou valores superiores aos lançados no presente Auto de Infração.

Em face do acima exposto, voto pelo **NÃO PROVIMENTO** dos Recursos de Ofício e Voluntário, mantendo inalterada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **146547.0004/05-9**, lavrado contra **ALBATROSS COMÉRCIO INTERNACIONAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$146.472,14**, acrescido das multas de 60% sobre R\$119.209,82 e 70% sobre R\$27.262,32, previstas no art. 42, II, “a”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento da obrigação acessória, no valor de **R\$400,00**, prevista no inciso XV, “b”, do mesmo artigo e lei, e dos acréscimos moratórios, conforme estabelecido pela Lei nº 9.837/05, devendo a autoridade competente homologar os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de maio de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

DERALDO DIAS DE MORAES NETO – REPR. PGE/PROFIS