

**PROCESSO** - A. I. Nº 206851.0121/08-0  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DÉRCIO BOLOGNINI  
**RECORRIDOS** - DÉRCIO BOLOGNINI e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0285-05/09  
**ORIGEM** - INFAZ BARREIRAS  
**INTERNET** - 03/11/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0347-12/10

**EMENTA:** ICMS. 1. SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA. REMESSA PARA ESTABELECIMENTO BENEFICIADOR. PRODUTO AGROPECUÁRIO. FALTA DE RETORNO. É prevista a suspensão da incidência do imposto nas remessas de produtos agropecuários para estabelecimento beneficiador, obedecidas as condições estabelecidas no RICMS/97, o que não ocorreu no presente caso, nos exercícios de 2006 e de 2007 e parte referente ao exercício de 2005. Infração parcialmente procedente. Mantida a Decisão recorrida. 2. EXPORTAÇÃO. INDICAÇÃO DA NATUREZA DA OPERAÇÃO COMO “EXPORTAÇÃO”. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA SAÍDA DAS MERCADORIAS DO PAÍS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração parcialmente comprovada. Mantida a Decisão recorrida. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovado parcialmente que as saídas das mercadorias (milho) não obedeceram às disposições do Convênio ICMS 100/97. Infração parcialmente mantida. Preliminares de nulidade rejeitadas. Negado o pedido de diligência. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime quanto às infrações 1 e 2. Vencido o voto do relator em relação à infração 3. Decisão por maioria. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 5ª JJF que julgou Parcialmente Precedente o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário que inicialmente lhe foi imputado, a rigor do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 29/12/2008, exige ICMS no valor de R\$490.285,70, além de multa e acréscimos legais, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS em razão de remessa de produto agropecuário para estabelecimento beneficiador, neste estado, sem o devido retorno. ICMS no valor de R\$ 413.571,45 e multa de 60%.
2. Deixou de recolher ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de guias ou registros de exportação. ICMS no valor de R\$ 68.129,59 e multa de 60%.
3. Recolhimento a menor do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido apurado conforme anexo III. ICMS no valor de R\$ 1.000,00 e multa de 60%.

A 5ª JF, após análise das peças processuais, proferiu Decisão, abaixo transcrita, pela parcial procedência da autuação, para exigir do autuado o pagamento do imposto no valor de R\$ 383.673,87, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, “in verbis”.

*“Inicialmente nego o pedido de diligencia formulado pelo contribuinte, haja vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu juízo de valor sobre a lide, consoante o art. 179 do RPAF/99.*

*No mérito, na infração 01 está sendo exigido ICMS em razão da falta de recolhimento decorrente de remessa de produto agropecuário para estabelecimento beneficiador neste Estado, sem o devido retorno, fato detectado nos exercícios de 2005, 2006 e 2007.*

*Trata-se de saídas de algodão em capulho para beneficiamento, sem comprovação do seu retorno, cujas notas fiscais encontram-se discriminadas no levantamento de fls. 07 a 12 do PAF.*

*A infração apontada está disciplinada no art. 341, III, combinado com o art. 622, § 2º, do RICMS/97, como segue:*

*Art. 341. É suspensa a incidência do ICMS:*

*III - nas saídas de produtos agropecuários para estabelecimento beneficiador, neste Estado, por conta e ordem do remetente, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos, ressalvada a incidência do imposto quanto ao valor adicionado, observado o disposto no art. 622.*

*Art. 622. O disposto neste capítulo aplicar-se-á, no que couber, às remessas de mercadorias para acondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, de objetos destinados ou não a industrialização ou a comercialização.*

*§ 2º Tratando-se de produtos agropecuários remetidos a estabelecimento beneficiador, para beneficiamento por conta e ordem do remetente, o tratamento previsto neste Capítulo será adotado com as seguintes ressalvas:*

*I - a suspensão só prevalecerá nas remessas para beneficiamento neste Estado, a menos que se trate de hipótese que atenda ao disposto no § 6º do art. 615;*

*II - o prazo para que as mercadorias retornem ao estabelecimento de origem é de 60 dias, contado da data da saída do estabelecimento autor da encomenda, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade, sendo que esse prazo não poderá ser prorrogado;*

*III - decorrido o prazo previsto no inciso anterior sem que ocorra a transmissão da propriedade ou o retorno das mercadorias ao estabelecimento de origem, real ou simbólico, será exigido o imposto devido por ocasião da remessa, sujeitando-se o recolhimento, mesmo espontâneo, à atualização monetária e aos acréscimos moratórios.*

*Destaco que nos termos do art. 13, I do RICMS/97, a outorga de benefício fiscal está vinculada ao cumprimento das obrigações acessórias.*

*O contribuinte anexa laudo, quanto à sua alegação de que este documento esclarece que todas as suas operações de saídas englobaram inclusive as operações de retorno, não pode ser acatada, haja vista que sem a competente documentação fiscal, torna-se impossível vincular as saídas para beneficiamento com os retornos, e posteriores saídas, para diversos clientes, dos mesmos produtos.*

*Quanto à assertiva do defendente, de que a responsabilidade pela emissão das notas fiscais de retorno seria do estabelecimento beneficiador, visando isentar-se da responsabilidade tributária, também não acato, pois caso ocorresse as devoluções sem a emissão dos documentos fiscais, caberia ao autuado a devida emissão das notas fiscais de entradas para regularizar as operações.*

*O contribuinte ao apresentar a peça defensiva procede à juntada das notas fiscais de nº 0074, e 0039 (fls. 35/36), de emissão da Montani Algodoeira DM Ltda, referentes à devolução de algodão em capulho beneficiado, na quantidade de 621.680, KG e de 220.660 KG, referentes às notas fiscais 50 a 66, e 17 a 18, respectivamente, com data de emissão de 30/07/2005 e 30/06/2005, que foram acatadas pelo autuante como comprovação do retorno das saídas para beneficiamento.*

*Contudo, embora o autuante tenha acatado essas duas notas fiscais, e dado como comprovado o não cometimento da infração no exercício de 2005, constato, fazendo o cotejo entre as notas fiscais objeto da infração, que estão listadas nos demonstrativos de fls. 07 a 12, que a nota de devolução de 621.680 Kg de algodão em capulho conforme NF 50-66, e de fl. 17 a 18, que a devolução relativa às notas fiscais 50-66. Mas manifesto entendimento c*

*0039, (fl. 36), pois conforme consta no corpo da nota, o retorno de mercado*

devolução de 220.560 Kg de algodão em capulho, conforme NF 17-18. Ocorre que essas notas fiscais nº 17-18, não foram objeto da infração, consoante o Anexo I, referente às saídas de algodão em capulho para beneficiamento, sem retorno (fls. 07 a 12). Deste modo, excluo do Anexo I, os valores correspondentes às notas fiscais 50-66, cujo retorno foi vinculado à nota fiscal nº 074, ao tempo em que permanece os valores referentes às demais notas fiscais, objeto da infração, no exercício de 2005. Resta portanto, o valor a ser exigido de R\$ 106.914,80, pois os valores referentes às notas fiscais 50-66, perfazem o total de R\$ 236.760,00, com ICMS de R\$ 40.249,20 e crédito presumido de 7% (R\$ 2.817,44), sendo o ICMS devido de R\$ 37.431,76, que fica excluído da infração.

Ademais, no que se refere os exercícios de 2006 e de 2007, nenhum documento fiscal foi trazido pela defesa, para elidir o cometimento da infração, e deste modo, os valores exigidos naqueles exercícios ficam mantidos.

Deste modo, o demonstrativo de débito da infração 01, passa a ser:

DATA OCORR	DATA VENC	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	ICMS
30/11/2005	09/12/2005	628.910,58	17	106.914,80
30/12/2006	09/01/2007	153.870,58	17	26.158,00
31/12/2007	09/01/2008	1.429.805,23	17	243.066,89
Total				376.139,69

Infração parcialmente mantida, no valor de R\$ 376.139,69.

Na infração 02 está sendo exigido ICMS que não foi recolhido nas saídas de mercadorias acobertadas pelo notas fiscais com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país, por intermédio de Guias ou Registros de Exportação.

A infração encontra-se demonstrada no Anexo II, fl. 13, com destinatário Quennsland Cotton Corporation, referente às notas fiscais nº 490 a 492, 494, 500, 573 a 576, 589, e 590.

O autuado na peça de defesa, apresenta comprovantes de exportação referentes às notas fiscais 589 e 590 (Memorando de Exportação, Comprovante de Exportação nº 2071448630/2 e demais documentos de fls. 150 a 162); notas fiscais 500, 573,574,575,571, (documentos fls. 163 a 179), notas fiscais 490 a 492, 494 a 499 (documentos fls. 163 a 172).

Contudo, como assegurou o autuante, o sujeito passivo não apresentou comprovante de exportação relativo à nota fiscal nº 576, emitida em 01/10/2007, no valor de R\$ 51.421,40, com ICMS de R\$ 5.553,52.

Assim, remanesce o ICMS no valor de R\$ 5.553,52, com data de ocorrência de 30/12/2007, e a base de cálculo perfaz o total de R\$ 32.667,76.

Quanto à infração 03, está sendo exigido o recolhimento a menor do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento imposto diferido. Operações enquadradas no regime de diferimento do ICMS com saídas de milho para adquirentes com atividades incompatíveis com as condições de benefício previstas no Convênio 100/97. Cobrança do ICMS conforme art. 20, parágrafo segundo do RICMS/Ba.

Portanto, no relato da infração consta o instituto do diferimento, mas a infração envolve isenção e redução de base de cálculo, nos termos do Convênio ICMS 100/97, mas este fato não trouxe prejuízo para a defesa.

Está previsto no Convênio ICMS 100/97, que é reduzida a base de cálculo, em 30%, nas operações com insumos agropecuários, dentre eles milho, objeto da lide, nas saídas interestaduais, quando destinadas à produtor, a cooperativa de produtores, a indústria de ração animal, ou a órgão oficial de fomento e desenvolvimento agropecuário vinculado ao Estado ou Distrito Federal.

Tal disposição contida no Acordo entre os Estados signatários, submete-se à condição de sua destinação, e como tal, se não atendida, perde-se o direito ao benefício fiscal, sujeitando-se o remetente às regras de tributação normal do ICMS.

É que por meio do Convênio ICMS 100/97, os Estados e o Distrito Federal, na forma da Lei Complementar nº 24/75, como instrumento de deliberações a que se refere o art. 155, § 2º XII, “g” da Constituição, celebraram o acordo de benefício fiscal, para reduzir em 30% a base de cálculo nas saídas interestaduais, dentre outros produtos, de milho, com destinação especificada na cláusula segunda, II, do Convênio ICMS 100/97.

Quanto às saídas internas, de “milho”, foram isentadas quando destinados a produtor, a cooperativa de produtores, a indústria de ração animal ou a órgão oficial de fomento e desenvolvimento agropecuário vinculado ao Estado; regulamentado no art. 20, XI, “a”, do RICMS/BA.

Portanto, tratando-se de benefício fiscal, a norma regulamentadora é explícita quando dispõe no § 2º, do art. 20, que “ Não se aplica o benefício fiscal no caso de operação que não preveja a destinação do produto para gozo do I do imposto caberá ao contribuinte em cujo estabelecimento se verificar a saída

Ademais, nos termos do art. 11 do RICMS/97, “Quando a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição.” Outrossim, estabelece o parágrafo único, que o pagamento do imposto, na hipótese deste artigo, será feito com os acréscimos moratórios cabíveis e, se for o caso, multa, os quais serão devidos a partir do vencimento do prazo em que o tributo deveria ter sido pago caso a operação ou prestação não tivesse sido efetuada com o benefício fiscal, observadas, quanto ao termo inicial da incidência, as normas reguladoras da matéria.

O contribuinte, em sua peça de defesa, advoga que efetuou as vendas de milho, emitindo as competentes e regulares notas fiscais que teriam atingido a sua finalidade, remetendo tais insumos agrícolas para estabelecimentos localizados fora do Estado da Bahia, com destinação para emprego na fabricação de ração animal, e aduz que o autuante não prova o não cumprimento de tal condição. Assevera, portanto, que o fisco não comprovou que os produtos não foram destinados à ração ou alimentação animal, na forma regulamentar.

Apesar da contundente impugnação, verifico que esta infração encontra-se detalhada na planilha de fls. 14, a 15, com a especificação da nota fiscal, data de emissão, número de inscrição do destinatário no cadastro nacional (CNPJ/CPF), nome ou abreviatura do destinatário, valor total da operação, alíquota, ICMS incidente na operação, crédito do produto, Valor do ICMS devido, Valor do ICMS pago (calculado com a redução de base de cálculo), e a diferença de ICMS devido para a operação. Também as notas fiscais, objeto da infração, encontram-se nos autos.

A planilha de fls. 14 a 15, engloba saídas internas e interestaduais, e constam como destinatários: Jovina Coelho Nascimento, Maria de Fátima Rabelo, Francisco Magno Neto, Jose Cosme Filho, PoçoTubo Hortigranjeiro S.A, Virgilio Gomes de Almeida, Rosimeire A de Paula, A. W. Palacio de Oliveira, Jose Antonio Alvarez, Marcos Lopes de Brito, Edilésio Ferreira Dias, Javir Alves Soares, Ronaldo Rodrigues Mendes, J. Odílio Gomes Fontes ME, Hercules Fabiano R.Paes.

O autuante, por ocasião da informação fiscal, efetuou nova consulta ao cadastro do SINTEGRA/ICMS, cujas cópias anexou às fls. 198 a 201, e constatou que alguns dos destinatários efetivamente, não se dedicam à atividade de fabricação de ração animal, nem são agropecuaristas e em consequencia elaborou novas planilhas, fls. 196, na qual diminui o valor do ICMS exigido.

Verifico que na planilha de fl. 196, permaneceu a cobrança referente aos seguintes destinatários, sob o pressuposto de que suas atividades são incompatíveis com o benefício fiscal, tais como varejo, farmácia, e outros sem comprovação da atividade:

Jovina Coelho Nascimento, Francisco Magno Neto, Jose’Cosme Filho, Virgilio Gomes de Almeida, Rosimeire A de Paula, A W. Palacio de Oliveira, Jose Antonio Alvarez, Marcos Lopes de Brito, Edilésio Ferreira Dias, Javir Alves Soares, Ronaldo Rodrigues Mendes, Hercules Fabiano R.Paes.

Apesar de ter sido este o posicionamento adotado pelo autuante, entendo quanto à questão do ônus da prova, de que caberia ao fisco comprovar que os produtos não foram destinados a produtor, a cooperativa de produtores, a indústria de ração animal ou a órgão oficial de fomento e desenvolvimento agropecuário vinculado ao Estado; e esta destinação pode ser constatada por meio do objeto social dos destinatários, claramente que os adquirentes atuam com farmácia, estabelecimentos varejistas e outras atividades incompatíveis com as previstas no Convênio ICMS 100/97.

Assim, na planilha de fl. 196, o autuante manteve adquirentes que constam como “sem comprovação”. Entendo que nesses casos devem ser retirados da exigência fiscal, permanecendo os adquirentes com atividade comprovada de farmácia e de varejo hortifrutigranjeiros. Deste modo, remanesce os seguintes valores na infração, cujos dados na íntegra estão na planilha de fl. 196, e que resumo abaixo:

Data	Nota Fiscal	ICMS devido	Nome	Atividade
19/06/2006	225	147,83	Rosimeire A de Paula	Varejo hortifrutigranjeiros
19/06/2006	226	72,97	Rosimeire A de Paula	Varejo hortifrutigranjeiros
11/05/2007	305	281,88	Marcos L. de Brito	Farmácia
19/05/2007	312	140,94	Marcos L. de Brito	Farmácia
21/05/2007	313	324,16	Marcos L. de Brito	Farmácia
28/05/2007	322	372,08	Marcos L. de Brito	Farmácia
03/06/2007	333	320,40	Marcos L. de Brito	Farmácia
03/06/2007	336	320,40	Marcos L. de Brito	Farmácia

O demonstrativo de débito assume a configuração:

DATA OCORR	DATA VENC	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	ICMS
19/06/2006	09/07/2006	1.840,00	12	
30/05/2007	09/06/2007	9.325,50	12	
30/06/2007	09/07/2007	5.340,00	12	
Total				



*Infração parcialmente procedente no valor de R\$ 1.980,66.*

*Ante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”*

Devidamente intimado, o recorrente protocoliza Recurso Voluntário, colacionado às fls. 232 a 235, onde, em relação à infração 1, assevera que a imputação de ter deixado de recolher ICMS em razão da remessa de produtos para estabelecimento beneficiador sem o devido retorno é improcedente, pois, efetivamente, os produtos retornaram, ainda que, em alguns casos, desacompanhados das correspondentes notas fiscais, e que o ICMS incidente sobre as operações de vendas realizadas pelo produtor do resultado do beneficiamento, foi devidamente recolhido.

Diz que lhe foi cerceado o direito de defesa na medida em que lhe foi negado pedido para realização de diligência com o objetivo de verificar o retorno dos produtos beneficiados.

Aduz que, sem qualquer nódulo de má-fé, que é comum que o retorno das remessas de algodão em capulho, enviado para beneficiamento, aconteça sem a emissão das notas fiscais correspondentes, até porque, não há qualquer prejuízo para o estado.

Acrescenta que, apenas no caso da beneficiadora, Algodoeira DM Ltda., tais operações ocorreram sem a emissão das devidas notas fiscais, a despeito do produto ter efetivamente retornado e ter sido vendido de forma legal e regulamentar com as devidas emissões dos correspondentes documentos fiscais, momento adequado para o recolhimento do ICMS. Diz, ainda, que nem mesmo estaria sujeito à aplicação de multa de caráter formal na medida em que a obrigação da emissão da nota fiscal deve recair sobre a beneficiadora.

Conclui, que exigir ICMS em razão da infração 1, é incorrer em “*bis in idem*”, pois haveria exigência de imposto na venda do produto e na remessa para beneficiamento.

No que tange à infração 2, diz que as operações de exportações glosadas, o foram sem razão, pois, foram emitidas as correspondentes guias e registros de exportação, e que, encontra-se nos autos documentação comprobatória.

Quanto à infração 3, assevera o recorrente que efetivou venda de milho para produtor rural ou para empresa que utilizou tal produto para alimentação animal, e que, assim sendo, faz jus à utilização da redução da base de cálculo, prevista no RICMS-Ba. Diz ainda, que cabe ao fisco provar e demonstrar que o milho não fora destinado para produtor rural ou empregado em ração animal ou alimentação animal pelos destinatários. Cita acórdão JF 0111-05/07: “*se não há provas de que as mercadorias foram empregadas noutro fim que não fosse alimentação animal ou fabricação de ração animal, não se pode exigir ICMS sem a redução da base de cálculo.*”

Por fim, diz dever ser anulado o acórdão recorrido em razão do cerceamento de defesa quando não apreciou fundamentos aduzidos na impugnação, bem como em razão da negativa em realizar diligência solicitado pelo autuado. Requer, em pedido alternativo à nulidade suscitada, seja deferido pedido de diligência.

A PGE/PROFIS, com Parecer da lavra da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, diz que, quanto à infração 1, não assiste razão ao recorrente, vez que a prova do retorno das mercadorias enviadas para beneficiamento se dá com as notas fiscais correspondentes às saídas, e que o assunto está disciplinado pelos arts. 341 e 622 do RICMS.

Quanto à infração 2, diz a ilustre procuradora, que não resta a prova da exportação relativa à Nota Fiscal nº 576 e que os documentos trazidos aos autos foram devidamente apreciados e acatados.

Quanto à infração 3, indica a parecerista, que constam nos autos as notas fiscais e dados relativos aos adquirentes do milho, e que parte desses não adquiriu a mercadoria para ração animal, já que nem mesmo são produtores rurais.

Opina, por fim, pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

### **VOTO (Vencido quanto ao Recurso de Ofício – Infração 3)**

Inicialmente, devo analisar o pleito recursal de nulidade da Decisão recorrida, sob o fundamento de cerceamento do direito de defesa do recorrente, tendo em vista a não apreciação dos fundamentos aduzidos na sua impugnação, bem como do pedido de diligência formulado pelo autuado.

Não há como acolher a preliminar suscitada, pois, da análise do presente PAF, não vislumbro qualquer indício de que houve algum impedimento ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

Noto que um dos motivos que ensejaram o pedido de nulidade do auto, qual seja, a negativa do pedido de diligência para verificação do efetivo retorno do produto que havia saído para beneficiamento, não serve a esse fim, na medida em que a documentação fiscal é quem vai comprovar o efetivo retorno dos produtos saídos para beneficiamento. Ademais, na mais rasa análise, não é possível admitir-se a circulação de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, ainda que seja apenas para cumprir exigência formal.

Verifico, também, que a 5ª JJF apreciou tudo o quanto trazido pela peça impugnatória. Tanto, assim, que julgou parcialmente procedentes todas as infrações atribuídas ao recorrente.

Ante o exposto, voto pelo não acolhimento da preliminar de nulidade suscitada. Nego, também, provimento ao pedido de diligência formulado pelo recorrente por entender estarem presentes todos os elementos necessários ao meu convencimento, a rigor do art. 147, I, “a” do RPAF/Ba.

Quanto ao mérito, constato que, em relação ao Recurso de Ofício, este deve ser provido parcialmente, haja vista que entendo merecer reforma a Decisão de primo grau.

Em primeira análise, a redução do débito que culminou na interposição do Recurso de Ofício, foi baseada numa revisão fiscal, cuja matéria é eminentemente técnica e baseada em levantamento fiscal e nos documentos trazidos aos autos.

Quanto à infração 1, embora o autuante tenha acatado duas notas fiscais, e dado como comprovado o não cometimento da infração no exercício de 2005, o relator da 5ª JJF verificou, a partir do cotejo entre as notas fiscais objeto da infração, que a Nota Fiscal nº 074 (fl.35), refere-se à devolução de 621.680 Kg de algodão em capulho, conforme Notas Fiscais nºs 50 a 66. Verificou, também, que as Notas Fiscais nºs 17 e 18, não foram objeto da infração, consoante o Anexo I, referente às saídas de algodão em capulho para beneficiamento, sem retorno (fls. 07 a 12). Assim, não há dúvidas de que a 5ª JJF, acertadamente, excluiu do Anexo I, os valores correspondentes às Notas Fiscais nºs 50 a 66, cujo retorno foi vinculado à Nota Fiscal nº 074. Permanecendo, portanto, os valores referentes às demais notas fiscais, objeto da infração, no exercício de 2005.

Da manifestação do recorrente, verifico que não lhe assiste qualquer razão, haja vista que a prova do efetivo retorno do produto remetido para beneficiamento se dá com as notas fiscais que acompanham o produto e que guardam correspondência com as notas fiscais de saída, além do fato de que a suspensão da incidência do ICMS, neste caso específico, está garantida pelos artigos 341 e 622 do RICMS.

Noto que, apesar de o contribuinte tentar elidir a ação fiscal dizendo que suas operações de venda englobam as operações de remessa de produto para beneficiamento sem o acompanhamento da documentação fiscal correspondente, o recorrente reconhece o cometimento da infração, a rigor de suas próprias palavras “*Nos exercícios de 2006 e 2007, realmente não ocorreram as emissões de notas fiscais de retorno pela beneficiadora DM Ltda....*”.

A infração 2, encontra-se demonstrada no anexo II, fl. 13, através das Notas Fiscais nºs 490 a 492, 494, 500, 573 a 576, 589 e 590, e tem como destinatário empresa estrangeira Queensland Cotton Corporation,

O autuado apresenta comprovantes de exportação referentes às Notas Fiscais nºs 574, 575, 571, 490, 491, 492, 494, 495, 496, 497, 498 e 499, que são apre-

exclusão das referidas notas fiscais da autuação, contudo, como assegurou o autuante, não apresentou comprovante de exportação relativo à Nota Fiscal nº 576, emitida em 01/10/2007, remanescendo o ICMS no valor de R\$ 5.553,52.

O fato discutido na infração 3, em verdade, refere-se à isenção e redução de base de cálculo, nos termos do Convênio ICMS 100/97, com acusação de que o recorrente recolheu a menor o ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido - Operações enquadradas no regime de diferimento do ICMS com saídas de milho para adquirentes com atividades incompatíveis com as condições de benefício previstas no Convênio referido acima.

No caso em tela, nos deparamos com uma conduta infracional, tipificada por instituto diverso daquele que descreve o ato delituoso. Ainda que se possa verificar nos autos que o recorrente não conseguiu fulminar a acusação que lhe é imputada, em razão de haver notas fiscais e dados relativos a adquirentes do milho que indicam atividade diversa daquela prevista no Convênio ICMS 100/97, estaremos diante de um vício processual que, também, encontra previsão no RPAF em seu art. 18, IV, “a”, *in verbis*:

**Art. 18.** São nulos:

(...)

**IV - o lançamento de ofício:**

*a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;*

Assim, diante de tudo o quanto exposto, voto pelo não provimento do Recurso de Ofício e Voluntário no que se refere às infrações 1 e 2, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

Quanto à infração 3, entendo estar eivada de vício e, em assim sendo, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto no sentido de tornar nula a referida infração, haja vista que tipifica a conduta infracional de maneira equivocada, não há como prosseguir na exigência do crédito fiscal. Isto posto, recomendo a repetição dos atos, a salvo de falhas.

### **VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso de Ofício – Infração 3)**

Concordo com o nobre Conselheiro quanto às questões de nulidade suscitadas e sua decisão quanto às infrações 1 e 2. Entretanto, discordo daquela a respeito da matéria quanto à infração 3.

No corpo do Auto de Infração, o autuante assim descreveu a infração: Recolhimento a menor do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. Apurado conforme anexo III. Operações enquadradas no regime de diferimento do ICMS, com saídas de milho para adquirentes com atividades incompatíveis com as condições de benefício previstas no Convênio ICMS 100/97. Cobrança do ICMS conforme art. 20, parágrafo segundo do RICMS/BA.

No Anexo III (que é parte integrante do Auto de Infração conforme dispõe o art. 28, § 4º, II e art. 41, II do RPAF/BA – Decreto nº 7.629/99), indicou todas as notas fiscais e seus respectivos comprados do milho, tendo como título “*Demonstrativo das operações de vendas de milho com base de cálculo reduzida indevidamente – Não atendem condição prevista no artigo 20 RICMS/BA*” (fls. 14/15).

Ou seja, embora tenha abordado questões de diferimento quando descreveu a infração, imediatamente a ajustou para as determinações do Convênio ICMS 100/97 e art. 20, do RICMS/BA que envolve isenção e redução de base de cálculo.

Em assim sendo, o contribuinte perfeitamente se defendeu. Inclusive em nenhum momento questionou a situação, adentrando de maneira correta sobre os pontos que entendeu questionáveis e estritamente atinentes à lide. Não houve qualquer cerceamento do recorrente em razão da situação motivadora da nulidade da infração. E, não se pode esquecer de que, no processo ad

preconiza o RPAF/BA no seu art. 2, na *instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito*. Indo adiante, o § 1º do referido artigo assim expressa: *No preparo, instrução e tramitação do processo, ter-se-á sempre em vista a conveniência da rápida solução do pedido ou litígio, restringindo-se as exigências ao estritamente necessário à elucidação do processo e à formação do convencimento da autoridade requerida ou do órgão julgador*.

Superando, assim, a nulidade levantada de ofício pelo Relator do presente PAF, adentro no mérito da questão.

O recorrente volta com os mesmos argumentos apresentados quando de sua defesa inicial, ou seja, que realizou operações de venda de milho para produtor rural ou para empresa que utilizou tal produto para alimentação animal, fazendo jus à utilização da redução da base de cálculo, prevista no RICMS-BA. Diz, ainda, que cabe ao fisco provar e demonstrar que o milho não fora destinado para produtor rural ou empregado em ração animal ou alimentação animal pelos destinatários.

A JJF de julgamento fiscal analisou com precisão a matéria em questão e, para não ser repetitiva, invoco trechos do voto desta Corte de 1ª Instância para embasar minha decisão a respeito da lide ora em discussão:

*Está previsto no Convênio ICMS 100/97, que é reduzida a base de cálculo, em 30%, nas operações com insumos agropecuários, dentre eles milho, objeto da lide, nas saídas interestaduais, quando destinadas à produtor, a cooperativa de produtores, a indústria de ração animal, ou a órgão oficial de fomento e desenvolvimento agropecuário vinculado ao Estado ou Distrito Federal.*

.....  
*Quanto às saídas internas, de “milho”, foram isentadas quando destinados a produtor, a cooperativa de produtores, a indústria de ração animal ou a órgão oficial de fomento e desenvolvimento agropecuário vinculado ao Estado; regulamentado no art. 20, XI, “a”, do RICMS/BA.*

*Portanto, tratando-se de benefício fiscal, a norma regulamentadora é explícita quando dispõe no § 2º, do art. 20, que “ Não se aplica o benefício fiscal no caso de operação que não preencha os requisitos previstos ou que dê ao produto destinação diversa da prevista como condição para gozo do benefício, caso em que o pagamento do imposto caberá ao contribuinte em cujo estabelecimento se verificar a saída.”*

*Apesar da contundente impugnação, verifico que esta infração encontra-se detalhada na planilha de fls.14, a 15, com a especificação da nota fiscal, data de emissão, número de inscrição do destinatário no cadastro nacional (CNPJ/CPF), nome ou abreviatura do destinatário, valor total da operação, alíquota, ICMS incidente na operação, crédito do produto, Valor do ICMS devido, Valor do ICMS pago (calculado com a redução de base de cálculo), e a diferença de ICMS devido para a operação. Também as notas fiscais, objeto da infração, encontram-se nos autos.*

*A planilha de fls. 14 a 15, engloba saídas internas e interestaduais, e constam como destinatários: Jovina Coelho Nascimento, Maria de Fátima Rabelo, Francisco Magno Neto, Jose Cosme Filho, PoçoTubo Hortigranjeiro S.A, Virgilio Gomes de Almeida, Rosimeire A de Paula, A. W. Palacio de Oliveira, Jose Antonio Alvarez, Marcos Lopes de Brito, Edilésio Ferreira Dias, Javir Alves Soares, Ronaldo Rodrigues Mendes, J. Odílio Gomes Fontes ME, Hercules Fabiano R.Paes.*

Quanto às prova que o fisco deveria apresentar, elas estão nos autos. Caberia ao contribuinte desconstituí-las, conforme disposições do art. 142, do RPAF/BA.

Diante do exposto, as alegações recursais não possuem o condão de desconstituir a infração ao recorrente imputada.

Entretanto, alguns ajustes foram ao longo da lide realizados, inclusive à época do julgamento de 1º Grau, os quais entendo sem qualquer retificação e, assim, adentro ao Recurso de Ofício interposto. Valho-me, mais uma vez, do que expôs a JJF:

*O autuante, por ocasião da informação fiscal, efetuou nova consulta ao cc cópias anexou às fls. 198 a 201, e constatou que alguns dos destinatários*



*atividade de fabricação de ração animal, nem são agropecuaristas e em consequência elaborou novas planilhas, fls. 196, na qual diminuiu o valor do ICMS exigido.*

.....

*Apesar de ter sido este o posicionamento adotado pelo autuante, entendo quanto à questão do ônus da prova, de que caberia ao fisco comprovar que os produtos não foram destinados a produtor, a cooperativa de produtores, a indústria de ração animal ou a órgão oficial de fomento e desenvolvimento agropecuário vinculado ao Estado; e esta destinação pode ser constatada por meio do objeto social dos destinatários, claramente que os adquirentes atuam com farmácia, estabelecimentos varejistas e outras atividades incompatíveis com as previstas no Convênio ICMS 100/97.*

*Assim, na planilha de fl. 196, o autuante manteve adquirentes que constam como “sem comprovação”. Entendo que nesses casos devem ser retirados da exigência fiscal, permanecendo os adquirentes com atividade comprovada de farmácia e de varejo hortifrutigranjeiros. Deste modo, remanesce os seguintes valores na infração, cujos dados na íntegra estão na planilha de fl. 196, e que resumo abaixo:*

Diante de tudo exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos Voluntário e de Ofício interpostos, mantendo inalterada a decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade quanto às infrações 1 e 2, e em decisão por maioria em relação à infração 3, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, e por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206851.0121/08-0**, lavrado contra **DÉRCIO BOLOGNINI**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$383.673,87**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: (Quanto ao Recurso de Ofício - Infração 3) Conselheiros (as): Mônica Maria Roters, Valtércio Serpa Júnior e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (Quanto ao Recurso de Ofício - Infração 3): Conselheiros: José Antonio Marques Ribeiro, Carlos Henrique Jorge Gantois e Nelson Antonio Daiha Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR (Voto vencido  
quanto ao Recurso de Ofício – Infração 3)

MÔNICA MARIA ROTERS – VOTO VENCEDOR (Quanto ao  
Recurso de Ofício – Infração 3)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS