

A. I. Nº - 206905.0006/08-6
AUTUADO - ALEXANDRE JACQUES BOTTAN
AUTUANTE - MARIA IRACI BARROS DE SÁ TELLES
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
INTERNET 19.03.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0035-05/10

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. REMESSA DE PRODUTO AGROPECUÁRIO PARA ESBELECIMENTO BENEFICIADOR SEM O DEVIDO RETORNO. Infração nula, em decorrência da insegurança do cometimento da infração e, da determinação da base de cálculo do imposto. 2) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. a) CAROÇO DE ALGODÃO. Infração reconhecida. b) ALGODÃO EM PLUMA. Infração elidida. 3. DIFERIMENTO. CAROÇO DE ALGODÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO RESPONSÁVEL NAS SAÍDAS INTERESTADUAIS. Infração não elidida. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2008, exige ICMS no valor de R\$ 1.957.719,94, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher ICMS em razão de remessa de produto agropecuário para estabelecimento beneficiador, neste estado, sem o devido retorno. (Valor histórico: R\$1.944.668,83; percentual da multa aplicada: 60%).
2. Operação com mercadorias tributadas, caracterizada como não tributada. (Valor histórico: R\$1.489,77; percentual da multa aplicada: 60%).
3. Operação com mercadorias tributadas, caracterizada como não tributada. (Valor histórico: R\$11.287,74.; percentual da multa aplicada: 60%).
4. Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. (Valor histórico: R\$273,60; percentual da multa aplicada: 60%).

O autuado, por meio de seu representante legal, ingressa com defesa, fls. 131 a 135, e tece os seguintes argumentos:

Quanto à infração 1 alega que o levantamento quantitativo apresentado pelo autuante está repleto de incorreções, pois consta do relatório um número significativo de notas fiscais lançadas em duplicidade, há um número igualmente grande de notas fiscais emitidas com CFOP “Remessa para Armazenagem de Algodão em Capulho”, quando na verdade, se tratava de “Algodão para Beneficiamento”. Aduz que tais divergências estão corrigidas em seu relatório.

Com o intuito de facilitar a visualização das diferenças nos demonstrativos fez uso do mesmo layout utilizado pela auditora fiscal, para levantamento do quantitativo de algodão em capulho, enviado para cada empresa beneficiadora, e incluiu neste demonstrativo as efetivas devoluções de caroço e pluma, oriundos do beneficiamento do algodão em capulho.

Esclarece que as planilhas estão separadas por empresa beneficiada remessa para beneficiamento foi separada por exercício, na planilha de devolução do caroço de algodão e do algodão em pluma. Na planilha

aproveitamento, de devolução de caroço de algodão e pluma, bem como, as vendas realizadas em cada exercício e o produto em estoque no final de 2007, comercializados em 2008. Por último, na planilha 04 consta o relatório das notas fiscais de venda do caroço de algodão e pluma até 31 de dezembro de 2007.

Esclarece que a planilha 02 da Fazenda IOWA não foi elaborada, pois as notas fiscais de devolução não foram emitidas, impossibilitando desta forma, a sua elaboração. Acata os índices de aproveitamento utilizados pela Auditora Fiscal.

Aduz que, conforme demonstrado na planilha 03, fica claro não ter havido omissão de saídas do caroço de algodão nem de pluma, pois nesta atividade ocorre que o produto produzido em um exercício financeiro não é necessariamente comercializado neste mesmo ano, ocorrendo na maioria das vezes, comercialização no exercício ou exercícios seguintes, fato este que ocorreu em seu caso.

Dessa forma, afirma que os fatos descritos na infração 1 não ocorreram, sendo indevido a cobrança do imposto nela exigido.

Reconhece que o imposto exigido na infração 2 é devido, já que não foi destacado na nota fiscal e nem foi recolhido no prazo legal.

Com relação à infração 3, afirma que a cobrança do ICMS da Nota Fiscal nº 1255 não pode prosperar, pois o imposto é diferido, e o que ocorreu foi o preenchimento incorreto da nota fiscal, pois o carbono não foi colocado de forma correta. Ressalta que a nota fiscal foi emitida no dia 18/06/2007, contra a empresa Unibahia Sociedade Cooperativa, inscrita no CNPJ sob o nº 07.396.390/0001-00 e inscrição no Estado sob o nº 066264.569. Anexa relatório fornecido pela Unibahia para comprovar a entrega da mercadoria à mesma.

Aduz que a cooperativa autorizada a operar no Regime de Diferimento descharacteriza a cobrança antecipada do imposto, ficando a sua incidência para operação posterior com débito do imposto.

Quanto à infração 4 aponta que, de acordo com o que preceitua o artigo 348, I, “a” do RICMS-BA, o comprovante de pagamento do ICMS deve acompanhar o transporte da mercadoria; como o DAE é emitido somente em duas vias, sendo uma do agente arrecadador e a outra acompanha a carga, o contribuinte fica sem possibilidade de fazer a prova material do pagamento, não lhe pode portanto, ser exigida.

Requer a improcedência parcial do auto de infração, por inocorrência das infrações descritas nos itens 1, 3 e 4 e ocorrência da infração do item 2.

O autuante presta a informação fiscal de fls. 316 a 318, esclarecendo que:

Quanto à infração 1 afirma que na digitação das notas fiscais de remessa de algodão em capulho para beneficiamento, foram constatados diversos lançamentos em duplicidade de alguns documentos fiscais, mas tal situação foi corrigida e será apresentada uma nova planilha referente às remessas de algodão em capulho para beneficiamento.

Entende que o contribuinte não apresenta nenhuma prova significativa da alegação de que há um número grande de notas fiscais emitidas com CFOP “Remessa para armazenagem de algodão em capulho”, quando na verdade, se tratava de algodão para beneficiamento. O fato de o autuado ter errado o CFOP, por si só, não pode ser suficiente para se fazerem modificações nas quantidades de algodão em capulho remetidas para beneficiamento.

Ressalta que, se o contribuinte cometeu um erro no CFOP, deveria ter emitido uma carta de correção da nota fiscal, tal como está previsto no artigo 201, parágrafo 6º do RICMS, e não há que se aceitar a simples alegação do contribuinte, bem como o seu relatório, sem qualquer comprovação documental de suas alegações.

Ademais, não sabe dizer de onde o contribuinte tirou a informação de devolução de algodão em pluma da beneficiadora Golmur, ref

conforme planilha também elaborada por ele, de fls. 146, a quantidade de pluma devolvida por esta empresa é totalmente diferente. Aponta que isso também ocorre na folha 163, em relação à devolução da quantidade de pluma de algodão, no exercício de 2007.

Chama a atenção de que as notas fiscais apresentadas pelo contribuinte, Maeda S.A Agroindustrial, descrevem quantidades de mercadorias, porém o mesmo alega que são apenas notas fiscais de prestação de serviço. A Nota Fiscal nº 133 não é da Maeda S.A Agroindustrial, e sim da Maeda Armazém Gerais S.A e, neste caso, não pode constar como devolução de remessa para beneficiamento, pois a Maeda Armazém Gerais não é beneficiadora de algodão em pluma, portanto a Nota Fiscal nº 133 trata de devolução de depósito e não de beneficiamento.

Anexa uma nova planilha com os valores de ICMS devido referente à infração 01.

O contribuinte reconhece que a autuação está correta na infração 02.

Quanto à infração 3 ressalta que, com relação à Nota Fiscal nº 1255, o contribuinte apresentou cópia autenticada do Livro de Registro de Entrada de Mercadorias, da empresa Unibahia Sociedade Cooperativa, comprovando que a mesma recebeu a mercadoria constante daquela nota fiscal. Deste modo, nada há a ser cobrada a título de ICMS relativo a esta nota fiscal, devendo a infração ser desconsiderada.

Na infração 4, afirma que o contribuinte, em sua defesa, não apresenta o documento de arrecadação que comprove o recolhimento do ICMS referente à Nota Fiscal nº 2086. Conforme estabelece o artigo 348, I, “a” do RICMS/BA, o recolhimento do ICMS dos produtores ocorre na saída da mercadoria e o documento da arrecadação deve acompanhar a nota fiscal, e fazer referência a ela.

Portanto, se o contribuinte não possui o documento de arrecadação, não comprova que o ICMS foi recolhido.

Protesta quanto às planilhas da defesa em nome do auditor fiscal, pois o mesmo não as elaborou.

O autuado se manifesta fls. 506 a 520 tecendo os seguintes comentários:

Aponta os erros que considera conter nas planilhas emitidas pela auditora, e afirma que a maioria dos retornos por apuração efetiva é maior do que a apuração por arbitramento. A informação do índice de aproveitamento foi aproximado.

Outrossim, não concorda com o fato de quando a base de cálculo é positiva o imposto é cobrado e quando é negativo o valor é ignorado. Ressalta que a planilha consolidada de remessa e retorno do beneficiamento, apresentada com base para a lavratura do Auto de Infração é confuso.

Embora a auditora não acate a remessa para armazenagem para a empresa Algodoira Iowa Ltda, como beneficiamento, conforme declarou, ao mesmo tempo utilizou do seu relatório para a apuração da base de cálculo do imposto, o que é contraditório.

Deixou claro, em sua defesa, que estava usando o layout do fisco para facilitar a visualização das diferenças nos demonstrativos.

Quanto a diferença apontada, referente a empresa GOLMUR folhas 146 e 163, afirma que ocorre o seguinte: as Notas Fiscais nºs 2272 de 01/02/2007 e 2276 de 07/03/2007, referem-se a safra de 2006. Portanto, o valor de 307.269,00 quilos constantes da planilha 02, acrescidos das respectivas notas emitidas em 2007, ou seja, mais Nota Fiscal nº 2276 = 102.626,00 e Nota Fiscal nº 2272 = 10.441,00, totalizam exatamente o valor constante da planilha 03, ou seja, 420.336,00 quilos. No exercício de 2007 é necessário a diminuição das mesmas notas fiscais e chegaremos ao valor de 415.646,00 quilos. Trata-se apenas de questão de análise de planilha, pois produto devolvido nos meses de fevereiro e março de 2007, somente podem ter sido colhidos em exercício anterior.

Quanto à não emissão das notas fiscais de devolução da empri beneficiamento, alerta para a duplicidade de incidência caso

devolvido. Haverá incidência pelo Auto de Infração e nova incidência quando da Circulação pela venda do produto.

Alega que as vendas de pluma e caroço de algodão, realizadas nos meses de janeiro a junho de cada ano, é resultado de estoque de mercadoria de exercício anterior. A remessa de Capulho é igual ao retorno de Pluma + Caroço + Resíduo. O retorno de Pluma deve ser igual à venda + estoque. O caroço segue a mesma regra.

Quanto a empresa MAEDA AGROINDUSTRIAL, anexa as notas fiscais de retorno para comprovar as quantidades devolvidas.

Ratifica que concorda com a autuação da infração 2.

Quanto à infração 3 afirma que a auditora acatou a comprovação apresentada.

Concorda com ressalva com a infração 04 e que caso encontre posteriormente o respectivo DAE de recolhimento, irá requerer o correspondente crédito exigido pelo Auto de Infração.

A 5^a JJF deliberou que o presente PAF fosse diligenciado à inspetoria fiscal para que o autuante analisasse os argumentos da defesa, fls. 506 a 594, elaborasse novos demonstrativos, se necessário, e intimasse o contribuinte para que pudesse se manifestar.

O autuante presta informação fiscal, fls. 607 a 609, e corrige as notas fiscais que se encontravam lançadas em duplicidade nos papéis de trabalho. Quanto à suposta devolução das remessas feitas para a beneficiadora IOWA, o autuado diz que não houve emissão de documento fiscal do retorno da mercadoria. Neste caso, como não há a comprovação documental da afirmação do retorno, mantém o lançamento deste item.

Quanto ao não reconhecimento da existência de estoque físico de um exercício para o outro, aduz que não há como comprovar, documentalmente, que haja estoque de um exercício para outro, pois o produtor rural não está obrigado a escrutar livros fiscais e não havia sido feito levantamento físico. Portanto, não possui Livro de Inventário e nem outros livros fiscais, que são obrigatórios para outros contribuintes.

Providenciou a correção nas planilhas, tendo indicado, em negrito e em vermelho, as correções realizadas. Aponta que os índices de retorno de pluma e caroço de algodão, decorrentes do beneficiamento do algodão em capulho, não foram inventados nem arbitrados pelo autuante. Nas folhas 11, 12, 13 e 14 do PAF, se encontram os índices de aproveitamento das algodoeiras beneficiadoras, para o produto remetido pelo autuado, inclusive o da Algodoreira DM, fl. 12 do PAF.

Quanto ao uso de 1.504.523,00 quilos de algodão em capulho, como não retornado, utilizado pelo autuante para construir a base de cálculo, observa-se que o próprio contribuinte declarou que remeteu à Iowa 1.504.523,00 quilos, conforme documento de fl. 151 do PAF, além de declarar explicitamente na fl. 516/517, que a mercadoria não retornou com documento fiscal. Portanto é devido o imposto como estabelece o parágrafo 4º do artigo 615 do RICMS/97. O art. 622, § 2º, é ainda mais claro, com relação aos produtos agropecuários, remetidos para beneficiamento. Há que se acrescentar ainda o seguinte: sobre as remessas para beneficiamento e armazenagem para a Algodoreira Iowa, trata-se de contribuinte cuja atividade é cultivo de algodão herbáceo e não consta atividade de beneficiamento de algodão e nem de armazenagem para este contribuinte.

Anexa um novo demonstrativo de débito baseado nas mercadorias remetidas para beneficiamento e que não retornaram, conforme determinam os arts. 615, § 4º, 622, do RICMS/97.

Salienta que como o contribuinte é produtor rural foi utilizado a pauta fiscal constante nas Instruções Normativas nºs 15/2006 e 23/2007, válidas em 31/12 de cada ano, ou seja, 2006 e 2007, bem como que a base de cálculo está construída considerando as d... e 31/12/2007, devido ao fato de as notas fiscais de retorno não fazer de remessa para beneficiamento, tornando muito difícil identificar c

Foram corrigidos os valores indicados pelo contribuinte em sua defesa, fls. 673 a 677.

Esclarece que, conforme já mencionado, o contribuinte não possui prova documental do retorno das remessas de algodão em capulho para beneficiamento da Fazenda Iowa, e neste caso, deve-se cumprir o que estabelece o art. 615, § 3º e 4º do RICMS/97, bem como no art, 622, II, III do mesmo RICMS.

Ademais, a falta de documentação fiscal acobertando o seu retorno caracteriza fato gerador do imposto, a teor do que estabelece os artigos 615, §§ 3º e 4º e 622, II, III RICMS.

Elabora novo demonstrativo de débito, como segue:

OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	B. DE CALCULO	ALIQUOTA	ICMS
28/02/2007	28/02/2007	861.542,99	17	146.462,31
28/02/2008	28/02/2008	1.549.605,70	17	263.432,98
19/11/2007	19/11/2007	8.763,35	17	1.489,77
17/11/2007	17/11/2007	1.609,41	17	273,60

O autuado ao tomar conhecimento da informação fiscal, manifesta-se, fls. 673 a 676, e ressalta que, em nenhum momento, declarou, não ter como comprovar o retorno físico da mercadoria, mas disse não ter como comprovar fiscalmente o seu retorno, pois as notas fiscais não foram emitidas por quem tem o dever e a obrigação fiscal de tê-las emitido, tudo em conformidade com o art. 618, I, “a” e “b” do RICMS/BA. Isto com relação às remessas feitas para a beneficiadora IOWA.

Reafirma que, em não se considerando o retorno físico da mercadoria, enviada para beneficiamento na Fazenda Iowa, o seu estoque ficará negativo, em função da quantidade de pluma comercializada. Entende que a falta de documentação fiscal, acobertando o seu retorno caracteriza infração de natureza formal, jamais fato gerador do imposto. Aduz que a comercialização de pluma, em montante compatível com os índices de aproveitamento resultantes do beneficiamento do capulho, é para o contribuinte uma forma cabal do retorno da mercadoria enviada para beneficiamento.

Alega que como no AI não consta nenhuma prova material de inobservância do art. 343, X, “a”, “b”, “c” do RICMS/BA, o imposto também não pode ser exigido, pois falta-lhe a materialidade do fato gerador.

Diz que, no presente caso, o algodão em capulho ou em pluma não tem como ser consumido em natura, sendo sempre necessário o processo de industrialização, momento em que o imposto é exigido no transporte interestadual ou na indústria. Como exposto, tributar o capulho em sua fase de beneficiamento, dentro do Estado onde foi cultivado, por ter circulado do beneficiador em retorno ao produtor, desacompanhado de documento fiscal, gerará necessariamente bitributação, pois quando da comercialização do produto resultante da industrialização, haverá nova tributação sem o crédito do imposto anteriormente pago através de Auto de Infração.

Aduz que a existência física de estoque de produtos agropecuários nas fazendas é uma realidade inegável, apesar de não possuir livros fiscais. No caso de algodão em capulho, sua colheita é realizada entre os meses de junho a setembro, e grande parte do produto, resultante de seu beneficiamento, é comercializada no primeiro semestre do ano seguinte. Portanto, a sua existencia física é real de exercício corrente para o seguinte.

Quanto à auditora ter dito que não inventou nem arbitrou os índices de aproveitamento constantes do processo, esclarece que estes indices são feitos por amostragem, não tendo necessariamente a precisão utilizada para a lavratura do Auto de Infração. Afirma que, nenhuma das empresas beneficiadoras, tem estrutura de pessoal para realizar o trabalho de precisar os índices de aproveitamento.

Quanto á forma como a auditora chegou à quantidade de quilos de : para beneficiamento, sem o devido retorno, o autuado entende que colocado em sua defesa.

A autuante presta nova informação fiscal, fls. 679 a 682, onde constam as informações das folhas 607 e 609 do PAF, bem como as informações fiscais referentes às defesas apresentadas, fls. 673 a 676 do PAF. Reitera as informações apresentadas, inclusive o demonstrativo de débito, anteriormente apontado.

O autuado recebeu cópia da última informação fiscal, (fl. 686), mas não se manifestou.

VOTO

Na infração 01, está sendo exigido ICMS que não foi recolhido em razão de remessa de produto agropecuário para estabelecimento beneficiador, neste Estado, sem o devido retorno.

Consta na descrição dos fatos que o contribuinte remeteu algodão em capulho para beneficiamento (transformação em caroço de algodão e algodão em pluma), estando o ICMS suspenso, nos exercícios de 2006 e 2007. Os retornos de algodão em pluma e de caroço de algodão não são compatíveis com os rendimentos médios de produtividade resultantes do beneficiamento. As notas fiscais de remessa de algodão em capulho e de retorno de caroço de algodão se encontram listadas no anexo I ao presente Auto de Infração. Deve ser mencionados os seguintes aspectos relativos a esta infração: a) as notas fiscais de retorno do algodão em pluma e do caroço de algodão não fazem referência às notas de remessa; b) o beneficiamento não é efetuado por conta e ordem do remetente; c) como as notas fiscais de algodão beneficiado não fazem referência às notas de remessa paa beneficiamento, a data da ocorrência será considerada 60 dias após o dia 31/12/2006 e de 2007, pois foram listadas todas as notas de remessa e de retorno para os anos de 2006 e 2007; d) os preços utilizados são os de pauta fiscal válidas em cada exercício, no dia 31/12 de 2006 e 2007; e) os valores negativos encontrados nos cálculos da planilha foram desconsiderados. Todos os levantamentos mencionados neste item 1 se encontram no anexo 1 do presente auto de infração.

No presente lançamento o autuante levantou a quantidade de algodão em capulho, que fora remetida para as empresas beneficiadoras, Cotton Placas Ltda (CNPJ 03.659.419/0001-48), Algodoreira DM Ltda, (CNPJ 06.368.973/0001-64), Golmur Industria e Comercio Ltda (CNPJ 04.029.789/0001-64), Maeda S/A Agroindustrial (CNPJ 57.069.007/0012-30), cujas declarações de recebimento encontram-se nas fls. 11 a 14 do PAF. Nestas declarações consta ainda as quantidades que resultaram do beneficiamento, ou seja dos produtos: Algodão em pluma, caroço de algodão e resíduos ou impurezas.

Com base nestas informações, o autuante, inicialmente verificou a quantidade que retornou, cotejou com as quantidades de retorno declaradas pelo contribuinte, e cobrou a diferença, com base no valor unitário constante em pauta fiscal. Como o contribuinte não indica nas notas fiscais de retorno, as notas fiscais de remessa para beneficiamento, todo o retorno foi considerado no dia 31/12 de cada ano, Consequentemente considerou a data de ocorrência da infração, 60 dias após, conforme art. 622, parágrafo 2º, inciso II do RICMS/97. A consolidação de remessas e retornos de beneficiamento encontra-se fls. 16 e 17, referentes aos exercícios de 2007 e de 2008.

O levantamento analítico dos retornos de algodão em caroço e de pluma estão anexos fls. 18 a 21, e as remessas para as diversas beneficiadoras estão anexas fls. 22 a 92.

O contribuinte em sua peça de defesa apontou que o autuante cometeu equívocos no levantamento, tais como lançamento de notas fiscais em duplicidade, número grande de notas fiscais emitidas com CFOP de remessa para armazenagem de algodão em capulho, quando se tratava de algodão para beneficiamento, e efetuou um relatório corrigindo as divergências apontadas. Assim, embora o autuante, ao analisar as razões de defesa, tenha emitido um novo demonstrativo, e apresentado uma nova planilha, referente às remessas para beneficiamento, e acatado parcialmente as razões de defesa, e a razão quando reclama da insegurança na lavratura do Auto de Infração.

Chego a esta conclusão diante das seguintes constatações:

1. Considerando que se trata de produtor rural, que não escritura livros fiscais, a fiscalização efetuou o levantamento fiscal, objeto da lide, baseada nas declarações fornecidas pelas empresas beneficiadoras, juntadas nas fls. 11 a 14, juntamente com as quantidades de algodão em capulho, remetidas para beneficiamento, pelo sujeito passivo, constantes nas suas notas fiscais.
2. Não reconhece a existência de estoque físico de um exercício para o outro, aduz que não há como comprovar documentalmente que haja estoque de um exercício para outro, pois o produtor rural não está obrigado a escriturar livros fiscais e não havia sido feito levantamento físico. Portanto, não possui livro de Inventário e nem outros livros fiscais, que são obrigatórios para outros contribuintes, logo não há como comprovar documentalmente a existência de estoque físico no final do exercício.
3. Utilizou-se dos índices de aproveitamento das algodoeiras beneficiadoras, para o produto remetido pelo autuado, inclusive o da Algodoeira DM, fl. 12 do PAF. (fls. 11 a 14)
4. Considerou as datas de 60 dias após 31/12/2006 e 31/12/2007, como de ocorrência dos fatos geradores, devido ao fato de as notas fiscais de retorno não fazerem referência às notas fiscais de remessa para beneficiamento, tornando muito difícil identificar cada retorno.
5. Utilizou índices declarados por outra beneficiadora, para aplicar na Fazenda Iowa.
6. As inconsistências do lançamento apontam que há imposto negativo, com relação à beneficiadora Golmur em 2007, e Maeda em 2006, fls. 322 e 321, o que reforça a fragilidade da técnica da auditoria aplicada.
7. Também houve majoração do imposto no exercício de 2007.
8. Ressalte-se que o autuante não compareceu nas empresas beneficiadoras, para se certificar de que as declarações possuem um caráter que corresponde com as entradas das matérias primas em seus estabelecimentos, e que o índice de produção também equivaleu aos mencionados. Portanto, não houve um aprofundamento na fiscalização, que se manteve superficial na investigação da realidade fática.

Cabe à fiscalização detectar e provar, por meios e elementos precisos, a efetiva ocorrência do ilícito fiscal, não sendo seus indícios capazes de ensejar a pretendida exigência tributária.

Ademais, o crédito tributário, decorre da obrigação principal surge com o lançamento que confere à relação tributária liquidez e certeza. Assim o lançamento constitui o crédito tributário e este deve estar revestido de liquidez e certeza, o que atende ao princípio da segurança jurídica.

O poder fiscal que se constitui na faculdade que o Estado possui para criar tributos e exigir os dos administrados, dentro do âmbito do seu território, há de subordinar-se aos princípios constitucionais, entre eles o da legalidade, e o da certeza do direito, também denominado de princípio da segurança jurídica, este último segundo Paulo de Barros Carvalho, dirigido à implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta. Da observância do princípio da segurança jurídica resulta a lealdade que deve nortear os atos da Administração em relação aos administrados, em todos os seus campos de atuação e, principalmente, no poder de tributar.

Cabe lembrar que o lançamento, como atividade vinculada e regrada, deve observar os pressupostos estatuídos no art. 142 do CTN, cuja motivação deve estar amparada em elementos materiais de prova veementes, capazes de demonstrar, com segurança a ilicitude tributária, o que não ocorreu no presente caso. Diante disso, fica desnaturado o princípio da nulidade.

Embora o contribuinte seja acusado de não ter cumprido as disposições regulamentares, dificultando, sobremodo, a realização da auditoria fiscal, fato que levou o autuante a realizar o levantamento fiscal com base nas declarações das empresas beneficiadoras e das notas fiscais de remessas fornecidas pelo sujeito passivo, entendo que o lançamento encontra-se fragilizado, não há certeza da ocorrência da infração, nos moldes em que foi apurada, haja vista que as declarações fornecidas pelas beneficiadoras, são documentos que retratam indícios de irregularidades cometidas pela empresa, cuja fiscalização deveria ter sido aprofundada. Portanto, não houve a circularização junto às beneficiadoras, para atestar as quantidades que efetivamente retornaram ao estabelecimento autuado.

Outro ponto a ser observado, é que para certas hipóteses as declarações das beneficiadoras foram acatadas, mas para outras não, como no caso em que o auditor não acatou a remessa para armazenagem para a empresa Algodoeira Iowa Ltda, como beneficiamento, mas ao mesmo tempo utilizou do seu relatório para a apuração da base de cálculo do imposto, no mínimo há uma contradição, como também deve ser lembrado que a prova não pode ser divisível, isto é para determinadas circunstâncias ser válida e para outras não.

Em resumo, percebo que o roteiro de auditoria ficou inconcluso, a autuante deveria ter chegado à veracidade das informações e ter trazido aos autos os documentos de provas. De todo o exposto resultou em insegurança no lançamento, e deve ser aplicado o art. 18, IV, a do RPAF/99:

“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;

Infração nula.

A infração 2 foi expressamente reconhecida pelo sujeito passivo, fica, portanto mantida.

Na infração 3 está sendo exigido ICMS relativo à ocorrência de operação com mercadorias tributadas, caracterizada como não tributada. Não existe indicação de destinatário na nota fiscal, bem assim não existe indicação da data de emissão do documento fiscal.

O contribuinte na peça de defesa, afirma que a cobrança do ICMS da Nota Fiscal nº 1255, fl. 95, não pode prosperar, pois o imposto é diferido, e o que ocorreu foi o preenchimento incorreto da nota fiscal, pois o carbono não foi colocado de forma correta. Ressalta que a nota fiscal foi emitida no dia 18/06/2007, contra a empresa Unibahia Sociedade Cooperativa, inscrita no CNPJ sob o nº 07.396.390/0001-00 e inscrição no Estado sob o nº 066264.569. Anexa relatório fornecido pela Unibahia para comprovar a entrega da mercadoria à mesma.

Aduz que a cooperativa autorizada a operar no Regime de Diferimento descaracteriza as cobranças antecipadas do imposto, ficando a sua incidência para operação posterior com débito do imposto.

Tendo em vista que o contribuinte apresentou cópia autenticada do Livro de Registro de Entrada de Mercadorias, da empresa Unibahia Sociedade Cooperativa, comprovando que a mesma recebeu a mercadoria constante daquela nota fiscal, (fls. 497, 499), a autuante, na informação fiscal, concordou que nada há a ser cobrado a título de ICMS relativo a esta nota fiscal, devendo a infração ser desconsiderada.

Infração elidida.

Na infração 4, a acusação versa que o autuado deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido.

A substituição tributária por diferimento diz respeito às situações em que, segundo a lei, a responsabilidade pelo pagamento do imposto incidente sobre determinado serviço efetuada no presente é transferida para o adquirente ou destinatário ao usuário do serviço, na condição de sujeito passivo por sub-

posteriores, ficando adiados o lançamento e o pagamento do tributo para o momento em que vier a ocorrer determinada operação, prestação ou evento expressamente previstos pela legislação.

Segundo o art. 343, X, “a” do RICMS/97, é deferido o lançamento do ICMS incidente nas saídas internas de algodão em capulho, em pluma ou beneficiado, bem como de caroço de algodão, para o momento em que ocorrer a saída da mercadoria para outra unidade da Federação;

Consta que o contribuinte não comprovou o pagamento do ICMS da nota fiscal de venda de semente de algodão, emitida em 17/11/2007, nota fiscal número 2084, no valor de R\$ 273,60, conforme 3^a via da nota fiscal e papel de trabalho que constituem o anexo IV do presente Auto de Infração, fls. 102 a 103 do PAF.

Assim, no presente caso, o autuado promoveu saída de semente de algodão para o Estado do Mato Grosso, ocorrendo o termo final de diferimento, e sendo, portanto responsável pelo pagamento do ICMS, contudo, alega em sua defesa que não teria como comprovar o pagamento, haja vista que o DAE, foi emitido em duas vias, uma via do agente arrecadador e outra acompanhou o transporte da mercadoria e não teria ficado com cópia.

Não acato a alegação do contribuinte, como suficiente para desconstituir a infração, haja vista que o art. 348, § 1º, I, “a” do RICMS/97, é claro quanto à exigência da comprovação do pagamento, e neste caso a infração fica mantida. Outrossim, o próprio sujeito passivo concorda com a infração, e ressalva que caso encontre o DAE, o apresentará posteriormente, conforme declara na fl. 519.

Infração procedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206905.0006/08-6, lavrado contra **ALEXANDRE JACQUES BOTTAN**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.763,37**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de março de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR