

PROCESSO - A. I. N° 206905.0006/08-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ALEXANDRE JACQUES BOTTAN
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5^a JJF n° 0035-05/10
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
INTERNET - 18/03/2011

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0038-12/2011

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. REMESSA DE PRODUTO AGROPECUÁRIO PARA ESTABELECIMENTO 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 5^a JJF, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF, que julgou Parcialmente Procedente a exigência fiscal contida em duas das quatro infrações.

O lançamento de ofício foi lavrado em 30/06/2008, para exigir o ICMS no valor de R\$1.957.719,94, acrescido da multa de 60%, em decorrência de quatro infrações, entretanto, apenas as infrações 1 e 3 são objeto do presente Recurso de Ofício, já que a infração 2 foi reconhecida pelo autuado e a 4 foi mantida pela JJF. Desse modo, relaciono abaixo apenas as infrações 1 e 3:

Infração 01: 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%).

Infração 03: Operação com mercadorias tributadas, caracterizada como não tributada. (Valor histórico: R\$11.287,74; percentual da multa aplicada: 60%).

A 5^a JJF entendeu, por unanimidade, julgar o Auto de Infração parcialmente procedente reduzindo a exigência fiscal para o valor de R\$ 1.763,37 com base nas considerações a seguir transcritas, a partir do voto proferido pela ilustre relatora de Primeira Instância em que considera elidida a infração 3, procedentes as infrações 2 e 4 e nula 1, *in verbis*.

“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 para 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 I 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 de algodão em capulho para beneficiamento, e acatado parcialmente as razões de defesa, entendo que o contribuinte tem 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 algodoeras beneficiadoras, para o produto remetido pelo autuado, inclusive o da Algodoreira 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 exigi-los 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 ultimo 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 alealdade 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 lançamento, o que gera a sua 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.

(...)

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.

(...)

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração".

Em razão da sucumbência da Fazenda Pública Estadual, derivada do julgamento de Primeira Instância, a rigor di art. 169, I do RPAF/Ba, a 5^a JJF recorreu de ofício da Decisão por ela proferida.

VOTO

O presente Recurso, interposto de ofício pelos julgadores da 5^a JJF deste CONSEF, tem por objeto reapreciar do Acórdão de nº 0035-05/10 que impõe sucumbência da fazenda pública estadual em ralação às infrações 1 e 3, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA.

A Decisão submetida à revisão desta Câmara de Julgamento Fiscal não merece reforma, senão vejamos.

Auto de Infração, lavrado em 30/06/2008, exige ICMS que monta em R\$1.957.719,94, entretanto, a 5ª JJF decide por exonerar o contribuinte de parte do quanto lhe é exigido, reduzindo a exigência fiscal para R\$1.763.37.

A infração 1, aquela de maior exigência fiscal, exige ICMS em razão de remessa de produto agropecuário para estabelecimento beneficiador, neste Estado, sem o devido retorno.

O levantamento fiscal se fundamenta na quantidade de algodão em capulho remetida para as empresas beneficiadoras, e nas quantidades de algodão em pluma, caroço de algodão e resíduos ou impurezas derivados do respectivo beneficiamento.

O contribuinte, em duas oportunidades, aponta equívocos no levantamento fiscal, 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, o que enseja a revisão do levantamento inicial por parte do autuante que, por sua vez, redundou em substancial redução do *quantum* inicialmente exigido.

Entendo que assiste razão à ilustre julgadora de primo grau quando, de maneira inquestionável, elencou 8 razões, abaixo transcritas, para afirmar que há insegurança na lavratura do Auto de Infração em questão.

“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 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, 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 Golmür 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.”

Entendo fartas e robustas as considerações da i. relatora de primeiro grau. É fato que o lançamento fiscal deve ser consistente o suficiente para que seja plenamente exigível, ou seja, o lançamento de ofício terá, obrigatoriamente, elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Nessa direção, é ofício do preposto fisco coletar as provas do cometimento da infração, de maneira a que fique clara a ocorrência do ilícito fiscal. Entendo, ainda, que a autuante, em última análise se valeu do instituto do arbitramento para lavrar o presente Auto de Infração, sem a atenção devida aos preceitos que regem a aplicação de tal instrumento para determinação da base de cálculo do imposto a ser exigido, logo, por todos os motivos trazidos acima, não pode prosperar uma acusação fiscal que se fundamente em meros indícios.

Assim, diante do fato de que não são conclusivas as informações trazidas pelo autuante na

demonstração da exigência fiscal, fundamentalmente pela falta de provas que a sustente, comungo do entendimento da julgadora de primeira instância de que esta infração 1 resultou de elementos que não são suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, a rigor do art. 18, IV, “a” do RPAF, o que torna nula a Infração em comento.

A infração 3 exige ICMS relativo à ocorrência de operação com mercadorias tributadas, caracterizada como não tributada. Consta que não existe indicação de destinatário na nota fiscal, bem assim, não existe indicação da data de emissão do documento fiscal.

O contribuinte diz que não é possível a cobrança do ICMS sobre a Nota Fiscal nº 1255, fl. 95, vez que o imposto é diferido, e que a infração apontada decorreu do preenchimento incorreto da nota fiscal. Faz juntar relatório fornecido pela Unibahia Sociedade Cooperativa, contra quem havia sido emitida a nota fiscal, para comprovar a entrega da mercadoria à mesma, com o propósito de confirmar o que alega. Aduz ainda, que, como a cooperativa é autorizada a operar no regime de diferimento, e que resta descharacteriza exigência de cobrança antecipada do imposto. De fato, os elementos presentes aos autos servem para corroborar o que diz o autuado, inclusive no que concerne ao fato de que o imposto da operação em discussão tem enquadramento no regime de diferimento.

Isto posto, me alinho ao entendimento da 5ª JJF. Está elidida a acusação fiscal em razão de o contribuinte haver comprovado que a mercadoria constante da nota fiscal 1255 destinou-se à Unibahia Sociedade Cooperativa, comprovando também o efetivo recebimento pelo destinatário, ou seja, houve a circulação da mercadoria, conforme documentos às fls. 497/499, logo, resta comprovado pelos documentos trazidos pelo contribuinte que não há imposto a ser exigido do na infração 3, até porque a operação aqui tratada, efetivamente, exige o recolhimento do ICMS por diferimento. Registre-se, por fim, que o próprio autuante reconhece que não há imposto a ser exigido relativamente à nota fiscal 1255.

Assim, diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto, para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206905.0006/08-6, lavrado contra **ALEXANDRE JACQUES BOTTAN**, devendo ser intimado o recorrido 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS