

PROCESSO - A. I. Nº 233081.0401/10-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e LICAFÉ COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE CAFÉ LTDA
RECORRIDOS - LICAFÉ COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE CAFÉ LTDA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0312-01/12
ORIGEM - INFAZ ITAMARAJÚ
INTERNET - 05/05/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0095-12/14

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS DE CAFÉ. Não existe prova nos autos de que a mercadoria teria sido destinada a industrialização. O art. 486 do RICMS/97, invocado pelo autuado, aplica-se é quando o café cru se destina a indústria de torrefação e moagem e de café solúvel, situação em que a base de cálculo do imposto é o valor da operação. Nas demais situações, nas operações interestaduais com café cru, a base de cálculo é a prevista nos arts. 484 e 485. Mantida a Decisão recorrida. 2. EXPORTAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. SAÍDAS DE MERCADORIAS COM O FIM EXPECÍFICO DE EXPORTAÇÃO. EXPORTAÇÃO INDIRETA. a) CRAVO-DA-ÍNDIA. FALTA DE CREDENCIAMENTO DO AUTUADO PARA EFETUAR EXPORTAÇÃO INDIRETA COMO REMETENTE-EXPORTADOR. Comprovada a exportação, da mercadoria (“Cravo-da-índia” X “Brazilian Cloves”) autuada. Em assim sendo, a falta de credenciamento do recorrente junto à SEFAZ não pode ser considerado fato motivador para a desconstituição da operação comercial realizada. Infração improcedente. b) PIMENTADO-REINO E CAFÉ. FALTA DE COMPROVAÇÃO DAS SAÍDAS DAS MERCADORIAS DO PAÍS. Estão provadas as exportações. As mercadorias exportadas são as mesmas que foram remetidas com o fim específico de exportação. Infração não caracterizada. Não acolhida a preliminar de nulidade da infração 1. Decisão por maioria. Recuso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida através do Acórdão nº 0312-01/12 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/BA, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/12/10, exige ICMS no valor de R\$1.323.782,79, pelo cometimento das seguintes irregularidades a norma tributária deste Estado:

Infração 01. Recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, relativamente a saídas de mercadorias com o fim específico de exportação (exportação indireta) mas que não foram exportadas, tendo sido utilizado indevidamente como base de cálculo o valor

destacado no documento fiscal de transferência, sendo lançado imposto no valor de R\$ 68.593,04, com multa de 60%;

Infração 02. Falta de recolhimento de ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, relativamente a saídas de mercadorias com o fim específico de exportação (exportação indireta), sem credenciamento autorizado para o contribuinte operar como remetente exportador, sendo lançado imposto no valor de R\$ 189.788,88, com multa de 60%;

Infração 03. Falta de recolhimento de ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, relativamente a remessas de café e pimenta-do-reino para estabelecimento da mesma empresa em outro Estado com o fim específico de exportação (exportação indireta), com não incidência do imposto, sem comprovação das saídas das mercadorias do país nas informações prestadas pelo destinatário exportador, sendo lançado imposto no valor de R\$ 1.065.400,87, com multa de 60%.

Após análise e saneamento dos autos, a 1ª JF prola a seguinte Decisão a respeito das infrações ora em análise:

[...]

Este Auto de Infração compreende três lançamentos. O 1º cuida de recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, relativamente a saídas de mercadorias com o fim específico de exportação (exportação indireta) mas que não foram exportadas, tendo sido utilizado indevidamente como base de cálculo o valor destacado no documento fiscal de transferência.

O autuado alega que a base de cálculo adotada pelo autuante, em função de pauta fiscal, está equivocada, porque as mercadorias teriam sido destinadas a industrialização, e não a exportação, e por isso a base de cálculo seria o valor da operação, de acordo com o art. 486 do RICMS/97.

Tendo em vista que na descrição do fato, no Auto, não consta qual o critério adotado pela fiscalização e não consta em que dispositivo legal ou regulamentar se baseou, houve uma diligência em que foi solicitado que o autuante prestasse esclarecimentos quanto ao critério adotado na determinação da base de cálculo desse item 1º e indicasse os dispositivos regulamentares que lhe dão embasamento. Em cumprimento à diligência, o autuante revelou que foi aplicada a base de cálculo estabelecida nos arts. 484 e 485 do RICMS/97. Observou que no anexo “Memória de Cálculo da Pauta Fiscal – Café” está demonstrado o valor da pauta fiscal utilizada, tendo feito conversão da cotação (pauta) em dólar americano para reais conforme o § 1º do art. 484.

Houve diligências dando oportunidade para que o contribuinte fizesse prova de que a totalidade das mercadorias foi destinada a industrialização. Como prova, o contribuinte anexou os instrumentos às fls. 3210/3243 e 3245/3270. Trata-se de cópias do Registro de Entradas e do Registro de Saídas do estabelecimento da matriz, no Espírito Santo. Com os livros de entrada, o autuado pretende provar que as mercadorias objeto do item 1º não foram exportadas, tendo retornado para o estabelecimento baiano, e com os livros de saída, que as mercadorias constantes nas Notas Fiscais objeto da autuação foram efetivamente destinadas a industrialização, de modo que a base de cálculo seria a que foi adotada pela empresa, o valor da operação, conforme prevê o art. 486 do RICMS/97, e não o da pauta fiscal, atribuído pelo autuante.

As provas apresentadas pelo autuado são insuficientes. Cópias do Registro de Entradas e do Registro de Saídas não provam que as mercadorias foram remetidas para industrialização. De acordo com as Notas Fiscais às fls. 23/198, as mercadorias foram transferidas para exportação e depois foram emitidas Notas Fiscais substituindo as anteriores, tendo como natureza da operação “Transferência”.

O art. 486, invocado pelo autuado, aplica-se é quando o café cru se destina a indústria de torrefação e moagem e de café solúvel, situação em que a base de cálculo do imposto é o valor da operação.

Nas demais situações, nas operações interestaduais com café cru, a base de cálculo é a prevista nos arts. 484 e 485.

Mantenho o lançamento do item 1º.

Os outros lançamentos, itens 2º e 3º do Auto, dizem respeito à falta de recolhimento de ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, relativamente a saídas de mercadorias com o fim específico de exportação (exportação indireta), com a diferença de que, no item 2º, o contribuinte exportou mercadorias (cravo-da-índia) sem que tivesse credenciamento que o autorizasse a efetuar exportação indireta como remetente-exportador, ao passo que, no caso do item 3º, o autuado está credenciado para exportar café e pimenta-do-reino com não incidência do imposto, porém não teria havido comprovação das saídas das mercadorias do país nas informações prestadas pelo destinatário-exportador.

Foi determinada a realização de diligência a fim de que o autuante elaborasse quadros comparativos cotejando cada Nota Fiscal objeto das imputações dos itens 2º e 3º com os documentos de exportação acostados ao processo, recomendando-se que, em caso de apuração de divergência quanto à especificação do tipo de mercadoria e da quantidade da mercadoria, deveria indicar em que consiste a divergência para cada operação, em coluna específica.

A diligência foi cumprida: os quadros comparativos encontram-se às fls. 3079/3089 (item 2º - cravo-da-índia) e às fls. 3090/3110 e 3111/3152 (pimenta-do-reino e café conillon).

Com relação ao item 2º, o fiscal considera que a mercadoria exportada não é a mesma que foi transferida porque nas Notas Fiscais de transferência a mercadoria foi descrita como “Cravo-da índia”), e nos documentos de exportação o nome da mercadoria está em inglês com especificações relativas à safra: “Brazilian Cloves Bahia Esp 1, Safra 2005”, “Brazilian Cloves Type 1, Safra 2005/2006” ou “Brazilian Cloves Bahia NR. 1”.

O autuado contrapõe que o que o fiscal considera divergências constituem meras questões de nomenclaturas utilizadas nas exportações. Explica que nas Notas Fiscais de transferência é feita uma descrição menos detalhada da mercadoria transferida, porque nas transferências entre filial e matriz não há necessidade de especificar as mercadorias com maior precisão e não são utilizados termos específicos de exportação. Observa que “Cravo-da-índia” e “Brazilian Cloves” significam a mesma coisa.

Embora não haja dúvida que “Cravo-da-índia” e “Brazilian Cloves” sejam a mesma coisa, o que de fato importa neste caso é que o contribuinte efetuou exportações indiretas sem que tivesse credenciamento que o autorizasse a efetuar tais exportações como remetente-exportador. A defesa admite isso, e pede que seja aplicada apenas multa por descumprimento de obrigação acessória. Não considero que se trate de mero descumprimento de uma obrigação acessória. O credenciamento previsto no § 2º do art. 582 do RICMS/97 constitui um requisito para fruição do benefício da não incidência do imposto.

Mantenho por isso o lançamento do item 2º.

Já no caso do item 3º, a situação é diferente. Aqui não se trata de falta de credenciamento, como no item precedente. A autuação no item 3º decorreu do fato de que, no entender do autuante, as mercadorias exportadas (pimenta-do-reino e café conillon) não são as mesmas que foram transferidas. Foi determinada uma diligência para que o autuante elaborasse quadros comparativos cotejando cada Nota Fiscal de transferência com os documentos de exportação. Os quadros comparativos solicitados encontram-se às fls. 3090/3110 e 3111/3152. O fiscal autuante considera que as mercadorias exportadas não são as mesmas que foram transferidas porque nas Notas Fiscais de transferência as mercadorias foram descritas como “Pimenta-do-reino” e “Café conillon em grãos cru”, porém nos documentos de exportação os nomes das mercadorias estão em inglês com outras especificações. O autuado contrapõe que o que o fiscal considera divergências constituem meras questões de nomenclaturas utilizadas nas exportações. Explica que nas Notas Fiscais de transferência é feita uma descrição menos detalhada da mercadoria transferida porque nas transferências entre filial e matriz não há necessidade de especificar as mercadorias com maior precisão e não são utilizados termos específicos de exportação.

Noto que nas Notas Fiscais de transferência consta que as remessas dizem respeito a “pimenta-do-reino” e “café conillon em grãos cru”, e nos documentos de exportação, em vez de “pimenta-do-reino” consta “pimenta preta em grão tipo B1”, e em vez de “café conillon em grãos cru” consta “café cru não descafeinado em grão robusta-conillon”.

*Não se trata de “mercadorias diferentes”. Pimenta-do-reino é o mesmo que pimenta-preta. Com efeito, pimenta-do-reino é uma planta da família das Piperáceas, cujo nome científico é *Piper nigrum*, expressão que em tradução literal é justamente “pimenta preta” (“píper” significa pimenta, e “nigrum” significa negro, preto, preta). Em qualquer dicionário, pimenta-preta significa pimentado-reino.*

Quanto ao café, o fato de nas Notas Fiscais de transferência constar que o café é “em grãos cru” (ou seja, “in natura”) e nos documentos de exportação constar “café cru não descafeinado em grão” não significa que a mercadoria seja outra: pelo contrário, a expressão “não descafeinado” acrescida aos termos “café cru em grão” reforça que se trata de produto “in natura”.

Resta analisar o fato de nas Notas Fiscais de transferência constar café “conillon”, enquanto que nos documentos de exportação consta café “robusta-conillon”. Sobre esse aspecto, para proferir este voto tive de fazer uma pesquisa, que sintetizo assim:

*O café é uma planta da família das Rubiáceas, mais precisamente do gênero *Coffea*, sendo que das espécies de *Coffea* as mais importantes no âmbito comercial são:*

- a) a *Coffea* Arábica, compreendendo as variedades Mocha, Típica, Bourbon e Maragogype;*
- b) a *Coffea* Robusta, compreendendo as variedades Arabusta (cruzamento do café Arábica com o café Robusta) e o Cornillon (Robusta Cornillon);*
- c) a *Coffea* Libérica;*
- d) a *Coffea* Excelsa.*

*Existem outras espécies menos importantes no que diz respeito à rentabilidade e aceitação comercial: *Coffea Stenophylla*, *Coffea Mauritiana*, *Coffea Racemosa*, *Coffea Congensis*, *Coffea Dewevrei*, *Coffea Neo-arnoldiana*, *Coffea Abeokutoe* e *Coffea Dybowski*.*

Café conillon, ou café cornillon, ou café robusta-cornillon são a mesma coisa: conillon, cornillon ou robusta-cornillon são denominações sinônimas de uma mesma variedade da espécie Coffea Robusta.

Por conseguinte, não está caracterizada a infração imputada no item 3º deste Auto.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

A JJF recorreu de ofício Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

Inconformado com a Decisão prolatada, a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 3316/3373). A título de preliminar alega a inobservância do princípio da estrita legalidade.

Observa que no caso da infração 01, a fiscalização considerou que a base de cálculo seria a estabelecida por pauta fiscal e não o valor da operação, contrariando o art. 486 do RICMS. No que se refere à infração 02, argumenta que o entendimento do fisco é equivocado, pois a ausência de prévio credenciamento (somente concedida após as operações realizadas) da empresa para exportar cravo-da-índia constitui, tão somente, descumprimento de uma obrigação acessória.

Sustenta não está havendo observância do princípio da verdade material já que as infrações estão calcadas em presunções, inclusive não prevista em lei, não refletindo a realidade dos fatos.

Conclui a preliminar sustentando a nulidade dos lançamentos, com fundamento no art. 18 do RPAF, incisos II e IV, “a”, e no art. 41, II.

No mérito, alega falta de motivo da autuação, haja vista que no caso da infração 1, as mercadorias se destinaram a indústria. Assim, a base de cálculo é o valor da operação e não a pauta fiscal. Ressalta que apensou aos autos cópias dos livros Registros de Entradas e de Saídas do estabelecimento situado no Estado do Espírito Santos para comprovar o que ora alega. No caso da infração 2, restou comprovada a saída da mercadoria (cravo da índia) para o exterior (documentos anexados aos autos), sendo cabível apenas a imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória. Neste sentido traz diversos julgados deste CONSEF e Parecer GECOT/DITRI nº 06256/2010.

Pede a nulidade dos lançamentos, alegando inobservância do devido processo legal, por infringir a legalidade estrita e por não ter sido observada a verdade dos fatos ocorridos. No mérito, pede que se julgue o Auto de Infração improcedente pelas razões expostas.

Em manifestação (fls. 3379/3380) a PGE/PROFIS após análise das peças processuais, assim se manifesta: *Da análise da alegação recursal relativa a comprovação da exportação das mercadorias e a existência de Ato Declaratório de credenciamento posterior a realização da operação de exportação da mercadoria, é recomendável a remessa do processo para ASTEC, com vistas à verificação das seguintes questões: validade do Ato Declaratório de fl. 3.375; comprovação inequívoca da operação de exportação; cumprimento dos requisitos formais previstos para atividade exportadora, de acordo com o Capítulo XIV, Seção 1, art. 581 e seguintes, do RICMS/97. Após o que, os autos devem retomar para Parecer conclusivo.*

Esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal atendendo parcialmente ao pedido da PGE/Profis, encaminha os autos à ASTEC/CONSEF (fl. 3383) para que fiscal estranho analisasse toda a documentação apresentada (e outras que se fizessem necessárias) pelo recorrente em relação à infração 02 e emitisse Parecer técnico se as exportações autuadas relativas ao cravo da índia foram de fato realizadas.

Através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 104/2013, fiscal estranho ao feito, analisando os documentos acostados ao processo às fls. 1495/1780 constatou que a mercadoria cravo da Índia foi adquirida pelo autuado (Insc. Estadual 52.395.871) junto aos agricultores da região e transferida para a Matriz (Insc. Estadual 81.444.737), situada no Espírito Santo, com o fim de exportação.

Além do mais, consta do processo todo o procedimento para a exportação das mercadorias, através dos documentos anexados a cada nota fiscal, onde a empresa apresenta a nota fiscal de

aquisição, nota fiscal de transferência, bem como, nota fiscal de exportação com os respectivos Memorandos de Exportação e Registro de Exportação.

Concluiu seu Parecer informando: *Da análise dos documentos acostados ao processo às fls. 1.495 / 1.780, verifica-se que foi efetuada a exportação das mercadorias constantes dos Memorandos de Exportação e Registros de Exportação.*

O fiscal autuante tomou ciência do Parecer exarado, porém não se manifestou (fl. 3380).

O recorrente manifesta-se (fls. 3393/3395) entendendo que o Parecer exarado pela ASTEC/CONSEF confirmou a efetiva saída de cravo da Índia para o exterior (infração 2), hipótese em que é reconhecido o direito a não incidência do ICMS com base no artigo 582, §2º do RICMS/97. Portanto e conforme documentalmente provado, inexistente a cobrança de ICMS, fato, inclusive, evidenciado na Decisão da JJF. Além disto, a empresa buscou a obtenção do credenciamento a fim de operar como remetente/exportador de cravo da Índia.

No que se refere à infração 1, reitera suas alegações, afirmando restar comprovado através das documentações anexadas a este PAF (livros Registros de Entrada e de Saída das Mercadorias do estabelecimento da Matriz, no Espírito Santo) que a base de cálculo a ser considerada é o valor da operação e não a pauta fiscal, como considerou o fiscal autuante.

Entendendo não existir a exigência do imposto relativo às infrações 1 e 2, pugna pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

Em Parecer conclusivo, a PGE/PROFIS (fls. 3398/3400) assim se manifesta:

Da análise das razões expendidas no Recurso voluntário, consideram presentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão parcial do acórdão, ora recorrido.

Compulsando os autos, verifica-se à saciedade que o argumento do sujeito passivo relativo a comprovação da exportação das mercadorias está devidamente comprovado, em virtude do teor da diligência levada a efeito pela ASTEC, com respaldo nas provas materiais colacionadas, às fls. 1.495/1.780.

Cumprir esclarecer que, as provas materiais comprovam a exportação de mercadorias (cravo-da-Índia), sendo de caráter irrelevante a divergência de nomenclatura constatada nas notas fiscais de transferência. Efetivamente, “Cravo-da-Índia” e “Brazilian Cloves” significam a mesma coisa.

Na hipótese em tela, embora o contribuinte tenha efetivado exportações indiretas sem que tivesse credenciamento que o autorizasse a efetuar tais exportações como remetente-exportador, é cabível a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória.

Em consonância com os termos do Parecer GECOT nº 06256/2010, apesar do ato de credenciamento de exportação ter sido concedido pelo fisco, após a realização da operação de venda, o contribuinte poderá comprovar as operações de exportações efetuadas, não sendo cabível aplicação da multa por descumprimento de obrigação principal.

Opina pelo Provimento Parcial do Recurso interposto.

Em Despacho (fl. 3401) o n. Procurador Assistente em exercício da PGE/PROFIS, ratifica os termos do Parecer exarado.

VOTO

Passo a apreciar o Recurso Voluntário interposto.

O recorrente entende ser nulo o presente Auto de Infração tendo em vista a inobservância do princípio da estrita legalidade e da verdade material, já que em relação à infração 01, a fiscalização considerou que a base de cálculo seria a estabelecida por pauta fiscal, e não o valor da operação, contrariando o art. 486 do RICMS. No que se refere à infração 2, argumenta que o entendimento do fisco é equivocado, pois a ausência de prévio credenciamento (somente concedida após as operações realizadas) da empresa para exportar cravo-da-Índia constitui, tão somente, descumprimento de uma obrigação acessória.

Entendo equivocado o argumento inicial do recorrente e para o presente processo. Acaso a base de cálculo apresentada pelo autuante, no específico caso, estivesse equivocada em relação à

infração 1, este motivo poderia ser causa de saneamento por parte deste Colegiado. Caso não fosse possível sanear-lo, a infração somente poderia ser considerada improcedente e não nula. E, em relação à infração 2, a questão de entendimento sobre a legislação tributária posta. Assim não vejo causa para se alegar as determinações do art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA, nem, tampouco as determinações do art. 41 do nominado regulamento já que a empresa recebeu todas as cópias dos termos lavrados na ação fiscal, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante.

No mais, todas as determinações do art. 39, do RPAF/BA foram obedecidas, a empresa fartamente se defendeu, sendo obedecidos todos os princípios que regem o processo administrativo fiscal.

Isto posto, a infração 1 diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, relativo a saídas de mercadorias com o fim específico de exportação (exportação indireta), porém não exportadas, tendo sido utilizado indevidamente como base de cálculo o valor destacado no documento fiscal de transferência.

A mercadoria, objeto da autuação, foi o “café canillon cru”, conforme demonstrativo dos autos (fls. 13/22) e cópias notas fiscais às fls. 23/198.

O RICMS/97 é época dos fatos geradores assim determinava em relação à base de cálculo do imposto em relação ao café nas operações internas e interestaduais:

***Art. 484.** Nas operações interestaduais com café cru, a base de cálculo do ICMS a ser adotada para as saídas que ocorrerem de segunda-feira a domingo de cada semana é o valor resultante da média ponderada das exportações efetuadas do primeiro ao último dia útil da segunda semana imediatamente anterior, através dos portos de Santos, do Rio de Janeiro, de Vitória, de Varginha e de Paranaguá, relativamente aos cafés arábica e canillon (Conv. ICMS 15/90 e 78/90).*

§ 1º A conversão em moeda nacional do valor apurado com base neste artigo será efetuada mediante a utilização da taxa cambial para compra do dólar dos Estados Unidos do segundo dia imediatamente anterior, divulgada pelo Banco Central do Brasil no fechamento do câmbio livre.

§ 2º Em se tratando de café cru em coco, a base de cálculo é o valor previsto neste artigo à proporção de 3 sacas de 40 quilos de café cru em coco para 1 (uma) saca de 60 quilos de café cru em grão da melhor qualidade.

§ 3º Os valores de que cuida este artigo entendem-se como exatos e líquidos, vedado qualquer acréscimo, desconto ou redução.

***Art. 485.** A apuração do valor previsto no caput do artigo anterior será feita na seguinte forma, segundo protocolos firmados (Protocs. ICMS 7/90 e 22/90):*

***I** - compete à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo a responsabilidade de calcular e divulgar a base de cálculo referida no caput do artigo anterior;*

***II** - as unidades federadas deverão calcular e informar à Diretoria Executiva da Administração Tributária (DEAT-G) da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, até a terça-feira de cada semana, a média apurada;*

***III** - à vista das médias informadas, a Diretoria Executiva da Administração Tributária (DEAT-G) da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo deverá calcular e divulgar, até a quinta-feira de cada semana, a base de cálculo citada no caput do artigo anterior.*

***Art. 486.** Na operação que destine café cru a indústria de torrefação e moagem e de café solúvel situada nesta ou em outra unidade da Federação, a base de cálculo do imposto é o valor da operação, observado, quando for o caso, o disposto no art. 56 (Conv. ICMS 15/90, 78/90, 90/92 e 75/93).*

§ 1º Nas operações interestaduais, se ao café for dado destino diverso do indicado neste artigo, caberá à unidade da Federação de origem exigir a complementação do ICMS, calculada sobre a base de cálculo prevista no artigo anterior (Conv. ICMS 90/92).

§ 2º Quanto à operação prevista neste artigo, o remetente da mercadoria indicará, no documento fiscal, que o café se destina à industrialização.

Pela análise da legislação posta, não se pode falar, no específico caso, de “pauta fiscal”, pois o preço do café é o preço nacional a ele aplicado. Inclusive, com acordo pactuado pelos estados da Federação através de convênios.

No mais, analisando os documentos apensados aos autos, denota-se que todas as notas fiscais foram emitidas com o fito de exportação indireta que, posteriormente, foram substituídas por

outras de transferências (CFOP 6152 - Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros. Classificam-se neste código as mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros para industrialização, comercialização ou para utilização na prestação de serviços e que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento, transferidas para outro estabelecimento da mesma empresa). Nestes documentos fiscais constam indicados os DAE's de pagamento, inclusive DE's realizadas, recolhimentos estes considerados quando do levantamento fiscal realizado, já que tais recolhimentos tiveram como base para apuração do imposto o valor da operação consignada no documento fiscal.

Não havendo discordância, de qualquer parte, de que as operações não foram de exportação, a base de cálculo a ser considerada para apuração do imposto é aquela prevista no art. 484 e art. 485, do RICMS/97 já que as operações foram operações interestaduais (Bahia X Espírito Santo).

Para desconstituir a infração, o recorrente (e desde a sua inicial) aduz que tais transferências interestaduais foram realizadas com o intuito de industrialização, portanto, o valor da base de cálculo é o valor da operação. Para comprovar sua tese, apresenta cópia dos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas da empresa estabelecida no Espírito Santo (fls. 3210/3270).

Em primeiro, os livros apresentados não provam qualquer industrialização realizada pelo estabelecimento matriz da empresa. Em segundo, conforme cópias das Notas Fiscais às fls. 23/198, as mercadorias foram transferidas para exportação e, posteriormente, emitidas Notas Fiscais substituindo as anteriores, tendo como natureza da operação "Transferência". Em terceiro, conforme acima exposto, o art. 486, do RICMS/97 somente determina como base de cálculo do imposto o valor da operação, quando o café cru se destinar a indústria de torrefação e moagem e de café solúvel, fato não provado nos autos. Em quarto, e ainda conforme determinações legais, esta circunstância deve ser indicada no corpo da nota fiscal da operação de remessa para industrialização, fato que não consta nas notas fiscais autuadas.

Por tudo exposto, a infração 1 é mantida conforme Decisão da JJF.

Na infração 2 diz respeito a falta de recolhimento de ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, relativamente a saídas de mercadorias com o fim específico de exportação (exportação indireta), sem credenciamento autorizado para o contribuinte operar como remetente exportador.

O recorrente não nega, em qualquer momento, que à época dos fatos acontecidos não se encontrava credenciado para realizar estas operações de exportação indiretas. Porém alega que, de fato, as operações comerciais aconteceram. Traz aos autos inúmeros documentos para provar o quanto alega.

Buscando a verdade material, esta 2ª CJF, conjuntamente com a PGE/PROFIS, encaminhou os autos em diligência à fiscal estranho ao feito. Demonstra ele que consta no presente processo toda a comprovação da exportação da mercadoria, comprovação esta através dos documentos anexados a cada nota fiscal, onde a empresa apresenta a nota fiscal de aquisição, nota fiscal de transferência, bem como, nota fiscal de exportação com os respectivos Memorandos de Exportação e Registro de Exportação.

Restando claramente comprovada as exportações, resta tão somente uma posição sobre a Decisão do autuante e da JJF de que a empresa não poderia ter realizado tais exportações, já que não possuía credenciamento junto a esta SEFAZ para assim proceder.

De fato, o RICMS/97 previa o credenciamento do remetente da mercadoria para exportação indireta, conforme abaixo transcrevo as determinações legais quando da ocorrência dos fatos geradores:

Art. 581. *O ICMS não incide sobre a operação ou a prestação que destinem ao exterior mercadorias ou serviços (Lei Complementar nº 87/96).*

Parágrafo único. *A não-incidência alcança não apenas os produtos industrializados, mas também os produtos primários e os produtos industrializados semi-elaborados.*

Art. 582. *A não-incidência de que cuida o artigo anterior aplica-se, também, à saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação para o exterior, destinada a (Lei Complementar nº 87/96):*

I - ...

II - *outro estabelecimento da mesma empresa;*

III -

"§ 2º Nas remessas para exportação através de empresa comercial exportadora, inclusive "trading", ou de outro estabelecimento da mesma empresa, 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;

II - o destinatário, sendo situado neste Estado, além da declaração de que cuida o inciso anterior, fará declaração expressa de que assume, cumulativamente:

1 - a responsabilidade solidária pelo recolhimento dos débitos fiscais devidos pelo remetente, se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 591;

2 - a obrigação de comprovar, em relação a cada estabelecimento fabricante ou remetente, que as mercadorias foram efetivamente exportadas nos prazos de que cuida o art. 591."

E todo esta cautela do Estado tem o fito de não permitir, através de operações fictícias, evasão de sua receita. Entretanto, em um processo administrativo fiscal, a verdade material deve prevalecer. Além do mais, para o deslinde da lide administrativa, a solução a ser dada será aquela menos onerosa aos litígios tributários, conforme dispõe o art. 2º do RPAF/BA, *in verbis*:

Art. 2º 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.

§ 1º 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.

§ 2º Quando por mais de um modo se puder praticar o ato ou cumprir a exigência, preferir-se-á o menos oneroso para o requerente.

No caso, restou comprovado de que todas as mercadorias foram exportadas. Caso tal fato não fosse concretamente comprovado, o ônus desta falta de comprovação seria do recorrente, já que realizou operações comerciais com a não incidência do imposto sem atentar para as determinações legais postas. Porém no caso, restou, através de diligência, comprovado a operação comercial de exportação de toda a mercadoria, não cabendo, portanto, o pagamento do ICMS.

E, em consequência, a falta de credenciamento do recorrente para realizar exportação indireta não pode suplantar o fato concreto acontecido.

Em assim sendo, alinho-me ao posicionamento firmado na consulta respondida pela SAT/DITRI no Parecer nº 06256 de 15/04/2010, cuja resposta transcrevo para melhor esclarecer o assunto:

[...]

O Art. 582 em seu § 2º do RICMS estatui que "para remessas de mercadorias para o exterior através de empresa comercial exportadora, inclusive "trading", ou de outro estabelecimento da mesma empresa, o remetente solicitará credenciamento ao titular da inspetoria fazendária do seu domicílio fiscal, identificando os destinatários e declarando que as mercadorias não sofrerão no estabelecimento exportador nenhum processo de beneficiamento ou industrialização, salvo reacondicionamento para embarque".

Apesar da exigência formal, a consulente diz ter realizado a exportação antes da concessão do credenciamento.

Nesta hipótese entendemos que o contribuinte deverá comprovar a efetiva ocorrência da exportação realizada, inclusive com a demonstração inequívoca da operação e o cumprimento dos outros requisitos formais previstos para a sua atividade exportadora de acordo com o Capítulo XLV, Seção I, Artigo 581 e seguintes do RICMS/97.

Entendemos portanto, que as respostas às questões postas são as seguintes:

- 1- É possível fazer a comprovação da operação? Sim. É possível fazer a comprovação de operações de exportação efetuadas antes da obtenção do credenciamento.
- 2- Pode ser feita uma declaração para o fisco demonstrando que a operação foi realizada antes da obtenção do credenciamento mas posteriormente ser comprovada? Sim. Devendo ser observado, como afirmado anteriormente, a legislação em vigor.
- 3- Existe alguma penalidade fiscal e qual embasamento legal? Entendemos que não houve infração de caráter material.

É o Parecer

Parecerista: HELCONIO DE SOUZA ANDRADE

GECOT/Gerente: 22/04/2010 – ELIETE TELES DE JESUS SOUZA

DITRI/Diretor: 22/04/2010 - JORGE LUIZ SANTOS GONZAGA

Por tudo exposto, voto pela improcedência da infração 2 do presente processo dando provimento ao Recurso interposto.

O Recurso de Ofício diz respeito à infração 3, cuja acusação é a falta de recolhimento de ICMS em razão do recorrente ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, relativamente a remessas de café e pimenta-do-reino para estabelecimento da mesma empresa em outro Estado com o fim específico de exportação (exportação indireta), com não incidência do imposto, sem comprovação das saídas das mercadorias do país nas informações prestadas pelo destinatário exportador.

Tratam de exportações de pimenta-do-reino e café conillon que o autuante entendeu não serem as mesmas mercadorias daquelas que comprovadamente foram exportadas, já que a denominação consignada nas notas fiscais de transferências não são as mesmas das consignadas nos documentos de exportação.

Ao analisar as notas fiscais de transferência a JJF constatou que nelas constam remessas de “pimenta-do-reino” e “café conillon” em grãos cru”, e nos documentos de exportação, em vez de “pimenta-do-reino” consta “pimenta preta em grão tipo B1”, e em vez de “café conillon” em grãos cru” consta “café cru não descafeinado em grão robusta-conillon”.

Em assim sendo, analisou detalhadamente as duas mercadorias, conforme relatado no relatório do presente Acórdão, chegando à conclusão de que “pimenta-do-reino” e “café conillon” consignados nos documentos de transferências são as mesmas mercadorias dos documentos de exportação.

Após tomar conhecimento de toda a análise realizada pela JJF, somente com ela posso me alinhar.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário interposto para decretar a improcedência da infração 2 e manter a Decisão recorrida em relação à infração 1. Quanto ao Recurso de Ofício, voto pelo seu NÃO PROVIMENTO.

VOTO DIVERGENTE (Infração 1 – Pauta Fiscal)

Peço vênha par discordar da nobre Relatora no que tange à infração 1, especificamente no que concerne à possibilidade de aplicação da “pauta fiscal” como referencia de valor para apuração de ICMS.

Por primeiro, a pedido do n. Presidente desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, devo mencionar que os fundamentos legais da autuação estão presentes na legislação específica do Estado da Bahia, fato que restrito o universo jurídico à legislação do Estado da Bahia, a sorte do lançamento fiscal em apreço seria a do voto da n. Relatora, qual seja a da manutenção da exigência fiscal como lançada inicialmente.

Feitas essas primeiras considerações, entendo que o universo jurídico que envolve o CONSEF, Tribunal de julgamento na esfera administrativa, é maior, devendo observar a legislação e a jurisprudência que extrapolam a legislação do ICMS da Bahia e as decisões deste Conselho, haja

vista que legislações que se confrontam em mesmo nível hierárquico devem ser pacificadas e uniformizadas, bem como a legislação que afronta a outra hierarquicamente superior deve ser modificada para que se alinhe à norma de maior poder.

A mesma linha de raciocínio há que ser aplicada à jurisprudência. Ainda que não tenha poder vinculante (a menos que seja específica ou que derive de súmula vinculante), a jurisprudência, sobretudo aquela refletida em Súmulas, especialmente do STJ e do STF, no meu entender, podem e devem ser adotadas como referência nos julgamentos administrativos, pois, refletem a posição do judiciário e, se assim o fazem, contrariar as referidas súmulas, conduzem à imposição de custos adicionais ao Estado quando levam ou permitem que seja levada a querela à esfera do judiciário, mesmo sabendo de uma posição jurídica assentada sobre determinado assunto, devidamente sumulada.

Exposta a posição deste julgador, passo à divergência.

Pesa sobre o Sujeito Passivo a acusação de haver procedido ao recolhimento de ICMS a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, relativamente a saídas de mercadorias com o fim específico de exportação sem a devida comprovação, valendo consignar que a apuração da base de cálculo do imposto foi feita com base em valores obtidos em “*pauta fiscal*”, também merecendo registro que as operações em questão têm documentos fiscais devidamente preenchidos, inclusive, por óbvio, com os valores das operações.

Pois bem, a matéria afeita à aplicação da “*pauta fiscal*” para apuração de ICMS, já tem entendimento pacificado no STJ através da Súmula 431 cujo texto é contundente e livre de qualquer possibilidade de inteligência dúbia, como segue:

SÚMULA: 431 - É ILEGAL A COBRANÇA DE ICMS COM BASE NO VALOR DA MERCADORIA SUBMETIDO AO REGIME DE PAUTA FISCAL.

Dito o texto da Súmula, há que se trazer à colação trechos de decisões que servem a fundamentar e respaldar o quanto expresso no texto sumular, como segue:

As pautas fiscais são listas correspondentes a preços normalmente praticados no mercado, muito utilizadas na tributação pelo ICMS, e que implicam a adoção, dos valores nelas previstos como base de cálculo do tributo a ser recolhido.

Ao dispor que, para fins de tributação, determinada mercadoria "vale tanto", elas, à primeira vista, caracterizam regra dispositiva de presunção absoluta ou, se incompatíveis com os valores que provavelmente essas mercadorias teriam, de ficção jurídica.

Como são fixadas de forma absoluta, representam meio arbitrário utilizado para quantificar obrigações tributárias, pois desprezam a riqueza manifestada no fato jurídico. Daí não se admitir sua utilização, que só deve ser aceita quando inviável a prova direta de quantificação da base de cálculo do tributo, nos casos que ensejam arbitramento, a teor do art. 148 do CTN¹⁶.

Ademais, a base de cálculo do imposto (LC nº 87/1996, art. 13 e incisos), via de regra, e dependendo do caso, é o valor da operação, do serviço, ou da mercadoria, matéria fática que não pode ser olvidada pela Administração tributária, sob pena de violar o princípio da legalidade.

[...] É inadmissível a fixação da base de cálculo de ICMS com supedâneo em pautas de preços ou valores, as chamadas pautas fiscais, as quais se baseiam em valores fixados prévia e aleatoriamente para a apuração da base de cálculo do tributo, consoante entendimento pacífico desta Corte. [...]. (RMS 25605/SE, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJe 21.5.2008)

[...] Assentamento consolidado na jurisprudência da 1ª Seção do STJ de que é impossível segundo as regras do ordenamento jurídico tributário, erigir-se pautas fiscais, pautas de preços ou de valores fixados mediante Portaria do Fisco como contendo elementos materiais determinantes da base de cálculo do ICMS. A base de cálculo do ICMS há de ser, em face de força do princípio da legalidade, o valor da operação de que decorrer na saída da mercadoria. [...]. (RMS 23502/SE, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ 19.4.2007)

[...] 2. Consoante as regras do sistema tributário, interdita-se a cobrança do ICMS com, base nos valores previstos em pauta fiscal, porquanto o art. 148 do Código Tributário Nacional é arguível para a fixação da base de cálculo do tributo quando, certa a ocorrência do fato gerador, o valor do bem, direito ou serviço registrado pelo contribuinte não mereça fé, restando à Fazenda, neste caso, autorizada a arbitrá-lo. 3. [...] Consoante é cediço na doutrina, "conforme lição de Rubens Gomes de Souza, "a pauta fiscal substitui-se à prova, e dá como provado o que trataria de provar. Neste ponto é que surge, ou pode surgir, a diferença (a tênue diferença de que

fala Pugliatti) entre a pauta fiscal como presunção e a pauta fiscal como ficção. Assim, se a pauta fiscal diz que tal mercadoria vale 1000 e isso é sabidamente certo, ou pode ser provado certo, trata-se de presunção; ao contrário, se o que a pauta diz é sabidamente falso, é de ficção que se trata. Revelando-se a pauta fiscal ficta em presunção absoluta, esta não se aplica ao direito tributário 'ou, pelo menos, à determinação dos elementos definidores das obrigações por ele reguladas, entre os quais, com vimos, está a base de cálculo'". [...]. (RMS 16810/PA, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 23.1.2006)

[...] 1. Segundo orientação pacificada neste Corte, é indevida a cobrança do ICMS base em regime de pauta fiscal. 2. O art. 148 do CTN somente pode ser invocado para a determinação da base de cálculo do tributo quando, certa a ocorrência do fato impositivo, o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos registrados pelo contribuinte não mereçam fé, ficando a Fazenda Pública, nesse caso, autorizada a proceder ao arbitramento mediante processo administrativo-fiscal regular, assegurados o contraditório e a ampla defesa. 3. Ao final do procedimento previsto no art. 148 do CTN, nada impede que a administração fazendária conclua pela veracidade dos documentos fiscais do contribuinte e adote os valores ali consignados como base de cálculo para a incidência do tributo. Do contrário, caso se entenda pela inidoneidade dos documentos, a autoridade fiscal irá arbitrar, com base em parâmetros fixados na legislação tributária, o valor a ser considerado para efeito de tributação. [...] 4. Não há que se confundir a pauta fiscal com o arbitramento de valores previsto no art. 148 do CTN, que é modalidade de lançamento. Também não se pode confundi-la com o regime de valor agregado estabelecido no art. 8º da LC nº 87/96, que técnica adotada para a fixação da base de cálculo do ICMS na sistemática de substituição tributária progressiva, levando em consideração dados concretos de cada caso. Já a fiscal é valor fixado prévia e aleatoriamente para a apuração da base de cálculo do tributo. [...]]. (RMS I 8677/MT, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 20.6.2005).

[...] 5. Está consolidado na jurisprudência da 1ª Seção, desta Corte Superior, que é impossível, segundo as regras do ordenamento jurídico tributário, prestigiar-se a cobrança ICMS com base no valor da mercadoria apurado em pauta fiscal. O princípio da legalidade tributária há de atuar, de modo cogente, sem qualquer distorção, no relacionamento fisco-contribuinte. 6. Não merece guarida o argumento da agravante de que o teor do art. 148 do CTN, confere legalidade ao arbitramento da base de cálculo do ICMS, eis que, in casu, não se discutiu, em momento algum, a idoneidade dos documentos e a veracidade declarações prestadas pelo contribuinte. 7. "O art. 148, do CTN, somente pode ser invocado para estabelecimento de bases de cálculo, que levam ao cálculo do tributo devido, quando a ocorrência dos fatos geradores é comprovada, mas o valor ou preço de bens, direitos serviços ou atos jurídicos registrados pelo contribuinte não mereçam fé, ficando a Fazenda Pública autorizada a arbitrar o preço, dentro de processo regular. A invocação desse dispositivo somente é cabível, como magistralmente comenta Aliomar Baleeiro, quando o sujeito passivo for omissor, reticente ou mendaz em relação a valor ou preço de bens, direitos, serviços: "... Do mesmo modo, ao prestar informações, o terceiro, por displicência, comodismo, conluio, desejo de não desgostar o contribuinte, etc., às vezes deserta da verdade ou da exatidão. Nesses casos, a autoridade está autorizada legitimamente a abandonar os dados da declaração, sejam do primeiro, sejam do segundo e arbitrar o valor ou preço, louvando-se em elementos idôneos de que dispuser, dentro do razoável" (Misabel Abreu Machado Derzi, in Comentários ao Código Tributário Nacional, Ed. Forense, 3. Ed., 1998). [...] (AgRg no Ag 477831/MG, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ 31.3.2003) [...] ICMS. Base de cálculo. Sua fixação através de pautas de preços ou valores. Inadmissibilidade. Em face do nosso direito [...], é inadmissível a fixação da base de cálculo do ICMS com apoio em pautas de preços ou valores (pautas fiscais), porquanto aquela (base de cálculo do tributo) é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria. A pauta de valores só se admite nos casos previstos no art. 148 do CTN, em que, mediante processo regular, seja arbitrada a base de cálculo, quando inidôneos os documentos e declarações prestadas pelo contribuinte, O direito tributário repugna a adoção de base de cálculo que esteja dissociada do efetivo valor econômico do fenômeno tributário. [...] (EREsp 33808/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Seção, DJ 20.10.1997)

Nessa mesma esteira, e avançando na análise da matéria, sobretudo porque há nos autos as provas de que para as operações que deram azo à autuação existem documentos fiscais que as acobertam, permito-me transcrever voto divergente da minha lavra, exarado nos autos do PAF nº 279459.0007/11-8, e que se encaixam perfeitamente ao caso dos autos, como segue:

"(...)

Derredor dessa matéria, há que se trazer à lume diversos julgados em tribunais superiores e até mesmo neste Conselho de Fazenda (neste último a matéria não é pacificada). O fato é que a aplicação da Pauta Fiscal motivou o STJ, a partir de diversos julgados, a editar a Súmula 431 do Superior Tribunal de Justiça, cuja dicção é a seguinte:

"Súmula 431 do STJ - É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal".

À luz de redação tão clara e de extremada objetividade, outra conclusão não se pode chegar, senão a de que a aplicação da Pauta Fiscal na composição da base de cálculo do ICMS é absolutamente ilegal, sem contar com o fato de que o uso da referida Pauta Fiscal, apenas disfarça um indiscutível arbitramento, o que também se

impõe ilegal na medida em que tal ferramenta requer condições e circunstâncias muito específicas que, não atendidas, atentam contra o princípio da legalidade, o contraditório e à ampla defesa.

Ampliando a discussão, merece registro que a base de cálculo do imposto (LC nº 87/1996, art. 13 e incisos), na maioria das vezes, e a depender do caso, é o valor da operação, do serviço, ou da mercadoria, matéria fática que não pode ser olvidada pela Administração Tributária, sob pena de violar o princípio da legalidade. Nessa esteira, convém assinalar que todas as decisões que serviram de paradigma para o mandamento sumular, passam pela interpretação do art. 148 do CTN, que assim dispõe:

"Art. 148 - Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial."(grifo nosso)

A norma em comento determina que o arbitramento do valor do bem só pode ser feito por autoridade lançadora somente quando haja suspeitas de que os documentos e esclarecimentos dados pelos contribuintes sejam inidôneos ou faltem em credibilidade. Contudo, tal arbitramento da base de cálculo se dará mediante processo regular, ou seja, deve a autoridade fiscal instaurar procedimento fiscal pertinente para: i) provar que a documentação fiscal é inexata e, ii) estabelecer o valor econômico correspondente à base de cálculo.

(...)

Voltando o olhar ao texto do RICMS que cuida de "Pauta fiscal", conclui-se que a aplicação de tal instrumento requer condições prévias, além de operações específicas, ou seja, a legislação determina que para as operações passíveis de aplicação de Pauta Fiscal, as mercadorias envolvidas, com relação ao seu preço, devem, especificamente, ter preço declarado pelo contribuinte inferior ao de mercado ou quando for difícil a apuração do valor real da operação ou prestação, conforme comando do art. 73, caput, do RICMS, para dizer o menos".

Pelo exposto, voto no sentido de dar PROVIMENTO ao apelo recursal para tornar NULA a infração 1 e julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração em apreço.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria em relação à preliminar de nulidade da infração 1, com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade quanto ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 233081.0401/10-1, lavrado contra **LICAFÉ COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE CAFÉ LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$68.593,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de nulidade da infração 1) - Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de nulidade da infração 1) - Conselheiros: José Antonio Marques Ribeiro, Daniel Ribeiro Silva e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões CONSEF, 09 de abril de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO - VOTO DIVERGENTE
(Preliminar de nulidade da infração 1)

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS