

PROCESSO - A. I. Nº 299689.0001/12-2
RECORRENTE - ROBERTO BARTOLOZZO (FAZENDA DIAMANTINA I)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0231-05/14
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
INTERNET - 06/10/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0250-11/15

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. Infração mantida, não impugnada pelo autuado. 2. SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA. a) REMESSA SEM O RETORNO DE ALGODÃO EM PLUMA. Não confirmado o retorno simbólico. Infração mantida. b) REMESSA PARA ESTABELECIMENTO BENEFICIADOR SEM A COMPROVAÇÃO DO RETORNO. O contribuinte apresenta apenas documentos sem valor fiscal, não havendo, portanto, materialidade para a comprovação do retorno das mercadorias, alvo da presente infração. Infração mantida. 3. OPERAÇÕES SUJEITAS AO REGIME DE DIFERIMENTO. SAÍDAS DESTINADAS À CONTRIBUINTE NÃO HABILITADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Confirmada a falta de habilitação do adquirente para operar no diferimento. Afastadas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Temos sob apreciação Recurso Voluntário contra a decisão da 3ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 28/02/2014, reclamando ICMS e multas no valor total de R\$136.170,16, pelo cometimento de 05 infrações, a seguir descritas:

INFRAÇÃO 1 - Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo em operação de saída de caroço de algodão não destinado a alimentação animal ou fabricação de ração. Valor Histórico de R\$5.013,61. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente(s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios em Remessa de algodão em pluma para armazenagem em 02/08/2008 com ICMS suspenso sem que tenha retornado ao remetente, o que implica em saída definitiva sem documentação fiscal própria e com incidência do imposto. Valor Histórico de R\$96.526,18. Multa de 70%.

INFRAÇÃO 3 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor Histórico de R\$26.518,36. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 - Deixou de recolher ICMS em razão de remessa de produto (s) agropecuário (s) para estabelecimento beneficiador, neste estado, sem o devido retorno em Remessa de caroço de algodão para beneficiamento no ano de 2008, com ICMS suspenso, sem que tenha retornado ao remetente, o que implica saída definitiva com incidência do imposto. Valor Histórico de R\$6.802,89. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 5 - Deixou de recolher ICMS em razão de remessa de produto (s) agropecuário (s) para estabelecimento beneficiador, neste estado, sem o devido retorno em Remessa de semente de algodão para tratamento em 10/12/2008, com ICMS suspenso, sem que tenha retornado ao remetente, o que implica em saída definitiva com incidência do imposto. Valor Histórico de R\$1.309,12. Multa de 60%.

Houve apresentação de Defesa às fls. 127 a 131 alegando a improcedência das infrações 2, 3, 4 e 5, bem como a respectiva Informação Fiscal pugnando pela manutenção do lançamento original.

Regularmente instruído, a 5ª JJF julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe com base nos seguintes argumentos, *in verbis*:

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla 5 infrações por descumprimento de obrigação principal, já devidamente relatadas. Ficou demonstrado, com o Parecer do Assistente do CONSEF, ratificado por seu Presidente, que a defesa apresentada pelo impugnante é tempestiva, visto que foi postada nos correios dentro do prazo de 30 dias previsto no RPAF/BA.

Cabe, preliminarmente, observar que o sujeito passivo não impugnou a infração 1, em relação à qual, tendo em vista que foi imputada em consonância com o devido processo legal, cabe a manutenção da mesma.

No que tange a infração 2, o sujeito passivo alega, com relação ao armazém geral Thom e Cia Ltda., que identificou em seus arquivos e controles a permanência das mercadorias em depósito. Ocorre que tal alegação não foi acompanhada da documentação fiscal ou qualquer elemento material que prove as suas alegações.

Verifico caber acolhimento às considerações alinhadas pelo autuante, quando afirma que: "...entre a data de envio destas mercadorias, 07/2008, e a data da defesa, 02/04/2012, existe um lapso de quase quatro anos e que os armazéns gerais emitem comprovantes de depósito além dos demais documentos fiscais, esta contestação não tem como prosperar nem ser objeto de diligência, tratando apenas de tentativa de postergação do julgamento da lide. Em tempo, estes armazéns gerais que estocam algodão são todos estabelecimentos a céu aberto e, embora o produto esteja sempre devidamente enlonado, a deteriorização seria considerável".

O sujeito passivo, no que diz respeito às operações com a Multigrain anexa a Nota Fiscal nº 22, anexo III A da defesa, indica retorno simbólico da mercadoria. No presente caso, apesar da aludida nota de retorno simbólico, em alinhamento com as afirmações do autuante, não fica demonstrado qual o efetivo destino dado pelas correspondentes notas de entrega por contra e ordem por parte do depósito e de venda pelo autuado. Em outro dizer realmente não se comprova o destino físico da mercadoria, pois a nota fiscal de retorno simbólico significa que houve a saída de mercadorias para terceiros, não demonstrada nos autos.

Assim, não cabe acolhimento a legitimidade da operação de retorno da mercadoria, observando que o autuado foi cientificado da informação fiscal que alinha a mesma razão para não acolhimento da arguição defensiva (fls. 184), e não mais se manifestou nos autos.

Assim, cabe manter integralmente a infração 2.

Quanto à infração 3, o sujeito passivo alega que, em relação às operações com a Algodoreira Ouro Branco Ltda., houve equívoco quanto a informação de que não havia habilitação, contudo fica claro no histórico de habilitação de deferimento da aludida algodoreira, constante às fls. 31 dos autos, a data de início da habilitação em 17/04/2009, e não a baixa, demonstrando que efetivamente não havia à época dos fatos geradores habilitação para operar com o deferimento.

Diante do exposto, fica mantida a infração 3.

No que é pertinente a infração 4, verifico que, conforme acolhe o autuante, o sujeito passivo anexa as notas fiscais, de acordo com planilha indicada na defesa, que comprovam o retorno das mercadorias, alvo da presente exigência fiscal.

Diante do exposto, considero improcedente a infração 4.

Em relação à infração 5, assim como observa o autuante, verifico que o contribuinte apresenta apenas documentos sem valor fiscal, não havendo, portanto, materialidade para a comprovação do retorno das mercadorias, alvo da presente infração.

Fica, por conseguinte, mantida a infração 5.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, tendo em vista a improcedência da infração 4. Assim, o montante do débito fica com a seguinte configuração:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADOR	MULTA
01	PROCEDENTE	5.013,61	5.013,61	60%
02	PROCEDENTE	96.526,18	96.526,18	70%
03	PROCEDENTE	26.518,36	26.518,36	60%
04	IMPROCEDENTE	6.802,89	0,00	-----
05	PROCEDENTE	1.309,12	1.309,12	60%
TOTAL		136.170,16	129.367,27	

Irresignado com a decisão de Primeira Instância, a empresa interpõe Recurso Voluntário de fls. 240 a 246, requerendo a improcedência do Auto de Infração.

Seguidamente a um breve histórico das infrações e dos fatos vividos no presente PAF, inicia seu arrazoado alegando nulidade do Auto de Infração por ausência do termo de fiscalização.

Após transcrever os artigos 196 do CTN e 28 do RPAF/BA, assevera que na fiscalização tributária deve ser lavrado um Termo de Início de Fiscalização, contendo a indicação do dia e hora da lavratura, com assinatura do intimado, bem como ter definido o prazo para conclusão da

fiscalização.

Alega que o presente processo administrativo “*foi iniciado com o Auto de Infração e Termo de Encerramento de Fiscalização, em um único instrumento*”. Portanto, afirma que o presente feito encontra-se maculado desde a sua origem, uma vez que este instrumento é requisito formal e essencial e obrigatório do procedimento fiscalizatório, devendo ser declarado nulo este Auto de Infração.

No mérito, assegura que as infrações não ocorreram e a pena imposta é indevida e abusiva.

No que tange a infração 1, fala que ela não ocorreu “*haja vista que as operações enunciadas nos itens 4 e 5 do Anexo 1 do Auto de Infração, como anteriores a habilitação para operar com diferimento, são infundadas, uma vez que o contribuinte destinatário, a algodoeira Ouro Branco Ltda. (inscrição estadual nº 74.502.753 ...) encontrava-se devidamente habilitada para operar no regime em questão*”.

Afiança também que houve equívoco quanto à data constante da baixa do regime de diferimento, que ocorreu em 17/04/2009, “*não observando no cadastro do contribuinte destinatário a correta data de adesão ao referido regime*”.

Ressalta que apesar de constar no voto de primeira instância que não houve impugnação à infração 1, “*percebe-se nas fls. 127 que houve sim a impugnação desta citada infração. O que não houve foi a apreciação da impugnação apresentada em desfavor a infração 1, devendo esta ser analisada para ao final ser declarada improcedente*”.

Quanto à infração 3, argumenta que o não recolhimento do ICMS se deu porque não há incidência no imposto, pois, “*o envio do algodão para Thom & Cia Ltda (inscrição estadual nº 64.610.394) se deu para fins de beneficiamento, o que foi identificado nos arquivos e controles internos do Recorrente, bem como do contribuinte*”.

Em relação à Multigrain Armazés Gerais Ltda., assegura que houve retorno ou devolução da mercadoria em pluma.

Assim, conclui que a infração 3 é totalmente improcedente.

Em seguida, destaca que “*no Voto do Acórdão JJF nº 0231-05/14, a apreciação da impugnação feita nesta infração consta como análise da infração 2. E no texto do exame da infração 03 trata-se da infração 1. Assim requer seja apreciada toda a matéria de defesa apresentada, para fins de declarar insustentável o Auto de Infração, impugnado*”.

Já quanto à infração 5, diz que também deve ser declarada improcedente, pois houve retorno/devolução da remessa, conforme Anexo V da defesa, fl. 130.

Ao final de seu arrazoado, requer o conhecimento do recurso e o acolhimento da preliminar de nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, o julgamento da improcedência total do mesmo.

Em termos, os autos foram remetidos à PGE/PROFIS para exame.

No Parecer de fls. 253 a 255, a n. Procuradora Maria José Ramos Coelho, após um breve histórico das infrações e da irresignação tracejada, considera ausente argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão.

Afirma que as imputações fiscais estão claras, devidamente tipificadas e alicerçadas na legislação tributária estadual e atende todos os requisitos do art. 39 do RPAF/BA, tendo sido observado os princípios que regem o processo administrativo fiscal.

Fala que a preliminar de nulidade deve ser rechaçada, pois, o Recorrente recebeu, conforme consta na intimação às fls. 03 a 15, as cópias do Auto de Infração, demonstrativos fiscais, intimação para Apresentação de livros e documentos e informações fiscais.

Alega que a falta do Termo de Início de fiscalização não tem o condão de invalidar o presente lançamento, posto que, de acordo com o art. 26 do RPAF/99, considera-se iniciado o procedimento fiscal: i) no momento da apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento; ii)

da lavratura do Termo de Início de Fiscalização; iii) da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável para prestar esclarecimentos ou exibir documentos solicitados pela fiscalização.

Aponta que o autuado foi intimado em diversas oportunidades, conforme fls. 13 a 15, para que apresentasse à fiscalização notas fiscais e documentos referentes ao período de 2008 a 2011. Assim, entende que o contribuinte “foi avisado do início da ação fiscal” sendo a falta do Termo de Início de Fiscalização devidamente suprida pela “*Intimação para Apresentação de Livros e Documentos*”, razão que inexiste causa capaz de ensejar a nulidade da infração.

Quanto ao argumento de ausência de apreciação das questões levantadas contra a infração 01, afirma que tal alegação não merece acolhida, pois a JJF apreciou de modo exaustivo os argumentos tecidos pelo Sujeito Passivo em suas peças defensivas, conforme se depreende do acórdão vergastado.

No que toca ao mérito, assegura que o Recorrente não logrou êxito em apresentar provas materiais capazes de alterar as exigências fiscais, eis que, não colacionou aos autos notas fiscais e outros elementos materiais de comprovar a permanência das mercadorias em seu depósito, o destino físico das mercadorias, nem tampouco, o retorno das mesmas.

VOTO

Temos sob análise Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª JJF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lançado pelo suposto cometimento de 5 infrações.

Em suma, o Recorrente alega em seu arrazoado que o Auto de Infração é nulo por falta do Termo de Início de Fiscalização e Termo de Encerramento de Fiscalização, consoante previsão do artigo 28 do RPAF. No mérito, quanto à infração 1, diz que a mesma não ocorreu, ressaltando que a contra-argumentou em sede de defesa, ocorrendo, assim, mácula na decisão de piso por falta de sua devida apreciação. Já as infrações 3 e 5, assegura que as mesmas são improcedentes, pois, respectivamente, não haveria incidência do imposto (infração 3) e por ter sido comprovada o retorno e devolução das mercadorias (infração 5).

Assim, efetivamente, somente há irresignação quanto às infrações 1, 3 e 5.

Inicio ao exame das questões preliminares.

No que pertine a arguida falta do Termo de Início de Fiscalização, creio que a JJF andou bem em afastar tal nulidade, pois, consoante o artigo 26 do RPAF, considera-se iniciado o procedimento fiscal desde a intimação, por escrito, ao contribuinte, para prestar esclarecimentos ou exibir elementos solicitados pela fiscalização.

Por sua importância, transcrevo a norma em comento, *in litteris*:

Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;

II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;

IV - emissão de Auto de Infração ou de Notificação Fiscal.

V - revogado (grifo nosso)

Já quanto à assertiva de que o presente lançamento é nulo por falta de Termo de Encerramento de Fiscalização, a inteligência do artigo afasta a tese recursal por dispor que a emissão do Auto de Infração já constitui o Termo de Encerramento da Fiscalização, consoante se observa no art. 30 do RPAF, *in verbis*:

Art. 30. Quando o Auto de Infração for emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda, o Termo de Encerramento de Fiscalização e o Auto de Infração constituirão um instrumento único, devendo neste caso o autuante consignar no livro de ocorrências, se houver, a forma de

emissão do Auto de Infração, indicando o seu número, a data da lavratura, o período fiscalizado e o valor do débito apurado.

Ademais, não há cabimento propalar que a falta de Termo de Enceramento de outro procedimento fiscal, de outra ordem de serviço, tem o condão de anular o presente rito fiscal que se desdobrou neste lançamento. Tratam-se de dois procedimentos autônomos que não se comunicam.

Portanto, descabidas as alegações recursais quanto a esta preliminar de nulidade do Auto de Infração.

Caminho para a apreciação da nulidade levantada em relação à falta de apreciação dos argumentos defensivos da infração 01 por parte da Junta de Julgamento Fiscal.

A defesa do Contribuinte está acostada aos fólios processuais às fls. 127 a 131, assinada pelo o Sr. Roberto Bortolozzo. Pela leitura da peça defensiva, realmente não há menção expressa contestando a infração 1.

Na estrutura do texto de Defesa, vejo que a primeira irresignação da empresa versa sobre a infração 3, decorrente da falta de recolhimento do ICMS, nos seguintes termos, *verbo ad verbum*:

“DA AUTUACÃO”

- 1) *Falta de recolhimento do ICMS devido em operações de saída de produtos derivados do algodão, que não preenchem os requisitos para direito a isenção: - a diferimento. Esses benefícios fiscais foram utilizados indevidamente em razão dos destinatários se constituírem de (Anexo I):*
c) contribuinte baiano cuja habilitação para operar com diferimento é posterior às operações referidas no Anexo I.”

Por seu turno, a infração 3 tem a seguinte descrição:

INFRAÇÃO 3 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor Histórico de R\$26.518,36. Multa de 60%.

E na descrição dos fatos (fl. 01), a infração 3 tem suas motivações expostas no item 1 da seguinte forma:

- 1) *Falta de recolhimento do ICMS devido em operações de saída de produtos derivados do algodão, que não preenchem os requisitos para direito a isenção: - a isenção concedida sob condição pelo Art. 20, inciso VI do RICMS (nas operações internas “quando destinados à alimentação animal ou ao emprego na fabricação da ração animal”); - a diferimento. Esses benefícios fiscais foram utilizados indevidamente em razão dos destinatários se constituírem de (Anexo I):*
 - A) *contribuinte baiano com endereço de destino sem inscrição estadual, não ficando comprovada condição para direito à isenção;*
 - B) *contribuinte baiano que não apresenta característica que justifiquem seu uso para alimentação animal ou em emprego em fabricação de ração conforme cadastro em anexo e esclarecimento detalhado no referido anexo;*
 - C) *contribuinte baiano cuja habilitação para operar com diferimento é posterior às operações referidas no Anexo I.* (grifo nosso)

Assim, nota-se que o Contribuinte realmente não suscitou qualquer argumentação contra o lançamento 1, mas tão somente se irresignou quanto um dos motivos da infração 3, mais especificadamente, o motivo 1, sua alínea ‘c’, como destacado acima.

Adiante, o Contribuinte expos em sua Defesa argumentos contra o Anexo III e III-a, pertencentes à infração 2, o Anexo IV referente à infração 4 e, por fim, o Anexo V, que embasa a infração 5.

Vejo que em nenhum momento de sua defesa o Contribuinte tece comentários sobre o Anexo II (fl. 07) que corresponde a infração 1.

Portanto, efetivamente a infração 1 não foi contestada, como bem apontou os julgadores de piso, o que me leva a afastar a suposta nulidade da decisão.

Julgadas as preliminares, adentro ao exame do mérito.

Na infração 1, o Recorrente alega que a mesma não ocorreu, uma vez que o contribuinte

destinatário, a Algodoira Ouro Branco Ltda. (Inscrição Estadual nº 74.502.753) encontrava-se devidamente habilitada para operar no regime em questão.

Afasto tal alegação recursal, pois, como já exposto no voto de piso, o Histórico de Habilitação de Diferimento, acostado à fl. 31 dos autos, demonstra que o início da habilitação se deu em 17/04/2009, ou seja, há a demonstração cabal que a empresa Algodoira Ouro Branco Ltda. efetivamente não tinha o direito ao diferimento a época dos fatos geradores.

Nestes termos, aplico o teor do art. 143 do RPAF, e julgo subsistente a infração 1.

No que tange a infração 3, o Recorrente alega que ela não é devida, pois “*o envio do algodão para Thom & Cia Ltda (inscrição estadual nº 64.610.394) se deu para fins de beneficiamento, o que foi identificado nos arquivos e controles internos do Recorrente, bem como do contribuinte*”.

Tal assertiva somente é respaldada em supostos controles internos da empresa, que não têm qualquer valor fiscal. Assim, aplico os artigos 142 c/c 143 do RPAF, pois a parte não logrou êxito em comprovar fato controverso com elemento probatório hábil de que necessariamente deveria dispor (a nota fiscal de retorno), importando, desta forma, a presunção de veracidade da afirmação do fisco.

Da mesma maneira se dá com os argumentos de que houve retorno da mercadoria em pluma da Multigrain Armazés Gerais Ltda., eis que, também não há elemento fiscal comprobatório de sua afirmação.

Assim, considero a infração 3 procedente.

Quanto à infração 5, o Contribuinte mais uma vez alega que a infração é improcedente por ter havido o retorno da mercadoria, contudo, sem apresentar documentos fiscais para embasarem tal assertiva.

Cura ressaltar que os documentos trazidos em sede de defesa acobertam outras operações que não aquela alinhavada na Nota Fiscal nº 1752 cobrada nesta infração 5, ou seja, não há a efetiva comprovação do retorno das mercadorias apontadas pela fiscalização na referida Nota Fiscal nº 1752, às fls. 81 e 82 dos autos.

Portanto, mais uma vez faz-se necessário aplicar os artigos 143 e 142 do RPAF para julgar procedente a infração 5.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a decisão de piso que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 299689.0001/12-2, lavrado contra ROBERTO BARTOLOZZO (FAZENDA DIAMANTINA I), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$129.367,27, acrescido das multas de 60% sobre R\$32.841,09 e 70% sobre R\$96.526,18, previstas no art. 42, incisos II, "a" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

