

**A. I. Nº** - 281394.1303/13-0  
**AUTUADO** - TODD KENNETH TOPP  
**AUTUANTE** - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE  
**ORIGEM** - INFAZ BARREIRAS  
**INTERNET** - 06.05.2015

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0071-05/15**

**EMENTA:** ICMS. DIFERIMENTO. OPERAÇÃO DE SAÍDA INTERESTADUAL. VENDAS PARA CONTRIBUINTE NÃO HABILITADOS. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saídas de café cru em grãos, milho e gado bovino sem o pagamento do ICMS, como se fossem produtos sob suspensão do imposto, tais como nos casos de saídas para depósito, armazém geral, bem como saídas para não habilitados ao regime de diferimento. Infração procedente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. A operação faz jus à redução de base de cálculo de 30%, nas saídas interestaduais dos insumos agropecuários, (milho), nos casos indicados na legislação tributária. Infração improcedente. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 27/03/2013, exige ICMS no valor de R\$ 194.249,47, por meio das seguintes infrações:

Infração 01 – Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. ICMS no valor de R\$ 193.979,53 e multa de 60%.

Infração 02 – Recolhimento a menor do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. ICMS no valor de R\$ 269,94 e multa de 60%.

O autuado por meio de advogado, legalmente constituído, ingressa com defesa, fls. 60 a 70 e inicialmente clama pela nulidade do Auto de Infração, por ausência de especificação clara dos fatos geradores – descrição genérica e falta de referência aos achados da fiscalização, o que implicou em violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Diz que nem o demonstrativo de débito, nem a relação de notas fiscais, relacionadas como achados da fiscalização indicam, claramente, a qual das infrações foram relacionadas. Salienta a importância do princípio do contraditório, e que o sujeito passivo deve conhecer plenamente as acusações que lhe são imputadas, sob pena de nulidade da autuação. Argumenta que o auto de infração é nulo desde o seu nascedouro. Inclusive, no demonstrativo de débito, à exceção da última ocorrência, todas as demais estão catalogadas na infração nº 1, que engloba atividades tão díspares quanto a venda de vacas como a remessa de café cru em grãos. Questiona quais dentre essas referem-se, especificamente, à suposta falta de recolhimento do ICMS por diferimento ou a remessa para armazém não habilitado para o diferimento. Diante da inequívoca falta de clareza, pede a nulidade da autuação.

Quanto à remessa de café cru para armazém geral, aduz que não incide o ICMS por expressa disposição legal. Apesar da enorme dificuldade para se vincular a quais contribuintes ou remessas faz referência o Auto de Infração, motivo que inclusive, ensejou o pedido de nulidade já apresentado, para que não se alegue revelia, ou ausência de impugnação, infere que a fiscalização quis referir-se àquelas notas fiscais identificadas como achados de fiscalização e indicadas como “café cru em grãos”. Ocorre que em simples consulta ao cadastro desta SEFAZ,

verifica-se que a empresa Grão do Cerrado Comércio e Exportação de Café Ltda, está cadastrada como armazém geral, como se pode verificar no campo de “informações complementares – Atividade Econômica Secundária”. Cita os arts. 6 e 668 do RICMS/97. Acrescenta que mesmo se houvesse qualquer irregularidade no registro da atividade junto ao cadastro do ICMS, das empresas para as quais foram enviados lotes de café cru para simples armazenamento, tal irregularidade nunca poderia fazer nascer o fato gerador do ICMS, já que não houve a transferência do domínio. Aduz que os documentos juntados comprovam que os lotes de café cru remetidos para as empresas de armazém geral retornaram todos para o contribuinte.

Salienta que a ausência de circulação tem sido inclusive o motivo pelo qual a jurisprudência tem entendido pelo afastamento do fato gerador do ICMS.

Por tais razões é que se entende que deve ser julgado improcedente o AI, no que tange à suposta ausência de recolhimento do ICMS, decorrente do envio de lotes de café cru em grãos para estabelecimentos de armazém geral, que, aparentemente estão relacionados sob as ocorrências 2, 3, 4, 6 a 12, e 14 a 28, que impugna expressamente. Salienta que, na hipótese de a fiscalização ter entendido que em relação a tais ocorrências há outras infrações, em face da falta de clareza e objetividade do AI requer, de logo, seja reaberto o prazo de impugnação para manifestação complementar do contribuinte.

Quanto às ocorrências de venda de gado bovino (ocorrências 01 e 05), recolhimento do ICMS devidamente realizado, solicita juntada de documentos por parte da Infaz Barreiras. Salienta que as notas fiscais encontram-se anexadas à presente defesa, com o recolhimento do ICMS realizado à alíquota de 12%, que dizem respeito à venda de gado bovino ao Sr. Ronaldo Alves de Souza.

Anexa o DAE relativo à nota fiscal nº 8050, prova do seu recolhimento.

No que diz respeito à nota fiscal nº 9041, por não deter mais a cópia-arquivo do pagamento do DAE, solicita como parte da instrução probatória que seja determinada à Infaz Barreiras que anexe todos os recolhimentos feitos em nome do contribuinte, durante as competências 12/2008 e 01/2009, para comprovar o seu efetivo recolhimento. Aduz que não procede a alíquota de 17% aplicada para consumidor final, único motivo pelo qual pode se depreender para a venda com destino ao Distrito Federal. Ocorre que o adquirente das cabeças de gado não se caracteriza como consumidor final, sendo produtor rural devidamente cadastrado. Requer o improvimento do Auto de Infração no tocante às ocorrências 01 e 05.

Quanto às ocorrências 13 e 29, diz que a falta de identificação clara quanto objeto da autuação, bem como do fato gerador/irregularidade, impede, de forma absoluta, a manifestação do contribuinte sobre os fatos. Pede que o fiscal autuante explicita os supostos fatos geradores/ocorrências.

Em decorrência das insubsistências das infrações pede o afastamento das multas aplicadas.

Auditor fiscal presta a informação fiscal, fls. 148 a 149 e inicialmente relata que os demonstrativos do autuante não têm a clareza necessária, entretanto inteligentes que são, os responsáveis pela defesa do contribuinte, mostram completo entendimento da autuação.

Quanto à infração 01, esclarece que todas as notas fiscais listadas na primeira planilha do autuante (primeira infração), *a exceção das de número 8050 de 03/03/2008, 9041 de 31/12/2008 (produto bovinos, operação interestadual - tributada), 12344 de 04/05/2012 (soja em grãos para contribuinte não habilitado ao diferimento) e 12993 de 22/10/2012 (venda de café para contribuinte não habilitado ao diferimento)*, são referentes a remessas para depósito em local diverso de armazém geral.

Quanto à alegação do contribuinte Grão do Cerrado Com. e Exp. de Café Ltda., ter atividade de armazém geral não há fundamento. A defesa faz constar a informação cadastral do estabelecimento com sequência de CNPJ 0001, quando as operações são com a 0002. Fora o fato de a legislação proibir certas atividades em conjunto com a de armazém geral:

*O DECRETO Nº 1.102, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1903, que institui regras para o estabelecimento de empresas de armazéns gerais, determinando os direitos e obrigações dessas empresas, estabelece em seu art. 8º que:*

*"Não podem os armazéns gerais:"*

.....  
*§ 4º - Exercer o comércio de mercadorias idênticas às que se propõem receber em depósito, e adquirir, para si ou para outrem, mercadorias expostas à venda em seus estabelecimentos, ainda que seja a pretexto de consumo particular.*

Quanto a alegação dos possíveis retornos, informo que as notas anexadas pelo contribuinte não fazem menção as de remessa e, mesmo se contrário, não poderiam ter repercussão legal em função da impropriedade dos estabelecimentos do suposto armazenamento a emitir os comprovantes legais de depósito.

Manifesta o entendimento de que a segunda infração é equivocada, e não deve prosperar em razão do destinatário poder usufruir da redução da base de cálculo, por ter como atividade a avicultura.

Pela manutenção total da primeira infração e improcedência da segunda.

#### **VOTO**

Não obstante o sujeito passivo tenha reclamado quanto à clareza dos demonstrativos que fazem parte integrante do Auto de Infração, e que se encontram nas fls. 10 a 12, bem como da falta de esclarecimento por parte do autuante, quanto às infrações correlacionadas, não acolho tal afirmativa vez que o levantamento fiscal aponta a data, nota fiscal, destinatário, CNPJ/CPF; produto e outros itens, finalizando com o valor do ICMS a pagar. Ademais, o contribuinte pode exercer seu direito de defesa, contestou, individualmente, as ocorrências e apontou os fatos que, segundo sua ótica, seriam capazes de desconstituir os valores que são exigidos nesta exação.

Outrossim, os dispositivos legais, arts. 39 a 41 do RPAF/99 (Decreto 7.629/99) foram integralmente atendidos na lavratura do Auto de Infração, e este se encontra apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, mormente quando os princípios do contraditório e da ampla defesa foram observados pelo auditor fiscal, e o sujeito passivo teve a oportunidade de se manifestar, em todas as fases do procedimento administrativo fiscal.

No mérito, a infração 01 decorreu da falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, de Café em grãos remetido para contribuinte que não exerce atividade de Armazém Geral. Mercadorias remetidas para contribuinte não habilitado para o diferimento, sem recolhimento do ICMS.

O demonstrativo da infração encontra-se nas fls. 10/11 e especifica o número da nota fiscal, destinatário, CNPJ/CPF, produto, quantidade valor alíquota, ICMS, valor do crédito fiscal e ICMS a pagar.

Verificando o conteúdo do demonstrativo vejo que diversas notas fiscais são relativas a café cru em grãos que teriam sido remetidas para contribuinte que não exerce a atividade de armazém geral. Caso essas remessas tivessem sido, realmente, para depósito, como constam nos documentos fiscais, haveria a suspensão do ICMS. (CFOP 5905). Os destinatários são:

MAXICAFÉ CORRETORA DE CAFÉ E ARMAZENS GERAIS LTDA - CNPJ – 07.171.068/0001-82; 07.171.068/0001-83; 07.171.068/0001-84; 07.171.068/0001-85; 0001-86; 0001-87.

GRÃO DO CERRADO COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO DE CAFÉ – CNPJ – 03.590.040/0002-00; 0002-01; 0002-02; 0002-03; 0002-04; 0002-05; 0002-06; 0002-07; 0002-08; 0002-09; 0002-10; 0002-11; 0002-12; 0002-13; 0002-14; 0002-15 até 0002-18.

SANCAR COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS – CNPJ – 07.012.389/0001-34.

Consta no Cadastro desta SEFAZ que a atividade desenvolvida por tais sociedades empresárias não é a de armazéns gerais ou de depósito, o que contraria a informação contida nas notas fiscais emitidas para esses contribuintes, e que possuem a natureza da operação “Remessa para depósito” CFOP 5905, e as saídas ocorreram sem o destaque do imposto.

Da mesma forma destaco que o autuante apontou a saída de café cru em grãos para SANCAR COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS, CNPJ 07.012.389/0001-34, sem o destaque de ICMS e na peça de defesa o contribuinte aduziu que na consulta ao cadastro da SEFAZ, Grão do Cerrado Comercio e Exportação de Café Ltda. – EPP, de CNPJ 03.590.040/0001-29 está cadastrada como armazém geral, como se pode verificar no campo “informações Complementares – Atividade Econômica Secundária”. Contudo, como não se trata do mesmo estabelecimento, não procede a razão de defesa.

No mencionado demonstrativo de fls. 10/11, estão identificadas as saídas de NOVILHOS/BEZERROS E DE VACAS, para RONALDO ALVES DE SOUZA, CPF n 392.574.601-34 por meio da nota fiscal Nº 8.050 e Nº 9.041. A defendente alega que o ICMS já fora recolhido à alíquota de 12%. Referente à nota fiscal nº 8.050 e pede que a SEFAZ identifique o pagamento relativo à segunda nota fiscal, a de nº 9.041.

O sujeito passivo junta os documentos de fls. 83 a 86, na tentativa de comprovar a regularidade das operações. O DAE de fl. 143, trazido na defesa, tem como comprovante o cliente Farnes E B A Ltda, consoante documento de fl. 84, e não corresponde ao destinatário das mercadorias autuadas.

Dessa forma o defendente não nega que essas operações são tributadas, por se tratarem de operações interestaduais, mas também não elide a infração nesses tópicos, haja vista que não trouxe as provas de que tais operações estariam regulares.

Também consta no levantamento fiscal a Nota Fiscal nº 12.344, da Agropecuária Menta, referente às saídas internas de soja em grãos, vendas em que não houve o destaque do ICMS. Contudo soja a granel não se encontra entre os produtos ou insumos isentos de ICMS nas saídas internas, listados no art. 20 do RICMS/BA. Logo a tributação exigida está consoante a legislação pertinente ao ICMS.

Quanto às cópias de notas fiscais trazidas pela defendente, para comprovar possíveis retornos, nelas não constam as de remessa e como acentuado na informação fiscal, em qualquer hipótese seriam impróprias para desconstituir a infração, eis que os estabelecimentos do suposto armazenamento não estariam aptos a emitir os comprovantes legais de depósito, por não se prestarem para esta finalidade. Ressalto que os documentos apresentados em cópias estão ilegíveis, alguns sem o cabeçalho preenchido, não constam o destinatário dentre outras irregularidades que denotam a falta de clareza para os fins a que se destinariam.

Assim, a infração 01 fica mantida.

Quanto à infração 02, referente ao recolhimento a menor do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, conforme a planilha de fl. 12, trata-se de saídas de milho em grãos para Mauricea Alimentos do Nordeste.

O auditor fiscal que prestou a informação fiscal destaca que esta infração não deve prosperar em razão do destinatário poder usufruir da redução de base de cálculo, por ter como atividade a avicultura.

De fato, foi emitida a Nota Fiscal nº 12.026, de fl. 48, com valor total da nota de R\$ 20.928,00 sendo que o destinatário possui o direito à redução de base de cálculo do ICMS de 30%, conforme art. 79 do RICMS/BA.

**Art. 79.** *É reduzida a base de cálculo, até 31/12/12, nas saídas interestaduais dos insumos agropecuários relacionados no art. 20 deste regulamento, desde que atendidas as condições ali*

*estabelecidas, calculando-se a redução em (Conv. ICMS 100/97): II - 30% para os produtos relacionados no inciso XI do art. 20;*

**XI** - nas saídas dos seguintes produtos:

- a) milho, quando destinado a produtor, à cooperativa de produtores, à indústria de ração animal ou órgão oficial de fomento e desenvolvimento agropecuário vinculado ao Estado;

Portanto, o RICMS, nos dispositivos acima reza que, para esta operação, a base de cálculo sofre uma redução de 30%, o que perfaz o valor de R\$ 14.649,60. O ICMS destacado é de R\$ 1.757,96 à alíquota de 12% por se tratar de venda para destinatário localizado no Estado de Pernambuco. Dados que conferem com os constantes da nota fiscal nº 12.026, objeto da autuação. Desse modo, a infração improcede.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

#### **VOTO DIVERGENTE (NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO)**

Peço vênia para discordar da ilustre relatora no que se refere à solução da presente lide administrativa.

As acusações estampadas no Auto de Infração em exame estão relacionadas à cobrança de ICMS substituído por diferimento, de responsabilidade do contribuinte autuado. As duas imputações apresentaram as seguintes descrições fáticas:

*Infração 01 – Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. ICMS no valor de R\$ 193.979,53 e multa de 60% (art. 42, inc. II, "f, da Lei nº 7.014/96).*

*Infração 02 – Recolhimento a menor do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. ICMS no valor de R\$ 269,94 e multa de 60%. (art. 42, inc. II, "f, da lei nº 7.014/96).*

Ocorre que a descrição dos fatos pelo autuante, considerados infração à legislação tributária, nada tem a ver o Demonstrativo e documentos fiscais apensados aos autos (fls. 10 a 48) do PAF, que espelham operações de remessa de produtos agropecuários (novilhos e vacas para recria, café cru em grãos, soja a granel e milhos em grãos), com destino a outros estabelecimentos, localizados na zona rural, para fins de depósito. São operações, portanto, não submetidas ao regime de diferimento, havendo assim total descompasso entre a descrição do Auto de Infração e os fatos retratados na documentação que serviu de lastro probatório da acusação fiscal.

Por via de consequência o enquadramento legal das infrações está também equivocada, repercutindo inclusive na capitulação das multas, relacionadas à falta de recolhimento e recolhimento a menor do ICMS por substituição, no regime de diferimento. Reitero, portanto, que não há diferimento nas operações autuadas, situação em que o contribuinte substituto recolheria o imposto das operações anteriores, cujo fato gerador deveria ter sido realizado por terceiros. No caso dos autos o que houve foi remessa de produtos agropecuários pelo contribuinte, com emissão de notas fiscais com a declaração de que os mesmos se destinavam a armazenagem, sem incidência do ICMS, hipótese, portanto, de suspensão do imposto. Descaracterizada a situação de suspensão do ICMS não poderia ocorrer a descrição e o posterior enquadramento dos fatos nas normas de regência do diferimento do ICMS, até porque o contribuinte não poderia substituir a si próprio. Não há sentido ou lógica jurídica na acusação encartada no Auto de Infração.

Por outro lado, na peça impugnatória, o contribuinte se viu em dificuldades para exercer o seu direito de defesa, exatamente porque a acusação fiscal foi formalizada de maneira totalmente distorcida, além dos demonstrativos não serem claros quanto aos fatos geradores que foram apurados. Há também um descompasso entre a acusação fiscal e os demonstrativos juntados pelo autuante na peça acusatória.

Convém ressaltar ainda que mesmo tendo o contribuinte tentado esclarecer os fatos que ensejaram a autuação, por ocasião da defesa, isto não saneia ou torna válido o A.I.. Não se corrige erros de imputação e de enquadramento legal de ofício. O primeiro é de natureza insanável, visto que sua alteração modifica totalmente a peça acusatória, com reflexos nas etapas subsequentes do processo, repercutindo inclusive na possível e futura execução fiscal.

Nesse sentido, prescreve o art. 19 do RPAF/99, aprovado pelo Dec. 7.629/99, que não implica em nulidade o erro na indicação de dispositivo de lei ou de regulamento, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. A situação inversa, ou seja, o erro de descrição fática constitui vício formal insanável, não passível de correção, seja por adequação do enquadramento legal ou na fase de informação fiscal, justamente por constituir acusação nova.

Pelas razões acima voto pela NULIDADE do Auto de Infração, fundamentado nas disposições do art. 18, inc. II (preterição do direito de defesa); inc. IV, letra "a" (descrição da infração em descompasso com os fatos e provas apurados na ação fiscal) e art. 19, todos do RPAF/99.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281394.1303/13-0** lavrado contra **TODD KENNETH TOPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no total de **R\$ 193.979,53**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, alínea II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2015.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE