

A. I. N° - 206920.0105/12-2
AUTUADO - ARIEL HOROVITZ
AUTUANTE - MARCO ANTONIO MACHADO BRANDÃO
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28/03/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0045-03/17

EMENTA: ICMS. 1. REMESSA DE MERCADORIA PARA BENEFICIAMENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO RETORNO. O sujeito passivo comprova parte das operações de retorno arroladas no levantamento fiscal. Infração subsistente em parte. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DIFERIMENTO. VENDA DE MERCADORIA À CONTRIBUINTE NÃO HABILITADO. O autuado não elide a acusação fiscal. Infração subsistente. Não comprovado nos autos que os estabelecimentos adquirentes das mercadorias arrolados no levantamento fiscal preenchiam as condições impostas legalmente para o regime de diferimento. Preliminares de nulidade rejeitadas. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/05/2012, exige o imposto no valor de R\$1.448.218,00, através das seguintes infrações:

Infração 01 - 02.03.02. Falta de recolhimento de ICMS em razão de remessa de produtos agropecuários para estabelecimento beneficiador, neste estado, sem o devido retorno, nos meses de março de 2008 e 2009. Exigido o valor de R\$888.151,61, acrescido da multa de 60%. Demonstrativos às fls. 11 a 24;

Infração 02 - 02.10.01. Falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, nos meses de julho a setembro de 2008, janeiro, abril, junho a dezembro de 2009, janeiro, maio, outubro a dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$560.066,39, acrescido da multa de 60%. Demonstrativos às fls. 357 a 369;

O autuado apresenta peça defensiva, fl. 377 a 382, primeiramente reproduz as infrações e em seguida articula suas razões de defesa.

Registra que o Auto de Infração deve ser anulado em sua integralidade, pois os demonstrativos que lastreiam a exigência tributária estão eivados de vícios insanáveis, acabando por tornar o montante do débito tributário indeterminado.

Afirma que o autuante ao imputar a infração de não recolhimento de ICMS por falta de retorno de mercadoria enviada para beneficiamento o faz de forma generalizada e incluindo, entre outros vícios, operações de vendas/comercialização com destaque do ICMS que não se referem à remessa para beneficiamento, conforme documentos anexos comprobatórios, fls. 388 a 798.

Revela que o autuante, ao incluir várias operações de vendas/comercializações de forma generalizada como operação de remessa para beneficiamento, incorre em vício insanável que torna o Auto de Infração nulo.

Assinala que a indeterminação do montante do débito tributário é reforçada pelo fato de que o autuante engloba e inclui em seu demonstrativo muitas operações com o devido comprovante de retorno na forma da lei.

Menciona que o autuante ao descrever a Infração 02, o faz de forma obscura e indefinida, pois

mesmo imputando a infração de não recolhimento de ICMS substituído por diferimento na condição de responsável, este o faz abrangendo as operações acobertadas pelo art. 20 do RICMS-BA que trata da isenção generalizando operações que se submetem a regulação normativa distinta. Arremata requerendo a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, requer improcedência da Infração 01, depois reproduzir o art. 622, do RICMS-BA/97, que rege as Hipóteses de Incidência, de Suspensão e de Diferimento nas Saídas dos Produtos Industrializados em Retorno ao Estabelecimento, autor da Encomenda, explica que procedeu, em estrito cumprimento ao disposto no RICMS-BA, à remessa do algodão em capulho (*in natura*) para a usina de beneficiamento, tendo ocorrido a sua devolução regular nos termos regulamentar, conforme notas fiscais de devolução anexas, prova que joga por terra esse item da autuação.

Registra que o demonstrativo de débito tributário relativo à infração 01 efetivado pelo autuante, incorre em grave distorção e generalização, pois inclui/glosa equivocadamente como remessa para beneficiamento operações de comercialização/venda de caroço de algodão com o devido destaque e pagamento do tributo pertinente, conforme documentação anexa.

Pugna pela improcedência da Infração 01.

Quanto à Infração 02, observa que todas as operações de vendas de caroço de algodão foram efetivadas nos exatos limites do RICMS-BA/97.

Reproduz os dispositivos da isenção referente às operações com insumos agropecuários o RICMS-BA: as operações internas com caroço de algodão, bem como prevê o diferimento do ICMS nas operações internas com algodão. Frisa que são operações distintas com tratamento normativo distinto.

Pontua que, no mesmo caminho da infração 01, a infração 02 é improcedente, pois todas as operações internas de vendas de caroço de algodão, ou estão acobertadas pela isenção prevista no art. 20, inciso VI, alínea “e” do RICMS-BA ou estão acobertadas pelo diferimento previsto no art. 343, inciso X, ambos do RICMS-BA/97.

Observa que basta se verificar a documentação (demonstrativos, notas fiscais e relatório cadastral dos destinatários) ora juntada, para atestar que os destinatários ou se encontravam habilitados para o diferimento no momento das remessas ou os mesmos tinha como objeto a criação de bovinos ou fabricação de alimentos para animais ou o caroço de algodão fora destinado para utilização em ração animal.

Frisa que não há notícia de que o caroço de algodão seja empregado em outro destino, senão na alimentação animal, seja *in natura*, seja em tortas, o seu destino somente pode ser este. Diz existir em seu favor, a presunção mesmo absoluta, no caso do caroço de algodão, reproduzindo o teor do §1º do art. 20 do RICMS-BA/97.

Por fim requer a improcedência da infração 02.

Na informação fiscal, fls. 807 e 808, o autuante inicialmente informa que o Auto de Infração foi lavrado, tendo em vista que nos exercícios de 2007 e 2008 o contribuinte não apresentou documentos de retorno do beneficiamento de algodão em capulho remetido para beneficiamento em algodoeiras, referentes à remessa sem retorno do beneficiamento. Informa que no exercício de 2009 e 2010 o defendente efetuou venda de mercadorias enquadradas no regime de diferimento destinadas a contribuintes não habilitados para o diferimento sem o pagamento do ICMS devido. Já no exercício de 2008 efetuou venda de algodão em pluma para outra unidade da Federação não tendo apresentado comprovação do pagamento do ICMS devido.

Depois de resumir as razões da defesa, observa que as alegações do impugnante não prosperam, em face de falta de prova documental e dos argumentos apresentados.

Lembra que autuado argumenta que todo algodão em capulho remetido para beneficiamento retornou e que os demonstrativos estão eivados de vício. Afirma que o defendente deveria

apontar os vícios e refazer as planilhas baseada nos seus argumentos, pois o mesmo recebeu uma cópia das mesmas em meio magnético o que traria clareza aos seus argumentos, mas não foi feito, preferiu fazer afirmações genéricas e anexar diversas notas fiscais de forma indiscriminada.

Quanto à argumentação do autuado que a venda do caroço de algodão foi realizada nos exatos limites do RICMS pode-se verificar facilmente que tal afirmação é facilmente desmontada. Registra que às fls. 25 a 52, verifica-se vendas de caroço de algodão para empresas que tem como atividade o transporte e comercialização de grãos na própria razão social. Assinala que às fls. 196 a 214, constam vendas de soja em grãos para pessoa física com endereço na Rua Glauber Rocha, quadra 31, lote 16 na zona urbana do município de Luis Eduardo Magalhães.

Revela que às fls. 53 a 214, as notas fiscais se referem a caroço de algodão destinado à Agropecuária Serra Talhada Ltda. e, pelo volume comercializado verifica-se que é totalmente incompatível com qualquer criação comercial. Ademais, informa que anexa à fl. 809, cópia do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica emitida pela Receita Federal onde consta como Atividade Econômica Secundária: comércio atacadista de cereais e leguminosas beneficiados, bem como, cópia do contrato de constituição da empresa Agropecuária Serra Talhada Ltda., onde se verifica que a mesma tem como objeto da sociedade, além da criação de bovinos para corte, consta também o comércio atacadista de cereais e leguminosas beneficiadas. Destaca que, de acordo a escritura e o contrato de arrendamento da Fazenda Serra Talhada, cujas cópias anexa às fls. 810 a 812, se verifica que a área arrendada é de 100 hectares, isso mesmo 100 hectares uma área diminuta para caber bovinos suficientes para consumir o caroço de algodão que foi comercializado pelo autuado.

Diz que também anexa a fl. 813, a Ficha de Localização de Contribuinte - FLC datada de 19 de fevereiro de 2009, na qual consta que o funcionário fiscal, Antônio Carlos Fragoso Gordiano, afirma que o local é ocupado por outro contribuinte e que exerce o comércio atacadista em zona rural.

Assinala que a atividade de bovinocultura é apenas um “manto” para encobrir a verdadeira atividade da Fazenda Serra Talha e outros destinatários do autuado que é o comércio atacadista do caroço de algodão e soja sem o pagamento do ICMS devido. Observa que o autuado ao comercializar o fruto da sua colheita, com o benefício do ICMS diferido, não foi cuidadoso, não foi diligente e verificou se os adquirentes eram realmente merecedores do benefício, o que trouxe prejuízo à Fazenda Estadual.

Quanto à venda de algodão em pluma para outra unidade da federação sem o pagamento do ICMS em momento algum da sua defesa o autuado se manifestou. Por isso, diz concluir que o mesmo não possui o comprovante de pagamento do ICMS devido.

Arremata requerendo a manutenção do Auto de Infração.

Em pauta suplementar essa 3ªJF, fl. 820, converteu os autos em diligência a INFAZ DE ORIGEM para que o autuante atendesse as seguintes solicitações:

Infração 01 - Depois de proceder ao exame da documentação acostada aos autos pelo impugnante expurgasse as notas fiscais cujos retornos do beneficiamento ficarem comprovados através da competente nota fiscal e dentro prazo regularmente previsto e elaborasse dois novos demonstrativos de apuração e de débito, um coligindo todas as remessas para beneficiamento que, efetivamente, não retornaram ao estabelecimento, e outro contemplando as vendas interestaduais nas quais a fase de diferimento encontra-se encerrada.

Infração 02 - Colacionasse aos autos comprovação dos adquirentes cujas atividades no CAD-ICMS/BA sejam incompatíveis para usufruir o benefício da isenção e elaborar novo demonstrativo de apuração e de débito constando somente as operações com adquirentes inscritos no CAD-ICMS/BA com atividade incompatível com a exigência para usufruir a isenção e com as operações interestaduais em que, encerrada a fase de diferimento não foram

comprovados os recolhimentos devidos.

O autuante apresenta o resultado da diligência, fls. 823 e 824, informando que as notas fiscais de retorno de carço e pluma apresentados pelo autuado estão relacionadas às fls. 825, 826 e 827, com o resumo às fl. 828, observando que elaborou novo demonstrativo de débito considerando as notas fiscais de retorno de carço e pluma acostado à fl. 829, reduzindo o valor do débito da Infração 01 para R\$362.855,10. Em relação ao demonstrativo de apuração contemplando as vendas interestaduais nas quais a fase de diferimento encontra-se encerrada, informou que não existe demonstrativo a ser elaborado, pois o autuado não comprovou na sua peça de defesa os comprovantes de pagamento prevalecendo o demonstrativo elaborado junto ao Auto de Infração que se encontra à fl. 11, e as Notas Fiscais às fls. 12 a 19.

No tocante à infração 02, informou que os comprovantes já foram anexados ao auto de infração e estão colacionados às fls. 20 a 24 (os demonstrativos) e as notas fiscais às fls. 25 a 356. Registrou que inexistente operação interestadual na infração 02.

O impugnante se manifesta às fls. 832 a 840, registra inicialmente que apesar da realização da diligência, constata-se que o Autuante não atendeu ao quanto solicitado pela 3ª JF em relação à Infração 02, já que não comprovou que adquirentes possuem atividades no CAD-ICMS/BA incompatíveis para usufruir o benefício da isenção. Por isso, diz não lhe restar outra alternativa, senão, reiterar e ratificar toda a tese de defesa apresentada anteriormente.

Declara que auto de infração deve ser anulado em sua integralidade, pois os demonstrativos que lastreiam a exigência tributária estão eivados de vícios insanáveis, acabando por tornar o montante do débito tributário indeterminado.

Depois de repetir as razões de defesa apresentadas em sua impugnação reafirma que o autuante, ao incluir várias operações de vendas/comercializações de forma generalizada como operação de remessa para beneficiamento, incorre em vício insanável que torna o auto de infração totalmente nulo.

Reforça, ainda, esta indeterminação do montante do débito tributário, o fato de que o autuante engloba e inclui em seu demonstrativo muitas operações com devido comprovante de retorno na forma da lei.

Lembra que o autuante ao descrever a infração 02, o faz de forma obscura e indefinida, pois mesmo imputando a infração de não recolhimento de ICMS substituído por diferimento na condição de responsável, este o faz abrangendo as operações acobertadas pelo art. 20 do RICMS-BA/97 que trata da isenção generalizando operações que se submetem a regulação normativa distinta. Assevera que, por tudo isto, na forma regulamentar, o auto de infração é nulo, o que aqui se requer.

Salienta ainda, que a nulidade do Auto de Infração se evidencia, do mesmo modo, pelo fato de que a obrigação de recolhimento do imposto, no caso, foi transferida ao adquirente, por força do quanto estipulado no contrato, bem como por força da regra de diferimento prevista no art. 622, do RICMS-BA/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores. Acrescenta assinalando que, por se tratar de uma operação interna acobertada pelo diferimento previsto, não pode a falta do recolhimento do imposto ser atribuída ao Produtor Rural.

Diz caber ao FISCO, que possui todas as informações necessárias para identificar se o remetente ou destinatário estavam ou não habilitados para operar no regime do Diferimento e ou isenção.

Requer o acolhimento da preliminar suscitada, reconhecendo-se a ilegitimidade passiva do autuado/Recorrente, sendo julgado nulo o Auto de Infração.

Afirma que além de nula, a infração 01 também é improcedente.

Depois de reproduzir o teor do art. 622, do RICMS-BA/97, para assinalar que, ao realizar a diligência o Autuante acaba por reconhecer que autuado procedeu em estrito cumprimento ao

disposto no RICMS-BA, procedendo a remessa do algodão em capulho (*in natura*) para a usina de beneficiamento, tendo ocorrido a sua devolução regular nos termos regulamentar, conforme notas fiscais de devolução anexas, prova que joga por terra a infração 01.

Assinala que o demonstrativo de débito tributário relativo à infração 01 elaborado pelo autuante, continua incorrendo em grave distorção e generalização, pois inclui/glosa equivocadamente como remessa para beneficiamento operações de comercialização/venda de caroço de algodão com o devido destaque e pagamento do tributo pertinente, conforme documentação anexa.

Assim, reitera a tese defensiva de improcedência da Infração 01.

Observa que, caso ultrapassado a preliminar, é forçoso reconhecer que como Produtor Rural, no exercício de suas prerrogativas comerciais, efetivou correta e regularmente operações internas de venda de soja para alimentação animal, uma vez que fartamente demonstrado pelas informações do Cadastro da SEFAZ que o adquirente é criador de bovino de corte, adquirindo tal produto para alimentação do seu rebanho.

Declara que, nos termos do Convênio 100/1997 fazia jus aos benefícios de isenção, já que se tratava de operações internas.

Assevera que o gozo dos benefícios fiscais utilizados pelo Autuado/Recorrente estão previstos nos arts. 20 e 79 do RICMS-BA/97, cujo teor reproduz.

Menciona que no mesmo caminho da infração 01, a infração 02 é improcedente, pois todas as operações de vendas de caroço de algodão internas ou não estão acobertadas pela isenção prevista no art. 20, inciso VI, “e”, do RICMS-BA/99 ou estão acobertadas pelo diferimento previsto no art. 343, inciso X do RICMS-BA/99.

Afirma que a documentação (demonstrativos, notas fiscais e relatório cadastral dos destinatários) juntada com a defesa primitiva atesta que os destinatários ou se encontravam habilitados para o diferimento e isenção no momento das remessas ou os mesmos tinha como objeto a criação de bovinos ou fabricação de alimentos para animais ou o caroço de algodão fora destinado para utilização em ração animal.

Salienta que o Autuante não cumpriu integralmente a diligência desta 3ª JF, pois não comprovou que adquirentes possuem atividades no CAD-ICMS/BA incompatíveis para usufruir o benefício da isenção e/ou diferimento.

Ressalta que tanto o convênio quanto o RICMS-BA deixam claro que o único requisito para gozo dos benefícios é que a destinação seja para a alimentação animal ou emprego na fabricação de ração animal.

Aduz que, se analisando mais detidamente tais dispositivos, conclui-se que a prova do requisito, qual seja, a destinação dos produtos para alimentação animal ou emprego na fabricação de ração animal não é atribuída ao Autuado, mas sim ao Fisco, já que alega fato constitutivo do seu direito, ou melhor, modificativo/impeditivo do direito ao gozo de tais benefícios assegurados pela legislação do ICMS.

Diz caber ao Fisco a prova de que o caroço de algodão comercializados pelo Autuado não foi destinados para alimentação animal e/ou empregados na fabricação de ração animal. Acrescenta que o ônus da prova de descumprimento de condição pelo Autuado que impeça a utilização dos benefícios de isenção e redução da base de cálculo cabe ao Autuante/fisco, aliado ao fato de que a atividade de fiscalização é plenamente vinculada e motivada por provas, conforme prevê o art. 9º do Dec. nº 70.235/72.

Frisa que este CONSEF, desde a vigência do RICMS/1989 já possui entendimento no sentido de que cabe ao fisco a prova de que os insumos agropecuários comercializados com isenção e redução de base de cálculo previstas no Convênio ICMS 100/1997 não foram destinados para alimentação animal ou uso na fabricação de ração animal, pois são benefícios de natureza objetiva. Junta

jurisprudência do CONSEF (A-0668/98; A-0429-04/02; A-0067-12/03)

Acrescenta transcrevendo outro acórdão proferido pela 2ª CJF deste CONSEF, deixa claro que cabe ao fisco a prova robusta de que os produtos não tiveram a destinação prevista no art. 20 do RICMS, havendo divergência, tão somente, no tocante à conclusão do julgamento, se era um caso de improcedência ou nulidade da autuação, prevalecendo, por maioria, a última opção.

Afirma não haver dúvidas, portanto, de que a única exigência para gozo dos benefícios é a destinação para alimentação animal ou emprego na fabricação de ração animal e, por se tratar de um benefício de natureza objetiva, cabe ao fisco a prova robusta e contundente de que tais insumos agropecuários não tiveram a destinação prevista pelo art. 20 do RICMS-BA/97, ônus, este, que, contudo, não foi desempenhado a contento, como adiante veremos. Remata frisando que a operação estava acobertada pela isenção e/ou diferimento, não sendo devido pelo Autuado qualquer valor a título de ICMS.

Pondera que, caso não reconhecida que tais operações estavam acobertadas pela isenção, necessariamente este CONSEF deve reconhecer que por se tratarem de operações internas com caroço de algodão, o recolhimento do ICMS não era atribuição do autuado, já que se trata de uma das hipóteses do diferimento, nos termos do art. 343, inciso IX, do RICMS-BA/97.

Destaca que não há qualquer exigência de destinação para utilização de tal procedimento de lançamento. Continua frisando que a única exigência que o art. 344 faz é que o destinatário da operação diferida esteja habilitado para operar com o diferimento, regra essa, que nos termos o §1º do mesmo dispositivo legal, é dispensada quando de tratar de produtores rurais não equiparados a comerciantes ou industriais.

Dessa forma, assevera que se houve alguma irregularidade, essa possui natureza de obrigação acessória, não cabendo a cobrança do imposto diferido, mas tão somente multa. Registra ser esse o entendimento deste CONSEF no acórdão (A-0161/99).

Requer sejam acolhidas as razões recursais e dado provimento ao recurso para julgar improcedente a autuação, afastando, via de consequência, a cobrança do ICMS diferido.

Pugna pela realização de qualquer prova admitida em direito, requerendo aqui a realização de Diligência por Fiscal estranho ao feito na forma regulamentar.

Conclui reiterando e ratificando toda a tese de defesa já apresentada, uma vez que o Auto de Infração não deve prosperar, pugnando pela nulidade da autuação.

O autuante presta nova, informação fiscal, fl. 851, que o autuado repete as considerações solicitadas e, confirma o teor de suas informações fiscais prestadas anteriormente.

VOTO

O sujeito passivo suscitou preliminar de nulidade sob o fundamento de que os demonstrativos que lastreiam a exigência tributária estão eivados de vícios insanáveis tornando o montante do débito tributário indeterminado. Em relação à Infração 01 asseverou que ao incluir várias operações com o devido comprovante do retorno e de vendas/comercialização de forma generalizada como operação de remessa para beneficiamento no levantamento fiscal incorre em vício insanável.

Não acato a preliminar de nulidade suscitada pelo defendente, tendo em vista que do exame nos demonstrativos que apuram o débito da Infração 01 evidencia a apuração do débito exigido com a indicação individualizada por nota fiscal da origem do débito. Com relação à existência de operações de retorno não incluídas no levantamento fiscal verifico que este óbice foi superado pelo autuante ao atender a diligência solicitada por essa 3ª JJF.

No tocante à Infração 02, o defendente também suscitou nulidade alegando que a descrição da infração é obscura e indefinida, pois mesmo imputando a infração de não recolhimento de ICMS

substituído por diferimento na condição de responsável o fez abrangendo as operações isentas acobertadas pelo art. 20 do RICMS-BA/97, generalizando com mercadorias que se submetem a regulação normativa distinta. Não deve prosperar a alegação defensiva, haja vista restar evidenciado nos autos que no demonstrativo da infração 02, acompanhado das correspondentes cópias das notas fiscais acostado às fls. 11 a 229, somente arrola operações em que o autuado é responsável pelo recolhimento do ICMS substituído por diferimento, aspecto que será abordado adiante, por ocasião do exame do mérito.

Assim, depois de constatar que o PAF está revestido das formalidades legais, e que não se encontram no presente processo qualquer dos motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento, considero superadas as questões atinentes as preliminares de nulidade suscitadas.

Indefiro o pedido de diligência a ser realizada por Auditor Estranho ao Feito, com base na alínea “a”, do inciso I, do art. 147, do RPAF-BA/99, por entender que os elementos que já integram o PAF são suficientes para formar a convicção em torno da lide pelos membros desta Junta.

No mérito, a infração 01 acusa o impugnante de falta de recolhimento do ICMS em razão de remessa de produto agropecuário para estabelecimento beneficiador sem o devido retorno, conforme demonstrativo às fls. 357 a 369.

Em sede de defesa o autuado alegou que no levantamento fiscal deixou de considerar diversas notas fiscais de retorno devidamente comprovado, referente às remessas para industrialização no período fiscalizado, juntou cópias às fls. 480 a 514, bem como, declarou a inclusão indevida no levantamento fiscal de notas fiscais de vendas.

O autuante ao prestar informação fiscal manteve a autuação sob a alegação de que a defesa não apontou objetivamente as operações de retorno não consideradas.

Entretanto, mediante diligência solicitada por esta 3ª JF, o autuante com base na indicação do defendente comprovando as devoluções não incluídas no levantamento procedeu às correspondentes exclusões e elaborou novo demonstrativo de débito que acostou à fl. 829, que resultou na redução do débito para R\$362.855,10.

O autuado, em manifestação acerca da diligência realizada, apesar de não concordar com o resultado, não apresentou qualquer incongruência no demonstrativo elaborado pelo autuante, mantendo e reprisando suas alegações defensivas.

Quanto à alegação de que no levantamento fiscal foram incluídas também indevidamente notas fiscais de vendas não deve prosperar, tendo em vista se tratar de mera ponderação sem suporte algum comprobatório, portanto, incapaz de elidir a acusação fiscal. Ademais, ao compulsar as cópias das notas fiscais acostadas aos autos pelo autuante não identifiquei nota fiscal de venda alguma.

Acolho o novo demonstrativo de débito elaborado pelo autuante que, com base nas comprovações carreadas aos autos pelo autuante excluiu as notas fiscais de devolução carreadas aos autos pelo defendente, remanescendo o débito deste item da autuação em R\$362.855,10.

Nestes termos, concluo pela subsistência parcial da infração 01.

A Infração 02 atribui ao sujeito passivo o cometimento a falta de recolhimento do ICMS substituído na condição de responsável pelo recolhimento do imposto, consoante demonstrativos acostados às fls. 11, 21 a 24 e 227 a 229.

Verifica-se que no demonstrativo de apuração desse item da autuação foram arroladas operações de vendas de Algodão em Pluma para o Estado da Paraíba, fls. 12 a 19, vendas internas de caroço de algodão, soja em grão estas últimas com a indicação nas notas fiscais “ICMS diferido conf. art. 343, INC. IX ou X, do RICMS/BA” ou “ICMS isento conf. art. 20, inciso VI, do RICMS/BA”.

A matéria ora em lide tem sua regência estatuída pelos artigos 343, 344 e 347 do RICMS-BA/97, vigente por ocasião da ocorrência dos fatos geradores estatui as seguintes determinações, *in verbis*:

“Art. 343. É diferido o lançamento do ICMS incidente:

IX - nas sucessivas saídas de soja em grãos, dentro do Estado, para o momento em que ocorrer a saída:

a) da mercadoria para outra unidade da Federação;

[...]

c) dos produtos resultantes de sua industrialização;

[...]

X - nas saídas internas de algodão em capulho, em pluma ou beneficiado, bem como de caroço de algodão, para o momento em que ocorrer a saída:

a) da mercadoria para outra unidade da Federação;

[...]

b) da mercadoria para o exterior; ou;

c) dos produtos resultantes de sua industrialização;

[...]

XLIII - de 01/10/97 até 05/11/97, nas sucessivas saídas, dentro do Estado, dos insumos agropecuários de que cuida o art. 20;

Art. 344. Nas operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento, além dos demais requisitos previstos relativamente a cada espécie de produto, a fruição do benefício é condicionada a que o adquirente ou destinatário requeira e obtenha, previamente, sua habilitação para operar nesse regime, perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário.

Art. 347. O ICMS será lançado pelo responsável:

I - uma vez ocorrido o momento previsto como termo final do diferimento, ainda que a operação que encerrar o diferimento seja isenta ou não tributada;

II - sempre que a saída da mercadoria for efetuada em circunstâncias em que não seja possível a adoção do diferimento, como nas seguintes hipóteses:

a) saída de mercadoria para outra unidade da Federação ou para o exterior;

b) saída de mercadoria em decorrência de negócio cuja natureza ou características não correspondam às hipóteses regulamentares que autorizem o benefício, pelo não-preenchimento de alguma condição, inclusive por não estar o destinatário habilitado a operar no regime de diferimento, ou no caso de saída para consumidor ou usuário final;”

Em sede de defesa o impugnante sustentou que todas as operações internas de vendas de caroço de algodão, ou estão acobertadas pela isenção prevista no art. 20, inciso VI, alínea “e” do RICMS-BA ou estão acobertadas pelo diferimento previsto no art. 343, inciso X, ambos do RICMS-BA/99.

Asseverou que basta se verificar a documentação e relatório cadastral dos destinatários que juntou à defesa, para atestar que os destinatários ou se encontravam habilitados para o diferimento no momento das remessas ou os mesmos tinha como objeto a criação de bovinos ou fabricação de alimentos para animais ou o caroço de algodão fora destinado para utilização em ração animal. Frisou que o caroço de algodão somente é empregado na alimentação animal, seja *in natura*, seja em tortas, e que existe em seu favor a presunção mesmo absoluta, no caso do caroço de algodão, reproduzindo o teor do §1º do art. 20 do RICMS-BA/97.

O autuante em sua informação manteve esse item da autuação sustentando, com base em documentação acostada aos autos, fls. 53, 214, 809 e 813, que o impugnante vendeu caroço de algodão para empresas que tem como atividade o transporte e comercialização de grãos na própria razão social e vendeu soja em grãos para pessoa física com endereço em zona urbana.

Revelou também o autuante que as notas fiscais de vendas de caroço de algodão destinado à Agropecuária Serra Talhada Ltda., pelo volume comercializado, verifica-se que é totalmente incompatível com qualquer criação comercial, e que cópia do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica emitida pela Receita Federal onde consta como Atividade Econômica Secundária:

comércio atacadista de cereais e leguminosas beneficiados, bem como, cópia do contrato de constituição da empresa Agropecuária Serra Talhada Ltda., onde se verifica que a mesma tem como objeto da sociedade, além da criação de bovinos para corte, consta também o comércio atacadista de cereais e leguminosas beneficiadas. Destacou que, acordo com a escritura e o contrato de arrendamento da Fazenda Serra Talhada a área arrendada é de 100 hectares, é uma área diminuta para caber bovinos suficientes para consumir o caroço de algodão que foi comercializado pelo autuado. Por fim registrou que na Ficha de Localização de Contribuinte - FLC datada de 19 de fevereiro de 2009, o local é ocupado por outro contribuinte e que exerce o comércio atacadista em zona rural.

Da análise das peças que integram os autos verifico que todas as operações arroladas no demonstrativo que apura esse item da autuação estão submetidas ao regime de diferimento previsto no art. 343, do RICMS-BA/97, até mesmo as operações de sucessivas saídas, dentro do Estado, dos insumos agropecuários isentadas pelo art. 20, do mesmo regulamento, como se constata do inciso XLIII, art. 343, do multicitado regulamento.

Em ambos os casos, as operações com diferimento do lançamento para etapa posterior compete ao estabelecimento que promove a saída, na forma da legislação de regência, ter ciência de que a fruição do benefício é condicionada a que o adquirente ou destinatário requeira e obtenha, previamente, sua habilitação para operar nesse regime, perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário, consoante previsto no art. 344 do RICMS-BA/97. Mesmo no caso das operações com isenção prevista no art. 20 citado, em seu §2º é expressamente determinada a não aplicação do *“benefício fiscal no caso de operação que não preencha os requisitos previstos ou que dê ao produto destinação diversa da prevista como condição para gozo do benefício, caso em que o pagamento do imposto caberá ao contribuinte em cujo estabelecimento se verificar a saída.”*

Ademais, no presente caso, precipuamente por se tratar de operações, que desonera o autuado de efetuar o lançamento, ao teor do inciso I, art. 142, RICMS-BA/97, é patente a sua obrigação de exigir do destinatário a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico - DIE.

Ao compulsar os elementos que compõe esse item da autuação, constato que resta patente nos autos a caracterização da falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento na condição de responsável tributário nas saídas de mercadoria arroladas no levantamento fiscal, em decorrência de negócio cuja natureza ou características não correspondam às hipóteses regulamentares que autorizem o benefício, pelo não-preenchimento das condições exigidas, como preconizado na alínea “b”, do inciso II, do art. 343 do RICMS-BA/97.

Saliento que, não basta a simples aposição, na nota fiscal, de referência ao diferimento ou à isenção prevista no art. 20 do RICMS-BA/97 para realizar a operação com isenção condicionada nos termos de sua legislação de regência.

Logo, enquanto não operar a decadência, cabe ao sujeito ativo apurar o efetivo cumprimento das exigências para fruição do benefício, consoante estrita previsão legal.

No que diz respeito à venda de algodão em pluma para outra unidade da Federação, como já expendido, constato que, efetivamente, ocorreram vendas, cuja ocasião o diferimento é suspenso, e o autuado não comprovou, como responsável, o pagamento do ICMS, portanto, fica mantida a exigência.

Quanto aos Acórdãos do CONSEF apontados pela defesa, por não tratar da mesma matéria, não servem de paradigma para sustentar a tese defensiva.

Nestes termos, concluo pela subsistência da infração 02.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206920.0105/12-2**, lavrado contra **ARIEL HOROVITZ**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$922.921,49**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA