

A. I. Nº - 279547.0904/06-4
AUTUADO - JOHN KUDIESS
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO VALENTINO
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 18/02/2008

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0006-03/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ NO LANÇAMENTO. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o valor correto da base de cálculo. A ação fiscal não comprova a regularidade dos valores lançados. Desobediência ao artigo 130, II, do COTEB. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/09/2006, na fiscalização ao trânsito de mercadorias, e exige ICMS decorrente de destaque do imposto a menos em documento fiscal, devido a erro na determinação da base de cálculo. Consta, na descrição dos fatos, que os Royalties da Tecnologia Roundup Ready serão debitados ao destinatário por conta do remetente, cobrança esta a ser “feita proporcionalmente a quantidade de semente de Soja a um preço de R\$0,88 por quilo.” Que, nos termos do artigo 54, inciso I, alínea “a”, do RICMS/BA, incluem-se na base de cálculo do ICMS, nas operações e prestações internas e interestaduais, todas as importâncias que representarem despesas acessórias, seguros, juros e quaisquer outros acréscimos ou vantagens pagos, recebidos ou debitados pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias ou ao tomador dos serviços, inclusive o valor das mercadorias fornecidas, ou dos serviços prestados a título de bonificação. Que foi observado que o valor cobrado e não destacado nas Notas Fiscais nºs 003185, 003186, 003190, 003191, 003192, 003184, de 26/09/2006, emitidas por John Kudiess, será exigido através de boleto bancário e a administração desta cobrança é por conta do autuado. ICMS no valor de R\$1.630,46, acrescido da multa de 60%.

À fl. 05, o autuante anexa documento intitulado “Exposição de Motivos”, no qual aduz que a exigência do ICMS sobre o valor total da operação, que engloba custo da semente, margem de lucro e *royalties*, dá-se em razão de que o autuado “figura no contrato (modelo padrão da Monsanto) como multiplicador licenciado, é mandatário com poder e dever de cobrar os Royalties relativos à sementes comercializada e responsável por inserir dados no sistema de controle informatizado da Monsanto. Sendo assim têm-se dois sujeitos (John Kudiess e Monsanto) associados na produção e comercialização de um produto (semente geneticamente modificada). Não se pode separar a tecnologia da semente propriamente dita, pois a semente sem a tecnologia não seria semente geneticamente modificada.” Prossegue afirmando que “o preço de venda do produto (semente) é apresentado ao destinatário como preço total (semente + royalties), apenas a cobrança dos valores é feita de maneira separada, caso seja da vontade do remetente.” Afirma que a vontade do remetente “não tem o poder de definir a base de cálculo da operação.” Que a cobrança dos *royalties* de maneira separada, em nome da Monsanto, não descaracteriza a definição do preço do produto, que é o valor total pago pelo destinatário, e que a situação caracteriza “tentativa de elisão fiscal.” Que, conforme consta no contrato anexado ao Auto de Infração, os *royalties* deverão ser cobrados sobre as “sementes legalizadas” pelo autuado, e que os “direitos de propriedade industrial (DPI) referentes às sementes irregulares (clandestinas) serão cobrados somente pela Monsanto, por parceria junto aos grandes compradores de soja.” Que a remuneração do autuado “acontece pelo lucro na venda da semente e por uma parcela dos royalties, que é variável e calculada por quilo de semente comercializada e outra parcela, fixa, paga por um preço mínimo mensal em Reais.”

À fl. 06 consta cópia impressa de página do portal de internet Terra com notícia, datada de 28/06/2005, acerca da definição de valor de *royalties* para soja com uso da Tecnologia Roundup Ready - RR para a safra de 2005/2006, pela empresa Monsanto, no valor de R\$0,88 por quilo de semente modificada.

Às fls. 07 a 20 está anexada cópia de “Acordo geral para Licenciamento de Direitos de Propriedade Intelectual da tecnologia Roundup Ready®”, celebrado entre a empresa Monsanto do Brasil LTDA e a empresa Valter Gatto, sem assinaturas. Às fls. 21 a 26, cópias de Anexos de Modelo do Termo de Condições do mencionado Acordo, sem assinaturas.

Às fl. 27 e 28 está anexado o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 279547.0904/06-4, em cujo campo Descrição dos Fatos está exposto que “Os Royalties da Tecnologia Roundup Ready serao debitados ao destinatário por conta do remetente, sendo que a cobrança será feita proporcionalmente a quantidade de semente de Soja a um preço de (R\$0,50 a R\$0,88 por quilo).”, descrevendo a apreensão de 38.600 kg de sementes de soja.

O sujeito passivo ingressa com impugnação ao lançamento do crédito tributário às fls. 54 a 67, inicialmente descrevendo a ação fiscal e os termos da imputação e, a seguir, alegando a sua improcedência, afirmando ser produtor rural que tem, como uma de suas atividades, a multiplicação (produção) de sementes de soja, que são vendidas a pessoas físicas, ou jurídicas, que poderão destinar tais sementes a nova multiplicação, a comercialização, ou para uso próprio no plantio para obtenção do “produto soja”. Que, para a realização da multiplicação de determinadas sementes de soja, o defendente utiliza a Tecnologia Roundup Ready (“Tecnologia RR”), cujos direitos de propriedade intelectual, no Brasil, são da empresa Monsanto do Brasil LTDA, e que a citada tecnologia consiste na seqüência genética que confere à soja tolerância aos herbicidas à base de glifosato. Que, para se utilizar da mencionada tecnologia RR, o defendente firmou contrato com a Monsanto do Brasil LTDA, passando a ser produtor credenciado da mesma, ficando autorizado ao licenciamento de multiplicação e comercialização de Sementes de Soja Roundup Ready® (“Soja RR”).

O autuado aduz que a Monsanto do Brasil LTDA é titular, neste País, dos direitos intelectuais atinentes à Tecnologia RR, nos termos da Lei nº 9279/96 (que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial), fazendo jus à cobrança de *royalties* daqueles que venham a se utilizar de sementes produzidas utilizando-a. Que, em virtude do contrato entre a Monsanto do Brasil LTDA e o autuado, este, na condição de Produtor Credenciado, concordou em atuar, por conta da Monsanto do Brasil LTDA, como mandatário perante as pessoas para as quais vender as sementes de Soja RR. Que este mandato tem como objetivo licenciar os compradores das sementes de Soja RR, propiciando à Monsanto cobrar *royalties* pela utilização da Tecnologia RR. Que, em razão deste compromisso assumido pelo autuado frente à Monsanto, a atividade da empresa John Kudiess consiste, ao realizar a venda das sementes de Soja RR, em entregar ao comprador, colhendo a assinatura, o “Termo de Condições Gerais para Licenciamento”, com o qual o autuado deve alimentar sistema eletrônico desenvolvido pela Monsanto, que então identificará aqueles compradores de quem poderá cobrar *royalties*. O defendente argumenta que, assim, na condição de mandatário, ao participar de sistema criado pela Monsanto, apenas auxilia na arrecadação de valores relativos a *royalties*, sem auferir ganho financeiro em relação aos mesmos.

O impugnante afirma que multiplica e comercializa sementes de soja fabricadas com Tecnologia RR, genericamente denominadas de sementes de Soja RR, que estão dentre aquelas constantes do Registro Nacional de Cultivares (“RNC”) do Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento (instituído nos termos do artigo 10 da Lei nº 10.711/03), em cuja denominação há as letras “RR”, como é o caso, dentre outras, das descritas “M-Soy 8585RR” e “M-Soy 8787RR”. Que, assim, conforme relação extraída do site do Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento (www.agricultura.com.br), anexada aos autos (fls. 77 a 86), todas as sementes cuja denominação apresente as letras “RR” são “organismos geneticamente modificados”, ou seja, utilizam a

Tecnologia Roundup Ready – RR, e que todas as sementes em cuja denominação não se verifique a presença das letras “RR”, são aquelas não obtidas a partir desta Tecnologia. Assevera que, assim, nas vendas realizadas com as Notas Fiscais n°s 3184 e 3191 (fls. 29 e 31), objeto da presente autuação, não há cobrança de *royalties*, diferentemente do que ocorre com as vendas documentadas com as Notas Fiscais n°s 3185, 3186, 3190 e 3192, (respectivamente às fls. 34, 33, 32 e 30), em que houve a dita cobrança, o que, argumenta, não indica estar correta a autuação. Ressalta que o fato de que, nas Notas Fiscais n°s 3184 e 3191, consta a mensagem “*No valor total não estão inclusos os Royalties da Tecnologia Roundup Ready*”, não é indicativo de que sejam devidos os *royalties* nestas operações. Que tal mensagem existe em todos os documentos fiscais emitidos pelo defendente, em função de que o sistema de processamento de dados utilizado pela empresa para a emissão de tais documentos não está apto a reconhecer quais sementes geram, à titular dos direitos intelectuais da Tecnologia RR, a possibilidade de cobrar *royalties*. Que, ademais, tal mensagem serve para ressaltar, em virtude de eventuais questionamentos jurídicos por parte dos adquirentes das sementes RR, que o valor dos *royalties* é devido à titular da Tecnologia RR, independentemente do montante desembolsado na compra da semente de Soja RR. O defendente entende que, diante do exposto, a presente autuação merece ser cancelada em face da ausência de fundamento para a cobrança de valores de ICMS.

O contribuinte prossegue dizendo que, caso não sejam suficientes seus argumentos anteriores para o cancelamento da autuação, não há base legal para a inclusão do valor dos *royalties*, nas operações em que este é devido à titular dos direitos intelectuais da Tecnologia RR, o que aduz não ocorrer nas operações documentadas pelas Notas Fiscais n°s 3184 (fl. 29) e 3191 (fl. 31), que não se relacionam com vendas de sementes com a Tecnologia RR. Afirma que, de acordo com o que consta no Auto de Infração, a fiscalização entendeu que, em determinadas operações promovidas pelo defendente, envolvendo a circulação de sementes de soja que foram obtidas utilizando-se a Tecnologia RR, houve erro na determinação da base de cálculo do ICMS, uma vez que os montantes correspondentes aos *royalties* devidos à titular dos direitos intelectuais não teriam integrado a base de cálculo do tributo. Transcreve parte dos artigos 12 e 13 da Lei Complementar n° 87/96, e o inciso I do artigo 54 do RICMS/BA, aduzindo que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação mercantil praticada, devendo, para tanto, serem considerados os valores relacionados a seguros, juros e demais importâncias pagas pelo adquirente (ou a ele debitadas pelo vendedor, no caso, o defendente). Prossegue afirmando que, contudo, o valor referente aos *royalties*, devido pelo destinatário/adquirente das sementes à Monsanto, não deveria compor a base de cálculo do ICMS porque não seria integrante do valor da operação realizada entre o defendente e o adquirente das sementes, por ser pago diretamente pelo adquirente à mencionada empresa Monsanto. Anexa, às fls. 87 a 90, cópias de boletos bancários emitidos via internet pelo defendente em favor da Monsanto, que diz serem destinados à cobrança de *royalties* relativos às Notas Fiscais n°s 3185 (fls. 34 e 72), 3186 (fls. 33 e 73), 3190 (fls. 32 e 74) e 3192 (fls. 30 e 76), que relata documentarem as operações relacionadas à autuação, que geraram o direito de a Monsanto cobrar *royalties*. Aduz que tais documentos provam que os *royalties* não fazem parte do preço por si cobrado e que, portanto, não representam acréscimo ao valor a operação por ele praticada.

O defendente diz que, embora o pagamento dos *royalties* represente um acréscimo ao valor de aquisição das sementes para o adquirente, não corresponde a um ganho para o vendedor dessas mercadorias. Transcreve parcialmente voto prolatado no “ERESP 421781/SP; Embargos de Divergência do Recurso Especial 2006/0088050-8” do Superior Tribunal de Justiça – STJ, e reafirma que as bases de cálculo que utilizou nas operações objeto da autuação estariam corretas, pelo que o recolhimento, cujo DAE anexa à fl. 70, estaria também correto, não havendo valor a ser acrescentado, inexistindo materialidade para a exigência fiscal, pelo que acredita impositivo o seu cancelamento.

O contribuinte aduz que, caso se conclua pelo não cancelamento da presente autuação, “destaca que o valor de R\$0,88 por quilo de semente, utilizado pela fiscalização como de *royalties* devido,

está equivocado, já que no ano de 2006, o valor aplicado era de R\$0,30”, conforme Notas Fiscais n°s 3185, 3186, 3190, e 3192, e respectivos boletos bancários que anexou ao PAF às fls. 87 a 90. Frisa “que para se obter o valor de R\$0,30 por quilo, o Defendente dividiu o valor constante do boleto bancário, pela quantidade sementes descrita nas respectivas Notas Fiscais.” Que, se mantida a autuação, “é imperativo que se revise o valor de *royalties* utilizado.”

Conclui pedindo, alternativamente, que o Auto de Infração seja julgado improcedente, ou que seja revisto o valor dos *royalties* que foi utilizado para a apuração do imposto lançado.

O autuante presta informação fiscal às fls. 92 e 93, inicialmente relatando os termos da autuação e da impugnação, e a seguir aduzindo que o autuado não apresenta argumentos que contradigam os dados constantes no documento fiscal e no contrato mercantil entre as partes, anexados aos autos, e a seguir reproduz o texto do documento de fl. 05, intitulado “Exposição de Motivos”, já transcrito neste Relatório. Conclui afirmando que “o defendente apresentou argumentos ineptos que não descaracterizam a procedência da autuação.”

Submetido a pauta suplementar, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal – JFJ, fl. 97, tendo em vista a exposição de motivos constante à fl. 05 do Auto de Infração em estudo, e considerando que não estava acostado aos autos o Acordo Geral, ou contrato, firmado entre a empresa Monsanto do Brasil LTDA e o autuado, decidiu converter este processo em diligência à INFAZ de origem para que, dentre outras providências, fossem anexados aos autos cópia do Acordo Geral firmado entre a empresa Monsanto do Brasil LTDA e o autuado, e documento que comprovasse a exatidão do valor da base de cálculo da operação objeto da imputação legal.

O autuante manifestou-se à fl. 99, tecendo considerações acerca da Diligência solicitada, aduzindo ser a mesma desnecessária, e não a cumprindo.

O autuado, em atendimento a solicitação verbal da INFAZ Bom Jesus da Lapa, conforme explanou, apresentou, às fls. 102 a 116, o “Acordo geral para Licenciamento de Direitos de Propriedade Intelectual da Tecnologia Roundup Ready” que firmou com a empresa Monsanto do Brasil LTDA em 29/11/2006.

VOTO

O Auto Infração em lide foi lavrado na fiscalização ao trânsito de mercadorias e exige ICMS decorrente de destaque do imposto a menos em documento fiscal, devido a erro na determinação da base de cálculo, por não ter sido nesta incluído o montante relativo aos *royalties* cobrados do adquirente.

Preliminarmente, verifico que o autuante não acostou ao processo documento que comprove, com exatidão, a regularidade do valor lançado como base de cálculo, limitando-se a anexar, à fl. 06, cópia de página da internet com notícia, datada de 28/06/2005, de que a empresa Monsanto do Brasil LTDA, detentora dos direitos de autoria da Tecnologia Roundup Ready-RR, definira valor de *royalty* para a safra de 2005/2006, no valor de R\$0,88 por quilo de semente modificada.

Porém, no campo Descrição dos Fatos do Termo de Apreensão e Ocorrências n° 279547.0904/06-4, anexado às fl. 27 e 28, consta que “Os Royalties da Tecnologia Roundup Ready serao debitados ao destinatário por conta do remetente, sendo que a cobrança será feita proporcionalmente a quantidade de semente de Soja a um preço de (R\$0,50 a R\$0,88 por quilo).” Assim, conforme apostado pelo autuante neste documento, o valor do *royalty*, por quilo de semente vendida, oscilaria entre R\$0,50 e R\$0,88.

Por outro turno, o contribuinte, nos termos expressos no Relatório, advoga que o preço do *royalty* é de R\$0,30 por quilo, anexando, a título de “comprovação” deste valor que admite como correto, cópia de boletos bancários por si emitidos, e não quitados, às fls. 87 a 90. O fato de o contribuinte emitir boletos e os anexar ao processo não atesta que estes foram os valores de *royalties* cobrados aos destinatários.

A 3ª JF, na busca da verdade material, e tendo em vista a exposição de motivos constante à fl. 05 do Auto de Infração em estudo, e considerando, ainda, que não estava acostado aos autos o Acordo Geral, ou contrato, firmado entre a empresa Monsanto do Brasil LTDA e o autuado, decidiu converter este processo em diligência à INFAZ de origem para que, dentre outras providências, fossem anexados aos autos cópia do Acordo Geral firmado entre a empresa Monsanto do Brasil LTDA e o autuado, e comprovante de quitação do boleto emitido em nome do destinatário da mercadoria, documentos que poderiam comprovar a exatidão do valor da base de cálculo da operação objeto da imputação legal.

A diligência não foi cumprida pelo autuante, e o “Acordo geral para Licenciamento de Direitos de Propriedade Intelectual da Tecnologia Roundup Ready”, anexado pelo defendente a pedido da INFAZ Bom Jesus da Lapa (fls. 102 a 116), foi firmado entre o defendente e a Monsanto em 29/11/2006, período posterior àquele que foi objeto da ação fiscal, setembro/2006, e no mencionado documento não há indicação expressa do valor ser cobrado, a título de *royalty*, ao destinatário.

Assim, embora admitido, pelo sujeito passivo, que existe a cobrança de *royalty* ao destinatário, e que tal cobrança é condição necessária para a comercialização da soja com tecnologia RR, tendo ainda postulado que, se não acatadas suas argumentações acerca da improcedência do Auto de Infração, fosse considerado o valor de R\$0,30 por quilo de semente modificada por Tecnologia RR, inexistente prova, no processo, de que seja este o valor real cobrado por cada operação atinente a este lançamento de ofício.

Notícia em página de internet não se configura como prova de que o valor cobrado como *royalty*, nas operações objeto da autuação, efetivamente, foi de R\$0,88 por quilo e, ademais, o autuante também fez constar, no Termo de Apreensão e Ocorrências nº 279547.0904/06-4, anexado às fl. 27 e 28, que a cobrança de *royalties* seria feita ao destinatário em valores proporcionais à quantidade de sementes de soja vendida, variando entre R\$0,50 e R\$0,88.

Do exame do demonstrativo de débito, à fl. 03, tendo-se que o auditor atribuiu, a 38.600 kg de sementes de soja, o valor de R\$33.968,00, por operação matemática de divisão verifica-se que foi utilizado pelo preposto do Fisco, a título de cobrança de *royalty*, por quilo, o valor de R\$0,88, sem que esteja comprovado, neste processo administrativo fiscal, que este foi o valor debitado aos adquirentes, nas operações em foco.

Não cabe ao autuado determinar, sem provas, o valor da base de cálculo do lançamento de ofício, e é dever do Fisco determinar, com segurança, a liquidez do lançamento, comprovando a exatidão de seus cálculos, sem o que é nulo o lançamento de ofício. O Auto de Infração descumpre o disposto no inciso II do artigo 130 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, que determina:

art. 130. O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

II – dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido.

O lançamento de ofício também contraria o artigo 41, inciso II, do RPAF/99, que repete o teor do mencionado artigo do COTEB.

A autuação em foco enquadra-se, ainda, na situação descrita na Súmula CONSEF nº 1:

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, e represento à autoridade competente no sentido de programar ação fiscal junto ao estabelecimento autuado, para exigir o imposto

efetivamente devido, a salvo de falhas e incorreções.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 279547.0904/06-4, lavrado contra **JOHN KUDIESS**.

Representa-se à autoridade competente no sentido de programar ação fiscal junto ao estabelecimento autuado, para exigir o imposto efetivamente devido, a salvo de falhas e incorreções.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR