

A. I. Nº - 279547.0903/06-8
AUTUADO - JOHN KUDIESS
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO VALENTINO
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 07/05/2008

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0101-03/08

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, ficando caracterizado que houve desobediência ao art. 130, II do COTEB e 41, II do RPAF/BA. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2006, refere-se à exigência de R\$1.647,36 de ICMS, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foi constatado destaque do ICMS a menos em documento fiscal, devido a erro na determinação da Base de Cálculo do imposto. Consta, na descrição dos fatos: “Erro na determinação da Base de Cálculo do ICMS. Os *Royalties* da Tecnologia Roundup Ready serão 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\$0,88 por quilo”. Consta ainda, que o valor cobrado e não destacado na Notas Fiscais 003193, 003194, 003195, 003196, 003197, 003198, de 26/09/2006 emitida por John Kudiess será cobrado através de boleto bancário e a administração desta cobrança é por conta do mesmo.

À fl. 05, consta a seguinte “Exposição de Motivos”:

1 - o autuado John Kudiess figura no contrato (modelo padrão da Monsanto) como multiplicador licenciado; tem o poder e dever de cobrar os *Royalties* relativos a sementes por ele comercializadas, sendo o responsável por inserir dados no sistema de controle informatizado da Monsanto. “não se pode separar a tecnologia da semente propriamente dita, pois a semente sem a tecnologia não seria semente geneticamente modificada”.

2 – Na comercialização da semente geneticamente modificada o preço de venda do produto é apresentado ao destinatário como preço total (semente + *royalties*), sendo efetuada a cobrança dos valores de maneira separada. “a vontade do remetente não pode e não tem o poder de definir a base de cálculo da operação”. A cobrança em separado por meio de boleto bancário em nome da Monsanto não descaracteriza a tentativa de elisão fiscal.

3 – Consta no contrato em anexo, que os *royalties* deverão ser cobrados sobre as sementes legalizadas, sendo licenciado o Sr. John Kudiess para efetuar a cobrança.

4 – A remuneração de John Kudiess acontece pelo lucro na venda da semente e por uma parcela dos *royalties*.

O autuado apresentou impugnação (fls. 53 a 66), discorrendo inicialmente sobre a autuação fiscal, informando que em razão de a mercadoria estar em trânsito, foi lavrado o Termo de Apreensão e Ocorrências, e para que fosse liberada, o defendente foi indicado como fiel depositário, conforme consta no mencionado Termo de Apreensão. Salienta que existe incongruência entre o Termo de Apreensão e o Auto de Infração no que tange ao valor do *royalties*, uma vez que o primeiro menciona que a cobrança será feita proporcionalmente à quantidade de semente de soja a um preço de R\$0,50 a R\$0,88 por quilo. Já o Auto de Infração menciona que a cobrança será feita proporcionalmente à quantidade de semente de soja a um preço de R\$0,88 por quilo. O defendente informa que é um produtor rural, e como tal, tem como uma de suas atividades a multiplicação (produção) de sementes de soja, as quais são vendidas a pessoas físicas ou jurídicas que poderão destinar tais sementes à nova multiplicação, à comercialização ou para uso próprio no plantio,

para obtenção do produto soja. Diz que, para a multiplicação de determinadas sementes de soja, utiliza a tecnologia Roundup Ready (Tecnologia RR), que consiste na seqüência genética que confere à soja tolerância a herbicidas à base de glifosato. Para utilizar a mencionada tecnologia RR, teve que firmar contrato com a empresa titular dos direitos intelectuais (Monsanto do Brasil Ltda.), e tal contrato autorizou o defendente a utilizar a tecnologia, sendo realizada a cobrança de *royalties* pela utilização da citada tecnologia RR. Informa, também, que na condição de Produtor Credenciado, em virtude do contrato anteriormente citado, concordou em atuar, por conta do titular dos direitos intelectuais, como mandatário perante as pessoas físicas ou jurídicas para as quais vende as sementes de soja RR. Esse mandado tem como objetivo licenciar os compradores das sementes de soja RR, propiciando à titular dos direitos intelectuais cobrar *royalties* pela utilização da mencionada tecnologia. Portanto, o defendente alega que apenas auxilia na arrecadação de valores relativos a *royalties*, sem ter qualquer ganho financeiro em relação a esses valores. Quanto à exigência de inclusão do valor dos *royalties* na base de cálculo do ICMS, o defendente alega que não há base legal para tal inclusão; que o art. 13, II da Lei Complementar 87/96, e o art. 54, I do RICMS/97 estabelecem que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação mercantil praticada. Reproduz os mencionados dispositivos legais, e assegura que o valor dos *royalties* é devido pelo destinatário das sementes ao titular dos direitos intelectuais da Tecnologia RR, e para comprovar a alegação defensiva, informa que acostou aos autos cópias dos boletos bancários emitidos para cobrança de *royalties* relativos às operações documentadas pelas Notas Fiscais de números 3193, 3194, 3195, 3196, 3197 e 3198, objeto da presente autuação fiscal. Diz que, em que pese o boleto bancário fazer referência à Nota Fiscal, o título tem como cedente a Monsanto do Brasil Ltda, que é a titular dos direitos intelectuais sobre a tecnologia RR. Assim, o defendente entende que há equívoco na inclusão dos valores de *royalties* na base de cálculo, e no presente caso, há uma única operação de compra, os *royalties* não fazem parte do valor da venda, e por isso, não há motivo para incluí-lo na base de cálculo do ICMS. A esse respeito, cita julgado do STJ em situação análoga e reafirma que não há fundamento para a manutenção do presente lançamento. Pede o cancelamento do Auto de Infração, reafirmando que a receita de *royalties* não é de sua propriedade; não faz parte do preço da mercadoria, e caso não se conclua pelo cancelamento da exigência fiscal, assegura que está equivocado o valor de R\$0,88 por quilo de semente, utilizado pela fiscalização como *royalties* devido, já que no ano de 2006, o valor aplicado era de R\$0,30, o que se comprova com a análise conjunta das NFs 3194 e 3196 e os respectivos boletos bancários. Finaliza, pedindo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 90/91 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que o defendente manifestou a sua dificuldade de entender o motivo da autuação fiscal; não apresentou alegações que venham elidir a exigência fiscal; a cobrança do ICMS incluindo o custo da semente mais a margem de lucro mais *royalties* se dá em razão de o autuado figurar no contrato como multiplicador licenciado, sendo mandatário com poder e dever de cobrar os *royalties* relativos às sementes por ele comercializadas, sendo também responsável por inserir dados no sistema de controle da Monsanto. Portanto, há dois sujeitos (John Kudies e Monsanto) que são associados na produção e comercialização de semente geneticamente modificada, e não se pode separar a tecnologia da semente, haja vista que sem a tecnologia não seria semente geneticamente modificada. Diz que, na comercialização da semente geneticamente modificada, o preço de venda do produto é apresentado ao destinatário pelo total (semente + *royalties*), e a cobrança dos valores é feita de maneira separada, conforme a vontade do remetente, salientando que essa vontade não tem o poder de definir a base de cálculo da operação. Salienta que a cobrança em separado dos *royalties* por meio de boleto bancário em nome da Monsanto não descaracteriza a definição do preço do produto que é o valor pago pelo destinatário. Informa que, de acordo com o contrato acostado aos autos, os *royalties* são cobrados sobre as sementes, e neste caso, o autuado pode e deve cobrá-los. Quanto aos direitos de propriedade industrial, o autuante assegura que serão cobrados somente pela Monsanto, por parceria junto aos grandes compradores de soja; a remuneração de John Kudies acontece pelo lucro na venda de semente e por uma parcela dos *royalties*, calculada por quilo de semente

comercializada e outra parcela fixa paga por um preço mínimo mensal em Real. Conclui, dizendo que o autuado apresentou alegações ineptas, que não podem descaracterizar a autuação fiscal.

Considerando que foi acostado aos autos um documento denominado “Acordo Geral para Licenciamento de Direitos de Propriedade Intelectual da Tecnologia Roundup Ready” em nome da empresa Monsanto do Brasil Ltda. e do Sr. Valter Gatto, que não tem qualquer relação com o Auto de Infração em lide, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal, deliberou converter o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 70) para o autuante intimar o defendente a apresentar e juntar ao PAF cópia do mencionado Acordo em nome do autuado, bem como a comprovação referente à quitação do boleto emitido em nome do destinatário da mercadoria constante do documento fiscal objeto do presente lançamento.

À fl. 29 consta Termo de Entrega de Documentos em que o autuado informa a apresentação do “Acordo Geral para Licenciamento de Direitos de Propriedade Intelectual da Tecnologia Roundup Ready”, que firmou com a Monsanto do Brasil Ltda. em 29/11/2006, pedindo a sua juntada ao PAF.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 117, aduzindo que na diligência fiscal foi solicitado para intimar o contribuinte a fornecer documento que venham a fazer prova contra ele (comprovante de quitação do boleto). Esclarece que o critério utilizado na apuração da base de cálculo foi o previsto no art. 54 e seus incisos do RICMS, estando demonstrado à fl. 05 do PAF. Entende que a dúvida do relator se refere ao arbitramento da base de cálculo, ou seja, como se chegou à base de cálculo. Diz que os valores foram explicitados na descrição dos fatos do auto de Infração, no demonstrativo de débito (fl. 3), na exposição de motivos (fl. 05), na publicação na internet dos preços e da metodologia de cobrança do *royalties* (fl. 6) e no Acordo Geral para Licenciamento de Direitos de Propriedade Intelectual da Tecnologia Roundup Ready (fl. 7). Informa que o mencionado Acordo Geral foi juntado aos autos como ferramenta de justificativa do arbitramento e entende que é irrelevante se o boleto bancário foi quitado ou não, considerando que a legislação do ICMS estabelece como inclusão da base de cálculo os valores recebidos, e neste caso, basta que sejam debitados ou cobrados e esta cobrança está caracterizada. Entende que a juntada dos documentos solicitados é inócua, não está prevista na legislação, e o cumprimento da diligência solicitada implicaria na emissão de Ordem de Serviço, que é de competência da Inspeção DAT-SUL, e como agravante, para o cumprimento da diligência, o autuante diz que teria que se dirigir à residência do autuado, que é produtor rural e sua fazenda pode ser também sua residência, e para se dirigir à residência do autuado precisaria uma ordem judicial, sendo insuficiente uma ordem de serviço.

VOTO

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, tendo em vista que foi constatado destaque do imposto a menos em documento fiscal, devido a erro na determinação da Base de Cálculo do imposto. Valor cobrado e não destacado nas Notas Fiscais 003193, 3194, 3195, 3196, 3197 e 3198, de 26/09/2006 emitida pelo autuado cobrado através de boleto bancário.

O autuado informou que auxilia na arrecadação de valores relativos a *royalties*, sem ter qualquer ganho financeiro em relação a esses valores. Quanto à exigência de inclusão do valor dos *royalties* na base de cálculo do ICMS, alegou que não há base legal para tal inclusão, por entender que o art. 13, II da Lei Complementar 87/96, e o art. 54, I do RICMS/97 estabelecem que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação mercantil praticada, e assegura que o valor dos *royalties* é devido pelo destinatário das sementes ao titular dos direitos intelectuais da Tecnologia RR.

Observo que *royalties* são valores cobrados pelo proprietário de uma patente de produto, processo de produção, marca, entre outros, ou pelo autor de uma obra, para permitir seu uso ou comercialização. Assim, no caso de patente, é garantida ao seu titular a propriedade de explorar comercialmente a sua criação.

A legislação estabelece que se incluem 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, conforme art. 54, inciso I do RICMS/97.

No caso em exame, foi consignado nas notas fiscais objeto da autuação, que no valor das mercadorias “não estão inclusos os Royalties da Tecnologia Roundup Ready”, tendo sido alegado pelo defendente, que o valor de R\$0,88 por quilo de semente, utilizado pela fiscalização como *royalties* devido está equivocado, já que no ano de 2006, o valor aplicado era de R\$0,30.

O autuante acostou ao presente processo uma “minuta final” de um Acordo Geral para Licenciamento de Direitos de Propriedade Intelectual da Tecnologia Roundup Ready (fls. 07 a 20), firmado entre a empresa Monsanto do Brasil Ltda. e o Sr. Valter Gatto, constando no item 4.1 que o produtor deverá efetuar a cobrança dos royalties junto aos Sojicultores, podendo incluir o valor dos *royalties* no preço de venda das sementes RR ou cobrá-los separadamente, mediante emissão de boletos de cobrança, estabelecendo a Monsanto como beneficiária. Assim, da leitura desse item do Acordo depreende-se que os *royalties* são cobrados aos destinatários, e por isso, devem ser computados na apuração da base de cálculo do ICMS, o que não foi efetuado pelo defendente, conforme observação consignada no corpo das notas fiscais objeto do presente lançamento.

Quanto ao valor a ser cobrado, consta no mencionado Acordo, item 4.2, que para o plantio da Safra 2005/2006, o valor dos royalties será de R\$0,88 por quilo de sementes RR. O preço mínimo é de R\$36,00 mensais e o “Preço Variável” é o valor equivalente ao que superar o valor mínimo (R\$0,50) efetivamente cobrado pelo Produtor dos Sojicultores (item 4.5.1).

Constata-se que existe a possibilidade de haver variação de preços, sendo informado pelo autuante no Termo de Apreensão e Ocorrências às fls. 27/28, que em relação aos royalties, “a cobrança será feita proporcionalmente a quantidade de semente de Soja a um preço de (R\$0,50 a R\$0,88 por quilo)”, sendo anexado à fl. 06 do PAF Notícia em página da internet indicando que será cobrado para a Safra 2005/2006 o valor de R\$0,88 por quilo de semente certificada.

Na busca da verdade material, e tendo em vista que ainda não estava acostado aos autos o Acordo Geral firmado entre a Monsanto e o autuado, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal, deliberou converter o presente processo em diligência à Infaz de origem para o autuante intimar o defendente a apresentar e juntar ao PAF cópia do mencionado Acordo em nome do autuado, bem como a comprovação referente à quitação do boleto emitido em nome do destinatário da mercadoria constante dos documentos fiscais objeto do presente lançamento.

A diligência realizada não atendeu às necessidades do PAF, na medida em que o documento apresentado pelo defendente (Acordo Geral para Licenciamento de Direitos de Propriedade Intelectual da Tecnologia Roundup Ready - fls. 100 a 113), firmado entre o defendente e a Monsanto não indica o valor dos *royalties*, além de ter sido firmado em 29/11/2006, data posterior à da autuação fiscal.

Em sua impugnação, o sujeito passivo admite a cobrança de *royalties* ao destinatário das mercadorias, alegando que tal cobrança é necessária à comercialização da Soja com tecnologia RR, postulando que, se não forem acatados os seus argumentos quanto à improcedência do Auto de Infração, que seja considerado o valor de R\$0,30 por quilo de semente. Entretanto, não cabe ao autuado determinar, sem a necessária comprovação, o valor da base de cálculo do lançamento de ofício.

Verifico que o autuante não acostou ao PAF a comprovação do valor exato a ser considerado na apuração da base de cálculo do imposto devido, haja vista que anexou página da internet, que não se configura como prova do valor cobrado na operação em exame, sendo anexado também, Acordo Geral em nome de Valter Gatto, e o Acordo apresentado pelo autuado não consta

expressamente o mencionado valor, além de ter sido firmado em data posterior à da autuação.

O demonstrativo à fl. 36 indica que foi utilizado o preço de R\$0,88 por quilo, mas não está provado no presente processo que foi esse o valor efetivamente debitado aos destinatários da mercadoria constante nas notas fiscais objeto do presente Auto de Infração.

O art. 41, inciso II do RPAF/BA que tem o mesmo teor do art. 130, inciso II do COTEB, estabelece que o Auto de Infração far-se-á acompanhar dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido.

Portanto, é dever do Fisco determinar, com segurança o valor do imposto devido, comprovando a exatidão dos cálculos efetuados, sendo nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, conforme art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, por falta elementos nos autos que determinem, com segurança, o valor correto da base de cálculo, e represento à autoridade competente no sentido de programar nova ação fiscal 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 279547.0903/06-8**, lavrado contra **JOHN KUDIESS**.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR