

A.I. Nº - 054829.0075/08-0
AUTUADO - HIDRO QUÍMICA SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO ARAÚJO CAMPOS
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 02/04/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0050-03/09

EMENTA: ICMS. DOCUMENTO FISCAL. NOTA FISCAL. INIDONEIDADE. DOCUMENTO EMITIDO POR CONTRIBUINTE FICTÍCIO OU QUE NÃO MAIS EXERCE SUAS ATIVIDADES. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A intimação para futura inaptdão do emitente do documento é posterior à data da ação fiscal, como posterior, conseqüentemente, é a declaração de sua inaptdão. Por conseguinte, na data da autuação o emitente da Nota Fiscal se encontrava ativo no cadastro de contribuintes. Somente após a publicação da inaptdão, tornando o fato do conhecimento de todos, é que surte efeitos perante terceiros aquele ato administrativo. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/8/08, diz respeito à utilização de documentação fiscal emitida por contribuinte fictício ou que não mais exerce suas atividades, tendo sido encontradas mercadorias transitando acobertadas pela Nota Fiscal 0003 emitida por Solven Produtos de Limpeza Ltda., inscrição estadual nº 56387993, sendo que, em visita efetuada ao estabelecimento emitente do referido documento, foi constatado que a empresa não mais exerce as atividades no local, o que ensejou a lavratura da FLC [Ficha de Localização de Contribuinte], tornando o documento inidôneo, apresentando-se na oportunidade a empresa autuada como sendo proprietária da mercadoria, a qual passou a ser fiel depositária. ICMS lançado: R\$ 14.790,00. Multa: 100%.

O contribuinte defendeu-se suscitando como preliminar a nulidade do procedimento fiscal por falta de provas e por cerceamento de defesa, tomando por fundamento o art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição. Reclama que não há prova nos autos de que o emitente da Nota Fiscal não mais exerce atividades no local, como também não há prova de que as mercadorias não eram destinadas à Dow Brasil S.A. ou que a empresa autuada seria a proprietária das mercadorias. Indaga qual seria a relação necessária que existe entre alguém ser depositário de mercadorias e este alguém ser o proprietário das mercadorias depositadas. Argumenta que o que o fisco apurou foi que a empresa autuada fazia o transporte das aludidas mercadorias, já que o caminhão é de sua propriedade. Por essas razões protesta que está sendo vítima de cerceamento de defesa, pois está sendo acusada em processo administrativo que pressupõe prova préconstituída, sem qualquer prova de que tenham acontecido os fatos narrados. Pede a nulidade do procedimento.

Quanto ao mérito, após falar da forma como a empresa foi constituída e do seu objeto social, e de especificar os dados cadastrais atinentes ao emitente da Nota Fiscal em questão, explica que esta celebrou com o Centro de Pesquisas e Desenvolvimento (CEPED) um Termo de Permissão de Uso, conforme contrato anexo e suas alterações, inserindo-se em programa do governo estadual para incubação de empresas, denominado INCUBATEC, pelo qual a empresa incubada utiliza espaço, galpões e utilidades do CEPED durante o prazo estipulado, para crescer e fortalecer-se, e, após isto,

migraria para instalações próprias fora da área do CEPED, de sorte a possibilitar que uma eventual nova empresa incubada viesse a utilizar o espaço por aquela utilizado. Sustenta que o emitente da Nota Fiscal continua funcionando regularmente como empresa incubada dentro das instalações do CEPED, e, como já atingiu o estágio de maturação que justifica a sua saída do CEPED, ela está no momento construindo uma nova sede em Simões Filho, para onde se mudará no futuro, mas, conforme declaração anexa firmada pelo CEPED e por outra empresa incubada, a Artefatos Indústria e Comércio Ltda., o emitente da referida Nota Fiscal continua incubada no CEPED e continua desenvolvendo as suas atividades industriais e comerciais no CEPED, e tem o seu maquinário, o seu escritório e o seu laboratório no CEPED. Aduz que as recentes fotografias tiradas após o recebimento da intimação do Auto comprovam o que está sendo afirmado.

Prossegue acentuando que a empresa Solven Produtos de Limpeza Ltda. desenvolve a sua atividade industrial na área conhecida como Química Fina ou Especialidades, e sua linha de produtos, conforme anexos “folders” e etiquetas de embalagens de produtos, inclui os produtos que especifica.

Argumenta que, como a referida empresa trabalha na área de Química Fina, ainda estando na sua infância empresarial, suas atividades caracterizam-se pela sazonalidade. Explica que os seus reatores são do tipo batelada, isto é, do tipo que recebe no início a carga de matérias-primas, procede à reação e, após o tempo indicado, obtém o produto final, que é então esvaziado do reator para um tanque de armazenamento para estocagem, seguindo depois para os vasilhames para comercialização. Em razão do número de clientes e de pedidos e em razão da especialidade dos produtos, ocorre sazonalidade da operação, de modo que a operação é descontínua, e por isso em parte ponderável de tempo a fábrica não fica operando, porém as áreas técnica e comercial permanecem em atividade, embora nem mesmo estas atividades precisem ser contínuas. Argumenta que esta característica de sazonalidade própria da operação da Solven Produtos de Limpeza Ltda. não desnatura o fato de ela estar em funcionamento normal e regular, pois ele não é uma quitanda, não existindo qualquer preceito legal que obrigue uma empresa a estar de portas abertas todo dia, sob pena de o fisco resolver concluir que ela está com as atividades encerradas, especialmente em se tratando de uma empresa que explora a área de Química Fina. Considera que o Termo de Opção pelo Simples Nacional e a Declaração Anual do Simples Nacional anexos demonstram as atividades da empresa no ano passado, e que as relações das Notas Fiscais de saídas e as correspondentes Notas Fiscais de saídas do período de janeiro de 2002 a setembro de 2008 ilustram o caráter de sazonalidade das operações da Solven Produtos de Limpeza Ltda., sem que isto signifique que a empresa encerre e reabra as suas atividades a cada um ou dois meses.

Quanto à operação objeto da autuação fiscal, a defesa frisa que, conforme declaração anexa da Dow Brasil Nordeste Industrial Ltda., e da Dow Brasil S.A., a Solven Produtos de Limpeza Ltda. celebrou com estas empresas contratos de fornecimento do inibidor HI028, de fabricação própria desta, pelos quais foram acertados fornecimentos para as datas que indica, nas quantidades especificadas, a saber: a) de acordo com o Pedido de Compra nº 000032/506170, de 19/12/06, a programação de entrega previa a entrega de 2.000 litros no dia 20 de cada um dos meses indicados, a saber: janeiro, março, maio, julho, setembro e novembro de 2007, totalizando 12.000 litros; b) de acordo com o Pedido de Compra nº 000032/578458, a programação de entrega previa a entrega de 2.000 litros no dia 10 de cada um dos meses indicados, a saber: fevereiro, abril, junho, agosto e outubro de 2008, totalizando 10.000 litros.

Prossegue dizendo que, conforme cópias de e-mails anexas, de 13.8.08, Arieli Matias, empregada da Dow, por equívoco, solicitou à Solven fornecimento de 6.000 litros do inibidor HI028, por ter interpretado enganadamente que este era o saldo daquele produto pendente de ser fornecido pela Solven, conforme pedido de compra, e Michele Alvim, sócia e gerente da Solven, confirmou, por e-mail, com Arieli Matias se aquela era a quantidade correta a ser fabricada e entregue, já que a praxe entre as empresas era de fornecimentos de 2.000 litros de cada vez, tendo Arieli Matias, ainda sob engano, confirmado que o fornecimento deveria mesmo ser de 6.000 litros, e então a

Solven forneceu os 6.000 litros de HI028. Embalada a mercadoria em 6 containers de 1.000 litros, ela foi entregue à Hidro Química para que a transportasse até as instalações da Dow, o que foi feito pelo motorista José Bonfim Cerqueira Santana no caminhão Ford F12000, placa JQH-2653, de propriedade da empresa autuada. Alega que, em virtude dos laços de família entre os sócios da Hidro Química e os da Solven, o transporte no caminhão da Hidro Química era de natureza gratuita, na modalidade de comodato de uso, não havendo assim qualquer repercussão tributária nesta operação. Aduz que, uma vez sanada a falha de comunicação entre a Dow e a Solven, com a confirmação do equívoco ocorrido, o produto apreendido veio a ser enviado e recebido pela Dow, acobertado pelas Notas Fiscais 0005 e 0006, emitidas em 20.8.08 pela Solven, cada uma no montante de 3.000 litros de HI028, cujos tributos incidentes foram recolhidos regularmente, conforme documentos anexos, sendo que a empresa Dow solicitou que o fornecimento fosse feito através de duas Notas Fiscais pela vinculação financeira acordada, pois uma seria paga imediatamente e a outra seria paga em janeiro de 2009.

Conclui ponderando que fiscalização visitou o estabelecimento da Solven sem levar em conta os fatos expostos quanto ao local de funcionamento da empresa e à sua atuação na área de Química Fina e à sazonalidade de suas operações, não tendo o fisco se dado o trabalho de consultar a Dow Química para averiguar se a mercadoria apreendida era realmente destinada a ela. Observa que o fisco não anexou aos autos cópia da FLC que diz ter lavrado para justificar a declaração de inidoneidade da Nota Fiscal. Afirma que a empresa autuada jamais se apresentou como proprietária da mercadoria, mas, na qualidade de transportadora, mesmo que a título gratuito, cabia-lhe desembaraçar o seu veículo e a mercadoria transportada, o que foi feito através de sua sócia Verla Lúcia de Sá Duarte Alvim.

Pede que seja acolhida a preliminar de inexistência de provas, decretando-se nula a autuação, ou que, no julgamento do mérito, seja o Auto de Infração declarado improcedente.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que a Constituição assegura ao sujeito passivo o direito da ampla defesa, e neste aspecto não há por que se falar em cerceamento do direito de defesa, pois o litígio correu em virtude de a empresa emitente não ter sido localizada quando da visita pela fiscalização, e a defesa confirma isto quando afirma tratar-se de empresa incubada e quando diz em outra passagem que está no momento construindo uma nova sede em Simões Filho para onde se mudará no futuro. Diz que ao visitar o domicílio tributário cadastrado ninguém sabia informar sobre a existência da Solven, e ainda hoje a empresa se encontra com a situação “inapta” no cadastro. Quanto ao caminhão pertencente ao autuado, o motorista é seu funcionário e a empresa autuada foi que se apresentou para resolver o problema. Conclui sugerindo que se mantenha a autuação e que não seja acolhida a tese da defesa, julgando-se procedente o lançamento.

VOTO

A autuação diz respeito à utilização da Nota Fiscal 0003 emitida por Solven Produtos de Limpeza Ltda., inscrição estadual nº 56387993, considerada inidônea porque, em visita efetuada àquele estabelecimento, foi constatado que a empresa não mais exerce as atividades no local, o que ensejou a lavratura da FLC [Ficha de Localização de Contribuinte], apresentando-se na oportunidade a empresa autuada como sendo proprietária da mercadoria, a qual passou a ser fiel depositária.

A defesa suscita como preliminar a nulidade do lançamento por falta de provas, alegando que isso implica cerceamento de defesa.

Falta de prova não é matéria de preliminar, mas sim de mérito. O que se convencionou chamar de “mérito” compreende os fatos, as provas e o direito aplicável.

O autuado tece uma série de explicações acerca das peculiaridades do estabelecimento fabricante da mercadoria. Fala da sazonalidade da produção daquela empresa e do contrato celebrado com o

Centro de Pesquisas e Desenvolvimento (CEPED), inserindo-se em programa do governo estadual para incubação de empresas denominado INCUBATEC, pelo qual a empresa incubada utiliza espaço, galpões e utilidades do CEPED durante o prazo estipulado, a fim de crescer e fortalecer-se, para depois migrar para instalações próprias fora da área do CEPED. Sustenta que o emitente da Nota Fiscal continua funcionando regularmente como empresa incubada dentro das instalações do CEPED, e, como já atingiu o estágio de maturação que justifica a sua saída do CEPED, ela está no momento construindo uma nova sede em Simões Filho, para onde se mudará no futuro, mas, conforme declaração anexa firmada pelo CEPED e por outra empresa incubada, a Artefatos Indústria e Comércio Ltda., o emitente da referida Nota Fiscal continua incubada no CEPED e continua desenvolvendo as suas atividades industriais e comerciais no CEPED, e tem o seu maquinário, o seu escritório e o seu laboratório no CEPED. Aduz que as recentes fotografias retiradas após o recebimento da intimação do Auto comprovam o que está sendo afirmado.

Quanto ao caso em exame, o autuado descreve os fatos que levaram à emissão da Nota Fiscal 0003, acrescentando que depois foram emitidas as Notas Fiscais 0005 e 0006, desmembrando as mercadorias constantes na Nota 0003.

Observa que o fisco não anexou aos autos cópia da FLC que diz ter lavrado para justificar a declaração de inidoneidade da Nota Fiscal. Afirma que a empresa autuada jamais se apresentou como proprietária da mercadoria, mas, na qualidade de transportadora, mesmo que a título gratuito, cabia-lhe desembaraçar o seu veículo e a mercadoria transportada, o que foi feito através de sua sócia Vera Lúcia de Sá Duarte Alvim.

De fato, o autuante afirma que foi emitida FLC, porém não juntou cópia da mesma aos autos, mesmo após a reclamação da defesa nesse sentido.

Quanto ao fato de o autuado ter aceito a condição de fiel depositário da mercadoria apreendida, isso não significa que seja ele o proprietário da mercadoria, pois, na condição de proprietário do veículo transportador, é perfeitamente razoável que seja eleito como depositário dos bens.

Destaco entre as provas apresentadas os seguintes elementos:

- a) consta às fls. 67/73 cópia de Termo de Permissão de Uso firmado entre a Solven Produtos de Limpeza Ltda. e o Centro de Pesquisas e Desenvolvimento (CEPED), cuja cláusula primeira cuida da permissão de uso de 87m² de área para escritório e planta piloto para que o permissionário desenvolva o empreendimento de base tecnológica “Produtos de Limpeza”, devidamente aprovado pelo permitente (INCUBATEC) com o apoio técnico, administrativo e operacional deste;
- b) consta à fl. 75 o instrumento original de uma declaração do CEPED/ INCUBATEC atestando que a empresa Solven Produtos de Limpeza Ltda., a partir de uma seleção criteriosa da Incubadora de Empresas de Base Tecnológica (INCUBATEC), em parceria com o governo do Estado da Bahia, como parte integrante do Programa Baiano de Incubação de Empresas de Base Tecnológica, participou do processo de incubação naquela incubadora, sendo admitida como empresa incubada, exercendo suas atividades de pesquisa e desenvolvimento de produtos nas instalações daquela entidade. Na mesma declaração é dito que a INCUBATEC cedeu à Solven e a outras empresas um local para escritório, assim como uma área apropriada nas instalações do Centro de Pesquisas e Desenvolvimento (CEPED), órgão suplementar da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), para funcionamento do processo produtivo e pesquisa de cada uma delas. Com relação ao material apreendido no dia 18.8.08 e referenciado no Auto de Infração nº 0544820075080, referente à Nota Fiscal 0003, declara que o mesmo foi fabricado na área de produção cedida à empresa Solven Produtos de Limpeza Ltda., nas instalações do CEPED, onde permaneceu estocado, na sua respectiva área, até a data da sua retirada, no dia 18.8.08. Conclui atestando que a empresa Solven Produtos de Limpeza Ltda. está perante a INCUBATEC/CEPED graduada e pronta para competir no mercado, estando a mesma iniciando o processo para a construção da sua nova sede em Simões Filho, porém parte de seus equipamentos ainda se

encontra no CEPED e será retirada quando a nova sede da empresa estiver concluída. A declaração é firmada pelo gerente da INCUBATEC, pelo gerente financeiro da Artefatos e pela secretária executiva;

- c) consta às fls. 54/62 cópias de instrumentos do contrato social da emitente da Nota Fiscal em questão, a Solven Produtos de Limpeza Ltda. De acordo com a alteração contratual às fls. 56 e ss., consta na 2ª cláusula que a sociedade tem sede e foro no Km Zero da BA 512, nº 18, A, Ceped, Bloco 18 A, no município de Camaçari.

Fica patente então que, embora a empresa emitente do documento não se encontrasse no endereço constante no cadastro fiscal, o estabelecimento funcionava normalmente nas instalações de uma entidade séria, com apoio inclusive do Governo do Estado, recebendo orientação técnica, administrativa e operacional da INCUBATEC e do CEPED, órgão suplementar da Universidade do Estado da Bahia (UNEB).

O fiscal autuante diz que emitiu uma FLC (Ficha de Localização de Contribuinte). Não a juntou aos autos. De acordo com o INC (Informações do Contribuinte), no sistema de informática desta Secretaria, a empresa somente foi intimada para futura inaptidão no dia 2.9.08, vindo afinal a ser declarada inapta no dia 25.9.08. Por conseguinte, na data da autuação, 26.8.08, ela se encontrava ativa. Observe-se que somente após a publicação da inaptidão, tornando o fato do conhecimento de todos, é que surte efeitos perante terceiros aquele ato administrativo.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **054829.0075/08-0**, lavrado contra **HIDRO QUÍMICA SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA