

A. I. Nº. - 269189.3010/09-2
AUTUADO - FMC QUÍMICA DO BRASIL LTDA.
AUTUANTES - JOÃO JOSÉ DE SANTANA
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 19. 07. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0186-01/10

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA NÃO ENTRADA NO ESTABELECIMENTO. A falta de comprovação por parte do fisco estadual quanto à inexistência do estabelecimento autuado, bem como a demonstração do modelo de atividade desenvolvido pelo contribuinte, tornam a infração descaracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 05/10/2009, foi atribuída ao sujeito passivo a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado, nos meses de janeiro, fevereiro e abril a junho de 2009, sendo exigido o imposto no valor de R\$512.181,38, acrescido da multa de 150%. Na “Descrição dos Fatos” consta que se refere à utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias que não entraram no estabelecimento em função da sua inexistência de fato, considerando que sua constituição virtual fere o conceito de estabelecimento empresarial definido pelo art. 1.142 do Código Civil.

O autuado ingressou com impugnação às fls. 17 a 36, ressaltando que a fundamentação utilizada no Auto de Infração se resumiu ao trecho descrito em seu campo “Descrição dos Fatos”, não tendo sido juntado aos autos qualquer documento, termo ou levantamento para embasar a acusação, nem mesmo notas fiscais emitidas pelo estabelecimento.

Realça que de acordo com a planilha de cálculos apresentada no Auto de Infração, estão sendo exigidos supostos débitos de ICMS calculados com uma alíquota de 7% aplicada sobre uma base de cálculo arbitrada, atualização monetária e multa de 150% sobre o valor dos débitos. Contudo não concorda com a exigência fiscal, uma vez que a descrição e justificativa apresentadas não comprovam o quanto alegado, pois o seu estabelecimento efetivamente existe e opera no Estado da Bahia, além de a acusação ser contraditória e as mercadorias comercializadas serem isentas do ICMS na venda interna no Estado.

Assevera que como a autoridade administrativa só tem competência para lavrar o Auto de Infração quando verificar a infração, não pode alterar a natureza da autuação apenas para prevenir a decadência ou presumir a ocorrência do fato gerador do imposto. Frisa que no presente caso não se pode falar em qualquer infração, haja vista que o seu estabelecimento filial, situado no Município de LEM [Luiz Eduardo Magalhães] efetivamente existe, constituindo-se em um centro distribuidor ativo, com funcionários, estrutura, alvarás e autorizações para funcionamento, além da entrada e saída física de mercadorias provenientes da sua fábrica localizada em Uberaba-MG.

Alega que por essa razão é reconhecido como a empresa líder no setor de comercialização de defensivos agrícolas para plantações de algodão no oeste baiano, mercadorias que foram comercializadas e distribuídas a partir do seu estabelecimento autuado.

Salienta que dois pontos evidenciam a nulidade da autuação. Em primeiro lugar, apresentou qualquer prova para sustentar a alegação de inexistência

que a atividade administrativo-fiscal do Estado é plenamento vinculada e assenta-se no princípio da legalidade, não podendo a fiscalização impor sanções ou efetuar lançamentos com base em presunções.

Alega que sequer foi explicada a origem da base de cálculo utilizada, nem foi feita qualquer referência específica às operações de entrada e saída, e às respectivas notas fiscais, que teriam sido utilizadas para se chegar à base de cálculo, denotando a insuficiência da descrição e fundamentação do Auto de Infração, comprometendo o seu direito de defesa, confrontando diretamente os artigos 39, inciso III e 41 do Decreto Estadual nº 7.629/99 [RPAF/BA].

O segundo ponto diz respeito à contradição da cobrança de imposto e aplicação de multa de 150% pela utilização indevida de crédito fiscal, sob o argumento de que o estabelecimento não existiria de fato. Destaca que se as mercadorias não ingressaram no estabelecimento, também não saíram, não havendo fato gerador que permita a cobrança de imposto ou a utilização de crédito. Aduz que o raciocínio empregado pelo autuante para a realização da imputação é contraditório e falho. Assinala que o artigo 42, inciso V, alínea “b” da Lei nº 7.014/96 permite tão somente a aplicação de uma multa de 150% sobre o valor do imposto no caso de utilização indevida de crédito fiscal.

Desse modo, para a cobrança dessa multa duas premissas devem ser atendidas: a existência de débitos do imposto e de crédito fiscal, e a utilização dos créditos fiscais para quitar, por meio da compensação, os débitos fiscais. Frisa que a alegação do fisco foi de que o estabelecimento não existiria de fato e, conseqüentemente, as mercadorias não teriam ali ingressado.

Realça que seguindo esse raciocínio chega-se às seguintes conclusões: se o estabelecimento não existe não houve entrada nem saída de mercadorias; não havendo saída de mercadorias não existiram quaisquer operações passíveis de tributação pelo ICMS e, por último, como resultado não existiram débitos a serem compensados com créditos fiscais, motivo pelo qual não haveria como exigir nem os débitos, pois eles não existiriam, nem a multa, por não ter ocorrido qualquer utilização indevida de crédito. Assim, o Auto de Infração não se sustenta, por ser equivocado e contraditório, fato suficiente para que seja reconhecida a sua nulidade.

Entende que tendo em vista que a fiscalização não investigou cuidadosamente os fatos, para demonstrar a veracidade das operações que deram causa à cobrança, os elementos que orientaram o agente fiscal não bastam para superar o campo da presunção, mostrando-se insuficientes para justificar a autuação. Desse modo, a fiscalização transferiu ao contribuinte o ônus da prova, afrontando o disposto no art. 113, § 1º do Código Tributário Nacional (CTN).

Lembra que em face do princípio da tipicidade cerrada, o fato gerador do tributo não pode ser presumido, devendo ser provado, razão pela qual o Auto de Infração deve ser cancelado. Acerca desse aspecto, traz à colação as lições de Marco Aurélio Greco.

Afirma que como o ônus da prova cabe a quem alega, os meios de prova de que se vale para estabelecer o que é de direito, em um determinado caso controvertido, servem para direcionar a convicção da autoridade, que deve emanar o provimento administrativo de lançamento. Nesse sentido, registra que a jurisprudência é pacífica, como se observa da transcrita ementa relativa ao Acórdão emanado do TRF – Tribunal Regional Federal/5ª Região, na Apelação Cível nº 0512194.

Consigna que a fiscalização lavrou o Auto de Infração baseando-se apenas em mera presunção, além de utilizar um raciocínio contraditório e equivocado para justificá-lo, ensejando a nulidade do Auto de Infração e, por conseqüência, a sua total improcedência.

Salienta que embora a descrição feita no Auto de Infração não esteja clara, ao se examinar a planilha de cálculos das exigências, constata-se que além da multa de 150% sobre o valor do imposto indevido de crédito fiscal, estão sendo cobrados também débitos de ICMS sobre a base de cálculo arbitrada pela fiscalização, com base na alíquota de 7%.

Frisa que o seu estabelecimento situado em Luiz Eduardo Magalhães é um centro distribuidor que comercializa apenas defensivos agrícolas, como herbicidas, fungicidas e demais insumos agropecuários. Ademais, a quase totalidade das suas operações está voltada para o oeste baiano, ou seja, as vendas são feitas dentro do Estado da Bahia.

Lembra que o transcrito art. 20 do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia (RICMS/BA), com base no Convênio Confaz nº 100/97, estabelece que são isentas as operações internas com diversos insumos agropecuários, dentre os quais se encontram aqueles comercializados pelo autuado. Assim, com exceção das poucas operações de venda para outros estados, a quase totalidade das suas operações de saída estavam isentas do ICMS no período autuado.

E foi por essa razão que o estabelecimento tinha um grande acúmulo de crédito de ICMS, já que adquiria suas mercadorias da fábrica da empresa em Uberaba-MG, quando se creditava do ICMS pago na operação interestadual, não tendo débitos para compensar com esses créditos, fato que possibilitou que o crédito acumulado gerasse diversos pedidos de transferência a terceiros, apresentados à Secretaria da Fazenda da Bahia, sendo que alguns dos pedidos foram deferidos.

Destaca, por fim, que as vendas realizadas para outros Estados, que estariam sujeitas ao ICMS com as reduções previstas no citado Convênio, representam uma parcela muito pequena do total de operações praticadas pelo autuado (menos de 5% do total), sendo que o ICMS devido é compensado com o crédito fiscal existente, equivalendo a um valor substancialmente inferior àquele exigido no Auto de Infração.

Conclui que se a quase totalidade de suas vendas estava isenta, não há como a fiscalização exigir sobre as operações praticadas no mercado interno um imposto que nunca foi devido. E como não haviam débitos de ICMS a serem pagos, também não se pode dizer que houve a utilização indevida de crédito, razão pela qual também é indevida a multa de 150% sobre tais operações.

Considerando que o principal fundamento apresentado pelo fiscal para justificar a autuação foi a inexistência de fato do estabelecimento, entende que lhe cabe demonstrar o contrário, isto é, que seu estabelecimento existe, é operacionalmente ativo e atende aos preceitos legais aplicáveis. Assim, acha relevante descrever a disciplina prevista no art. 1.142 do Código Civil e no art. 11, § 3º da Lei Complementar nº. 87/96, que conceituam estabelecimento comercial e dispõem sobre os elementos que o caracterizam, inclusive sob o prisma da legislação do ICMS.

Da leitura desses dispositivos conclui que para a efetiva existência de um estabelecimento devem ser considerados os seguintes pontos: a existência de um complexo de bens organizados para o exercício da atividade empresarial e a existência de um local privado, próprio ou de terceiro, para o exercício das atividades empresariais e onde se encontrem armazenadas mercadorias. Esclarece que fabrica e vende defensivos agrícolas para todo o País, conforme seu Estatuto Social (fls. 43 a 58), sendo que a industrialização é realizada na sua fábrica de Uberaba.

Observa que para facilitar a comercialização dos seus produtos no País e a aproximação com seus clientes, criou estabelecimentos em alguns estados, que funcionam como centros distribuidores na respectiva região, sendo que o principal aspecto considerado foi o logístico, para que o cliente possa ser atendido com agilidade e presteza. Cada uma dessas unidades conta com um estoque de mercadorias, que aumenta ou diminui conforme a época do ano e a safra correspondente, bem como de empregados nas áreas de venda e cobrança, além de terceiros contratados para cuidar da contabilidade e de outros aspectos administrativos e de movimentação/armazenagem da carga.

Destaca que utiliza o modelo de negócio de venda no atacado direto ao produtor, de modo que seus vendedores e empregados trabalham diretamente no campo, onde se localizam seus clientes, justificando a existência de apenas um centro distribuidor local, não necessitando de lojas abertas ao público. E foi por essa razão que em novembro de 2004 criou visando atender aos produtores do oeste baiano, sobretudo do setc

Frisa que alugou um galpão na cidade, montando sua estrutura administrativa e de armazenagem, tendo contratado a empresa Bravo Serviços Logísticos, para prestar serviços de controle de estoque, movimentação de mercadorias dentre outros, e a empresa Lorentz Processamento de Dados, para assessorá-lo nos trabalhos contábeis e fiscais, cujos serviços são prestados no próprio estabelecimento. Contratou, também, doze empregados, residentes naquela cidade e em Barreiras, para os serviços de venda e cobranças, dentre os quais está o gerente de vendas local, responsável pela tomada das decisões comerciais da empresa na região. Embora os funcionários sejam registrados na sua sede em Campinas-SP, onde se localiza seu setor de recursos humanos, eles trabalham e residem no Estado da Bahia.

Menciona que possui outro estabelecimento em Luiz Eduardo Magalhães, usado como Centro de Tratamento de Sementes, onde prepara as sementes utilizadas pelos produtores para a aplicação dos defensivos agrícolas, além de auxiliá-los na manipulação, armazenagem e descarte das mercadorias adquiridas, de forma ambientalmente correta. O trabalho efetuado nesse centro complementa as atividades de venda, deixando clara a sua efetiva atuação no oeste baiano.

Para auxiliar na demonstração dos fatos descritos e prestar esclarecimentos julgados necessários ou para receber diligência a fim de comprovar a efetiva existência e operacionalidade do estabelecimento, anexa os seguintes documentos: Contrato de Prestação de Serviços, firmado com a Lorentz Processamento de Dados (doc. 4 – fls. 66 a 71); Contrato de Prestação de Serviços de armazenagem e manuseio de produtos, firmado com a Bravo Serviços Logísticos (doc. 5 – fls. 72 a 90); Cadastro Municipal e Alvará de Licença e Funcionamento (doc. 6 – fl. 91); Cadastro de Comerciante de Agrotóxicos (doc. 7 – fl. 92); Registros de Inventário, a título de amostragem, de outubro e dezembro de 2007 e fevereiro de 2009 (doc. 8 – fls. 93 a 101); Registros de Saída, a título de amostragem, de março de 2005, abril e outubro de 2006, abril e outubro de 2007 e abril de 2008 (doc. 9 – fls. 102 a 233); fotos do estabelecimento e das mercadorias armazenadas (doc. 10 – fls. 234 a 239); fotos do Centro de Tratamento de Sementes (doc. 11 – fls. 240 a 245); Certidão Negativa de Débitos no Estado da Bahia (doc. 12 – fl. 246); slides com detalhes do modelo logístico utilizado (doc. 13 – fls. 247 a 249); lista dos nomes dos seus funcionários no Estado da Bahia (doc. 14 – fl. 250).

Conclui que foram atendidos os dois pontos acima indicados, uma vez que existe um complexo de bens organizados para o exercício da atividade empresarial, bem como um local, ainda que de terceiros, onde o negócio é exercido e as mercadorias armazenadas.

Voltando a tratar sobre os créditos fiscais acumulados, ressalta que as mercadorias que comercializa são fabricadas em Minas Gerais e vendidas para o estabelecimento da Bahia, operação com incidência do ICMS. Entretanto, como as vendas internas estão isentas desse tributo, como consequência, ocorre um acúmulo de créditos. Diante disso, ao longo desses anos apresentou à Inspeção Fazendária de Barreiras vários pedidos de transferência dos créditos para terceiros (doc. 15 – fls. 251 a 256), sendo que alguns desses pedidos foram deferidos.

Realça que, além disso, em agosto de 2009 firmou Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda (doc. 16 – fls. 257 a 259), por meio do qual foi autorizado a transferir o montante de créditos fiscais acumulados até 30/04/2009 para outros contribuintes do Estado da Bahia de acordo com os limites ali estabelecidos. Aduz que esse termo serve, também, para atestar a idoneidade e existência de fato do estabelecimento, já que não é possível conceber que o Secretário de Fazenda do Estado firme um Termo de Acordo para transferência de créditos fiscais acumulados sem que o seu estabelecimento existisse de fato e fosse operacionalmente ativo.

Argumenta ter ficado consignado que a fiscalização examinaria sua escrita e documentação fiscal para verificar a correção do saldo credor acumulado. Não obstante Auto de Infração, o que lhe deixou perplexo e gerou uma situação

Embora entenda ter demonstrado a nulidade e insubsistência do Auto de Infração, caso o órgão julgador o mantenha, o que admite apenas para argumentar, considera que há excesso na multa sugerida. Alega que não é justo que seja apenado com a multa de 150%, que equivale a uma vez e meia o valor de um imposto que sequer é devido.

Alega que a multa é abusiva, extorsiva, expropriatória, além de confiscatória e em total confronto com o art. 150, inciso IV da Constituição Federal de 1988, uma vez que além de não ter havido fraude ou sonegação, dolo ou má-fé, que justificassem o agravamento da multa, o valor exigido é extremamente elevado, ultrapassando os limites da razoabilidade e proporcionalidade.

Lembra que a cobrança de multa em valores elevados já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, nos autos da ADI nº 551-1/600-RJ, quando reconheceu, ao tratar de dispositivos de lei do Estado do Rio de Janeiro que previram multas para casos de não recolhimento de tributos e sonegação, que os percentuais eram confiscatórios, não podendo ultrapassar o valor principal, conforme ementa e trecho do voto que transcreveu. Registra que esse posicionamento é predominante no STF, conforme decisões que rejeitaram a aplicação de multas confiscatórias, nos Acórdãos relativos aos Recursos Extraordinários 81.550/75-MG e 91.707-MG.

Acrescenta que, além disso, deve-se considerar que o art. 3º do CTN estabelece que o tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito, não podendo ser utilizado para punir, assim como as sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçado. Alega que por mais grave que seja o ilícito, não se justifica a fixação de penalidade que exproprie o autuado de parcela de seu patrimônio de maneira desproporcional à infração.

Assim, tem como demonstrada a abusividade e o não cabimento da multa de 150%, que deverá ser afastada pelo CONSEF.

Conclui que o Auto de Infração não pode subsistir, pelas seguintes razões:

- 1) é nulo, haja vista que deve ser utilizado de acordo com a estrita legalidade, tendo como condição de existência a infração e a penalidade, o que não ocorreu, por se basear em presunção;
- 2) a fiscalização não apresentou qualquer prova que atestasse a alegação de inexistência do estabelecimento autuado;
- 3) é contraditória a cobrança de imposto e a exigência de multa de 150% pela utilização indevida de crédito fiscal, sob o argumento de que o estabelecimento não existiria de fato, pois se as mercadorias não ingressaram no estabelecimento, tampouco saíram, não havendo fato gerador que permita a cobrança de imposto ou a utilização de crédito;
- 4) a quase totalidade de suas vendas no período autuado foi isenta do ICMS, de acordo com o art. 20 do RICMS/BA, sendo este mais um motivo pelo qual as exigências não poderiam ser feitas;
- 5) o estabelecimento existe e é operacionalmente ativo desde a sua criação, contando com funcionários, autorizações, alvarás e estrutura para a efetiva movimentação de cargas nos seus estoques, tendo cumprido com todas as exigências legais aplicáveis, conforme demonstrado;
- 6) o valor da multa isolada é extremamente elevado, ultrapassando os limites da razoabilidade e proporcionalidade, devendo ser afastada.

Pleiteia que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração e, no mérito, seja decretada a insubsistência da autuação, com o consequente cancelamento das exigências efetuadas e o arquivamento do processo administrativo.

Caso assim não entendam os julgadores, o que admite a título meramente argumentativo, requer que o Auto de Infração seja julgado parcialmente improcedente, s cobrados, tendo em vista a isenção do ICMS nas operações com as m mercado interno.

Protesta, por fim, provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, sem qualquer exceção, especialmente pela juntada de novos documentos, realização de perícia ou outras providências necessárias à elucidação da verdade real dos fatos alegados.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 261 a 264, aduzindo ser indispensável no julgamento o conhecimento da verdade dos fatos, a qual se sustenta na existência de provas. Realça que a imputação decorreu do acúmulo e utilização indevida de crédito fiscal originário de operações concernentes a mercadorias destinadas a um estabelecimento virtual, existente apenas de direito, com o objetivo único de acumular créditos para posterior reembolso pelo Estado da Bahia.

Contesta a argumentação defensiva quanto à ausência de documentos anexados ao processo, afirmando que a juntada de notas fiscais é desnecessária, tendo em vista que de acordo com o art. 39, inciso III do RPAF/BA, o Auto de Infração deve conter a descrição dos fatos atinentes à infração, de forma clara, precisa e sucinta.

Afirma estar claro que o crédito indevido se originou de transferências da fábrica situada em Uberaba-MG para uma filial que somente existia no papel, que não tinha empregados, nem mercadorias expostas à venda, nem realizava vendas ao público, que se localizava numa sala minúscula onde só tinha uma mesa, um computador e uma impressora, utilizados apenas para troca de notas fiscais, o que era realizado por um funcionário da empresa transportadora.

Realça que a base de cálculo está exata, fixa e determinada (precisa), originando-se das entradas fictícias, com o objetivo apenas de acumular créditos e solicitar sua devolução junto ao Estado da Bahia.

Enfatiza que não se faz necessário anexar as notas fiscais que geraram o crédito, pois as mesmas estão lançadas nos livros fiscais, cujas cópias se encontram acostadas ao processo.

Observa que de acordo com o contrato de prestação de serviços de armazenagem e manuseio de produtos entre a FMC de Uberaba e a Bravo Serviços Logísticos Ltda., é nas dependências desta última que o suposto estabelecimento da FMC na Bahia fica instalado e onde as mercadorias são estocadas, sendo descarregadas de grandes caminhões e redistribuídas para entrega por meio de veículos menores ou retiradas pelos próprios adquirentes (produtores rurais ou revendedores).

Já as fotos anexadas às fls. 235 a 238 mostram o suposto “estabelecimento comercial”, onde existia uma mesa, um computador, uma impressora e um arquivo com pastas referentes às trocas de notas fiscais de entradas por saídas fictícias, já que as mercadorias não entravam no estabelecimento, por terem destinatários certos. Assim, no descarregamento já eram formados lotes, de acordo com o pedido de cada comprador, fazendo-se apenas a substituição das notas fiscais. A foto de fl. 239 mostra mercadorias armazenadas no transportador, com os lotes já separados e identificados por adquirente, aguardando apenas a sua distribuição.

Quanto às fotos relativos à unidade de beneficiamento de sementes, salienta que esse estabelecimento realmente existe, porém não foi objeto da autuação.

Destaca que os empregados relacionados à fl. 250 são todos registrados em Campinas-SP, o que confirma a autuação, haja vista que não foi identificado nenhum funcionário na sala do suposto estabelecimento. Ademais, esse documento tem as seguintes características: foi elaborado com o timbre de Campinas, não está assinado e nem diz que os funcionários estão lotados no estabelecimento autuado; consta que o Sr. Fagner Mazzetto dos Anjos tem a função de representante de crédito e cobrança e reside em Barreiras, portanto a 90 quilômetros da sede; o estabelecimento não dispõe de telefonista, faxineira, office-boy, auxiliar de escritório, etc., nem foram apresentados contratos relativos a uma suposta terceirização.

No que concerne aos pedidos de transferências de créditos, asseverar que foram deferidos porque não tinha sido feita uma visita ao local do suposto entendimento equivocado por parte dos prepostos que deferiram os pedidos.

Tece os seguintes comentários a respeito do Termo de Acordo celebrado pelo autuado com a Secretaria da Fazenda:

- 1 - o acordo foi feito nos gabinetes de Salvador, não tendo sido solicitada nenhuma informação à Inspetoria de Barreiras, para esclarecimento dos fatos;
- 2 - consta no parágrafo único da cláusula primeira que a fiscalização examinaria a escrita e a documentação fiscal do contribuinte, para verificar a correção do saldo credor acumulado. Ao realizar esse exame, concluiu que foi montado um estabelecimento de fachada, apenas com o intuito de acumular créditos fiscais e causar prejuízo financeiro ao Estado da Bahia, que absorveria créditos fiscais de estados ricos, através da simples troca de notas fiscais;
- 3 – os compromissos assumidos pelo autuado na cláusula terceira não foram cumpridos, haja vista que as atividades comerciais da suposta unidade sofreram uma grande redução na sua movimentação durante o exercício de 2009, como se verifica nas DMAs [declarações e apurações mensais do ICMS] apresentadas, quase paralisando no segundo semestre, por coincidência após a assinatura do Termo de Acordo no valor de R\$6.219.184,60.

Salienta que fora solicitado ao defendente que apresentasse o livro de Registro de Empregados ou fichas, a escritura de propriedade do imóvel ou o contrato de locação e as duplicatas emitidas nas vendas de insumos aos produtores rurais com os respectivos comprovantes de recebimento, tendo sido apresentado apenas um arquivo de duplicatas emitidas sem identificação, reforçando o entendimento de que todas as operações comerciais (vendas), as cobranças e os recebimentos eram feitos por Campinas.

Mantém a autuação.

VOTO

Observo que o Auto de Infração se refere à acusação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento. Verifico que a imputação decorreu do fato de a fiscalização estadual ter concluído que o contribuinte se creditou do imposto, porém seu estabelecimento não existia de fato, considerando que sua constituição virtual contrariava o conceito de estabelecimento empresarial.

Inicialmente, tratarei a respeito dos motivos de nulidade da autuação, aventados pelo impugnante. No que se refere à argumentação de que a fiscalização não teria apresentado provas que dessem respaldo à alegação de inexistência do estabelecimento, entendo que na realidade houve aqui um equívoco por parte do defendente, desde quando a acusação, conforme salientado acima, consistiu na alegação do fisco de que o creditamento do ICMS era irregular, porque o estabelecimento não existia de fato, porém apenas de direito. Isto significa que a fiscalização entendeu que a empresa funcionava de forma irregular, por se constituir apenas em um “estabelecimento virtual”.

Quanto à alegação de que não foi explicada a origem da base de cálculo, nem foi apontada a documentação fiscal que teria resultado no montante apurado pelo autuante, tornando o Auto de Infração sem fundamentação e comprometendo o direito de defesa do sujeito passivo, ressalto que não assiste nenhum razão ao contribuinte, desde quando foram carreadas aos autos as cópias reprográficas dos livros fiscais que possibilitaram ao Auditor Fiscal apurar o montante do ICMS indicado no lançamento, tudo em conformidade com o demonstrativo próprio, que não deixa margens a dúvidas quanto aos valores verificados durante a ação fiscal. Por este motivo, também resta afastada a afirmação defensiva atinente à existência de equívocos e de contradições no levantamento levado a efeito pela fiscalização.

Por último, de forma contrária à aventada pela defesa, o presente lançamento de ofício apresenta-se em conformidade com a estrita legalidade, não contrariando nenhum processo administrativo fiscal. Ademais, a infração imputada se base

na documentação disponibilizada pelo contribuinte, não tendo se amparado em nenhum tipo de presunção.

No mérito, os elementos e argumentos trazidos ao processo pelo sujeito passivo e pelo autuante me levam à conclusão que o estabelecimento autuado se refere a uma unidade comercial da empresa, que dispõe de unidade fabril no Município de Uberaba-MG, de onde recebe as mercadorias que distribui na região oeste do Estado da Bahia.

Observei que a sistemática utilizada pelo autuado se refere à utilização de espaço disponibilizado por um operador de logística, que no caso se trata da empresa Bravo Serviços Logísticos Ltda. Saliento que a atividade desenvolvida por operador logístico consiste na prestação de serviços de armazenagem, representação comercial, faturamento de vendas, emissão de documentos fiscais, escrituração fiscal, transporte de mercadorias, controle de estoques, dentre outras atividades, através de contratos formalizados com seus clientes. Dentre as provas documentais trazidas pelo impugnante encontra-se contrato firmado com a mencionada empresa.

Deste modo e em razão do modelo operacional adotado pelo autuado, as mercadorias que adquire são automaticamente distribuídas entre seus clientes, não havendo necessidade de serem descarregadas em seu estabelecimento, o que, de qualquer modo pode ocorrer, tendo em vista que opera junto à empresa de logística.

Ultrapassada o item atinente ao método operacional desenvolvido pelo autuado, verifico que os produtos comercializados pelo impugnante se referem a herbicidas, fungicidas e outros insumos agropecuários, mercadorias cujas operações internas são beneficiadas pela isenção do ICMS, prevista no art. 20, inciso I do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia (RICMS/BA), aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, enquanto que a sua aquisição ocorre com tributação sob a alíquota interestadual de 7%, tendo em vista que, conforme dito acima, as recebe da sua fábrica, situado no Estado de Minas Gerais. Nessa situação, o acúmulo de crédito fiscal por parte do contribuinte trata-se de uma consequência natural, e tanto é assim que conforme documentação acostada aos autos, em várias oportunidades foram deferidos pedidos de transferência de crédito fiscal acumulado. Saliento que a análise de tais pedidos coube à própria Inspetoria de Barreiras.

Cabe aqui lembrar que nem sempre a manutenção de créditos nos casos de entradas de mercadorias com isenção depende de regras próprias delineadas na legislação correlata, e neste caso existe regra específica de manutenção, que trata sobre as mercadorias em referência, o que se verifica no art. 104, inciso VI do RICMS/BA.

Por outro lado, apesar da insurgência do autuante contra outra prova trazida pelo impugnante, que se trata do Termo de Acordo celebrado com a Secretaria da Fazenda, vejo que de acordo com a cláusula primeira desse Acordo, que foi assinado dois meses antes da lavratura do Auto de Infração, o contribuinte foi autorizado a *“transferir o montante de créditos fiscais acumulados em decorrência das situações previstas no artigo 106, ... conforme previsto na alínea “d” do inciso II do artigo 108-A do RICMS-BA”*.

Já de acordo com o parágrafo único da citada cláusula, cabe à fiscalização estadual examinar a escrita e a documentação fiscal do contribuinte, para verificar a correção do saldo credor acumulado declarado. Deste modo, como os créditos fiscais glosados pelo fisco se encontravam consignados na escrita fiscal do autuado, tendo se originado de notas fiscais relativas à aquisição interestadual de mercadorias normalmente tributáveis, concluo restar descaracterizada a exigência fiscal.

Ante todo o exposto, voto pela improcedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269189.3010/09-2**, lavrado contra **FMC QUÍMICA DO BRASIL LTDA.**

Esta Junta recorre, de ofício, desta 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR