

A. I. N° - 269189.3007/09-1
AUTUADO - FMC QUÍMICA DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - JOÃO JOSÉ DE SANTANA
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
INTERNET - 21.03.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0027-05/11

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA NÃO ENTRADA NO ESTABELECIMENTO. O lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração, (art. 18, IV, “a” do RPAF/99 - Decreto nº 7.629/99). Represento à autoridade fazendária, para que nova fiscalização seja realizada, desta feita a salvo dos vícios apontados, consoante determina o art. 21 do mesmo diploma legal. Auto de Infração NULO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração, lavrado em 30/09/2009, foi imputada ao autuado a utilização indevidamente de crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado, no período de 31/12/2004 a 31/12/2008 sendo lançado o valor de R\$ 7.857.879,10, acrescido da multa 150%. No campo “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 apresenta defesa, às fls. 73 a 90, arguindo que em 30.09.2009, a fiscalização estadual lavrou o Auto de Infração contra a sua filial localizada no Município de Luis Eduardo Magalhães (“LEM”), por suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS. Argumenta que a fundamentação utilizada no Auto de Infração se resumiu ao trecho descrito no campo “Descrição dos Fatos”, não tendo sido juntado ao PAF qualquer documento, termo ou levantamento para embasar a referida alegação, nem mesmo notas fiscais emitidas pelo estabelecimento.

Aduz que no tocante aos dispositivos legais infringidos e à multa aplicada, a autuação fez referência ao artigo 97, inciso VII e ao artigo 124 do RICMS/BA, bem como ao artigo 42, inciso V, alínea “b”, da Lei Estadual nº 7.014/96, que reproduz.

Ressalta que ao analisar a planilha de cálculos apresentada no Auto de Infração, verifica que estão sendo exigidos supostos débitos de ICMS calculados com uma alíquota de 7% aplicada sobre uma base de cálculo arbitrada no período de dezembro/2004 a dezembro/2008, atualização monetária e multa de 150% sobre o montante dos débitos.

Argui que não concorda com a exigência fiscal porque a descrição e justificativa apresentadas são insuficientes para comprovar as alegações apresentadas, posto que o seu estabelecimento efetivamente existe e opera no Estado da Bahia, além da imputação ser contraditória e as mercadorias comercializadas serem isentas do ICMS na venda interna no Estado.

Por conta disso, a Requerente lança mão da presente Defesa, a fim de que seja julgado integralmente improcedente o Auto de Infração em objeto. Os motivos de fato e de direito que ensejam a nulidade do Auto de Infração e o cancelamento integral da exigência fiscal nele contida, serão expostos a seguir.

Argumenta que as autoridades administrativas só têm competência para lavrar o Auto de Infração quando detectar a infração, não pode alterar a natureza do Auto de Infração, tão somente para prevenir a decadência ou presumir a ocorrência do fato gerador do imposto.

Esclarece que no caso em questão, o estabelecimento filial situado no Município de LEM efetivamente existe e constitui um centro distribuidor operacionalmente 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.

Diz que é reconhecida na condição de 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.

Ressalta que dois pontos merecem destaque a fim de evidenciar a nulidade do Auto de Infração sob discussão. Em primeiro plano a fiscalização não apresentou qualquer elemento que pudesse comprovar, a sua alegação de inexistência do seu estabelecimento; e em segundo lugar são contraditórias a cobrança de imposto e a exigência de multa de 150% pela suposta utilização indevida de crédito fiscal sob o argumento de que o seu estabelecimento não existiria de fato.

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

Frisa que sequer foi explicada a origem da base de cálculo utilizada para o cálculo do imposto e da multa cobrados, nem mesmo foi feita qualquer referência específica às operações de entrada e saída, e suas respectivas notas fiscais, que teriam sido utilizadas para se chegar a tal base de cálculo, compromete o seu direito de defesa.

Em relação ao segundo ponto, diz que o raciocínio empregado pela fiscalização para a realização da autuação é contraditório e falho, porque a norma só permite a cobrança de uma multa de 150% do valor do imposto no caso de utilização indevida de crédito fiscal.

Realça que para a cobrança da referida multa tem de haver 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. Aduz que a alegação da fiscalização foi no sentido de que o seu estabelecimento não existiria de fato e, consequentemente, as mercadorias não teriam ali ingressado.

Entende que o raciocínio utilizado pela fiscalização para justificar a cobrança feita não se sustenta, porque é equivocado e contraditório, suficiente para que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração.

Aduz que o Fisco preferiu cobrar o tributo supostamente devido, bem como a multa decorrente da infração imputada, baseado em mera presunção, para, após a lavratura de Auto de Infração, transferir ao contribuinte o ônus da prova, em manifesta afronta ao disposto no artigo 113, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional (“CTN”).

Frisa que em decorrência do princípio da tipicidade cerrada, o fato gerador do tributo não pode ser presumido, deve ser provado, por este motivo, entende que o Auto de Infração deve ser cancelado. Acerca dessa matéria, transcreve lições de Marco Aurélio Greco.

Argumenta que 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. Reproduz ementa do Acórdão prolatado pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível nº 0512194.

Registra que a fiscalização lavrou o Auto de Infração com base em mera presunção, além de ter utilizado um raciocínio contraditório e equivocado para justificá-lo, e que tal procedimento por si só já enseja a nulidade e a total improcedência do Auto de Infração.

Aduz que o seu estabelecimento localizado no Município de LEM (Luis Eduardo Magalhães) é um centro distribuidor que comercializa apenas defensivos agrícolas, como herbicidas, fungicidas e demais insumos agropecuários nessa área. Ademais e que a quase totalidade das suas operações são voltadas para a região do oeste baiano, ou seja, são vendas feitas dentro do Estado da Bahia.

Destaca que o art. 20 do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia (RICMS/BA), que transcreve, com base no Convênio Confaz nº 100/97, reza que são isentas as operações internas com diversos insumos agropecuários, dentre os quais se encontram aqueles por ele comercializados. Desse modo, 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.

Por essa razão que o seu 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.

Frisa que as vendas realizadas para outros Estados, que estariam sujeitas ao ICMS com as reduções previstas no Convênio nº 100/97, representam uma parcela pequena do total de suas operações praticadas (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.

Finaliza este item dizendo 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 é possível se dizer que houve a utilização indevida de crédito, razão pela qual também é indevida a multa de 150% sobre tais operações.

Salienta que tendo em vista que o principal fundamento apresentado pela fiscalização para fundamentar a autuação foi a inexistência de fato do estabelecimento, entende que cabe ao autuado demonstrar o contrário, isto é, que seu estabelecimento existe, é operacionalmente ativo e atende às exigências legais aplicáveis, por isso acha importante transcrever o que dispõe o 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.

A partir dos referidos dispositivos conclui que para a efetiva existência de um estabelecimento devem ser considerados os seguintes pontos:

- (i) existência de um complexo de bens organizados para o exercício da atividade empresarial; e
- (ii) existência de um local privado, próprio ou de terceiro, para o exercício das atividades empresariais e onde se encontrem armazenadas mercadorias.

Aduz que tem por atividade a fabricação e venda de defensivos agrícolas para todo o País, e que a industrialização desses produtos resulta de complexo processo industrial realizado na sua fábrica localizada no Município de Uberaba-MG, consoante contrato social, às fls. 97 a 111.

Esclarece que, para facilitar a comercialização dos seus produtos pelo País e a aproximação com seus clientes, criou estabelecimentos em alguns Estados que servem como centro distribuidor dos seus produtos na respectiva região e que o principal aspecto considerado na criação desses estabelecimentos é o logístico, de modo que o cliente possa ser atendido com agilidade e presteza. Sendo que cada um desses estabelecimentos 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 que são contratados para cuidar da contabilidade do estabelecimento e de outros aspectos administrativos e de movimentação/armazenagem da carga.

Destaca que modelo de negócio utilizado pela Requerente é o de venda no atacado direto ao produtor, motivo pelo qual seus vendedores e empregados costumam trabalhar diretamente no campo, onde estão localizados seus clientes, o que justifica a existência apenas de um centro distribuidor local, não sendo necessárias lojas abertas ao público em geral, o que é comum somente nas vendas a varejo. Salienta que por essa razão, é que em novembro de 2004 criou o no

Município de LEM, com entrada em funcionamento no mês de dezembro do mesmo ano, focando o atendimento aos produtores da região do oeste baiano, especialmente aqueles do setor algodoeiro e de cultivo de grãos, que necessitam dos defensivos agrícolas produzidos por seu estabelecimento em grandes quantidades.

Informa que para o funcionamento do estabelecimento em LEM, alugou um galpão na cidade, onde montou a sua estrutura administrativa e de armazenagem, tendo contratado a empresa Bravo Serviços Logísticos para prestar os serviços de controle de estoque, movimentação de mercadorias e outros relacionados e que contratou também a empresa Lorentz Processamento de Dados para assessorá-lo nos trabalhos contábeis e fiscais demandados, cujos serviços são todos prestados em sua unidade em LEM. Afirma ainda que contratou doze empregados residentes nos Municípios de LEM e Barreiras para os serviços de venda e cobranças. Frisa que entre esses funcionários está o gerente de vendas local, responsável pela tomada das decisões comerciais da empresa naquela região. Embora referidos funcionários estejam registrados na sede da Requerente em Campinas-SP, onde está localizado seu setor de Recursos Humanos, eles trabalham e residem no Estado da Bahia.

Cita que possui outro estabelecimento em Luis Eduardo Magalhães, que serve como Centro de Tratamento de Sementes, local que 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.

Após os esclarecimentos acima pede para juntar aos autos os documentos que auxiliam na demonstração dos fatos já mencionados, no intuito de prestar eventuais esclarecimentos adicionais julgados necessários ou mesmo para receber diligências no seu estabelecimento autuado a fim de comprovar sua efetiva existência e operacionalidade, como segue:

- (i) Contrato de Prestação de Serviços firmado com a Lorentz Processamento de Dados (doc. nº 4);
- (ii) Contrato de Prestação de Serviços de Armazenagem e manuseio de produtos firmado com a Bravo Serviços Logísticos (doc. nº 5);
- (iii) Cadastro Municipal e Alvará de Licença para funcionamento emitido pela Prefeitura de LEM (doc. nº 6);
- (iv) Cadastro de Comerciante de Agrotóxicos (doc. nº 7);
- (v) Registro de Inventário do estabelecimento de LEM, a título de amostragem, em Out./2007, Dez./2007 e Fev./2009 (doc. nº 8);
- (vi) Registros de Saída do estabelecimento de LEM, a título de amostragem, em Mar./2005, Abr./2006, Out./2006, Abr./2007, Out./2007 e Abr./2008 (doc. nº 9);
- (vii) Fotos do estabelecimento da Requerente em LEM e das mercadorias armazenadas (doc. nº 10);
- (viii) Fotos do Centro de Tratamento de Sementes da FMC Química em LEM (doc. nº 11);
- (ix) Certidão Negativa de Débitos no Estado da Bahia (doc. nº 12);
- (x) Slides com detalhes sobre o modelo logístico utilizado pelo estabelecimento de LEM (doc. nº 13);
- (xi) Lista com nome dos funcionários que trabalham para a Requerente no Estado da Bahia (doc. nº 14).

Acrescenta que consoante já demonstrado, existe um complexo de bens organizados para o exercício da atividade empresarial, assim como um local, ainda que de terceiro, onde o negócio é exercido e as mercadorias armazenadas.

Observa que um ponto que merece ser mencionado diz respeito aos créditos fiscais que foram acumulados pelo estabelecimento autuado, porque conforme explicado anteriormente, as mercadorias por ele comercializadas são fabricadas em Uberaba-MG e vendidas para o seu estabelecimento em LEM (Luis Eduardo Magalhães), operação na qual incide o ICMS. Entretanto, as vendas internas dessas mercadorias por seu estabelecimento de LEM, estão isentas do ICMS, gerando, como consequência, um acúmulo de créditos de ICMS.

Destaca que ao longo desses anos, apresentou a Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia, por meio da Inspetoria Fazendária de Barreiras, diversos pedidos de transferência para terceiros dos créditos acumulados (doc. nº 15), sendo que alguns desses pedidos foram deferidos.

Salienta que em agosto de 2009 firmou Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, por meio do qual foi autorizado a transferir o montante de créditos fiscais acumulados até o dia 30/04/2009 para outros contribuintes do Estado da Bahia em conformidade com os limites ali estabelecidos. Frisa que tal termo, serve também para atestar a idoneidade da existência de fato do seu estabelecimento em LEM. Diz que não é possível conceber que o Secretário de Fazenda do Estado da Bahia iria firmar um Termo de Acordo para transferência de créditos fiscais acumulados com o autuado sem que seu estabelecimento existisse de fato e fosse operacionalmente ativo.

Defende que ficou consignado que a fiscalização estadual examinaria a escrita e documentação fiscal da Requerente para verificar a correção do saldo credor acumulado. Não obstante, o resultado da referida fiscalização foi o Auto de Infração ora impugnado, que o deixou a perplexo e gerou uma situação de insegurança jurídica que atrapalha a continuidade dos seus negócios no Estado da Bahia, situação que entende deve ser corrigida.

Quanto à multa de 150% aplicada, entende que há excesso na sua exigência e não acha justo que seja apenado com tão excessiva multa, que representa uma vez e meia o valor de um imposto, no seu entender, sequer é devido pelo autuado, uma vez que suas operações no mercado interno estão isentas do ICMS.

Cita que na forma que foi aplicada a multa configura uma situação abusiva, extorsiva, expropriatória, além de confiscatória, confrontando com o artigo 150, inciso IV da Constituição Federal, na medida em que além de não ter havido fraude ou sonegação, acompanhadas de dolo ou má-fé, que justificassem o agravamento da multa, o valor exigido a título de multa punitiva é extremamente elevado, ultrapassando os limites da razoabilidade e proporcionalidade. Transcreve ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551-1/600-RJ, do STF, que reconheceu, ao tratar de dispositivos de lei do Estado do Rio de Janeiro que previram multas extorsivas para hipóteses de não recolhimento de tributos e sonegação fiscal, bem como trechos dos Recursos Extraordinários nº 81.550/75 e 91.707 – MG, em outras decisões também do STF. Cita o artigo 3º do CTN que define tributo.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado nulo, improcedente ou parcialmente improcedente.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em Direito admitidos, especialmente pela juntada de novos documentos, realização de perícia ou quaisquer outras providências que se façam necessárias para a elucidação da verdade real dos fatos alegados.

O autuante presta informação fiscal às fls. 322 a 325, diz que o artigo 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia assegura ao sujeito passivo tributário o direito de impugnação na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada de todas as provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, desde que produzidas ou requeridas na forma e nos prazos legais.

Salienta que os elementos probatórios, carreados pela impugnante e pela Fazenda, têm como objetivo convencer quem decide no processo administrativo fiscal e que é indispensável, comprovar os fatos deduzidos para a administração da justiça, pautado no conhecimento da verdade do fato.

Aduz que o procedimento fiscal decorreu do acumulo e da utilização indevida de crédito fiscal oriundo de mercadorias destinadas a um estabelecimento virtual, existente apenas de direito, com o objetivo único de acumular créditos fiscais para posterior reembolso pelo Estado da Bahia.

Rechaça a alegação defensiva dizendo que a juntada de documentos (notas fiscais) torna-se desnecessário, considerando que o RPAF no seu artigo nº.39, III, diz que o auto de infração conterá a descrição dos fatos de forma clara, precisa e sucinta. Quando o legislador utilizou o termo claro, preciso e sucinto, quis dizer.

Argumenta que está claro que o crédito indevido é originário de transferências de produtos de sua fábrica localizada em Uberaba-MG, para uma filial que só existia no papel, não tendo empregados, nem possuindo mercadorias expostas a venda, não realizava vendas ao público, localizava-se numa minúscula sala onde só tinha uma mesa, um computador e uma impressora, que serviam apenas para troca de notas, realizadas por um funcionário da transportadora.

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

Afirma que é desnecessário juntar todas as notas fiscais que geraram o crédito, já que as mesmas estão lançadas nos livros fiscais, cujas cópias encontram-se colacionadas aos autos.

Destaca que o autuado junta um contrato de prestação de serviços de armazenagem e manuseio de produtos, tendo como contratante a FMC Uberaba – MG e contratado a Bravo Serviços Logísticos Ltda. em Luis Eduardo Magalhães – Ba, empresa na qual está instalada internamente em suas dependências o suposto estabelecimento da FMC na Bahia.

Assinala que a defesa junta fotos do armazém da empresa Bravo onde as mercadorias ficam estocadas, que tal armazenamento é feito por uma questão de logística de transporte, já que chegam em grandes caminhões, são descarregadas, redistribuídas para entrega em veículos menores ou retiradas pelos verdadeiros proprietários (produtores rurais ou revendas de insumos).

Salienta que às fls. 297, 298 e 299 encontram-se fotos do suposto “estabelecimento comercial” onde existia uma mesa, um computador, uma impressora e um arquivo com as pastas oriundas das trocas de notas fiscais de entrada por saídas fictícias, já que as mercadorias não entravam no estabelecimento e já vinham com destinatário certo, afirmado que no descarregamento já eram formados lotes de acordo com o pedido de cada comprador e fazia-se apenas a substituição da nota fiscal.

Consigna que nos autos existem fotos de mercadorias armazenadas no transportador, com lotes já separados e identificados por adquirente, aguardando apenas a logística de distribuição, bem como da unidade de beneficiamento de sementes, afirmando que tal estabelecimento existe, mas que não fora objeto da autuação.

Narra que pela relação juntada, os supostos empregados são registrados em Campinas – SP, não identificou nenhum funcionário da FMC na sala do suposto estabelecimento.

Com relação ao pedido de transferência de crédito existem alguns processo deferidos, em decorrência de não ter sido feito uma visita ao local do suposto estabelecimento, o que gerou um entendimento equivocado por partes dos prepostos que deferiram os processos.

Quanto ao “Termo de Acordo” celebrado com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, tece algumas as seguintes considerações:

1. *Tal acordo foi feito nos gabinetes de Salvador, onde não tiveram a mínima preocupação de solicitar informações a Inspetoria de Barreiras para esclarecimento dos fatos.*
2. *No parágrafo único da cláusula primeira está acordado que a fiscalização estadual examinará a escrita e a documentação fiscal da acordante para verificar a correção do saldo credor acumulado. Exames realizados por este preposto fiscal chegaram a conclusão que foi montado um estabelecimento de fachada com o intuito apenas de acumular créditos fiscais e causar prejuízos financeiros ao Estado da Bahia, fazendo com que o mesmo absorva créditos fiscais de Estados ricos da federação através da simples troca de papéis (notas fiscais).*

3. Os compromissos assumidos pela acordante na cláusula terceira do termo de acordo não foram cumpridos como podemos ver: as atividades comerciais desta suposta unidade, sofreram uma grande redução na sua movimentação durante o exercício de 2009 como podemos verificar nas DMA apresentadas, chegando a praticamente paralisar no segundo semestre de 2009, por coincidência após a assinatura do termo de acordo no valor de R\$ 6.219.184,60.

Sobre o quantitativo de empregados é compromisso para inglês ver, manter quantitativo de empregados quando não se tinha empregados só pode ser “*fruto da má-fé cínica ou da obtusidade córnea*” com já dizia Eça de Queiroz..

O documento nº 14 (fls.311) reforça sua afirmação de que não existe o estabelecimento comercial em questão, por ter feito as seguintes verificações:

Como podemos ver:

1 - está em papel com timbre de Campinas – SP, não está assinado, diz apenas que tais funcionários residem em Luis Eduardo Magalhães e Barreiras ou seja não afirma que estão lotados no estabelecimento fruto da autuação.

2 - afirma que o Sr.Fagner Mazzetto dos Anjos tem a função de representante de crédito e cobrança e reside em Barreiras, portanto a 90(noventa) km da sede do suposto estabelecimento.

3 - este é o primeiro estabelecimento sem telefonista, faxineira, office-boy, auxiliar de escritório, etc., caso sejam terceirizados apresentar os contratos.

Informa que solicitou do autuado: o livro de Registro de Empregados ou Fichas; escritura de propriedade do imóvel ou contrato de locação; duplicatas emitidas nas vendas de insumos aos produtores rurais com os respectivos comprovantes de recebimento (cópia da intimação anexa), tendo apresentado apenas um arquivo de duplicatas emitidas sem identificação, segundo o autuante reforça o seu entendimento de que toda operação comercial (venda), cobrança e recebimento, era feita por Campinas-SP.

Conclui afirmando que mantém a autuação.

O processo foi convertido em diligência pela 4ª. Junta de Julgamento Fiscal, à ASTEC para que fossem adotadas as seguintes providências:

1. intimar o autuado para fazer entrega ao diligente, do livro Registro de Entradas e das Notas Fiscais originais, que deram suporte aos lançamentos dos créditos no livro Registro de Apuração do ICMS;
2. caso os documentos e os livros fiscais sejam apresentados, cotejar os seus elementos inclusive os seus valores e verificar se estão em conformidade com o que prevê o Regulamento do ICMS/97, atinente à matéria em lide. Estando os seus elementos em conformidade com os originais e com o que dispõe a norma, juntar cópias dos mencionados livros e documentos, acompanhadas do novo demonstrativo com os valores efetivamente de direito do contribuinte, se for o caso;
3. fazer a entrega ao autuado, mediante recibo a ser juntado, por força da presente diligência, de cópia deste pedido e dos novos elementos acostados aos autos, que não estejam em poder do autuado, se for o caso. Conceder o prazo de 10 dias para que o autuado possa se manifestar, se quiser;

O auditor fiscal designado presta informação fiscal, à fl. 230 a 232, dizendo que intimado a apresentar os livros Registro de Entrada, juntamente com as respectivas notas fiscais originais que deram causa ao lançamento, o autuado atendera ao solicitado, apresentando tanto os livros quanto as notas fiscais, de posse de tais livros e documentos fiscais apresentados, foi efetuada verificação, por amostragem, em vários meses, devido ao grande número de notas fiscais, constando que os créditos fiscais dos documentos analisados, foram lançados em conformidade com o que prevê o Regulamento do ICMS/97.

VOTO VENCIDO

O Auto de Infração trata de imputação ao autuado de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado, e que a utilização indevida do crédito fiscal se deu 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.

Saliento que a 1ª. Junta de Julgamento Fiscal através do Acórdão JJF nº 0186-01/10, prolatou decisão, sobre questões dessa mesma natureza, atinente ao Auto de Infração nº 269189.3010/09-2, lavrado pelo mesmo autuante, contra o mesmo sujeito passivo. Sendo que após minudente análise dos elementos trazidos aos autos, bem como do teor da mencionada decisão, coaduno perfeitamente com o entendimento e os fundamentos erigidos pelo ilustre colega Relator Valmir Nogueira de Oliveira, cujo voto aqui reproduzo no seu inteiro teor, que o tomo como sendo válido para fundamentar a minha decisão, face sua fideginidade com os termos do relatório consolidado linhas acima.

"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, trataria 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 defensor, 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 nenhuma 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 dos princípios que regem o processo administrativo fiscal. Ademais, a infração imputada se baseou nos dados fiscais colhidos 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 autuado 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 ocorre, tendo em vista que opera junto à empresa de logística.

Ultrapassado 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 um mês e três dias, 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.”

De outro lado, o processo foi convertido em diligência à ASTEC, para que auditor fiscal designado verificasse se os valores dos documentos fiscais lançados no livro Registro de Entradas e apurados no livro Registro de Apuração do ICMS se encontravam em conformidade com a norma, sendo que após a realização de tais exames, o diligente concluiu que os créditos fiscais dos documentos fiscais analisados foram lançados de acordo com o que prevê o Regulamento do ICMS/97.

Portanto, concluo que, não houve comprovação por parte do fisco estadual quanto à inexistência do estabelecimento autuado, do mesmo modo, a fiscalização não provou que a mercadoria não entrou no estabelecimento do contribuinte.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Peço vénia para discordar do voto do colega relator deste PAF, com base na livre apreciação da prova, de que disponho, na qualidade de julgadora deste processo, pois percebo que não há nos autos condição de se firmar um entendimento conclusivo de que os fatos trazidos não se constituem em geradores de obrigação tributária, ou seja, que seriam resultados de um planejamento tributário, portanto uma elisão fiscal, ou se, na verdade, estaria ocorrendo, no estabelecimento autuado, uma evasão fiscal, com consequente prejuízo para o erário baiano.

Ocorre que o autuante lança em todo o seu pronunciamento, indícios de que há irregularidades na apropriação dos créditos fiscais, referentes às mercadorias recebidas em transferência.

Ademais, não ficou clara a situação do operador de logística, Bravo Serviços Logísticos Ltda, quanto ao seu efetivo papel junto ao estabelecimento autuado, quando o autuante informa que este está instalado internamente nas suas dependências, e levanta suspeitas de “saídas fictícias”.

Ademais, a defesa junta fotos do armazém da empresa Bravo, onde as mercadorias ficam estocadas, por uma questão de logística de transporte, e neste caso podemos questionar, se não haveria necessidade de o autuado possuir um regime especial, junto à Secretaria da Fazenda, para operar da forma como alega que vem fazendo, a exemplo de outras empresas que trabalham com logística semelhante, tais como Avon e congêneres, regime especial que permite à SEFAZ um acompanhamento maior da movimentação de mercadorias, pois o autuado declara em sua peça de defesa que “*o modelo de negócio utilizado é o de venda no atacado direto ao produtor, [...] , o que justifica a existencia apenas de um centro distribuidor local*”, e que foca o atendimento aos produtores da região do Oeste baiano, que necessitam dos defensivos agrícolas produzidos por seu estabelecimento em grandes quantidades.

Vejo que neste processo, embora o autuado tenha anexado Contratos de Prestação de Serviços firmado com a Lorentz Processamento de Dados, (doc 04), e Contrato de Prestação de Serviços

de Armazenagem firmado com a Bravo Serviços Logísticos (doc 05), há lacunas na obtenção de respostas tais como, qual o papel da Bravo Serviços Logísticos, se há necessidade de regime especial, e se as saídas internas foram de fato promovidas pela filial da Bahia, de que forma? Questiona-se também se não ocorreram saídas interestaduais, e em que montante.

Portanto, no embate que se formou em torno deste processo administrativo fiscal, não ficou devidamente esclarecido se os créditos fiscais acumulados e utilizados são legítimos.

Constatou também que o autuante tece algumas considerações quanto ao “Termo de Acordo” celebrado com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, que necessitam ser aprofundadas, pois trazem um conteúdo que lança dúvida sobre a forma como foi celebrado.

Enfim, a auditoria encetada no estabelecimento autuado necessita ser aprofundada, pois há nos autos afirmações contraditórias quanto à virtualidade da empresa, e quanto à veracidade da logística da distribuição dos produtos.

Por outro lado, a diligência realizada pouco esclareceu, apenas constatou se os documentos fiscais tinham sido emitidos e lançados na escrita fiscal/contábil, logo não adentrou na busca da verdade material, mas restou-se aos aspectos formais do lançamento, sem confirmar a sua correspondência com a realidade. Contudo, o fisco possui meios instrutórios vastos que lhe permitem formar a convicção da extensão e do conteúdo do fato que está sendo apontado no Auto de Infração, o que deve ser feito em nova ação fiscal.

Diante do princípio da busca pela verdade material, que decorre da legalidade, no qual a Administração não pode agir baseada apenas em presunções, e da falta de elementos, nos autos, que possibilitem uma decisão de mérito, que dista da mera apreciação formal das provas acostadas aos autos, voto pela nulidade do Auto de Infração, e represento à autoridade fiscal, para que a ação fiscal seja renovada, desta feita com maior profundidade, o que só irá beneficiar as partes envolvidas, posto que as dúvidas aqui formuladas poderão ser definitivamente esclarecidas.

Diante do exposto, voto pela nulidade do lançamento, haja vista que o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração, (art. 18, IV, “a” do RPAF/99- Decreto nº 7.629/99), e represento à autoridade fazendária, para que nova fiscalização seja realizada, desta feita a salvo dos vícios apontados, consoante determina o art. 21 do mesmo diploma legal.

Infração nula.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por Decisão não unânime, julgar **NULO**, o Auto de Infração nº **269189.3007/09-1**, lavrado contra **FMC QUIMICA DO BRASIL LTDA**. Recomenda-se que o procedimento fiscal seja renovado na forma consignado no voto vencedor.

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, 22 de fevereiro de 2011.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR/VOTO-VENCIDO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO JULGADORA/VOTO-VENCEDOR