

PROCESSO	- A. I. N° 0940293420/11
RECORRENTE	- BIOAGRO INDÚSTRIA COMÉRCIO E BENEFICIAMENTO DE PRODUTOS AGRÍCOLAS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5 <sup>a</sup> JJF n° 0112-05/12
ORIGEM	- IFMT - DAT/SUL
INTERNET	- 31/10/2012

## 2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0315-12/12

**EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL INIDÔNEA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que contiver declaração inexata. No caso presente, restou comprovada a divergência do local da saída da mercadoria, ou seja, o Município de Luís Eduardo Magalhães e não o Município de Simões Filho, sendo indevida, neste caso, a fruição dos benefícios do Programa DESENVOLVE, arguido pelo recorrente. É legal a definição do valor da base de cálculo com base em pauta fiscal, tendo em vista se tratar de produto agropecuário, consoante estabelecem os Arts. 23, inciso XVII da Lei n° 3.956/81 - Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, 19, inciso I da Lei n° 7.014/96 e 73, inciso I do RICMS/BA. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Exigência subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário apresentado pelo recorrente, por intermédio dos seus patronos, em relação ao julgamento levado a efeito pela 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal que, por unanimidade, decidiu pela Procedência do Auto de Infração em referência, o qual fora lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$ 27.634,51, acrescido de multa no percentual de 100%, sob a seguinte acusação: “*Operação ou prestação sem documento fiscal ou com documentação fiscal inidônea: Ref. 31.403,00 kg de algodão em pluma acompanhado da Nota Fiscal (DANFE) n° 0297 cujo endereço constante nessa Nota Fiscal diverge do endereço correspondente ao da saída da mercadoria apreendida. Base de Cálculo Pauta Fiscal. Termo de Depósito n° 0003*”. Foram dados como infringidos os artigos 209, incisos IV e VI, 911 e 913 do RICMS, aprovado pelo Decreto n°. 6.284/97, e aplicada à multa prevista no art. 42, IV, “j”, da Lei n° 7.014/96.

Consta, à fl. 2 dos autos, “TERMO DE OCORRÊNCIA”, com as seguintes informações:

*“Aos oito dias do mês de julho de 2011, no cumprimento de nossas atividades fiscalizadoras no Posto Fiscal Bahia/Piauí, recebemos do Sr. Manoel Antonio Machado a DANFE n° 297 dando trânsito a 31.403,00 kg de algodão em pluma, tendo como endereço de saída da mercadoria a Rodovia BA 093, Km 01, SN, Engenho Novo, Galpão 09, Simões Filho/BA. Observamos que o endereço constante da referida DANFE divergia do endereço da real saída das mercadorias, infringindo o Art. 209, Inciso IV e VI, 911 e 913 do RICMS. Após contato com a empresa remetente, não nos foi apresentada documentação que justificasse a natureza da operação. Assim, foi emitido o Termo de Apreensão n° 00703 e lavrado o Auto de Infração n° 940293-4, em virtude da utilização da Nota Fiscal com local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal. Os documentos que comprovam o fato são: o conhecimento de transporte, o ticket de peso, e uma amostra de lacre do fardo. Tais documentos encontram-se, respectivamente, nas páginas 07, 10, 11 do processo. Após a lavratura do Auto e a apresentação do representante legal, foi emitido o Termo de Depósito n° 0003, e uma nova Nota Fiscal para entrega da mercadoria ao fiel representante da empresa BIOAGRO IND. COM. BENEF. PROD.*

*AGRÍCOLAS, o Sr. Edvaldo José de Almeida. E, para constar, foi lavrado o presente Termo de Ocorrência que servirá para fundamentar e dá consistência à ação fiscal a ser desenvolvida".*

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com fundamento no Voto abaixo reproduzido:

*"Inicialmente, rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração, pois entendo que o fato do mesmo ter sido renumerado para adaptação ao sistema informatizado da SEFAZ não resultou em qualquer prejuízo ao contribuinte. Assim, o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa.*

*No mérito, a presente ação fiscal exige o imposto do contribuinte de direito, em razão do transporte de mercadorias com documentação fiscal inidônea, sob a acusação de "Ref. 31.403,00 kg de algodão em pluma acompanhado da Nota Fiscal (DANFE) nº 0297 cujo endereço constante nessa Nota Fiscal diverge do endereço correspondente ao da saída da mercadoria apreendida. Base de Cálculo Pauta Fiscal. Termo de Depósito nº 0003", uma vez que o DANFE nº 297 (fl.5) que acobertava a operação de "Venda de produção do estabelecimento", destinado ao Estado do Ceará, emitido pelo autuado, consignava a saída da mercadoria do município de Simões Filho (BA), divergindo do endereço da real saída da mercadoria, conforme consta do cotejo do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga nº 6201, à fl. 7, com o "Ticket de Pesagem 008640", à fl. 10, emitido pela AWL – ALGODOEIRA DO OESTE LTDA, além do lacre do fardo, à fl. 11 dos autos, confirmarem tal fato.*

*Assim, diante de tais provas materiais, a exemplo do lacre do fardo e especialmente do Ticket de Pesagem, à fl. 10, emitido em 07/07/2011, com peso e placa do veículo idênticos aos constantes no DANFE, após cotejados com o Termo de Apreensão, o qual consigna que a ação fiscal ocorreu em 08/07/2011, comprova-se que, efetivamente, a dita mercadoria saiu da empresa AWL – ALGODOEIRA DO OESTE LTDA, estabelecida no município de São Desidério e não da empresa autuado, BIOAGRO Indústria, Comércio e Beneficiamento de Produtos Agrícolas LTDA., localizada no município de Simões Filho, como atesta o DANFE nº 0297 e afirma o autuado em suas razões defensivas, visto que no prazo de 1 (um) dia (7 para 8 de julho) não seria possível para realizar o trânsito das 31.640 kg de algodão do município de São Desidério para entrega ao autuado, situado em Simões Filho, e a posterior remessa ao destinatário, localizado no Ceará, via oeste baiano, de modo que tal mercadoria fosse apreendida no dia 08/07/2011 na fronteira entre os Estados da Bahia e Piauí, conforme Termo de Apreensão. Assim sendo, restou comprovado que o referido documento foi devidamente considerado inidôneo, nos termos previstos no art. 209, inciso IV, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, por conter declarações inexatas, em relação ao local da saída da mercadoria e da natureza da operação de venda de produção do estabelecimento, como também em razão do previsto no inciso VI do mesmo dispositivo legal, por ter sido utilizado com o intuito de fraude para usufruir indevidamente dos benefícios fiscais do DESENVOLVE, destinados unicamente à produção do estabelecimento beneficiado, objetivando reduzir em 64% o ICMS devido e dilatar o prazo de recolhimento.*

*Quanto ao preço unitário do quilograma de R\$ 7.333,30, utilizado na Nota Fiscal Avulsa de nº 724696 para cálculo do imposto devido e trânsito da mercadoria ao destinatário, constante à fl. 6 dos autos, em detrimento ao valor de R\$ 6.263,00, consignado no citado DANFE, está de acordo com a média dos preços praticados no Estado da Bahia, conforme pauta fiscal vigente à época do fato, por se tratar de operação com produto agrícola, tendo em vista a inidoneidade do documento fiscal e o fato de que o preço declarado pelo contribuinte era inferior ao de mercado, não tendo o sujeito passivo, quando das suas razões de defesa, comprovado a exatidão do valor por ele indicado, nos termos previstos no art. 19, inciso I, da Lei nº 7.014/96, limitando-se a alegar que o produto trata de comodite e que o valor é previamente fixado.*

*Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração".*

Cientificado do julgamento supra, o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário, fls. 95 a 113, no qual, após efetuar uma breve síntese dos fatos, ingressa na seara do Direito, transcrevendo os dispositivos legais que orienta o Auto de Infração, concluindo que a fiscalização pautou toda a alegação na ocorrência de fraude, tendo em vista a linha argumentativa apoiada pela Decisão combatida. Acrescenta que o autuante só poderia tentar enquadrar a empresa no dispositivo considerado como infringido (art. 42, IV, alínea "j" da Lei nº 7.014/96), em vista dos elementos subjetivos que são implícitos, visto que com uma simples análise do documento que acompanhava as mercadorias já se permitia concluir que não havia irregularidade, pontuando, ainda que, não há qualquer indício de fraude no documento, que exerce atividade de industrialização e comercialização de produtos agrícolas contemplados com o benefício fiscal do diferimento do Desenvolve e, por fim, que o imposto foi apurado arbitrariamente mediante aplicação de pauta fiscal, razões estas que considera suficientes para a reforma do julgado e anulação do Auto de Infração.

Passa a mencionar e a pontuar sobre o que nomeia de nulidades que fulminam o Auto de Infração, questões que, ao seu ver, não foram consideradas pela 5ª JJF, mas que, em sua ótica, devem ser consideradas, já que prejudicou e prejudica sua defesa.

O primeiro argumento de nulidade que pontuou, trata "*Da responsabilidade imputável a Transportadora*". Defende que, em razão da denúncia formulada na exordial que versa acerca de transporte irregular de mercadorias tributáveis, realizado pela empresa Translém Transportes Ltda, deveria o Fisco, ao se convencer pela lavratura do Auto de Infração, lavrá-lo contra a empresa transportadora, todavia foi eleito o recorrente, ao arreio da lei. A este respeito, transcreve o art. 12, I, "d" do RICMS/BA, para em seguida afirmar *in casu* a existência de erro formal quando da eleição pela fiscalização do sujeito passivo da obrigação tributária.

Reporta-se ao art. 129, § 4º do RICMS/BA, para afirmar que o Auto de Infração possui incorreção ou omissão que invalida o processo administrativo tributário, relativamente à determinação da pessoa do infrator, dificultando a subsunção da conduta infratora à norma de regência, fato este que, no seu entendimento conduz à reforma do julgado vergastado. Visando corroborar seu entendimento, cita recente julgamento levado a efeito pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que, em situação similar decidiu pela Nulidade do Auto de Infração bem como uma Decisão do Conselho de Recurso Fiscais do estado da Paraíba.

O segundo argumento de nulidade suscitado, trata de "*Ocorrência de rasuras no preenchimento do AI pelo Agente Fiscal*", destacando, de início, que a Decisão atacada deixou de considerar flagrante rasura que, ao seu entender, anularia por completo o Auto de Infração, apontando a ocorrência no quadro "01 - Número do Auto", citando que a exclusão do número impresso e inclusão de outros números modificam completamente a identificação do Auto de Infração, causando óbice a identificação do Auto. Destaca, que uma das alegações do agente fiscal, ao insurgir contra si, recorrente, é justamente a existência de suposta rasura no documento fiscal, considerando, assim, inidôneo, situação esta que apesar de não demonstrada em relação ao documento fiscal e que fica evidente no conteúdo do Auto de Infração, citando que, quando o documento do contribuinte encontra-se rasurado passa a ser inidôneo e, nada mais lógico do que considerar nulo o Auto de Infração rasurado, sob pena de ser violado o princípio da isonomia.

Adentra ao terceiro argumento de nulidade, intitulado "*irregularidade praticada na aplicação do Auto de Infração - datas divergentes*" destacando que, conforme consignado no Auto de Infração, teria sofrido a fiscalização no Posto Fiscal em data de 08 de julho de 2011 vindo o A.I. a ser lavrado em 12 de julho de 2011. Cita que a data constante no A.I. não condiz com a realidade fática visto que os caminhões que transportavam as mercadorias foram parados no posto fiscal em data de 12 de julho de 2011 e não em 08 de julho, conforme consignado no A.I.

Ao ingressar na seara meritória, destaca que tem como objeto social a industrialização e comercialização atacadista de produtos agrícolas, conforme consta na Cláusula Primeira do seu Contrato Social, a qual transcreveu, afirmando que pode comercializar e/ou industrializar algodão, incluindo em pluma e capulho. Diz que é beneficiária do incentivo fiscal do Desenvolve, de acordo com a Resolução nº 074/2009, passando a ter redução tributária na venda das mercadorias em 64%, benefício este que também abrange a aquisição em operações internas de algodão em pluma e não somente o algodão em capulho, com o encerramento previsto para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes da industrialização. Com isso, em se tratando de operação interestadual de venda de algodão em pluma, esta também estará abarcada pelo diferimento de acordo com o benefício constante na mencionada Resolução. Acrescenta, ainda, que não só tem deferido a redução tributária relativa ao ICMS na ordem de 64%, mas, também, deixou de ser obrigada ao recolhimento do tributo no mês de competência e comercialização, postergando o recolhimento pelo diferimento concedido.

Diante disto, diz que passou a comercializar seus produtos sem estarem acompanhados pelo documento de arrecadação estadual específico, justamente por não mais estar obrigada a efetuar

o recolhimento anteriormente, mas, de forma deferida, sendo que, apesar disto, passou a ser constantemente parada nos Postos Fiscais do Estado da Bahia, sendo-lhe exigido os documentos comprobatórios dos recolhimentos e que a situação se agravou ao ponto do agente fiscal ter consignado que a empresa estaria transportando algodão em pluma acompanhado da Nota Fiscal (DANFE) nº 0297 cujo endereço diverge do correspondente ao da saída da mercadoria apreendida, vindo a lavrar o Auto de Infração considerando o documento fiscal apresentado como inidôneo (art. 209, caput, do RICMS/BA).

Cita doutrina para discorrer acerca sobre documentação inidônea para em seguida afirmar que no caso em tela houve um tratamento extremamente arbitrário por parte do Fisco no que toca aos motivos que levaram a considerar o documento inidôneo e que o recolhimento do imposto estava registrado para competência posterior, tendo em vista o deferimento concedido pelo Desenvolve, com a redução de 64%, inexistindo possibilidade de cobrança e nem de aplicação de penalidade.

Passa a analisar a questão de inidoneidade de documentos fiscais à luz do art. 209, inciso IV do RICMS/BA, sustentando que não ficou caracterizada a situação de má-fé e que sempre cumpriu com suas obrigações tributárias e está devidamente regular perante a SEFAZ/BA.

Acrescenta que comprou algodão de cooperativa localizada no município de Luis Eduardo Magalhães-BA, trazendo o produto em estado bruto para sua sede no município de Simões Filho/BA, vindo, posteriormente, a comercializar tais produtos com empresa localizada no Estado do Ceará, sustentando que após a entrada dos produtos em sua sede, circulou para terceiro, comercializando-os com direito de recolhimento do ICMS deferido, não merecendo guarida, portanto, o procedimento fiscal.

Assinala que o preço do produto utilizado no documento fiscal está de acordo com os preços praticados no mercado, diferente do valor da Pauta Fiscal aplicada pelo agente fiscal, tendo em vista que o produto comercializado se trata de *comodite*, devendo ser aplicado o valor previamente fixado.

Passa, em seguida, a se insurgir quanto a multa aplicada no percentual de 100%, com base no art. 42, IV, "j" da Lei nº 7.014/96, argumentando que esta só se aplica quando se constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas na referida lei, fato este, a seu ver, não ocorrido vez que não realizou qualquer operação que ensejasse o reconhecimento de fraude.

Em conclusão, pugna pelo reconhecimento da nulidade para o presente Auto de Infração, vez que ocorreu erro na determinação da pessoa do infrator e pelo fato do AI encontrar-se grosseiramente rasurado. Caso não seja este o entendimento, que o acórdão recorrido seja reformado para que seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração em lide.

## VOTO

Da análise dos autos, verifico que se trata de uma autuação levada a efeito pela fiscalização do trânsito de mercadorias, especificamente no Posto Fiscal Bahia/Piauí, tendo sido constatada, a circulação de 31.403,00 kg de algodão em pluma industrializado, respaldada no DANFE nº 0297 (fl. 05), no qual foi indicado o recorrente como remetente, através de seu estabelecimento localizado em Simões Filho/BA., quando, de acordo com a fiscalização, tal mercadoria foi produzida e remetida por outro estabelecimento, isto é a empresa AWL - Algodoeira do Oeste Ltda., com endereço na cidade de São Desidério/BA, diferentemente do que consta do documento fiscal, e a indicação errônea do estabelecimento remetente teria o manifesto intuito de fraude.

Inicialmente, em relação aos argumentos de nulidade suscitados pelo recorrente vejo que carecem de sustentação. Antes, porém, observo que em relação ao julgamento levado a efeito pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal foram enfrentados e analisadas todas as questões suscitadas na peça de defesa, portanto, não existe qualquer motivação para sua anulação.

Assim é que, objetivamente, em relação ao primeiro argumento de nulidade suscitado na peça

recursal, *responsabilidade imputável à transportadora*, a inidoneidade verificada pela fiscalização, ultrapassa a simples análise do documento fiscal que acompanhava a mercadoria, visto que a presente autuação encontra-se lastreada em diversos elementos probatórios, inclusive com realização de diligência no estabelecimento do autuado, sendo constatado que no local não havia equipamentos para beneficiar ou industrializar produtos agrícolas, o que denota a impossibilidade de o transportador ter conhecimento prévio dessa inidoneidade.

É certo que a regra do art. 39, inciso I "d" do RICMS/BA, atribui responsabilidade solidária ao transportador e ao possuidor, a qualquer título, de mercadorias em situação irregular, em relação às mercadorias que aceitar para transporte ou que as conduzir sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea. Entretanto, esse mesmo dispositivo regulamentar, dispõe em seu § 3º que "*A responsabilidade prevista neste artigo não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos.*"

Por outro lado, registre-se, o recorrente compareceu ao local da fiscalização, confirmando que emitiu o documento fiscal que respalda a autuação e, inclusive, foi nomeado como depositário das mercadorias apreendidas (fl. 4). Também, o sujeito passivo apresentou a defesa de fls. 18/30, na qual sequer alegou a sua ilegitimidade passiva e, ainda, impugnou de modo claro e específico o presente Auto de Infração.

No que tange a citação de que este CONSEF já se posicionou em casos similares pela nulidade do Auto de Infração, citando expressamente o A. I. nº 940299.380, lavrado contra o próprio recorrente, em nada lhe socorre, visto que, a Decisão respectiva, da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, contida no Acórdão nº 0036-03/12 foi objeto de reforma pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal em sede de apreciação de Recurso de Ofício.

Aliás, por outro lado, este CONSEF já apreciou outros processos de natureza idêntica ao que ora se examina, tendo como autuado também o próprio recorrente, todos julgados Procedentes, a exemplo dos Acórdãos nºs 0055-02/12; 0059-04/12, 0068-05/12 e 0070-05/12.

Em conclusão, entendo que o recorrente é a parte legítima para compor o pólo passivo da presente lide administrativa, por ser contribuinte, por ter realizado o fato gerador do ICMS e, ainda, por ter emitido o documento fiscal que se inquinou de inidoneidade. Considero, portanto, ultrapassada esta primeira preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente.

A segunda preliminar de nulidade versa sobre "*ocorrência de rasuras no preenchimento do AI pelo agente fiscal*". Esta questão já foi objeto de análise pela Junta de Julgamento que, corretamente, não acolheu o argumento do recorrente.

E, de fato, assiste razão a Junta de Julgamento ao não acolher este argumento. Isto porque, a fiscalização, em função de ter ocorrido em local que à época não dispunha dos sistemas institucionais da SEFAZ devidamente instalados, utilizou modelo formulário, emitido manualmente, sendo que, para poder ser registrado no sistema SEAIT se exclui o último numeral e são gerados, automaticamente, pelo sistema, três novos dígitos, compatibilizando a numeração do auto com o sistema SEAIT. Não se trata, portanto de rasura do Auto de Infração, pois não houve qualquer modificação no seu conteúdo. Considero, também, ultrapassada esta segunda preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente.

A terceira e última preliminar de nulidade argüida, refere-se a "*datas divergentes no Auto de Infração*". Alega o recorrente que ao transportar as mercadorias por ela industrializadas, teria sofrido fiscalização no dia 08.07.2007 enquanto o Auto de Infração só fora lavrado em data de 12.07.2011, daí a divergência de datas.

Ora, não há qualquer divergência em relação às datas consignadas no Auto de Infração. O fato da apreensão ter ocorrido no dia 08.07.11 e o A.I. só ter sido lavrado quatro dias após, não é causa para nulidade, ao teor do constante no § 2º, Art. 28 do RPAF/BA: "*§ 2º Tratando-se de apreensão*

*de mercadorias, uma vez lavrado o Termo de Apreensão, este perderá a validade se no prazo de 30 (trinta) dias não for lavrado o Auto de Infração correspondente, considerando-se encerrada a ação fiscal e podendo o sujeito passivo recolher o débito espontaneamente". Ultrapassada, também, esta preliminar arguída.*

Adentrando as razões de mérito, melhor sorte não assiste ao recorrente. O foco da autuação diz respeito à apreensão de mercadorias de 31.403 kg "**algodão em pluma**" transitando pelo Posto Fiscal Bahia/Piauí, tendo sido consignado no DANFE nº 297 como endereço de saída da mercadoria a Rod. BA 093, Km 01, s/n, Engenho Novo, Galpão 09, em Simões Filho/BA., e como natureza da operação "Venda de produção do estabelecimento", para empresa localizada no Estado do Ceará, com a observação de que o imposto será pago no dia 09 do mês subsequente ao da operação.

Ocorre que, a farta documentação juntada aos autos, comprova a inocorrência da operação na forma consignada no referido documento fiscal, a exemplo do Ticket de Pesagem da mercadoria, emitida pela empresa AWL Algodoira Oeste Ltda., fl. 10 que vincula a mercadoria apreendida, em relação ao peso, quantidade, empresa transportadora, placa do veículo, data da saída, as que foram apreendidas, além do selo emitido pelo Sistema Abrapa, que acompanhava a mercadoria apreendida, indicar, claramente, que se trata de produtos originados da empresa AWL Algodoira.

Todas estas questões já foram, corretamente analisadas pela instância *a quo*, e comprovam que, ao contrário do quanto afirmado pelo recorrente, as mercadorias não saíram do seu estabelecimento localizado em Simões Filho. Aliás, não consta nos autos nenhuma prova trazida pelo recorrente neste sentido. Assim, resta comprovado, à fartura, que as mercadorias objeto da autuação não saíram do estabelecimento do recorrente situado no município de Simões Filho/BA, não ocorreu venda de produto industrializado em seu estabelecimento e, sim pela empresa AWL Algodoira Oeste Ltda., não estando, consequentemente ao amparo dos benefícios instituídos pelo Programa DESENVOLVE.

Desta maneira, por não se configurar produção própria, o pretendido benefício fiscal de dilação do prazo previsto no aludido benefício fiscal não se aplica à mercadoria objeto deste lançamento tributário e por se constituir em operação interestadual o imposto deve ser pago no momento da saída da mercadoria do estabelecimento (art. 347 e 348 do RICMS/BA).

Em relação a utilização da pauta fiscal para definir o valor da base de cálculo da operação, está em consonância com o previsto pela legislação tributária deste Estado e, nesta condição, deve tanto o Fisco quanto os órgãos julgadores, aplicar as regras estabelecidas pela legislação. Portanto, é legal a definição do valor da base de cálculo com base em pauta fiscal, tendo em vista se tratar de produto agropecuário, consoante estabelecem os Arts. 23, inciso XVII da Lei nº 3.956/81 - Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, 19, inciso I da Lei nº 7.014/96 e 73, inciso I do RICMS/BA art. 73, I do RICMS/BA, desta maneira, não se reveste em um procedimento arbitrário por parte do Fisco. Frise-se que não existe declaração de inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal em relação aos dispositivos legais aqui citados e constantes na legislação tributária em vigor no Estado da Bahia. Assim, na situação que ora se analisa, a nota fiscal que acobertava a operação de venda interestadual foi considerada inidônea, tornando-a inválida, devendo prevalecer o valor obtido com base na pauta fiscal legalmente prevista.

Quanto à multa aplicada, no percentual de 100%, é a legalmente prevista para a irregularidade apurada, com previsão expressa pelo art. 42, inciso IV, alínea "j" da Lei nº 7.014/96, pois além de conter declaração inexata em relação ao local de saída da mercadoria restou comprovado o intuito de fraude por não se tratar de produto industrializado no estabelecimento do recorrente e cuja saída ocorreu de local diverso do indicado no citado documento fiscal, atendendo, consequentemente, o quanto previsto pelo art. 148 do CTN.

Diante de todos os fatos expostos, deixo de acolher as nulidades suscitadas pelo recorrente e, no mérito, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser mantida inalterada a Decisão Recorrida.

### VOTO DIVERGENTE

Em que pese o sempre respeitável entendimento do n. Relator, peço vênia para discordar do seu julgamento no que tange a possibilidade da utilização da pauta fiscal para definir o valor da base de cálculo da operação tributada por ICMS, consoante a Súmula 431 do STJ, tem a seguinte redação:

*"Súmula 431 do STJ - É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal".*

Diante desse juízo já pacificado no referido Tribunal Superior, não tenho dúvida que a aplicação da pauta fiscal para cobrança do ICMS no caso em lide fere o quanto determinado na legislação tributária nacional. Ademais, a base de cálculo do imposto (LC nº 87/1996, art. 13 e incisos), via de regra, e dependendo do caso, é o *valor* da operação, do serviço, ou da mercadoria, matéria fática que não pode ser olvidada pela Administração tributária, sob pena de violar o princípio da legalidade.

Quadra apontar que todas as decisões que serviram de paradigma para o mandamento sumular, passam pela interpretação do art. 148 do CTN, que assim dispõe:

*"Art. 148 - Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial." (grifo nosso)*

A norma em debate determina que o arbitramento do valor do bem só pode ser feito por autoridade lançadora somente quando haja suspeitas de que os documentos e esclarecimentos dados pelos contribuintes sejam inidôneos ou faltem em credibilidade.

Entretanto, esse arbitramento da base de cálculo se dará mediante processo regular, ou seja, deve a autoridade fiscal instaurar procedimento fiscal pertinente para: i) provar que a documentação fiscal é inexata e, ii) estabelecer o valor econômico correspondente à base de cálculo.

Está previsto no inciso XVII do art. 24 da Lei nº 7.014/96 que a base de cálculo de produtos agropecuários de difícil apuração de preço será o valor da pauta fixado pelo Secretário da Fazenda, sem prejuízo do direito de impugnação do contribuinte, ou seja, a lei determina que deve ser empreendido um procedimento fiscal, no momento do lançamento do imposto devido, com a possibilidade de contraditório.

Entretanto, vejo que no caso em lide, não foram observados os processos previstos e necessários à lavratura do Termo de Apreensão (art. 940 do RICMS/97), para a declaração de inidoneidade dos documentos fiscais (art. 209 do RICMS/97) e, consequentemente, arbitramento da base de cálculo da operação a ser tributada pelo ICMS. Logo, não há subsídios fáticos para sabermos se os preços consignados nas notas fiscais eram realmente inidôneos.

Temos por certo que, pelos indícios e pela situação vivida nos autos, temos certeza de que partes das informações prestadas na Notas Fiscais não eram dignas de fé, tais quais, a origem da mercadoria, que não foi Simões Filho, e que a vendedora da mercadoria era a AWL Algodoeira Oeste Ltda.. Entretanto, não se deixou totalmente sedimentado e comprovado que os valores consignados nas Notas Fiscais não retratavam a realidade dos preços praticados pelo mercado e, consequentemente, no acerto do arbitramento da base de cálculo da infração.

Sabemos que os Fiscais de Trânsito fazem o seu trabalho com a maior dignidade e procurando defender os interesses do Estado da Bahia. Mas em nome da segurança jurídica, do devido

processo legal e da legalidade, devemos que aplicar corretamente a lei, principalmente para aqueles que dolosamente infringem as normas.

Portanto, é precisamente por falta de certeza da base de cálculo e pelo princípio da legalidade, que devemos aplicar o quanto disposto na Súmula nº 431 do STJ e, consequentemente, o artigo 18, IV, ‘a’ e do RPAF para declarar nulo o lançamento fiscal.

Pelo exposto, declaro NULO o Auto de Infração em epígrafe, com base no art. 18, IV, ‘a’ do RPAF e no entendimento esposado na Súmula nº 431 do STJ.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 0940293420/11, lavrado contra **BIOAGRO INDÚSTRIA COMÉRCIO E BENEFICIAMENTO DE PRODUTOS AGRÍCOLAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.634,51**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

**VOTO VENCEDOR** – Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Valtercio Serpa Júnior e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

**VOTO DIVERGENTE** – Conselheiros: Rodrigo Lauande Pimentel, Carlos Henrique Jorge Gantois e José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, em 15 de outubro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – VOTO DIVERGENTE

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS