

A. I. N° - 940.300.060
AUTUADO - BIOAGRO INDÚSTRIA, COMÉRCIO E BENEFICIAMENTO DE PRODUTOS AGRÍCOLAS LTDA.
AUTUANTE - VALDELICE SENA CONCEIÇÃO.
ORIGEM - IFMT/SUL
INTERNET - 02/04/2012

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0040-03/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. DOCUMENTO FISCAL. NOTA FISCAL. INIDONEIDADE. SAÍDAS DAS MERCADORIAS. LOCAL DIVERSO DO INDICADO NA DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. Auto de Infração lavrado perante o contribuinte que não se encontrava na posse das mercadorias apreendidas. Responsabilidade imputável, em caso de infração, à empresa transportadora. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 12/07/2011, exige pagamento de ICMS no valor de R\$43.392,60, acrescido da multa de 100%, em razão da divergência de endereço constante entre as notas fiscais, DANFE nº 0283 e 0295, que davam trânsito às mercadorias e o estabelecimento que de fato deu saída aos produtos, constando Termo de Ocorrência e Termo de Apreensão nº 710, fl. 02 e 03 respectivamente, como prova do ilícito fiscal.

O autuado, através de advogado, apresentou defesa tempestivamente, (fls.19/31). Inicialmente alega que ao transportar mercadorias por ela industrializadas foi autuado em 08 de julho de 2011, embora o auto de Infração só tenha sido lavrado em 12 de julho de 2011. Reproduz a descrição dos fatos e os dispositivos apontados como infringidos.

Afirma que a descrição fática não condiz com a tipificação legal registrada pelo agente fiscal no auto de infração, visto que o agente fiscal tipificou a conduta no art. 209, IV e VI do RICMS/BA, que transcreve, não se comprovando a inidoneidade dos documentos que deram suporte às mercadorias transportadas, tampouco se comprovou ter sido estes documentos utilizados com intuito de fraude.

Afirma que a empresa Impugnante, de acordo com seu objetivo social, pode comercializar e/ou industrializar algodão, incluindo o denominado algodão em pluma e algodão em capulho, tratando-se de indústria do ramo conhecida no mercado, sendo constantemente solicitada, pela qualidade diferenciada do seu processo de industrialização e da qualidade diferenciada do produto que comercializa.

Aduz que em de 03 de agosto de 2009 ingressou com “Protocolo de Intenções” para implantação do programa “DESENVOLVE”, apresentando, posteriormente, o projeto exigido. Diz que este projeto foi aprovado pela Resolução nº 074/2009, vindo a ser beneficiada pelo programa passando a ter redução tributária na venda das mercadorias, 64% de redução do ICMS, tendo em vista ter sido enquadrada na Classe II, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE e deferimento no pagamento do referido imposto, conforme documento que anexa.

Diz que em consequência não só teve redução tributária relativa ao ICMS, 64% de redução, como deixou de ter a obrigação de recolhimento do referido tributo no mês de competência da comercialização, postergando o recolhimento pelo deferimento concedido.

Alega que nesse sentido, respaldada pela legislação específica, a empresa Impugnante passou a comercializar seus produtos sem estarem acompanhados pelo documento de arrecadação fiscal

específico, por não mais está obrigada a efetuar o recolhimento antecipadamente e, sim, de forma diferida.

Argui ter sido autuada com fulcro no art. 209 do RICMS/BA, ainda que o algodão em pluma estivesse acompanhado das Notas Fiscais (DANFE) nº 0295 e 0283, sob o argumento de que o endereço constante nestas Notas Fiscais divergia do endereço correspondente ao da saída da mercadoria apreendida, considerando os documentos fiscais como inidôneos.

Traça considerações sobre a questão da “documentação inidônea” reproduzindo doutrina do tributarista Hugo de Brito Machado para reforçar seu argumento de que o documento fiscal que dava trânsito às mercadorias não está caracterizado como tal.

Assevera que o tratamento dado pela fiscalização para o caso em exame resultou em “*tratamento extremamente arbitrário*” ao considerar o documento fiscal inidôneo e, que o recolhimento do ICMS estava registrado para competência posterior, tendo em vista o diferimento concedido pelo programa “DESENVOLVE”, além da própria redução de 64% (sessenta e quatro por cento), não havendo possibilidade de cobrança, nem aplicação de penalidade.

Descreve os requisitos elencados pela legislação que caracterizam o documento fiscal como inidôneo para sustentar que o fisco não comprovou que teria utilizado a citada documentação com intuito de fraude nos termos do art. 209, inciso VI, do RICMS/Ba.

Reproduz o conceito de fraude constante no Dicionário Aurélio, e do jurista Yussef Said Cahali, afirmando que o instituto da fraude para o Direito Tributário, tem-se que seria a conduta de má-fé do contribuinte com o intuito de prejudicar o fisco, ou seja, a intenção de ludibriar o Poder Público para deixar de recolher tributo, o que não seria o caso a Impugnante, considerando que pode industrializar e comercializar algodão em pluma e algodão em capulho, sempre cumpriu com suas obrigações tributárias, principal e acessória, estando devidamente regular perante os órgãos públicos, inclusive a Secretaria da Fazenda, e goza do benefício da redução de 64% (sessenta e quatro por cento), do ICMS apurado além de em função do diferimento do ICMS, não haver a obrigação de recolhê-lo na competência da comercialização.

Registra que a empresa Impugnante comprou algodão da cooperativa localizada no município de Luís Eduardo Magalhães-Ba, trazendo o referido produto bruto para sua sede no município de Simões Filho - Ba, vindo, posteriormente, a comercializar com empresa localizada no Estado do Ceará. Assim, após a entrada dos produtos na sua sede, a empresa Impugnante circulou as mercadorias para terceiro, comercializando-os com o direito de recolhimento do ICMS diferido.

Assevera que o procedimento adotado pelo agente fiscal – descaracterização da nota fiscal e emissão de Nota Fiscal Avulsa – não merece guarida, haja vista que não se coaduna com a legislação estadual e com as peculiaridades que cercam o caso em tela.

Entende que nenhum prejuízo foi gerado ao Fisco Estadual, tendo em vista que a empresa Impugnante, como é de costume, recolheu os tributos no prazo legal, afastando por completo qualquer alegação de má-fé ou tentativa de fraude.

Aduz que o preço utilizado/registrado na nota fiscal está de acordo com os preços utilizados no mercado, diferente do valor da Pauta Fiscal aplicada pelo agente fiscal, tendo em vista que o produto comercializado se trata de *comoditte*, devendo ser aplicado o valor previamente fixado. Diz que o Auto de Infração se encontra rasurado, situação esta que, entende torna-o nulo de pleno direito, pois no quadro “01. Número do Auto”, encontra-se visível a rasura constante no mesmo, situação esta que afronta a legislação tributária/fiscalizatória do Estado, portanto se o documento do contribuinte rasurado é inidôneo, nada mais lógico do que considerar nulo Auto de Infração rasurado sob pena de violação do princípio da isonomia.

Pugna pela anulação da exigência fiscal ou a improcedência total da mesma.

O preposto do Fisco designado para prestar a Informação fiscal, fls.58/59, inicialmente descreve os fatos que originaram o auto de infração e resume os argumentos defensivos, para dizer que a

ação fiscal que resultou no presente PAF, foi realizada no Posto Fiscal Bahia-Piauí, ao se verificar que embora a nota fiscal emitida pela empresa autuada registrasse endereço de Simões Filho/BA, a mercadoria era procedente de outro local, ou seja, foi produzida e remetida por outra empresa, localizada na região oeste da Bahia. Tal constatação foi decorrente da fotocópia do lacre de fardo (fl. 10), com código de barra. Os lacres indicam que a mercadoria (algodão em pluma) foi produzida na Fazenda Sete Povos, pertencente a Marcelino Flores de Oliveira, portanto, não foi produzida pela autuada como está indicado na nota fiscal e reafirmado pelo autuado em sua defesa.

Diz que a nota fiscal eletrônica emitida pela autuada BIOAGRO INDÚSTRIA COM. BENEF. PROD. AGRÍCOLAS LTDA, indica como natureza da operação: *venda de produção do estabelecimento*. Logo, a impugnante emitiu notas fiscais eletrônicas indicando que as mercadorias foram produzidas pela própria, em seu estabelecimento, porém, as mercadorias foram produzidas por outra empresa e procedentes de outro local, conforme relatado acima.

Afirma que a ação fiscal que resultou na autuação foi iniciada em 08 de julho de 2011, quando chegaram ao mencionado Posto Fiscal, os veículos que transportavam pluma de algodão, com documentação fiscal emitida pela autuada e endereço divergindo do real endereço de saída. Juntamente com o auto de infração, foi lavrado Termo de Ocorrência e Termo de Apreensão, onde consta a data de início da ação fiscal, a qual é também a data de ocorrência, ambos compondo o presente PAF.

Ressalta que o Autuado em sua defesa, afirma que de acordo com o seu objetivo social, pode comercializar e/ou industrializar algodão, e declara que ingressou no programa DESENVOLVE, passando a ter redução de 64% do ICMS na venda de mercadorias, inclusive anexando cópia do Protocolo de Intenções assinado com o Governo da Bahia.

Salienta que os documentos acostados pela defesa provam que o item “a” da Cláusula Segunda dos compromissos da empresa, no Protocolo de Intenções (fl. 44 do PAF), a empresa se comprometeu a instalar uma unidade industrial para produção de óleo vegetal de soja e de algodão, algodão em pluma, dentre outros. Obviamente o benefício da redução tributária e da diliação do prazo, é direcionado aos produtos industrializados pela empresa beneficiada pelo Programa DESENVOLVE, logo, as mercadorias adquiridas para comercialização não tem direito a redução do ICMS. Ao praticar a atividade de comércio atacadista para esta atividade, contribuinte não pode usufruir da redução tributária prevista pela legislação do DESENVOLVE, pois o objetivo do Programa é incentivar a instalação de novos empreendimentos industriais ou agroindustriais, conforme está previsto no Inc. I do Art. 1 do Dec. 8205/02.

Diz que para reforçar tal afirmação, o artigo 22 do citado Decreto, determina que caso haja remessa interna e interestadual para industrialização, os incentivos previstos somente incidirão sobre a parcela produzida no estabelecimento beneficiário, comprovando que a redução e demais benefícios são para as mercadorias produzidas pelo beneficiário e não para as mercadorias produzidas por terceiros e adquiridas para revenda.

Sustenta os fatos em análise comprovam que o autuado para usufruir da redução do ICMS e do diferimento, emite notas fiscais como se a mercadoria fosse produzida em seu estabelecimento, quando na verdade é produzida por outra empresa e em outro local, confirmado que está emitindo nota fiscal indicando dados irreais e com origem diversa da indicada. Portanto, trata-se de simulação para obter o benefício da redução tributária e diferimento, justificando o enquadramento no inciso IV do art. 209 do RICMS, pois constam no documento fiscal declarações inexatas: a primeira é a natureza da operação e a segunda é o local de saída da mercadoria. E quanto, ao inciso VI do mesmo artigo, foi emitido e utilizado um documento fiscal com o intuito comprovado de fraude, pois ao declarar que a mercadoria saiu do seu estabelecimento e foi produzido pela Autuada, constitui uma fraude, com o objetivo de recolher o ICMS com valor reduzido e prazo dilatado, onde a Secretaria da Fazenda Estadual deixaria de receber o ICMS

efetivamente devido na operação. Reproduz o artigo 19 do Dec. 8205/02, que descreve situações em que o cancelamento dos incentivos fiscais.

Lembra que a mercadoria possuía ticket de pesagem e lacre emitidos por outra Empresa situada na região oeste da Bahia, comprovando a declaração inexata do documento fiscal. Acrescenta que ao contrário de Simões Filho (situada na região metropolitana de Salvador), a região oeste da Bahia é produtora de produtos agrícolas e possui inúmeras unidades para beneficiamento de algodão dentre outros produtos agrários.

Acrescenta que para verificar a existência da unidade industrial foi realizada diligência no estabelecimento da Autuada no dia 08/07/2011 por Servidora da IFMT/Metro, a Agente de Tributos Orlandina Ferreira Silva, sendo constatado que no local não havia equipamentos para beneficiar ou industrializar quaisquer produtos agrícolas, conforme e-mail e fotos anexados a esta informação fiscal. (fls.68/70 e 72).

Nesse sentido aduz ser importante observar que caso a mercadoria tivesse realmente saído do estabelecimento da Autuada em Simões Filho, não passaria pela região oeste da Bahia, muito menos pelo Posto Fiscal Bahia-Piauí. Diz que a título de informação, a distância de Simões Filho a Maracanau/CE é de aproximadamente 1.200 km (fonte: site Google mapas). Caso o mesmo tivesse saído de Simões Filho/Ba, passando por Formosa do Rio Preto/BA, onde está localizado o Posto Fiscal e foi realizada a ação fiscal, a distância seria de 2.200 km, exatamente 1.000 km a mais de estrada a ser percorrida, ou seja, quase o dobro da distância, aumentando as despesas com frete e o tempo de entrega do produto ao destinatário, situação indesejada para comprador e vendedor.

Afirma que embora o sujeito passivo alegue ter comprado a mercadoria apreendida em cooperativa, localizada no município de Luís Eduardo Magalhães-Ba, trazendo o produto bruto para a sua sede no município de Simões Filho-Ba, vindo, posteriormente, a comercializar com empresa localizada no estado do Ceará, não indica o nome do seu suposto fornecedor, fazendo uma referência vaga à “cooperativa”, além de não apresentar cópia alguma de nota fiscal de aquisição do algodão em capulho, fato que comprovaria a veracidade de suas alegações defensivas.

Ressalta que o benefício do diferimento do imposto foi revogado pelo Processo 713972/2010-6 devido as informações contidas nas DMA's dos anos de 2010 e 2011, estarem em desacordo com os valores das emissões de notas fiscais eletrônicas, o que comprova divergências nos valores informados ao Fisco relativo as compras e vendas, com omissão de lançamentos de parte das suas operações comerciais.

Esclarece que o valor utilizado para base de cálculo do ICMS foi o de pauta fiscal em virtude da natureza da infração, ou seja, a nota fiscal apresentada foi considerada inidônea e, portanto, os valores declarados na mesma não poderiam ser considerados. Observa ainda que tal valor é inferior ao valor da pauta fiscal, o qual reflete a média de preços praticados no Estado da Bahia, conforme o artigo 73 do RICMS/Ba, que reproduz.

Afirma que o §3º do art. 73, indica que havendo discordância em relação ao valor fixado, caberá ao contribuinte comprovar a exatidão do valor por ele indicado. No caso em tela, o Autuado apenas alega que o produto trata de ‘comoditite’ e que o valor é previamente fixado, sem apresentar qualquer documento para comprovar tal afirmação.

Em relação à suposta rasura no auto de infração, deve-se esclarecer que foi utilizado o auto de infração, modelo formulário, o qual é preenchido manualmente, em locais que ainda não estão instalados os sistemas institucionais da SEFAZ. O auto de infração, modelo formulário, é emitido manualmente e quando ocorre o registro do mesmo no sistema SEAIT, é excluído o último numeral e são gerados três numerais novos, complementando o número do auto. Isto é feito automaticamente pelo próprio sistema SEAIT da Secretaria da Fazenda. O servidor responsável pelo registro transcreveu para o auto de infração em formulário, os três numerais criados pelo

sistema, como forma de facilitar a tramitação e consulta nos sistemas da SEFAZ, indicando o real número do auto de infração. Reproduz o Art. 911 e parágrafos do RICMS/Ba.
Requer que o PAF seja julgado procedente.

VOTO

No presente Auto de Infração é exigido ICMS com a imputação de “*divergência de endereço constante entre as notas fiscais, DANFE nº 0295 e 0283, que dava trânsito às mercadorias e o estabelecimento que de fato deu saída aos produtos*”.

Preliminarmente cabe-me analisar a nulidade suscitada pelo autuado.

Relativo a diferença entre as datas de ocorrência e do registro do auto de infração, vejo que tal situação não trouxe qualquer prejuízo ao contribuinte, visto que a data de ocorrência está devidamente registrada no Termo de Ocorrência e Apreensão das mercadorias de nº 710, fl. 03, devidamente assinada por preposto do autuado que faz parte integrante deste PAF.

No que diz respeito à alegada rasura no número do auto de infração, noto que este fato ocorreu para permitir a servidor público realizar a movimentação de processos na Secretaria da Fazenda, tratando-se, portanto, de controle administrativo interno, que não prejudicou o exercício da ampla defesa realizada pelo contribuinte.

Verifico nos autos que a carga apreendida pelo agente fiscal se encontrava no caminhão, em poder da empresa Transportadora TRANSLEM TRANSPORTES LTDA, CNPJ 09.547.143/0001-92 (CTRC nº 6191 e 6194 – fls. 08 e 11 do PAF), no momento da ação fiscal, que ocorreu na região oeste da Bahia, no Posto Fiscal Bahia-Piauí.

O documento fiscal que acobertava a carga de algodão em pluma industrializado eram os DANFEs (NF-e nº 0295 e 0283, fls. 05 e 10), tendo por destinatário a empresa Vicunha Têxtil S.A. estabelecida no município de Maracanaú/Ceará.

Para lastrear a acusação fiscal o autuante anexa cópia do lacre das mercadorias que entende demonstrar ser o produto oriundo da empresa CATELAN Algodoeira, fl. 13.

Do quanto exposto, observo um aspecto de ordem fática que deve ser enfrentado preliminarmente: a carga de algodão foi apreendida em poder da empresa transportadora devidamente identificada neste processo conforme Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga – CTRC nº 6191 e 6194.

Nesta situação vislumbro óbice à manutenção da exigência fiscal, pois ao descaracterizar a nota fiscal que dava trânsito às mercadorias classificando-a como inidônea conforme descreve a peça acusatória, os dados mencionados no documento fiscal não podem ser considerados e a responsabilidade pelo possível desvio de rota da carga, naquela ocasião, deveria ter sido atribuída à empresa transportadora.

Neste caso, se havia alguma infração a ser imputada a alguém, seria junto à empresa transportadora, visto que as mercadorias ainda se encontravam na posse do condutor, não sendo o emitente da nota fiscal considerada inidônea, responsável pelo percurso empreendido pelo motorista da transportadora.

Vislumbro portanto, no presente caso, caracterizada a ilegitimidade passiva do estabelecimento autuado, aplicando-se à situação em exame as disposições do art. 18, inc. IV, letra “b”, do RPAF/Ba.

Estabelece o art. 39, I, “d” do RICMS/97 que são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto, e dos demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, os transportadores em relação às mercadorias que aceitarem para transporte ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea.

A presente ação fiscal exige o imposto da empresa remetente das mercadorias apreendidas, em virtude de ter sido identificada circulação, no trânsito, de mercadorias cujas saídas teriam sido de local divergente daquele consignado na documentação fiscal.

Posteriormente, o responsável pela informação fiscal afirma que a irregularidade apontada deve-se também ao fato do autuado não ter industrializado a mercadoria e sim adquirido de outros fornecedores destinando-a à comercialização.

Ora, sob pena de se exigir o tributo com base em premissa equivocada, há que se estabelecer corretamente a motivação da autuação, sendo dever do Autuante a demonstração da ocorrência do fato imputado ao contribuinte. O documento apensado à fl. 13 não permite concluir de forma inequívoca que as mercadorias apreendidas são oriundas da empresa CATELAN Algodeira.

Diante desse vício do procedimento fiscal, fica prejudicado o exame das questões de mérito suscitadas na peça defensiva, em especial aquelas atinentes à base imponível, prevalecendo neste caso o aspecto formal acima enfocado.

São nulos os lançamentos em que se configure ilegitimidade passiva, nos termos da redação do art. 18, IV, “b” do RPAF/99.

Assim, considerando o quanto exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, recomendando à autoridade administrativa que avalie a possibilidade de renovar a ação fiscal a salvo das falhas acima apontadas, a fim de verificar se houve de fato descumprimento de obrigação tributária frente à Fazenda Pública Estadual.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 940.300.060, lavrado contra **BIOAGRO INDÚSTRIA, COMÉRCIO E BENEFICIAMENTO DE PRODUTOS AGRÍCOLAS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março 2012.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR