

PROCESSO - A. I. Nº 0940302780/11
RECORRENTE - BIOAGRO INDÚSTRIA, COMÉRCIO E BENEFICIAMENTO DE PRODUTOS AGRÍCOLAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0070-05/12
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 15/03/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0058-11/13

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL INIDÔNEA. MERCADORIAS EM TRÂNSITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Documentos juntados ao processo comprova que a nota fiscal que acobertava a operação era inidônea, por divergir do local da saída da mercadoria, ou seja, o Município de Riachão das Neves e não o Município de Simões Filho. Indevida a fruição dos benefícios do Programa DESENVOLVE tendo em vista que a mercadoria não foi industrializada no estabelecimento indicado no documento fiscal. Base de cálculo apurada com base na pauta fiscal de acordo com a legislação do imposto. Não acatado o pedido de redução de multa por falta de amparo legal. Comprovado nos autos que se trata de operação interestadual com produtos agropecuários e extrativos realizada por estabelecimento inscrito e não por produtor ou extrator não equiparado a comerciante ou a industrial ou por pessoa não inscrita no cadastro estadual, não se aplicando a pauta fiscal. Refeito o cálculo do imposto considerando o valor da operação. Redução do débito. Rejeitadas às preliminares de nulidade. Exigência parcialmente subsistente. Reformada, em parte, a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 12/07/11 para exigir ICMS no valor de R\$ 22.508,53, acrescido da multa de 100%, em decorrência da apreensão de mercadorias (algodão em pluma) acompanhada do DANFE nº 0300, cujo endereço constante no documento diverge do endereço correspondente ao da saída da mercadoria apreendida.

Em Primeira Instância a lide foi dirimida sob estes fundamentos:

“Lavrado o presente Auto de Infração para exigir ICMS, em face do transporte de mercadoria (algodão pluma) acompanhada de documento fiscal (DANFE nº 0300) considerado inidôneo, conforme termos de Ocorrência e de Apreensão de Mercadorias nº 00712, anexos às fls. 02/03.

O autuado argui, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, que se encontra rasurado; que ingressou com “Protocolo de Intenções” do “DESENVOLVE” (Resolução 074/09), obtendo redução de ICMS de 64% na venda das mercadorias, além do DIFERIMENTO no pagamento do referido imposto, conforme cópia da resolução, fl. 53.

Explica que comprou algodão de cooperativa, localizada em Luís Eduardo Magalhães-Ba, trazendo referido produto bruto para sua sede no município de Simões Filho-Ba, vindo, posteriormente, a comercializar com

empresa localizada no Estado do Ceará. Diz que não causou prejuízo ao Fisco Estadual, agiu de má-fé ou com fraude, tendo em vista o recolhimento do ICMS no prazo legal; questiona a aplicação de pauta fiscal na base de cálculo do débito;

Verificando as peças processuais e a legislação que rege à espécie, constato que o caso em tela trata de ação fiscal que se desenvolveu na fiscalização de trânsito (Posto Fiscal Bahia – Piauí), em obediência às regras e contendo os elementos previstos no art. 39, RPAF BA, Decreto 7.629/99, não configurando qualquer situação que o inclinasse à nulidade. Inexistiu a alegada rasura no Auto de Infração, posto que, em função do local onde ocorreu a lavratura não dispor de sistemas informatizados, utilizou-se o modelo formulário, preenchido manualmente.

O caso concreto trata da apreensão de mercadorias (ALGODÃO EM PLUMA) transitando com um DANFE 0300, fl. 05, emitido pelo autuado, em 07.07.11, com endereço na cidade de Simões Filho - BA e remetido para destinatário localizado no Município de Maracanaú, Estado do Ceará.

Para materializar a infração foi emitido Termo de Apreensão e Ocorrências, fl. 02/03, seguido do respectivo Termo de depósito, sob guarda e responsabilidade do autuado, fl. 04. A acusação se resume na venda de mercadoria industrializada por terceiros, como se fosse produzida no estabelecimento beneficiário do programa DESENVOLVE, a fim de usufruir da redução e diferimento do ICMS, previsto na Resolução 074/09, cópia anexa à fl.53

No presente Auto de Infração não se exige o acompanhamento do documento de arrecadação comprovante do pagamento das operações, junto às notas fiscais emitidas pelo autuado, como sugeriu a defesa; a autuação sob a acusação de que “empresa estaria transportando algodão em pluma acompanhado da Nota Fiscal (DANFE) nº 0300 cujo endereço constante nesta Nota Fiscal diverge do endereço correspondente ao da saída da mercadoria apreendida”.

A nota fiscal, no caso, foi considerada inidônea, nos termos do art. 209, incisos IV e VI RICMS BA. Independentemente das considerações acerca dos conceitos de fraude tributária e da sua necessidade de comprovação, firma a exigência que o documento fiscal continha irregularidades que o tornaram impréstável para os fins a que se destine, mais precisamente por conter declarações inexatas.

Nesse sentido, incabível a alegação defensiva de que o agente fiscal decidiu pela inidoneidade documental sem provas e que adquiriu algodão bruto de uma cooperativa, em Luís Eduardo Magalhães-Ba, para depois comercializar com empresa localizada no Estado do Ceará. Diz que, após a entrada dos produtos na sua sede, comercializou-os com benefício fiscal.

Antes, porque a cópia da nota fiscal de aquisição de algodão pluma, fl. 09, o ticket de passagem (fl. 08), e o conhecimento de transporte nº 025639, fl. 07, provam que o produto apreendido saiu efetivamente da Fazenda ZUTTON, em São Desidério, e não da BIOAGRO, em Simões Filho, como consta nas razões e faz entender o DANFE 0300, fl. 05.

Prova ainda que o DANFE apresentado não corresponde à mercadoria apreendida, a relação dos fardos com respectivos números e pesos, indicando que a mercadoria foi produzida na Fazenda ZUTTON, propriedade do agricultor CÉLIO ZUTTON, fl. 10.

Importa ainda salientar que o local indicado de industrialização do algodão foi vistoriado pela fiscalização, não sendo encontrados quaisquer equipamentos para benefício, industrialização de produtos, conforme fotos anexados ao PAF, fls. 53 a 55 e Parecer fiscal, fl. 57.

O trajeto da localização do Posto Fiscal Bahia – Piauí, onde ocorreu a apreensão do algodão, atesta que não seria razoável a passagem de mercadorias vindas de Simões Filho, o que aumentaria em muito a distância, conforme alertou o preposto fiscal.

Por fim e não menos importante, com relação ao benefício fiscal do Programa DESENVOLVE, verifico que, nos termos da Resolução 074/2009, o diferimento de pagamento do ICMS previsto é para a aquisição de algodão em capulho (bruto) e a dilação do prazo alcança as operações próprias, significando aquelas produzidas pela unidade na industrialização de óleo de soja e de algodão. Portanto, os benefícios tributários são direcionados aos produtos industrializados pela própria indústria. Mercadorias adquiridas para comercialização não têm direito à redução.

Dessa forma, a apuração da base de cálculo utilizada no presente processo está de acordo com a média de preços praticados na Bahia, conforma indica a Pauta Fiscal; sendo medida que se impõe, nos termos do art. 19 da Lei nº 7014/96 e art. 73, RICMS BA.

Posto isso, resta caracterizada a exigência fiscal de trânsito de mercadorias sem se fazer acompanhado de documento fiscal exigido para a operação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

Às fls. 74/75 reside o Recurso Voluntário, que é tempestivo, contendo breve sumário dos atos processuais. Defende o recorrente constar incoerência na data da ocorrência registrada no Auto de Infração, o que diz poder ser constatado de outras autuações contra si lavradas no mesmo dia pela SEFAZ-BA.

Diz que, com base na descrição fática, a conduta foi tipificada no art. 209, inciso IV e VI, art. 911 e art. 913, RICMS BA, além do art. 42, inciso IV, alínea j, da Lei nº 7.014/96, que transcreve.

Defende que o preposto fiscal enquadrrou a infração nos incisos IV e VI, art. 209, o que refuta por não haver prova de que agiu com intuito de fraude, sendo certo que um simples exame do documento que acobertava as mercadorias leva à conclusão de que inexisteu declaração inexata e nem houve preenchimento ilegível, com rasura ou emenda.

Reitera que agiu com boa fé e que foi constituída e registrada em 05.06.09, tendo como objetivo social a industrialização e comercialização atacadista de produtos agrícolas, conforme se pode extrair do contrato social, cuja cláusula primeira transcreve.

Afirma que pode comercializar e/ou industrializar algodão em pluma, em capulho e que faz jus ao benefício do DESENVOLVE face ao “Protocolo de Intenções” desse programa firmado em 03.08.09, aprovado pela Resolução 074/09, o que lhe concede uma redução tributária na venda das mercadorias de 64% do ICMS, e DIFERIMENTO no pagamento do referido imposto, conforme DOC 03 em anexo.

Acentua que o Fisco arbitrou a base de cálculo equivocadamente por valer-se de pauta fiscal, o diz resultar em vício de nulidade a conduzir à reforma do julgado de base.

Argui existir vício de nulidade, ainda, acerca da responsabilidade tributária recair sobre a transportadora RODOPRIMA TRANSPORTE LTDA., isto porque a fiscalização ao deparar-se com a operação de transporte dessa mercadoria, deveria, na ocasião, ter lavrado o Auto de Infração contra essa transportadora e não contra si, reproduzindo o art. 12, I, “d” para destacar a responsabilidade pelo pagamento do ICMS e que por isso houve erro formal do Fisco ao eleger o sujeito passivo.

Transcreve o art. 129, do RICMS –BA e ementa do CONSEF proferida nos autos do PAF nº 9402380, bem como ementas de julgados de outros órgãos.

Afirma existir nulidade também em razão de haver rasuras no Auto de Infração quando do preenchimento pelo preposto fiscal, o que leva a uma incoerência, pois a autuação é justamente sob alegação de que o contribuinte rasurou o documento fiscal e que a exclusão de número impresso e inclusão de outros dificultou a exata identificação do lançamento de ofício.

Como causa de nulidade, aponta ainda as datas da autuação que diz irregulares, vez que os caminhões que transportavam a mercadoria foram parados no posto fiscal em 12/7/11 e não em 09/7/11, como pode ser constatado de outros autos que citou nos quais consta a data de 8/7/11.

Adentra no mérito reiterando qual é seu objeto social e que participa do DESENVOLVE, com redução de 64 % e que faz jus ao diferimento, também, nas aquisições internas de algodão em pluma e não somente em capulho, com encerramento previsto para o momento de ocorrência da saída dos produtos por si industrializados.

Conclui que, em se tratando de operação interestadual de venda de algodão em pluma, que goza do dito benefício e que, não obstante isto, vem sofrendo várias apreensões indevidas nos Postos Fiscais do Estado do Bahia, sendo-lhe exigidos os documentos comprobatórios do recolhimento tributário, s que suas mercadorias constantemente são apreendidas de forma indevida.

Explica que, na oportunidade, a alegação do agente fiscal foi no sentido de que a empresa estaria transportando “[...] **algodão em pluma acompanhado da Nota Fiscal (DANFE) nº 0297 cujo endereço constante nesta Nota Fiscal diverge do endereço correspondente ao da saída da mercadoria apreendida**”.

Em reforço dos seus argumentos, se reporta às lições doutrinárias de Hugo de Brito Machado acerca da idoneidade de nota fiscal e, assim, afirma que houve arbitrariedade a resultar em *bis in idem*.

Salienta que o recolhimento do ICMS estava registrado para competência posterior, tendo em vista o DIFERIMENTO concedido pelo DESENVOLVE, além da própria redução de 64%, que o autuante, sem qualquer prova, entendeu ser inidônea a documentação fiscal quando for identificada: (1) conter declaração inexata, estiver preenchido de forma ilegível ou contiver rasura ou emenda que lhe prejudique a clareza (art. 209, inciso IV, RICMS), (2) embora revestido das formalidades legais, tiver sido utilizado com o INTUITO COMPROVADO de fraude (art. 209, inciso VI, RICMS). Rebate em seguida, afirmando não ser esta a hipótese dos Autos e que não há prova do intuito de fraude sobre o que discorre, conceituando.

Menciona que adquiriu o algodão da cooperativa localizada no município de Luís Eduardo Magalhães-Ba transferindo como produto bruto para sua sede no município de Simões Filho-Ba, para, seguidamente, comercializar para a empresa localizada no Estado do Ceará, o que diz ter feito com direito de recolhimento do ICMS diferido.

Ressalta que nenhum prejuízo provocou ao Fisco Estadual por ter não agido de má fé, e que o preço da operação guarda conformidade com o valor de mercado, diferente do valor da Pauta Fiscal aplicada pelo Fisco sobre produto do tipo *comodite*, cujo preço deve ser previamente fixado.

Defende-se, por derradeiro, insurgindo-se contra a multa do art. 42, IV, “j” prevista na Lei nº 7014/96, reiterando os mesmos fundamentos de que não agiu com má fé.

Instada a PGE/PROFIS, aduziu que o Recurso repete os mesmos argumentos e que é incapaz de conduzir à reforma do julgado de piso. Afasta a alegação de vício de nulidade pontuando que a alegação de ilegitimidade passiva não prospera, vez que o DANFE nº 0300 –fl. 5- retrata operação de venda de algodão em pluma para o Ceará, o que diverge da tese defensiva de que foi adquirido para produção própria, como foi alegado apenas com intuito de valer-se dos benefícios do DESENVOLVE, descabidamente.

Destaca que a nota fiscal emitida pela BIOAGRO acobertava operação interestadual de mercadoria industrializada pela empresa ZUTTON, como se infere do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga – CTRC de fl. 07, do romaneio e do lacre do fardo de fls. 08, 10 e 12.

Rechaça a nulidade por haver rasura, concluindo que não assiste razão ao sujeito passivo, isto porque o preposto fiscal apenas preencheu manualmente, já que no posto fiscal não havia equipamento de informática, o que, contudo, não obstou a exata compreensão do teor da autuação, tanto que houve defesa pontual sobre todos os aspectos, constando do PAF os elementos identificadores.

Quanto à inidoneidade do documento fiscal, afirma que assim foi considerado face à divergência entre o endereço do emitente (Simões Filho) e o endereço correspondente ao de saída efetiva da mercadoria apreendida (São Desidério), e que no PAF residem provas materiais que evidenciam o intuito fraudulento de que o sujeito passivo ostentou status de proprietário para usufruir do referido benefício do DESENVOLVE, citando, em arremate, a disposição do art. 39, I, do RICMS-BA e art. 6º, II, “a” da Lei nº 7014/96 que estabelece a solidariedade pelo pagamento do ICMS e que,

por força disto, o autuante lavrou o Auto de Infração contra o recorrente e não contra a transportadora, sendo aquela parte legítima para figurar no polo passivo.

Adiante, frisa que inexistente qualquer prova no PAF da aquisição de mercadoria para industrialização pelo estabelecimento autuado localizado em Simões Filho, ressaltando que inclusive, foi vistoriado e que não foram encontrados quaisquer equipamentos para benefício e industrialização dos produtos, como atestam as fotos anexadas às fls. 53/55.

No que tange à base de cálculo, diz que esta foi apurada conforme a pauta fiscal vigente à época do fato gerador em harmonia com o disposto no art. 19, da Lei nº 7014/96 c/c ar. 73, do RICMS-BA, e assim considerados os preços em média praticados na Bahia, evidenciando o caráter inidôneo do documento fiscal.

Por fim, rechaça também a contrariedade quanto à multa que aplicada imposta à luz da legislação tributária diante da comprovação da materialidade e da autoria da infração fiscal, a teor do preceito do art. 42, IV, "b" da Lei nº 7014/96, salientando que a competência para apreciar a exclusão de multa é da Câmara Superior do CONSEF na forma do art. 159, do RPAF-BA.

VOTO

Da análise dos autos, verifico que se trata de autuação levada a efeito pela fiscalização do trânsito, especificamente no Posto Fiscal Bahia/Piauí, onde houve a apreensão de mercadorias – algodão em plumas.

Constato do relato acima feito que o recorrente antes de adentrar no mérito, declinou seu inconformismo com o Julgado de piso, primeiramente, em sede de preliminar de nulidade.

De início, saliento que toda a matéria controvertida foi enfrentada e julgada sem omissão pela instância "*a quo*".

No que tange ao primeiro argumento de nulidade relativo à *responsabilidade imputável à transportadora*, a inidoneidade verificada pela fiscalização encontra-se comprovada em diversos elementos incluindo a diligência realizada no estabelecimento autuado, onde foi constatado que não havia equipamentos para beneficiar ou industrializar produtos agrícolas, e assim restou comprovada a fraude também in "*loco*", e a sua autoria.

Ademais disto, o 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.*"

Dúvidas, por conseguinte, não remanescem de ser o recorrente parte legítima para compor o pólo passivo. Rechaço esta primeira preliminar.

A segunda preliminar versa sobre "*ocorrência de rasuras no preenchimento do AI pelo agente fiscal*". Esta questão já foi também objeto de análise pela Junta de Julgamento Fiscal que, corretamente, não acolheu esse pífio argumento, isto porque a fiscalização, em função de ter sido realizada em local que à época não dispunha de sistemas eletrônicos institucionais da SEFAZ-BA, utilizou modelo formulário e o emitiu manuscritamente. E para ser registrada no sistema SEAIT, fez-se preciso excluir o último numeral e gerar, automaticamente, pelo sistema, três novos dígitos, compatibilizando a numeração do Auto de Infração com o sistema SEAIT, o que não se constitui em rasura da autuação. Não houve qualquer modificação no seu conteúdo muito menos

que tivesse o efeito de prejudicar a defesa. Considero, também, ultrapassada esta segunda preliminar de nulidade.

A terceira e última preliminar de nulidade referente às "*datas divergentes no Auto de Infração*", ou seja, como alegou a recorrente, que ao transportar as mercadorias por si industrializadas, teria sofrido fiscalização no dia 09.07.2007, enquanto o Auto de Infração só foi lavrado na data de 12.07.2011, havendo divergências de datas, o que estaria por causar prejuízo ao exercício da sua defesa.

Discordo por não se tratar de causa para configuração de nulidade, ao teor do constante no § 2º, Art. 28 do RPAF/BA que reproduzo : "*§ 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.

No que toca ao mérito, o foco da autuação tem origem na apreensão de mercadorias de 25578 kg "**algodão em pluma**" transitadas pelo Posto Fiscal Bahia/Piauí, tendo sido consignado no DANFE nº 300 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 consta como tendo data de vencimento o 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, não tendo o recorrente logrado comprovar o que alega. Resta, sim, comprovado que o DANFE apresentado não corresponde à mercadoria, sendo diversos os fardos e os números bem como os pesos, comprovado pois, que a mercadoria foi produzida na Fazenda Zuttion, cujo proprietário é Célio Zuttion, como se verifica da fl. 10, comprovado, também, que não houve a alegada produção própria para legitimar o gozo do pretendido benefício fiscal de dilação do prazo concedido pelo DESENVOLVE.

Adentrando na matéria pertinente à utilização da pauta fiscal para definir o valor da base de cálculo da operação, acentuo que, a despeito do respeitável entendimento do Relator quanto à utilização de pauta fiscal para definir o valor da base de cálculo da operação tributada por ICMS, discordo, e assim posiciono-me com suporte na Súmula 431 do STJ que trago a lume :

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

Por conseguinte, em sendo este o entendimento pacificado por aquela douta Corte Especial, ao que vergo-me para afastar a aplicação da pauta fiscal para cobrança do ICMS, como exigido no AI em exame.

Justifico mais. A base de cálculo do imposto baseada na LC nº 87/1996 no seu art. 13 e incisos, leva à ilação de que, em regra, o valor da operação, do serviço, ou da mercadoria não pode ser desprezado pelo Fisco sob pena de mácula ao princípio da legalidade.

Nesta senda, volto o foco, ainda, para o disposto no art. 148 do CTN cujo teor é o seguinte :

"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 não original)

Pelo que, é dizer, em arremate, caber o arbitramento do valor do bem pela autoridade lançadora somente quando houver suspeitas de que os documentos e esclarecimentos advindos dos contribuintes sejam inidôneos ou lhes falte credibilidade.

Deve, pois, o arbitramento da base de cálculo se efetuar no curso de processo regular, no qual, impõe-se destacar, a autoridade fiscal esteja adstrita aos seguintes atos processuais instrutórios: i) comprove que a documentação fiscal do sujeito passivo apresenta inexatidões e, cumulativamente, que: ii) estabeleça o valor econômico correspondente à base de cálculo.

Ademais disto, não se pode perder de vista que o inciso XVII do art. 24 da Lei nº 7.014/96 preceitua 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 preservação do contraditório pelo contribuinte, o que, no caso presente, não ocorreu para que fosse legitimada a declaração de inidoneidade dos documentos fiscais (art. 209 do RICMS/97), e, por conseguinte, também não foi legitimado o respectivo arbitramento da base de cálculo da operação a ser tributada pelo ICMS, por existir subsídios fático-jurídicos para quantificar o preço consignado nas notas fiscais se são ou não inidôneos.

È bem verdade que os indícios presentes nos autos conduzem à ilação de que as informações contidas nas notas fiscais não eram dignas de fé, como a que apresenta origem da mercadoria diversa da de Simões Filho na qual consta como vendedor Célio Zuttion.

Todavia, é também verdade que não se deixou totalmente sedimentado e comprovado que os valores consignados nas notas fiscais não retratavam a realidade dos preços praticados pelo mercado.

Consequentemente, torna inseguro, impreciso e aleatório o arbitramento da base de cálculo da infração nos moldes praticados pelo Fisco.

Nesse contexto, firmo meu entendimento tendo como norte os axiomas constitucionais que dão sustentação ao devido processo legal neste Estado democrático de direito, e por não extrair do PAF a total preservação da segurança jurídica do contribuinte, acolho as suas razões para considerar como sendo o valor da base de cálculo o constante na nota fiscal e não aquele oriundo de pauta fiscal deste Estado da Bahia, nos termos da Súmula nº 431 do STJ.

Por derradeiro, expostos estes fundamentos, decido por reformar a Decisão recorrida para estabelecer como valor da operação relativa à nota fiscal de fl. 05, o importe de R\$ 16.609,22, considerando, ainda, ter sido a Portaria do Programa Desenvolve revogada como consta das fls. 56.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário reformando a Decisão recorrida, pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração com redução do débito de R\$22.508,53, para R\$16.609,22.

VOTO EM SEPARADO (Quanto à fundamentação)

Verifico que a Nobre Relatora no seu voto fundamentou não poder ser aplicada a pauta fiscal na apuração da base de cálculo, com suporte em decisões exaradas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Observo que a aplicação da pauta fiscal para apuração da base de cálculo é prevista na legislação estadual (artigos 19 e 23 da Lei nº 7.014/96). Como a atividade da fiscalização é vinculada, é legal a aplicação da pauta fiscal na constituição da base de cálculo do ICMS nas situações previstas na Lei Ordinária, mesmo porque a citada Súmula do STJ não tem efeito vinculante.

Entretanto, na situação presente, verifico que se trata de operação interestadual com produto agropecuário beneficiado (algodão em pluma), praticada por contribuinte legalmente inscrito. Neste caso específico, conforme disposto no art. 73, III, e §§ 2º, 3º e 4º do RICMS/BA, prevêem que

na aplicação da pauta fiscal, deve ser observado que nas operações com produtos agropecuários deve ser adotada quando efetuadas por produtor ou extrator não equiparado a comerciante ou a industrial ou por pessoa não inscrita. E ainda, o § 4º prevê que nas “*operações interestaduais, a adoção de pauta fiscal dependerá da celebração de convênio ou protocolo entre a Bahia e as unidades da Federação envolvidas, para definição dos critérios de fixação dos respectivos valores*”.

Pelo exposto, considerando que não foi trazido ao processo qualquer comprovação de que o preço declarado pelo contribuinte não correspondia aos praticados no mercado, o que ensejaria o arbitramento da base de cálculo (artigos 937 e 938 do RICMS/97), concordo com o posicionamento da Relatora de que seja considerado o valor da operação declarada pelo sujeito passivo para constituir a base de cálculo do imposto exigido neste lançamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **0940302780/11**, lavrado contra a **BIOAGRO INDÚSTRIA, COMÉRCIO E BENEFICIAMENTO DE PRODUTOS AGRÍCOLAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.609,22** acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – VOTO EM SEPARADO
(Quanto à fundamentação)

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS