

A. I. Nº - 211323.1203/12-7
AUTUADO - S J PARAISO CHARQUE LTDA
AUTUANTE - SALVADOR CATARINO DE CARVALHO JUNIOR
ORIGEM - IFMT SUL
INTERNET 17.07.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0140-04/13

EMENTA: ICMS. REMESA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO. CHARQUE. OPERAÇÃO COM MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS, CONSIDERADA, COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Os documentos acostados aos autos demonstram que são operações com mercadoria ao abrigo da suspensão do ICMS, com base no disposto no artigo 280, I, § 1º do RICMS/BA. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 05/12/2012, constitui crédito tributário no valor de R\$31.673,65, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

1 – Operação com mercadorias tributadas, caracterizada como não tributada. ICMS lançado R\$31.673,65 mais multa de 60%, com enquadramento nos artigos 1º, 2º e 38 da Lei nº 7.014/96 e multa tipificada no artigo 42, inciso II, alínea “f” do mesmo diploma legal.

Consta da descrição dos fatos, conforme também se observa no Termo de Ocorrência Fiscal, acostado aos autos à fl. 6, registrado no Posto Fiscal Roberval Santos, a evidência do transporte de mercadorias vendida do Tocantins para o Rio de Janeiro e enviada para a industrialização na Bahia, com suspensão do ICMS. É destacado que falta previsão legal para tal suspensão. Diz ainda, o Fiscal Autuante, de que só é possível aplicar a suspensão do ICMS quando há Protocolo celebrado entre os Estados de origem e de destino da mercadoria, para este fim, conforme requer o § 1º do artigo 280 do RICMS/BA em vigor, e este acordo não existe.

É destacado ainda na descrição dos fatos de que são anexadas cópias dos DANFE's 022845 e 022846, documentos de venda da mercadoria à Paraíso Charque Ltda., estabelecida no Rio de Janeiro. Descreve também o Fiscal Autuante: *“mercadorias acompanhadas dos DANFE's 022848, 022849, remetendo a mercadoria para Jequié na Bahia, por conta e ordem de Paraíso Charque Ltda., no Rio de Janeiro, cópias em anexo a este auto de infração.”*

O autuado ingressou com defesa, às fls. 19 a 16 dos autos, impugnando a autuação requerendo que suas razões sejam apreciadas por esta JJF, com vistas aos fins de direito, que passo a expor:

Preliminarmente diz que a S J PARAÍSO CHARQUE LTDA, autuado no presente PAF, é uma sociedade empresarial estabelecida no Município de Cambuci, Estado do Rio de Janeiro, e que, o presente Auto de Infração foi lavrado em 05/12/2012 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, para exigir o ICMS no valor de R\$47.616,33, apurado o crédito fiscal de R\$15.944,68, acrescido da multa de 60% no valor de R\$19.004,19, totalizando o valor de R\$50.677,84, em decorrência de mercadoria vendida do Tocantins para o Rio de Janeiro e enviada para industrialização na Bahia, com suspensão de ICMS, quando há Protocolo celebrado entre os Estados de origem e de destino da mercadoria, para este fim.

Em seguida diz que as notas fiscais em anexo comprovam que a mercadoria saiu do Estado de Tocantins e foram emitidas pela empresa PLENA ALIMENTOS LTDA, tratando-se de carne de boi secundária e não primária. Acrescente-se ainda que o valor total do produto transportado era de R\$132.872,32, resultantes da soma das notas fiscais, a de número 022846 série 001 no valor de R\$74.058,10 e a outra de número 022845 série 001 no valor de R\$58.814,22.

Destaca que a autuada tem como principal finalidade a produção de Charque. Foram emitidas notas fiscais distintas, tanto para a empresa Autuada com anotação de ROMANEIO e para a

Empresa DO CHARQUE PRODUTORA DE CHARQUE LTDA, com endereço na Rua Jequitibá, nº 2500, Jequié-BA. A referidas mercadorias estavam sendo transportadas pelas Rodovias do Estado da Bahia, razão pela qual, mesmo após ingressar fisicamente no Estado da Bahia, passando, obrigatoriamente, pelo Posto Fiscal Roberval Santos, conforme comprovado pelos carimbos acostados na Nota Fiscal de venda emitida, tais mercadorias restaram, arbitrariamente, impedidas de seguir viagem por 08 dias, conforme procedimento de fiscalização, no Posto fiscal Roberval Santos.

Assevera que, ficando impedida de prosseguir viagem desde o final do mês de novembro de 2012, sem que lhe fosse apresentado qualquer documento por parte da fiscalização e mesmo após ter encaminhado cópias de todos os documentos comprobatórios da regularidade da operação, conforme melhor se demonstrará adiante, a autuada e a empresa Transportadora das mercadorias, viram-se obrigados a ingressar com medidas judiciais cabíveis, sendo que, em Mandado de Segurança para a liberação das mercadorias impetrado pela autuada, documentos fiscais e documentos do veículo, foi proferida ordem liminar, cumprida entre os dias 04 e 05 de dezembro de 2012.

Destaca que a Autoridade fiscal em cumprimento da decisão judicial lavrou o Auto de Infração em epígrafe, através do qual lhe é exigido o valor de ICMS supostamente devido ao Estado da Bahia. Diz que, nos termos do Relatório Fiscal, a referida exação, supostamente devida, presume o autuado teria afrontado as normas apontadas, conforme descrição dos fatos. Observa que a fundamentação do lançamento ora guerreado, limita-se a trazer, apenas, o seguinte: “*Ausência de Protocolo celebrado para suspensão do ICMS, totalmente divergente do documento fiscal apresentado*”.

Salienta que, quanto ao respaldo legal da autuação, faz rasa menção ao enquadramento legal que entende aplicável ao caso, esquivando-se de transcrever, efetiva e detalhadamente os fatos que teriam o condão de subsumir-se às respectivas normas, uma vez que as mercadorias (carne resfriada - secundária) a que esse documento se refere saíram fisicamente do estabelecimento do emitente no Estado de Tocantins, conforme consta do ROMANEIO que as descreve (doc. anexo).

Destaca que é patente o vício de nulidade do Auto, cuja descrição de fatos revela-se cópia de outro instrumento que não o Auto de Infração em tela, fundamentando-se em normas inexistentes, bem como em regulamentos estranhos à matéria tributária incidente ao caso, inaptos a fornecer sustentação ao lançamento pretendido.

É de se considerar ainda, diz o autuado, que a autoridade fiscal apontou como base de cálculo o valor de R\$560.215,72, quando na verdade, a base de cálculo deveria esta limitada ao valor total da mercadoria transportada que era de R\$132.872,32, resultantes da soma das notas fiscais, a de número 022846 série 001 no valor de R\$74.058,10 e a outra de número 022845 série 001 no valor de R\$58.814,22.

Como preliminar de mérito, diz que existem vícios formais ao Auto de Infração, por ausência de comprovação fática e jurídica da suposta infração, frisando ser impossível o uso desmedido de presunções. Destaca que, após a leitura do suposto motivo fático ensejador, das justificativas e fundamentos legais utilizados para embasar a lavratura do Auto de Infração Impugnado, verifica-se que o Agente Fiscal valeu-se de mera presunção, obtendo de forma indireta, a suposta ocorrência de infração pelo fato de ter encontrado romaneio de carne bovina, exigindo o adimplemento de supostos débitos e faltas, fazendo, exclusivamente, o uso do instituto da presunção.

Conclui dizendo que a presente autuação não merece prosperar, na medida em que o autuante não comprovou a existência dos requisitos necessários à constatação do pretendo débito lançado, utilizando-se, indevidamente, de presunção para justificar a lavratura do presente Auto de Infração impugnado.

Diz também que há uma flagrante inoccorrência do fato gerador na autuação. Observa que no auto de infração guerreado inexistente fato gerador do ICMS para o Estado da Bahia, pois é inafastável o fato de o vendedor da mercadoria e o comprador situarem-se fora do Estado da Bahia, longe do

alcance das leis Estaduais, coibida a invasão de competências, conforme estabelecido no artigo 155 da Constituição Federal, como também, em respeito ao pacto federativo e autonomia dos entes estatais, conforme artigo 3º da Carta Magna.

Corroborar-se ainda que a real situação do auto de infração é a de que se trata da exigência de ICMS e respectiva multa, em decorrência da descaracterização da suspensão do imposto na devolução de produto primário recebido para industrialização (carne congelada e resfriada - para industrialização de charque), em operação interestadual, face à inexistência de protocolo firmado entre os Estados da Bahia, Tocantins e do Rio de Janeiro.

Ilustres Julgadores essa tese da Fiscalização não pode prosperar, uma vez que parte do pressuposto equivocado de que o produto recebido de terceiro para industrialização e simbolicamente devolvido seria primário (carne congelada e resfriada, não se tratando de “boi em pé” ou carne fresca), quando na verdade se trata de produto a ser industrializado (charque). Está claro que tanto a remessa quanto a devolução do produto se dão ao abrigo da suspensão do ICMS, com base no disposto no artigo 280, I, § 1º do RICMS da Bahia, motivo pelo qual não pode ser descaracterizado o referido tratamento tributário, sob o fundamento da falta de protocolo entre os mencionados Estados, o que somente se aplica às operações com produtos primários.

No caso em tela, diz o autuado, toda a mercadoria trata-se de produto secundário, pois já ocorreu o abate e a mercadoria encontra-se resfriada e congelada. Não se trata do Boi em Pé, do boi vivo, tal como acontece também com as aves, ou seja, para fins de aplicação da legislação tributária da Bahia, não se considera produto primário também aquele que, não obstante tenha sido submetido a algum processo de industrialização, conserva as suas características originais, tal como encontrado na natureza.

Por este motivo afirma que a carne congelada e resfriada após o abate pronta para o charque, já passou pelo processo de beneficiamento, deixando de ser um produto primário de origem animal, pois não conserva as suas características originais. Logo, a Impugnante faz jus à suspensão do ICMS. No caso a mercadoria não é mais primária, passando por um processo de industrialização.

Assim, diz que, o fato de estar estabelecida no Estado do Rio de Janeiro, remetendo a mercadoria para industrialização sob encomenda (transformação em charque), ao abrigo da suspensão do ICMS, está embasada nos termos do art. 52, inc. I do RICMS/RJ (Decreto nº. 27.427/2000) c/c o Convênio AE -15/74.

Volta o defendente argüir a nulidade do auto de infração. Diz que é nulo o auto de infração que ora se hostiliza, em face da sua manifesta impropriedade, especialmente por inexistência de justa causa para a sua lavratura contra a impugnante, por inocorrência de qualquer ilicitude, muito menos a irrogada na peça acusatória. Assevera que, inexistindo justa causa para a lavratura do auto de infração sob impugnação, ilegítimo e nulo se apresenta a proposta de lançamento que ora se hostiliza, cuja pretensão está eivada de nulidade absoluta, imprestabilizando por completo a exação fiscal.

Observa que o auto de infração foi lavrado contra a impugnante S.J PARAÍSO e o DAE foi emitido para outra empresa diversa a DO CHARQUE PRODUTORA DE CHARQUE LTDA, conforme documento anexo. Diz que, como pode a fiscalização emitir um DAE em nome de uma empresa e atribuir a legitimidade passiva a outra empresa diversa? O auto já nasceu morto em face da sua impropriedade como lançamento. A impropriedade é gritante, destaca o defendente, já que como consta do auto, não exsurge o ânimo sancionatório exigido na exação sob contestação, o que também por esse prisma, marca de nulidade absoluta a pretensão do fiscal autuante.

Assim diz que, nula é a exação, não há como prosperar a pretensão do autuante, que pela falta de justa causa para a instauração da ação fiscal, quer, sobretudo, pela impropriedade de que está revestido o ato formal, que direcionado no sentido da exigência, desamparada da indispensável garantia legal.

No caso, pela ilegitimidade da lavratura do auto de infração, cuja irrogação de conduta ilícita, não passa de equívocos, cujos dispositivos oferecidos não possibilitam o entendimento esposado na exação, tampouco abre espaço ou possibilidade para o apenamento pretendido, tem-se como

ilegítima a autuação, devendo por isso, ser declarada nula, dando-se baixa dos registros pertinentes, como o conseqüente arquivamento do processo, que lhe propiciou origem.

Em que pese outros argumentos de nulidade apresentados pela autuada, traz agora discussão sobre a primariedade da empresa e das multas. Diz que deve ser considerado que a autuada é primária e nunca teve intenção de lesar o erário. Tais condições são atenuantes gerais e a multa aplicada é desproporcional e irrazoável.

Diz que o valor aplicado de multa é absurdamente alto, eis que o patamar de 60% o que é inaceitável atingiu incríveis R\$19.004,19. As penalidades aplicadas relativamente ao descumprimento dessas obrigações são por demais exageradas, chegando às raias de verdadeiro confisco, para situações que não resultaram em qualquer prejuízo para a Fazenda Pública.

De outra forma o autuante destaca aspecto que traz a tona seu entendimento em afirmar a confiscatoriedade da multa aplicada na autuação em análise. Em vista da suposta infração indicada no auto, diz que foi imposta à defendente, a obrigação de pagamento de imposto e multa, atingindo o valor de R\$50.677,84, valor este que equivale a mais de 1/3 (um terço) do valor da mercadoria transportada, um verdadeiro confisco!!!.

Para corroborar seus argumentos, apresenta na sua manifestação argumentos de alguns juristas, decisões do STF e TRF da 4ª Região assim como o inciso IV do art. 150 da Constituição Federal, todos nos sentido de evidenciar o caráter confiscatório da multa aplicada na autuação.

Destaca também, na sua manifestação de defesa, que não se pode olvidar que o art. 112, do CTN, determina que a lei tributária que define infrações ou lhes comina penalidade deve ser interpretada da maneira mais favorável ao acusado quanto à capitulação legal do fato, seja quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão de seus efeitos.

Observa que já foi reconhecido pelos Tribunais que as multas aplicadas em patamares de 60% do valor das mercadorias têm caráter confiscatório, devendo ocorrer à imediata redução, aplicáveis imediatamente a Impugnante. Diz também que a Impugnante sofreu perdas com os dias em que a carga ficou indevidamente retida no posto fiscal, o que é ilegal, bem como com os prejuízos de arcar com despesas processuais, honorários advocatícios e demais despesas para a liberação de carga e emissão do auto de infração, já tendo assim sido penalizada, não podendo sofrer nova penalização sobre a égide de pena pecuniária, eis que estaria sendo duas vezes penalizada pelo mesmo fato, o que é vedado pelo ordenamento vigente.

Pelo exposto, atribuído o efeito suspensivo, espera a empresa autuada ver integralmente acolhida a presente impugnação para o fim de ser considerada nula e insubsistente essa autuação, que deverá ser cancelada, arquivando-se o processo.

Em pedido sucessivo, sejam reconhecidos os equívocos do Sr. Auditor Fiscal apontados nas razões despendidas, bem como o caráter confiscatório das multas aplicadas ou em nova sucessão seja a penalidade reduzida e a metodologia de incidência alterada para deixar de incidir sobre o valor da mercadoria, na forma das razões acima deduzidas.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, à fl. 76 dos autos, requer aos membros da JJF a improcedência do Auto de Infração em análise. Diz que, tendo em vista a informação emitida pela GECOT (e-mail anexo) afirmando o objeto da ação fiscal (carne bovina) tratar-se de produto industrializado e não primário, afasta a aplicabilidade da sanção pretendida pela autuação.

Assim, acatando a informação, pugna pela improcedência do presente Auto de Infração.

VOTO

Versa a autuação de lançamento fiscal, para exigir ICMS no valor de R\$31.673,65, somado ao valor da multa de 60%, constitui um crédito tributário no montante de R\$ 50.677,84, atribuindo ao sujeito passivo a acusação de estar desenvolvendo operação com mercadorias tributadas, caracterizadas como não tributada.

Consta da descrição dos fatos a ocorrência do transporte de mercadorias vendida do Tocantins para o Rio de Janeiro e enviada para a industrialização na Bahia, com suspensão do ICMS, em que o Fiscal Autuante alega a falta de previsão legal para tal suspensão. Diz, ainda, que só é possível aplicar a suspensão do ICMS quando há Protocolo celebrado entre os Estados de origem e de destino da mercadoria, para este fim, conforme requer o § 1º do artigo 280 do RICMS/BA em vigor, e este acordo diz não existir.

Por sua vez o defendente argüiu alguns vícios de nulidades, como erro no apontamento da base de cálculo, ausência de comprovação fática e jurídica da suposta infração, desconformidade entre o enquadramento e a matéria tributária incidente ao caso, ilegitimidade passiva, entre outras.

Da análise das peças que compõe o presente processo, a autuação seria passível de julgamento pela nulidade, entretanto, com base no parágrafo único do art. 155 do RPAF/BA, ultrapasso a questão de nulidade, deixando de apreciar as alegações de nulidades suscitadas pelo defendente, porque no mérito a exigência fiscal não subsiste, podendo ser decidido ao seu favor.

Preliminarmente, à luz das cópias dos DANFE's 022845 (fl. 53), 022846 (fl. 10), 022848 (fl. 08) e 022849 (fl. 09), verifico tratar-se de uma operação de venda de produto (CFOP 6101) por um contribuinte estabelecido no Estado de Tocantins (), para outro contribuinte estabelecido no Estado do Rio de Janeiro (S J PARAÍSO CHARQUE PLENA ALIMENTOS LTDA LTDA), porém com a passagem do produto pelo Estado da Bahia no estabelecimento do contribuinte A CHARQUE PRODUTORA DE CHARQUE LTDA, para efetuar beneficiamento.

A passagem dessas mercadorias no estabelecimento A CHARQUE PRODUTORA DE CHARQUE LTDA, estabelecida no Estado da Bahia, Município de Jequié, ocorre pelos DANFE's 022848 (fl. 08) e 022849 (fl. 09) sob o código de CFOP 6924 (*Remessa para industrialização por conta e ordem do adquirente da mercadoria, quando esta não transitar pelo estabelecimento do adquirente*), portanto dentro da norma legal.

Assim, esta operação se apresenta acobertada pelo instituto da suspensão do imposto na forma do que dispõe o inciso I, do art. 280, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/13, conforme a seguir destacado:

Art. 280. É suspensa a incidência do ICMS:

I - nas saídas internas, interestaduais e para o exterior, de mercadorias ou bens destinados a industrialização, conserto ou operações similares, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos, ressalvada a incidência do imposto quanto ao valor adicionado e às partes, peças e outras mercadorias fornecidas pelo prestador do serviço (Conv. AE 15/74);

Tal dispositivo, como destacado no corpo do seu texto, decorre das disposições do Convênio ICMS AE 15/74, em que se tem o Estado da Bahia como signatário e os demais Estados envolvidos na operação, ou seja, Tocantins e Rio de Janeiro, diferentemente do entendimento do Fiscal Autuante, quando da ação fiscal, em que tinha uma posição firmada equivocadamente de que não havia Protocolo celebrado entre o Estado de Origem e de Destino da mercadoria para este fim.

Por esse Convênio ICMS os Estado signatários acordam em conceder suspensão do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias nas remessas interestaduais de produtos destinados a industrialização, no caso específico beneficiamento. É o que nos apresenta ter ocorrido na operação objeto da presente autuação.

Não se aplica tal suspensão, dentro outras previsibilidades, as operações com produtos primários de origem animal no que dispõe o § 1º do art. 280. Ora, pela descrição dos produtos constantes dos DANFE's acima citados (DIANTEIRO DE NOVILHO, COSTELA DE NOVILHO, COSTELA DE VACA), trata-se de produtos de origem animal decorrentes da operação de abate já na forma de uma mercadoria resfriada e congelada, conforme relato do defendente em sua manifestação de defesa, e em nenhum momento rebatido pelo autuante em sua informação fiscal. Assim, são produtos que passaram por um processo de industrialização.

Logo, não tem porque dizer que tal operação não estaria ao abrigo da suspensão da incidência do ICMS, já que não é uma operação com produtos primários. Aliás, o próprio Fiscal Autuante, na sua informação fiscal à fl. 76, diz taxativamente de que o objeto da ação fiscal (carne bovina)

trata-se de produto industrializado e não primário. Ademais, após consulta a GECOT (*Gerencia de Consulta e Orientação Tributaria*), manifesta expressamente pela improcedência da autuação.

Em que pese tal improcedência da autuação, é devido sim ao Estado da Bahia, nessa operação, conforme descrito no inciso I do art. 280 do RICMS/BA, a incidência do imposto quanto ao valor adicionado, quando dos retornos reais ou simbólicos das mercadorias, o que, consubstanciado no art. 156 do RPAF, represento a autoridade competente a abertura de novo procedimento fiscal no sentido de verificar o pagamento do imposto devido pelo valor adicional na operação, decorrente do beneficiamento nos produtos, a ser recolhido pela empresa A CHARQUE PRODUTORA DE CHARQUE LTDA, I.E. 85045495, estabelecida no Estado da Bahia, município de Jequié.

Do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº211323.1203/12-7, lavrado contra S J PARAISO CHARQUES LTDA.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO –JULGADORA