

A.I Nº. - 217449.0701/11-7
AUTUADO - COPAVANTE - COOPERATIVA AGRÍCOLA DE AVANÇOS TECNOLÓGICOS
AUTUANTE - RAIMUNDO COSTA FILHO
ORIGEM: - INFAC BARREIRAS
INTERNET - 29/08/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0193-03/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Os fatos ocorridos no transito de mercadorias e caracterizadores de infração tributária devem ser imediatamente revelados através de ações fiscais efetivas que identifiquem a infração e o infrator no momento de sua ocorrência. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O lançamento em epígrafe refere-se ao pagamento de ICMS e penalidade pecuniária pelo cometimento de uma infração tributária assim descrita: “constatamos irregularidades no veículo placa NLG 6141, que transportava 31236 Kg de Algodão em Pluma constante do Danfe n.º 3052, chave 291106079570510001555500300000305210 00092439 de 29/06/2011, sendo considerado INIDÔNEO por divergência entre o discriminado na documentação fiscal e a Mercadoria. A autuada discrimina um produtor rural como beneficiador de Algodão que é o mesmo sócio da autuada que não possui atividade de beneficiamento de fibras de algodão. Verificação física constatamos que a Beneficiadora do produto foi a Algodoreira Franor conforme selo obrigatório da ABRAPA, consulta feita ao Sistema Sefaz/BA e Receita Federal, constatamos que a Algodoreira Franor é FICTICIA, não existe. Utilização fraudulenta do Danfe para acobertar mercadoria de uma empresa FICTICIA. E, como prova do ilícito foi feita a apreensão das mercadorias.”

Tempestivamente a autuada apresenta sua impugnação onde inicialmente aduz que as “notificações restam eivadas de nulidades, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o Auto de Infração elaborado pelo Sr. Fiscal deve trazer em sua capitulação do enquadramento do ato infracional, quando deixou de transcrever qual letra do inciso IV do artigo 219, foi alegadamente infringido pela autuada, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida”. Acrescenta que “conforme preconiza a legislação tributária, deverá o auto de infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade, devendo portanto observar uma série de requisitos” que enumera. E conclui este argumento afirmando que “a falta da discriminação de qual letra do inciso IV do artigo 219 do RICMS, por si só eiva de nulidade os autos de infração lavrados pois desobedece ao Art. 142 do CTN,” que transcreve. Acrescenta que este fato representa um cerceamento da “plena defesa” pois “não possuindo as condições de clareza e correta capitulação da infração, resta nula a notificação, devendo tal qualidade lhe ser atribuída pela autoridade administrativa, sob pena de vê-la decretada pelo Poder Judiciário”. Cita e transcreve jurisprudência a respeito do assunto,

Sobre o mérito diz que inicialmente “é necessário se estabelecer que a autuada trata-se de uma sociedade cooperativa agrícola, que reúne produtores de algodão do oeste do estado da Bahia, possuindo os benefícios fiscais, com autorização para pagamento do ICMS relativo as operações de algodão em pluma no regime de diferimento, conforme previsto no artigo 348, § 3º, inciso VIII, do RICMS-BA/97, conforme Parecer em anexo. Assim, um dos associados da cooperativa, o

produtor rural de algodão Sr. ARIEL HOROVITZ, o qual utiliza o nome de Fantasia de FRANOR AGRÍCOLA, o qual possui usina de beneficiamento de algodão, beneficiou e vendeu a COPAVANTE através da Nota Fiscal n° 01874, Algodão em Pluma da safra 2010/2011 (nota fiscal em anexo). A COPAVANTE, por sua vez, comercializou o algodão vendendo para a empresa NORFIL S/A INDÚSTRIA TÊXTIL, através da Danfe n° 3052, o qual foi objeto da apreensão da mercadoria e lavratura do auto de infração ora questionado, tendo o agente fiscal alegado “MERCADORIA BENEFICIADA POR EMPRESA FICTÍCIA”, o que não procede”. Esclarece que “o produtor ARIEL HOROVITZ, tem cadastrado junto a ABRAPA – Associação Brasileira de Produtores de Algodão, a Razão social de ARIEL HOROVITZ e o nome de fantasia FRANOR, para fins de controle do sistema SAI – Sistema Abrapa de Identificação, sendo que os fardos de Algodão em pluma produzidos pelo produtor são identificados com as etiquetas com o nome de fantasia FRANOR”.

Observa que é comum na região oeste da Bahia, que “devida a grande produção de algodão, cada produtor rural possui beneficiadora/usina para o beneficiamento de sua própria produção, sendo que, no presente caso, o produtor ARIEL HOROVITZ, possui a algodoeira/usina devidamente cadastrada junto ao SAI – Sistema Abrapa de Identificação, onde consta o nome de fantasia de FRANOR AGRICOLA. Desta forma, não há que se falar na existência de empresa FICTÍCIA, o produtor originário está devidamente cadastrado junto a ABRAPA, sendo que a etiqueta com o nome de FRANOR é o nome de fantasia utilizado pelo produtor, assim como muitas empresas tem a sua razão social e o nome de fantasia.”

Anota que “a própria Nota Fiscal n° 01874, traz em sua especificação a razão social de ARIEL HOROVITZ e acima o logotipo do nome de fantasia FRANOR, o que é comum a utilização, como forma de tornar o nome de fantasia a marca conhecida de um determinado produto. Equivocou-se o agente fiscal em função de que as etiquetas (selo) dos fardos constam o nome de fantasia FRANOR da razão social do produtor ARIEL HOROVITZ. Todavia, a Nota Fiscal de origem NF n° 018174, a mesma foi emitida pelo produtor ARIEL HOROVITZ, aparecendo o logotipo do nome de fantasia FRANOR, o que é comprovado por cópias de notas fiscais anexadas aos autos emitidas pelo produtor e posteriormente pela cooperativa.”

Argumenta que “tanto o produtor originário, quanto a Autuada, não infringiram os dispositivos legais citados no Auto de infração, pois o que houve foi uma confusão criada pelo próprio agente fiscal por conta do nome de fantasia do produtor rural, eis que, em momento algum, concorreu com qualquer ato que redundasse em não recolhimento de imposto devido ou por suposta inidoneidade de documento fiscal”. Requer, ao final, “o cancelamento do feito fiscal, pois não houve nenhuma irregularidade na forma quanto apontada pelo agente fiscal, pois em momento algum foi utilizado documento fiscal com o objetivo de fraude, como quer fazer crer o agente fiscal, muito menos a utilização de empresa fictícia.”

Destaca que a capitulação legal utilizada pelo Fisco para a desclassificação da nota fiscal - artigos 209, IV e VI, 219, IV, do RICMS/97, “mostra-se equivocada quando os incisos IV e VI do artigo 209 do RICMS, que trata do documento inidôneo, pois em momento algum verifica-se a ocorrência no Danfe n° 3052 qualquer indício de fraude ou inidoneidade do documento fiscal.”. Observa que “no presente caso, a Danfe de n.º 3052, emitida pela COPAVANTE – Cooperativa de Agrícola de Avanços Tecnológicos, localizada no Estado da Bahia, indicava como destinatária a empresa NORFIL S/A Indústria Têxtil, estando todos os campos da Nota Fiscal devidamente preenchidos regularmente “e da “mesma forma, a Nota Fiscal de origem n° 01874, do produtor ARIEL HOROVITZ, tendo como destinatária a COPAVANTE, também encontra-se devidamente preenchida regularmente, não indicando o agente fiscal nenhum campo que fora indevidamente preenchido” concluindo que “nos termos da documentação fiscal acima apresentada, a desclassificação da nota fiscal objeto da autuação fiscal ocorreu de forma errônea, uma vez que a autuada, a destinatária e o produtor de origem da mercadoria não se enquadram no conceito de empresa fictícia.”

O Autuante apresenta sua informação fiscal onde inicialmente observa que constatou a ACÓRDÃO JJF N° 0193-03/13

irregularidade no veículo placa NLG 6141 que transportava 31.236kg. de algodão em plumas constante do Danfe nº 3052. Considerou tal documento como inidôneo “por divergência entre o discriminado na documentação Fiscal e a mercadoria”. Observa que “a autuada informava no Danfe que a mercadoria era procedente do produtor rural como sendo o beneficiador do algodão em pluma”. Anota que realizando “verificações da mercadoria constata através do selo da ABRAPA que a mercadoria era oriunda da Algodeira FRANOR” e que consultou o sistema Sefaz/Ba o sistema da Receita Federal, constatou que a Algodeira era fictícia pois “não possui cadastro Estadual ou Federal de Usina algodoeira”. Concluiu então que o Danfe estava sendo utilizado “fraudulentamente para acobertar saída de mercadoria de empresa clandestina.” E, como prova do ilícito fiscal efetuou a apreensão da mercadoria e do Danfe.

Acrescenta que “*a alegação da autuada argüindo impugnação do auto de infração por atipicidade e falta de enquadramento legal não se faz verdadeira*”. Observa que “*a disciplina do Art.11 “b” da LC 87/96, que em se tratando de mercadoria ou bem, em situação irregular, pela falta de documento fiscal ou quando acompanhada de documentação fiscal inidônea, para efeito de cobrança do imposto, o fato gerador ocorre no local da operação ou da prestação*”

Entende que a “*a alegação de nulidade da ação fiscal não procede, tendo em vista a presente ação fiscal contem os elementos suficientes para determinar a infração e o infrator. Sendo Disciplina o CTN Art. 124, 123 que trata da responsabilidade por solidariedade, e do Art. 5º da LC 87/96, o Art.39, I, “d” do RICMS/Ba e Súmula 03 do CONSEF, diz que a lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões concorrerem para o não recolhimento de tributos*”. Transcreve o Art. 12. Onde esta disposto que “Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;” Indica também o Art. 19 do RPAF que dispõe : “a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”

Diz que a alegação de cerceamento de defesa não se faz verdadeira, e que a “ação fiscal foi feita dentro das normas legais, atinentes aos princípios constitucionais tributário, sendo concedido ao autuado a ampla defesa e o devido processo legal.” E acrescenta: “constata-se a veracidade dos procedimentos fiscais a concessão de Fiel depositário constante do requerimento de Transferência de depositário (**pág. 16**), possibilitando ao autuada a discussão da infração na esfera administrativa.”

Comenta sobre a alegação que o documento fiscal estava de acordo com a legislação não exclui a infração de utilização fraudulenta do Danfe. Anota que “conforme disciplina o Ajuste do SINIEF 07/05, Cláusula Quarta § 1º combinado com o § 2º, considera inidôneo o documento fiscal ainda que formalmente regular tiver sido emitido ou utilizado com dolo, fraude, simulação ou erros, mesmo que possibilite a terceiros o não pagamento do imposto ou qualquer outra vantagem.

Ratifica que “a divergência entre o discriminado no Danfe e a mercadoria ficou constatou que a mercadoria era proveniente de uma Usina algodoeira FRANOR, conforme selo da ABRAPA, e pesquisa no sistema de cadastro da receita federal e estadual constatou-se a irregularidade da Algodeira, sendo clandestina por não possuir inscrição estadual e nem cadastro de pessoa jurídica. Obrigatoriedade prevista na Legislação do ICMS da Bahia. Conforme disciplina o Art. 150, § 1º o estabelecimento não inscrito será considerado clandestino.”

Faz comentários sobre Associação Brasileira dos Produtores de Algodão, “que possui o cadastro de todas as algodoeiras do Brasil, conferindo o selo ABRAPA de controle do lote e o tipo do algodão, mas deixam as questões de regularidade fiscal a cargo dos Estados, aceitando apenas as informações fornecidas pelos cotonicultores.”

Anota que “*a alegação de falta de dispositivo legal, suscitada pela autuada, não se faz*
ACÓRDÃO JJF Nº 0193-03/13

verdadeira, disciplina a Legislação da Bahia Dec. 6284/97 em seu Art. 38, combinado com o Art. 440, que o produtor rural equiparado a industria, quando industrializarem a sua própria produção, deverá ser constituído como pessoa jurídica. Sendo, portanto irregular utilizar documento de produtor com CNAE de cultivo de milho, soja e outros cereais (pág. 33e87) para acobertar saída de algodão em pluma beneficiado de uma algodoeira clandestina.”

Observa que “sendo divergente a informação no Danfe que consta que a mercadoria era procedente de produtor rural Ariel Horovitz, Faz. Palmeira em São Desidério. Verificação da mercadoria constata que o algodão em pluma era proveniente da Algodoeira FRANOR, conforme informação da ABRAPA. Estando a empresa beneficiadora em situação irregular configurando-se a utilização fraudulenta do Danfe para acobertar a operação e usufruir dos benefícios fiscais do PROALBA de redução do ICMS.”

Acrescenta que “a autuada confirma em sua defesa que a algodoeira clandestina utiliza a denominação de FRANOR (pág. 44). E não reconhece que a empresa é fictícia, mas, sendo ela clandestina, denominação previsto no regulamento do ICMS, por falta de cadastro de pessoa jurídica e impossibilitada de emitir o Danfe referente aos produtos beneficiados. Utilizando-se do artifício fraudulenta da inscrição de produtor com a emissão de NF para cooperativa e esta com a emissão do Danfe para a empresa destinatária na Paraíba, com informação de origem do produto divergente da mercadoria”. Observa de que a “alegação de que essa prática é corriqueira na Bahia, não torna a operação regular, constata-se que a operação não preenche os requisitos legais exigidos pela Legislação havendo divergência entre o discriminado no documento fiscal e a mercadoria.”

VOTO

Como vimos o lançamento teve como fundamento o cometimento de uma infração assim descrita: “transporte de mercadoria tributada – 31236 kg. De algodão em pluma de forma irregular através de um caminhão constatamos irregularidades no veículo placa NLG 6141, que transportava 31236 Kg de Algodão em Pluma constante do Danfe n.º 3052, chave 291106079570510001555500300000305210 00092439 de 29/06/2011, sendo considerado INIDÔNEO por divergência entre o discriminado na documentação fiscal e a Mercadoria. A autuada discrimina um produtor rural como beneficiador de Algodão e que o mesmo sócio da autuada que não possui atividade de beneficiamento de fibras de algodão. Verificação física constatamos que a Beneficiadora do produto foi a Algodoeira Franor conforme selo obrigatório da ABRAPA, consulta feita ao Sistema Sefaz/BA e Receita Federal, constatamos que a Algodoeira Franor é FICTICIA, não existe. Utilização fraudulenta do Danfe para acobertar mercadoria de uma empresa FICTICIA. E, como prova do ilícito foi feita a apreensão das mercadorias.”

É necessário enfrentarmos inicialmente as questões levantadas pelo contribuinte sobre a possível irregularidade adjetiva no que diz respeito ao conteúdo das notificações. Creio que a ação fiscal nesse particular desde o seu nascêdouro cometeu alguns equívocos porém não a ponto de impedir que o contribuinte tivesse conhecimento do fato ocorrido. O enquadramento do ato infracional embora não realizado corretamente não impediu a autuada de apresentar a sua impugnação. Não tem pertinência o argumento discursivo de que teve a sua defesa cerceada por conta pois o *auto de infração identifica o infrator e descreve a infração com clareza, apesar de não indicar corretamente quais os dispositivos legais dados por infringidos. Inaplicável portanto o Art. 142 do CTN.*

Ocorre que apesar de ser lavrado contra a COPAVANTE o lançamento foi equivocado no que concerne ao sujeito passivo pois, ao colocar como alvo do “flagrante tributário” a empresa autuada o fato de ter se apresentado como responsável pela guarda da mercadoria não era sua condutora no momento em que foi encontrada. A identificação do local e do horário da ação fiscal denota que ocorreu sem dúvida no trânsito de mercadoria. O exato momento em que foi identificada a irregularidade fiscal torna-se importante para estabelecermos as presunções e

sabermos se a autoridade deveria lançar o imposto e a penalidade contra o possível contribuinte ausente ou contra o condutor das mercadorias identificado pela legislação tributária como responsável pela infração. Acresça-se que o fato envolveu mercadorias – algodão em pluma - sujeitas a regime especial de tributação, no caso o diferimento, que demandaria uma apuração mais abrangente para caracterização de uma possível irregularidade. A informação fiscal deixa claro que a cão fiscal foi realizada no trânsito – citando inclusive a placa do veículo - NLG 6141 - “que transportava 31.236kg. de algodão em plumas constante do Danfe nº 3052.” A consideração de que tal documento era inidôneo “por divergência entre o discriminado na documentação Fiscal e a mercadoria” não restou comprovada. Como retro afirmamos o fato ocorrido diz respeito a idoneidade ou não do documento apresentado quando do transito da mercadoria e pelo que aqui foi comprovado ele foi regularmente emitido. Ora para sabermos se a mercadoria transportada era ou não oriunda deste ou daquele contribuinte ou desta ou daquela usina de beneficiamento é necessário que sejam feitas diligencias por servidores que realizem legalmente ações fiscais em estabelecimento.

Apontamos também que o próprio autuante de certa forma também entende que a autuação no transito é limitada e traz a colação *a disciplina do Art.11 “b” da LC 87/96, onde se reafirma “ que em se tratando de mercadoria ou bem, em situação irregular, pela falta de documento fiscal ou quando acompanhada de documentação fiscal inidônea, para efeito de cobrança do imposto, o fato gerador ocorre no local da operação ou da prestação ”. Exatamente no local onde poderia ter ocorrido o flagrante de uma infração deu-se apenas a identificação de um documento fiscal que representa o indício de uma possível irregularidade a ser examinada junto a Cooperativa e não no transito de mercadoria.*

O que resta comprovado é que mercadorias foram encontradas durante ação de fiscalização de trânsito acompanhadas de um DANFE em relação ao qual não foi apontada qualquer irregularidade. A especulação, repetimos de que poderia haver irregularidade no seu preenchimento inclusive falseando a verdadeira origem do produto não poderia ser detectada numa ação fiscal de trânsito.

Entendo que o lançamento é nulo por não determinar de forma a infração e o *infrator*. Descarto também a ocorrência de uma tentativa de fraude por parte do condutor das mercadorias. Não há nos autos nenhuma prova de que o DANFE que acompanhava as mercadorias tenha sido emitido ou utilizado com dolo, fraude, simulação ou erros, que possibilitasse a terceiros o não pagamento do imposto ou qualquer outra vantagem.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração número **217449.0701/11-7** lavrado contra **COPAVANTE COOPERATIVA AGRÍCOLA DE AVANÇOS TECNOLÓGICOS**.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR