

A. I. Nº - 494757.0782/13-4
AUTUADO - TRANSLEM TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ FERNANDES DE BRITO PIRES
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 12.02.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0019-04/14

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÃO REALIZADA COM DOCUMENTAÇÃO FISCAL CONSIDERADA INIDÔNEA. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Elementos contidos no processo comprovam que a documentação fiscal apresentada à fiscalização de trânsito da mercadoria são inexatas, e, por isso, inidôneos nos termos em que foram enquadrados. Rejeitada as preliminares de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 29/07/2013 contra o transportador das mercadorias para exigir o ICMS no valor de R\$16.925,92, acrescido de multa no percentual de 100%, sob a acusação de “Utilização de Nota Fiscal com local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal”. Foram dados como infringidos os artigos 2º, 6º, III, “d”, 17, § 3º, 40 e 44, II, “d” e “f”, da Lei 7.014/96, c/c o art. 318, § 3º, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 13.780/2012, e aplicada à multa prevista no art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96.

Consta no campo “Descrição dos Fatos” que:

“No exercício de minhas funções fiscalizadoras em dia, hora e local acima discriminados encontramos as seguintes irregularidades: No veículo de placas GQU 0276 e GMK 6824, motorista o Sr. JOSÉ DAVID FILHO, DANFE's nºs 8165 e 8170, chaves de acesso 29130707957051000155550030000081651000168510, 29130707957051000155550030000081701000168560, emitidos pela COOPAVANTE – COOPERATIVA AGRÍCOLA DE AVANÇOS TECNOLÓGICOS, DANFE nº 0212, chave de acesso 51130703902252000447550020000002121005311111, emitido pela OLOAM BRASIL LTDA, fazendo uma operação triangular e DACTE nº 5222 emitido pela autuada para acobertar o trânsito DE 25.270 Kg de algodão em pluma. Sendo o DANFE considerado INIDÔNEO, por local de saída das mercadorias divergindo do constante da documentação fiscal. Verificação física das mercadorias consta através do selo da ABRAPA que a mercadoria era procedente da Algodoeira FRANOR – FAZ SÃO LUIZ, situada em São Desiderio – Ba., estabelecimento clandestino, não inscrito no Cadastro de Contribuintes como pessoa jurídica e o comprovante de pesagem das mercadorias comprova que a Algodoeira FRANOR foi quem produziu, pesou, lacrou e enviou a mercadoria, utilizando fraudulentamente o DANFE da COOPAVANTE – COOPERATIVA AGRÍCOLA DE AVANÇOS TECNOLÓGICOS, para acobertar a operação em desacordo com o art. 2º parágrafo 5º do RICMS/BA, e, como prova do ilícito fiscal foi feito a apreensão das mercadorias e os documentos fiscais.”

Por advogado com procuração à fl. 57, o autuado se defende às fls. 39-56. Argui sua ilegitimidade passiva dizendo que as mercadorias pertenciam à COOPAVANTE, emitente da nota fiscal e que, como transportadora, era apenas um meio para efetivação de um negócio de terceiros. Alega que a responsabilidade por solidariedade regulamentada só pode ser aventada quando o emitente do documento fiscal não for estabelecimento cadastrado na SEFAZ, o que não é o caso.

Diz que o AI está viciado, pois deve trazer em sua capitulação o enquadramento legal do ato infracional e, no caso, o autuante não indicou qual alínea do §3º do art. 17 da Lei 7.014/96 infringiu.

Salienta que o cumprimento dos requisitos legais tem como finalidade assegurar ao autuado o direito de ampla defesa e transcreve o parágrafo citado para dizer que a falta de discriminação da alínea pertinente nulifica ao AI, pois desobedece ao art. 142 do CTN, transcrito.

Reproduz ementa de decisão judicial nesse sentido e pede seja declarada a nulidade da autuação.

Quanto aos fatos, diz que foi autuado no Posto Fiscal Heráclito Barreto em Paulo Afonso-Ba e, com intuito de elucidar a questão, entende necessário descrever a cadeia produtiva do algodão até a comercialização: primeiro, o produtor rural (no caso, Ariel Horovitz) colheu o algodão na Fazenda São Luiz, onde efetuou o beneficiamento, conforme demonstra o lacre da ABRAPA (doc. 03).

Observa que o serviço de beneficiamento é processo interno do produtor rural em maquinário próprio, adquirido em nome da pessoa física, operando, muitas vezes, em nome de um condomínio.

Assim, o produtor rural, com inscrição estadual, beneficia o algodão e o envia para a Cooperativa da qual é sócio, que, por sua vez, regularmente comercializa o produto.

Salienta que o número do lote e numeração dos fardos estão em acordo com as etiquetas cadastradas na ABRAPA, com informações em nome do produtor rural, pessoa física, utilizando, muitas vezes um nome fantasia para a Algodoeira, com fins de controle interno.

Diz que o Sr. Ariel Horovitz, proprietário da Fazenda São Luiz, localizada em São Desiderio-Ba, beneficiou sua produção em usina própria usando o nome fantasia FRANOR, cadastrado na ABRAPA e, após o beneficiamento, entregou o produto à COOPAVANTE, cooperativa a que é associado, mediante a NF de saída 25492, emitida em 25/07/13.

A COOPAVANTE, por sua vez, vendeu o produto à empresa OLAM BRASIL LTDA, emitindo o DANFE 8170.

Alega que a empresa autuada é apenas transportadora da mercadoria. Ademais, diz que a COOPAVANTE (fiel depositária) reúne produtores de algodão do oeste da Bahia, possuindo os benefícios fiscais que difere o pagamento do ICMS, como previsto no artigo 348, §3º, VIII, do RICMS/BA, conforme parecer que diz anexar.

Repete que o Sr. Ariel Horovitz (associado) vendeu o algodão em pluma à COOPAVANTE e essa cooperativa o revendeu à OLAM BRASIL LTDA e discorda da acusação de inidoneidade da NF que acobertava o transporte da mercadoria.

Fala que o que pode ter confundido o autuante foi o fato de, por ser controlado pela ABRAPA, o produto conter selo do próprio produtor que beneficiou o algodão e o entregou na COOPAVANTE e, por isso, entende não haver divergência entre o local de saída das mercadorias e o documento fiscal, pois resta demonstrado que a COOPAVANTE adquiriu a produção do associado ARIEL HOROVITZ e a comercializou para a empresa NORFIL, afirmação que faz em três oportunidades.

Seguindo, diz que não há que falar que a saída da mercadoria se deu de local diverso do indicado na documentação fiscal, pois o algodão, após colhido na propriedade de Ariel Horovitz e beneficiado, o entregou na COOPAVANTE, dizendo, agora, que essa cooperativa a revendeu para a empresa OLAM, conforme demonstram os documentos que diz anexar à defesa.

Repete o já relatado equívoco do autuante com relação aos selos dos fardos e que não concorreu com ato que redundasse em não recolhimento de imposto devido ou por suposta inidoneidade documental. Além disso, afirma que tanto o produtor, a COOPAVANTE ou a autuada, não infringiu a legislação citada no AI e requer o cancelamento do feito fiscal.

Quanto ao Direito, reproduz os arts. 2º, 6º, III, “d”, 17, 40, 44, II, “a” a “f” da Lei 7.014/96 e 318, §3º, do RICMS-BA para dizer que o AI é nulo pelo fato de que o autuante não descreveu corretamente qual alínea do §3º do art. 17, da Lei 7.014/96 infringiu e, por isso, o AI não possui clareza e correta capitulação da infração.

Fala que a descrição da infração está equivocada, pois, repetindo, diz que a mercadoria autuada saiu do produtor rural Ariel Horovitz para a COOPAVANTE que a revendeu à empresa OLAM.

Seguindo, reafirma descabida a alegação de inidoneidade da documentação fiscal, pois os documentos comprovam que a mercadoria, na movimentação final, saiu da COOPAVANTE para a empresa NORFIL.

Afirma certo ser que na mercadoria constavam lacres do produtor/beneficiador FRANOR-FAZENDA SÃO LUIZ de propriedade do Sr. Ariel Horovitz porque a ABRAPA exige o selo do beneficiador.

Aduz que o DANFE 8170 emitido pela COOPAVANTE indicava como destinatária a empresa OLAM BRASIL LTDA, estando todos os campos da NF devidamente preenchidos, atendendo aos requisitos fundamentais de validade e eficácia.

Argumenta que, no caso, entende que o autuante deveria ter sido cauteloso, pois ao ver o lacre como sendo da FRANOR – FAZENDA SÃO LUIZ e os dados do produtor ARIEL HOROVITZ, deveria solicitar cópia da NF 25492 e a comprovação de que mesmo era associado da COOPAVANTE, mas não concedeu à autuada a possibilidade de comprovar a tramitação da mercadoria desde a lavoura e, pelo exposto, o AI deve ser declarado nulo.

Reproduz o art. 151, III, do CTN que trata da suspensão de exigibilidade do crédito tributário e o art. 42, IV, “j”, da Lei 7.014/96 que trata da multa proposta no AI.

O preposto fiscal produz informação fiscal, acostadas às fls. 94 a 99. Resume a defesa, diz não ser verdade a alegação defensiva de ciência da autuação em 30/07/2013, pois a ciência se deu em 29/07/2013 (fl. 02) através do Sr. Josias de Oliveira Cruz, sócio da autuada, que emitiu autorização para o motorista S. José David Filho, assinar o AI e, por isso, entende intempestiva a defesa, uma vez que foi protocolada em 29/08/2013, portanto, após o prazo legal de 30 dias.

Afirma que a ilegitimidade passiva não procede, tendo em vista os arts. 124 e 123 do CTN, 5º da LC 87/96, 6º da Lei 7.014/96, 39, I, do RICMS/BA, 39, §4º, do RPAF e Súmula 03 do CONSEF, que tratam da responsabilidade por solidariedade.

Entende também não proceder o pedido de nulidade do AI por falta de enquadramento legal do ato infracional e cerceamento de defesa, pois o art. 19 do RPAF dispõe que 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 o enquadramento legal fique evidente.

Diz que a negativa de prática da irregularidade não exclui a utilização fraudulenta do DANFE, pois o Ajuste SINIEF 07/05, Cláusula quarta, §1º c/c 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 vantagem. Defende que a utilização de documento fiscal inidôneo constitui infração de múltipla ação, contemplando várias condutas e que a ocorrência de uma ou outra não exclui a tipicidade da infração.

Informa que o DANFE em questão indica que as mercadorias foram vendidas pela COOPAVANTE situada em Luiz Eduardo Magalhães/Ba e o selo da ABRAPA (fl. 16) indica que o algodão foi industrializado pela Algodoeira FRANOR situada em São Desiderio/Ba. Nos autos se encontra a NF 25492 do produtor ELIEL HOROVITZ, vendendo algodão em pluma para a COOPAVANTE, mas nada há provando o envio do algodão para industrialização na algodoeira, nem esta (algodoeira) devolvendo o algodão beneficiado ao produtor para que este pudesse vender o algodão industrializado.

Diante disto, concluiu que o algodão foi comercializado pela FRANOR e o produtor emitiu a NF para justificar a emissão da NF-e de venda do produto à OLAM BRASIL pela COOPAVANTE, o que constitui declaração inexata em relação ao local de saída das mercadorias.

Aduz que os documentos fiscais, apesar de serem formalmente legais, são inidôneos, pois quem carregou, lacrou, selou e deu circulação à mercadoria foi a Algodoeira FRANOR, estabelecimento sem inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS nem inscrito no CNPJ.

Diz que o §5º do art. 2º, IV, do RICMS-BA/12 (transcrito) exige constituição de pessoa jurídica para industrialização de produção própria, mas o produtor rural ARIEL HOROVITZ é inscrito na SEFAZ como pessoa física, o que não atende ao dispositivo legal transcrito.

Transcrevendo o art. 4º do Decreto 7.212/10 (Lei do IPI), informa que a transformação do algodão em capulho em pluma constitui industrialização também tributada pelo ICMS, conforme ratificam os pareceres GECOT/DITRI 07797/2009 e 04927/2011 (trechos transcritos).

Dizendo que a multa proposta é a legal para o caso, conclui pedindo que o AI seja julgado procedente.

VOTO

O presente Auto de Infração, lavrado contra o transportador das mercadorias constantes dos DANFES nºs 8.165 (fl. 10 - emitido pela COOPAVANTE, indicando a remessa por conta e ordem de terceiro, em venda à ordem para a NORFIL – situada em João Pessoa-PB, da mercadoria objeto da autuação) e 8.170 (fl. 12 – também emitido pela COOPAVANTE, indicando como natureza da operação uma venda da mercadoria adquirida por ordem de terceiro, para a empresa OLAM BRASIL LTDA, localizada em Cuiabá-MT), exige ICMS sob a acusação de uso de documento fiscal inidôneo com intuito de fraude fiscal, tendo em vista local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal.

Dado aos princípios da informalidade e objetividade que devem reger o processo administrativo e que o fato não prejudica às partes, não acolho a intempestividade da apresentação da defesa alegada pelo autuante.

Impugnando o lançamento tributário de ofício, o autuado argui: **a)** ilegitimidade passiva dizendo que as mercadorias pertenciam à COOPAVANTE situada em Luiz Eduardo Magalhães-Ba, emitente dos DANFE's 8165 e 8170 e que, como transportadora, era apenas um meio para efetivação de um negócio de terceiros; **b)** nulidade do auto de infração, pois o autuante não indicou qual alínea do §3º do art. 17 da Lei 7.014/96, infringiu; **c)** que o produtor rural Ariel Horovitz, inscrito na SEFAZ, beneficiou o algodão em sua fazenda localizada em São Desiderio-Ba, usando o nome fantasia FRANOR, cadastrado na ABRAPA, e entregou o produto à COOPAVANTE, cooperativa a que é associado, mediante a NF de saída 25492, emitida em 25/07/13; **d)** que a COOPAVANTE, por sua vez, vendeu o produto à empresa OLAM BRASIL LTDA empresa situada em CUIBÁ-MT, emitindo o DANFE 8170, afirmação que expressa em quatro oportunidades; **e)** que a COOPAVANTE adquiriu a produção do associado ARIEL HOROVITZ e a comercializou para a empresa NORFIL, situada em João Pessoa-PB, afirmação que repete em três oportunidades.

Compulsando os autos, vejo que o lançamento tributário de ofício atende as normas regulamentares, em especial quanto ao cumprimento dos requisitos dispostos nos artigos 15, 16, 19, 22, 26, 28, 38, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia RPAF/99.

A infração está claramente descrita, foi corretamente tipificada e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais contidos nos autos, cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Ela está determinada com segurança, bem como identificado o infrator.

O contribuinte exerceu o direito de ampla defesa e contraditório demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados no auto de infração. Ressalto que os documentos fiscais dos quais derivou a autuação foram apresentadas pela próprio autuada.

Não procede a alegação de cerceamento de defesa por falta de precisa indicação de qual dos incisos do art. 17 da Lei 7.014/96 a autuada infringiu, pois esses se referem ao valor da mercadoria

apreendida. Quanto a isto, o caso não suscita dúvida, uma vez que é o que consta declarado pela própria autuada no DACTE de fl. 09.

Conforme mais veremos na apreciação de mérito, o caso trata de responsabilidade solidária prevista no art. 6º, III, da Lei 7.014/96 que, conforme Parágrafo único do art. 124 do CTN não comporta benefício de ordem. Portanto, não há a ilegitimidade passiva arguida.

Assim, não vislumbrando qualquer vício que possa inquinar de nulidade o lançamento tributário de ofício, afasto as preliminares arguidas e passo a apreciar o mérito da autuação.

Confirmando as provas autuadas (ticket de pesagem, romaneio de emblocamento e selo ABRAPA – fls. 13-16) em reiteradas vezes o próprio Impugnante confirma que a mercadoria objeto da autuação foi beneficiada pelo produtor rural no município de São Desiderio-Ba, de onde informa ter saído, quando afirma que a COOPAVANTE a vendeu para a OLAM BRASIL (DANFE 8170, fl. 12), informação que se repete no campo “observações” do DANF 0212, de fl. 11.

Considerando que a transformação do algodão em caroço para algodão em pluma caracteriza processo de industrialização tributável pelo ICMS e que, para tanto, o §5º do art. 2º do RICMS-BA, obriga o produtor rural constituir-se em pessoa jurídica, registrado apenas como pessoa física no cadastro de contribuintes do ICMS da Bahia, de logo se vê uma primeira irregularidade envolvendo o ciclo das operações relatadas pelo Impugnante. Mesmo que esta irregularidade ainda não tenha direta repercussão na operação autuada, serve ao caso para reforçar as diretas e objetivas provas de que, de fato, embora revestidos de aparência legal, os documentos que davam trânsito à mercadoria autuada não retratam a operação efetuada e, por isso, são inidôneos nos termos disciplinados pelo Ajuste SINIEF 07/05, Cláusula quarta, § 1º c/c o 2º, senão vejamos.

O auto de infração exige o imposto por responsabilidade solidária em razão do transporte de mercadorias acompanhada dos DANFE's 8165 (fl.10), 212 (fl. 11), 8170 (fl. 12) e DACTE (fl. 09) inidôneos em face de declarar divergentes locais da saída da mercadoria objeto da autuação, uma vez que o endereço declarado como venda da COOPAVANTE para a OLAM BRASIL (DANFE 8170) é o do estabelecimento que se afirma remetente (COOPAVANTE) situado em Luiz Eduardo Magalhães-Ba, enquanto os demais documentos em que o Impugnante informa venda da mesma mercadoria para a NORFIL, situada em João Pessoa, indicam que a mercadoria saiu da FRANOR, situada em São Desiderio.

Ocorre que: a) o ticket de pesagem (fl. 13), romaneio de emblocamento (fls. 14-15), selo ABRAPA dos fardos e DANFE 212 (fl. 11 – campo informações complementares) informam origem da mercadoria na FRANOR, localizada na Fazenda São Luiz no município de São Desiderio-Ba.; b) informando que a COOPAVANTE seria a proprietária da mercadoria, contraditoriamente, o Impugnante: a uma) por quatro vezes afirma que a operação se refere a uma venda de algodão em pluma para a empresa OLAM BRASIL LTDA, situada em Cuiabá-MT; a duas) por três vezes afirma que a operação se refere a uma venda da COOPAVANTE para a empresa NORFIL situada em João Pessoa-PB, fatos incompatíveis e que não podem ocorrer ao mesmo tempo, por informar duas operações de venda da mesma mercadoria pela COOPAVANTE, o que contraria, inclusive, lei da física, já que um mesmo “corpo” não pode ocupar dois espaços ao mesmo tempo; c) a NF 25492 (fl. 67) emitida pela FRANOR (Fazenda São Luiz), juntada aos autos pelo Impugnante por ocasião da defesa, registra venda da mercadoria para a COOPAVANTE e não uma simples “entrega” da mercadoria objeto da autuação à COOPAVANTE pelo produtor rural Eliel Horovitz, cooperativa da qual afirma ser associado tal produtor rural; f) a NF 25492 juntada aos autos pelo Impugnante não traz clara informação de emissão pelo produtor rural, como diz o Impugnante, mas, ao contrário, na forma em que foi impressa, com dados do estabelecimento FRANOR, por sinal, não cadastrado na SEFAZ, tampouco no CNPJ, aparenta uma regular emissão por estabelecimento beneficiador de algodão pessoa jurídica, como a legislação do ICMS exige; g) embora isso tenha dito na Defesa, nos autos não consta anexado aos autos o parecer que o Impugnante diz também respaldar seus argumentos.

Assim, diante de tais provas materiais, em especial, porque o próprio Impugnante reforça as provas indiciárias da infração acusada com afirmação incompatível de duas operações de venda da mesma mercadoria a contribuintes diversos e situados em unidades federativas distintas, não restam dúvidas de que, efetivamente, as declarações contidas nos documentos fiscais não refletem a verdade dos fatos. Portanto, são inidôneos para efeitos fiscais e fazem prova apenas em favor do fisco, por denunciarem operação triangular com intuito de fraude fiscal, que, tendo o transportador aceitado conduzir mercadoria acompanhado de tais documentos, torna-se responsável pelo imposto devido na forma em que foi legalmente enquadrado.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **494757.0782/13-4**, lavrado contra **TRANSELM TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$16.925,92**, 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, 28 de janeiro de 2014.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIM – JULGADOR