

**PROCESSO** - A. I. N° 278906.0339/15-0  
**RECORRENTE** - AGRÍCOLA XINGU S/A. (FILIAL TABULEIRO VI)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0136-03/16  
**ORIGEM** - INFAZ BARREIRAS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 16/11/2016

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0240-11/16

**EMENTA:** ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Operações de saídas de Carço de Algodão sob a égide da isenção prevista do art. 20, VI, “e” do RICMS-BA/97. Não comprovado os requisitos legais e a destinação do insumo para alimentação animal ou fabricação de ração animal. Tratando-se de isenção condicionada se faz necessário que o vendedor demonstre que preenche os requisitos legais de habilitação ao regime de diferimento para fabricação de alimentos. Não comprovado que o estabelecimento adquirente exercia atividade de criação de bovinos para corte, no período em que ocorreram as operações. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0136-03/16), que julgou Procedente a autuação lavrada em 09/12/2015, a qual exige imposto no valor de R\$36.195,81, acrescido de multa de 60%, face a falta de recolhimento do ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a março de 2010.

Constou, em complemento, que “*O contribuinte realizou operação de venda de mercadoria tributada sem emissão de nota fiscal e sem o pagamento do ICMS devido, conforme documentação apreendida (contratos de compra e venda, notas fiscais emitidas e comprovantes de pagamentos em anexo), em decorrência de ordem judicial, na Operação “Grãos do Oeste” realizada pela Força Tarefa: IFIP - Inspeção Fazendária de Investigação e Pesquisa, DECECAP - Delegacia de Crimes Econômicos e contra a Administração Pública e o Ministério Público. No exercício de 2010, vendeu mercadorias tributadas, como não tributadas, no valor de R\$212.916,55, tendo gerado ICMS no valor de R\$36.195,81. Os valores foram apurados conforme notas fiscais emitidas pela AGRÍCOLA XINGU S/A, IE nº 083.434.062, para AGROVITA AGROIND. LTDA, IE nº 67.420.167, cujas vias se encontram anexo. Também presente ao Auto de Infração se encontra a planilha com os cálculos do ICMS.*”

O autuado apresentou a impugnação às fls. 35/36 e o autuante prestou a devida informação fiscal à fl. 74.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

*“ Inicialmente, cabe enfrentar a alegação do impugnante de que a intimação fora enviada para o endereço de um colaborador. Em que pese a dificuldade para entrega da intimação no endereço do autuado no CAD-ICMS-BA, uma vez que retornaram as intimações com as “AR”, possivelmente por se tratar de zona rural, verifico que esse óbice foi superado pelo recebimento da intimação pelo contado do estabelecimento autuado, fl. 32, que culminou com a apresentação da defesa no prazo regulamentar. Assim, entendendo ultrapassada essa questão por verificar que em nada afetou o pleno exercício de defesa do sujeito passivo.*

*O defendente se referiu em sua defesa que a base da autuação foi constituída por dois pontos distintos, pelo fato de constar na “Descrição dos Fatos” também a indicação de que ocorrera vendas de mercadorias tributadas sem emissão de notas fiscais e sem pagamento de imposto, além da acusação fiscal constante na Infração 01 - 02.01.03: alta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas.*

*Observe que não deve prosperar a alusão do autuado no tocante ao trecho da “Descrição dos Fatos” que se referiu à operações sem emissão de notas fiscais, haja vista que o teor da acusação fiscal, conjuntamente com as cópias das notas fiscais acostadas aos autos, bem como a “planilha com os cálculo de ICMS, colacionada à fl. 26, não deixam dúvidas quanto à caracterização da irregularidade cometida, ou seja, a realização de mercadorias tributáveis como não tributáveis.*

*Assim, nos termos supra expendidos e depois de examinar os demais elementos que integram os autos, constato que o lançamento afigura-se devidamente fundamentado em expressa disposição legal, sendo que a infração está estritamente baseada na Lei 7.014/96, não vislumbrando, deste modo, qualquer dos motivos de nulidade elencados no art.18 do RPAF-BA/99.*

*No mérito, o Auto de Infração foi lavrado para exigir crédito tributário decorrente da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter realizado operações tributáveis como não tributáveis.*

*Resta evidenciado nos autos, através das Notas Fiscais de n°s 251, 279, 280, 282, 288, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 313, 315, 316, 317 e 318, acostadas às fls. 08 a 24, que o autuado vendeu Caroço de Algodão para a empresa AGROVITA AGROINDUSTRIAL, IE n° 67.420.167, sem destaque do imposto e aponto no corpo das referidas notas fiscais a inscrição “Produto destinado à alimentação animal ou emprego na fabricação de ração animal, Conf. Parágrafo 1º do Contrato n° 134/08; ISENÇÃO DO ICMS CONF. ARTº 20, INCISO VI, LETRA e, DECRETO 6284/97 RICMS/BA”.*

*Em suas razões defensivas, o autuado contestou a autuação, sustentando serem as operações, objeto da autuação, isentas de acordo a previsão contida no art. 20, inciso VI, alínea “e”, do RICMS-BA/97, Dec. n° 6.284/97, fl. 36, in verbis:*

*Art. 20. Até 31/12/12, são isentas do ICMS as operações internas com os seguintes insumos agropecuários (Conv. ICMS 100/97):*

*[...]*

*VI - nas saídas dos seguintes produtos, quando destinados à alimentação animal ou ao emprego na fabricação de ração animal:*

*[...]*

*e) caroço de algodão;*

*Ao proceder à informação fiscal, os autuantes mantiveram a autuação revelando que a atividade econômica do estabelecimento destinatário das mercadorias, AGROVITA AGROINDUSTRIAL, IE n° 67.420.167, é o comércio atacadista de cereais, conforme consta no CAD-ICMS/BA, fls. 75 a 84. Asseguram que nessas operações é exigida a tributação nas mercadorias.*

*Como se depreende claramente da condição expressa no inciso VI, supra transcrito, a destinação do Caroço de Algodão para alimentação animal ou para o emprego na fabricação de ração animal é condição sine qua non para a fruição do benefício. Ou seja, não basta a simples aposição, na nota fiscal, de referência à isenção prevista no art. 20 do RICMS-BA/97 para realizar a operação com isenção condicionada nos termos de sua legislação de regência.*

*Ante a clareza do dispositivo legal supra reproduzido, resta, portanto, evidenciada a inexistência de previsão para qualquer outra destinação, senão, para alimentação animal ou para o emprego na fabricação de ração animal, expressamente estabelecidas no dispositivo legal. Ademais, por se tratar de isenção, a teor do art. 111, inciso II, do CTN é vedada interpretação que não seja a expressa literalidade veiculada no dispositivo legal instituidor do benefício.*

*Logo, enquanto não operar a decadência, cabe ao sujeito ativo apurar o efetivo cumprimento das exigências para fruição do benefício, consoante estrita previsão legal.*

*O autuado não carrou aos autos qualquer comprovação inequívoca de que o destinatário das mercadorias atende aos requisitos legalmente preconizados para fruição do benefício, eis que, tão-somente, negou o cometimento da infração.*

*Convém salientar que, ao negar simplesmente o cometimento da infração com a mera indicação de que as operações objeto da autuação se encontram amparadas pela isenção condicionada prevista no art. 20 do RICMS-BA/97, o autuado não está desonerado de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, ao teor do art. 143 do RPAF-BA/99.*

*Em suma, emerge da análise dos elementos que compõem a defesa e a informação fiscal, conforme esclareceu o*

*autuante, de acordo com o CAD-ICSM-BA, ser o destinatário das mercadorias estabelecimento comercial atacadista de cereais, restar desnaturada a exigência para que se opere a isenção preconizada na alínea “e”, do inciso VI, do art. 20, do RICMS-BA/97, ou seja, a saída dos produtos devem se destinar à alimentação animal ou ao fabrico de ração animal.*

*Nestes termos, afigura-se caracterizado o cometimento da irregularidade objeto da autuação.*

*Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”*

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 101/126, tecendo um breve relato sobre os fatos, tempestividade do recurso e competência recursal, bem como da impossibilidade de cobrança dos valores relativos às supostas vendas realizadas sem a emissão de Notas Fiscais, da inexistência de provas e da necessidade de preenchimento dos requisitos básicos para o ato administrativo ser legal e legítimo, alegando que, antes de adentrar ao mérito do Auto de Infração, valeria registrar a sua indignação quanto à cobrança de supostos valores devidos pela “*venda de mercadoria tributadas sem emissão de nota fiscal e sem o pagamento do ICMS devido*”, suscitando preliminar de nulidade da autuação por inexistir qualquer juntada de elemento informativo capaz de comprovar a realização de operações sem a emissão de notas fiscais.

Aduziu, também, a nulidade da decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal por infringência aos princípios da fundamentação e da presunção de veracidade, asseverando que: “2) *Diante da evidente falta de provas, nem mesmo os nobres julgadores da 3ª Junta de Julgamento Fiscal conseguiram analisar o mérito da questão, proferindo a seguinte decisão:*

*“Observe que não deve prosperar a alusão do autuado no tocante ao trecho da “Descrição dos Fatos” que se referiu à operações sem emissão de notas fiscais, haja vista que o teor da acusação fiscal, conjuntamente com as cópias das notas fiscais acostadas aos autos, bem como a “planilha com os cálculos do ICMS, colacionada à fl. 26, não deixam dúvida quanto à caracterização da irregularidade cometida, ou seja, a realização de mercadorias tributáveis como não tributáveis.*

*Assim, nos termos supra expendidos e depois de examinar os demais elementos que integram os autos, constato que o lançamento afigura-se devidamente fundamentado em expressa disposição legal, sendo que a infração está estritamente baseada na Lei 7.014/96, não vislumbrando, deste modo, qualquer dos motivos de nulidade elencados no art. 18 do RPAF – BA/99.”*

Transcreveu, como suporte de sua argumentação, jurisprudência de Tribunais pátrios, versando acerca da nulidade de decisões administrativas por ausência de fundamentação.

Asseverou não terem os nobres julgadores da 3ª Junta de Julgamento Fiscal apresentado qualquer fundamentação para justificar a não aceitação da preliminar suscitada pela Recorrente, na linha de que a Secretária da Fazenda não evidenciou qualquer prova que legitimasse a cobrança da multa e do ICMS sob o fundamento de operações sem a emissão de notas fiscais, sustentando não poder ser aceito a tese de que no “*tocante ao trecho da “Descrição dos Fatos” que se referiu à operações sem emissão de notas fiscais, haja vista que o teor da acusação fiscal, conjuntamente com as cópias das notas fiscais acostadas aos autos, bem como a “planilha com os cálculos do ICMS, colacionada à fl. 26, não deixam dúvida*”, para indagar, em seguida, se o que se discute é justamente a falta de emissão da nota fiscal, **“como podem as notas fiscais juntadas aos autos provarem que não houve a emissão de notas fiscais?”**

Meritoriamente, invocou o princípio da verdade material, o qual, segundo o Recorrente, foi desconsiderado pela decisão impugnada. Ressaltou que o caso em questão trata de venda de caroço de algodão pela Recorrente XinguAgri, filial Ouro Branco, à Agrovitta Indústria Ltda., no ano de 2010, conforme Notas Fiscais já anexadas aos autos do processo administrativo, afirmando que:

*“3) A não realização do recolhimento de valores referentes ao ICMS foi fundamentado no artigo 20, inciso IV, alínea “e”, do Decreto nº 5284/97, que determina sobre a isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. Veja-se:*

*‘Art. 20. Até 31/12/12, são isentos do ICMS as operações internas com os seguintes insumos agropecuários (Conv. IXMS 100/97):*

*VI – nas saídas dos seguintes produtos, quando destinados à alimentação animal ou ao emprego na fabricação de ração animal:*

*e) caroço de algodão;'*

4) Ocorre que, mesmo a Recorrente tendo informado nas Notas Fiscais que tratava-se de venda de mercadoria não tributada, com base no artigo supramencionado, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu que:

*'Ao proceder à informação fiscal, os autuantes mantiveram a autuação revelando que a atividade econômica do estabelecimento destinatário das mercadorias, AGROVITA AGROINDUSTRIAL, IE nº 67.420.167, é o comércio atacadista de cereais, conforme consta no CAD – ICMS/BA, fls. 75 a 84. Asseguram que nessas operações é exigida a tributação nas mercadorias.*

*Como se depreende claramente da condição expressa no inciso IV, supra transcrito, a destinação do Caroço de Algodão para alimentação animal ou para o emprego na fabricação da ração animal é condição sine qua non para a fruição do benefício. Ou seja, não basta a simples aposição, na nota fiscal, de referência à isenção prevista no art. 20 do RICMS-BA/97 para realizar a operação com isenção condicionada nos termos de sua legislação de regência.'* (grifo próprio)

5) Ou seja, segundo entendimento estabelecido pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, e pelo artigo 20, inciso IV, alínea “e”, do Decreto nº 6284/97, apenas diante do caroço de algodão ser destinado para (i) alimentação animal ou; (ii) emprego na fabricação da ração animal, seria possível a isenção no pagamento do ICMS.

6) No presente caso a Recorrente, diferentemente do alegado pela autuante, **REALIZOU A OPERAÇÃO MERCANTIL DE CAROÇO DE ALGODÃO PARA EMPRESA QUE, ALÉM DE POSSUIR A FABRICAÇÃO DE SEMENTES, ALIMENTA SUA CRIAÇÃO BOVINA.**

7) Tal fundamento foi, inclusive, comprovado pelo Contrato nº 134/09, cláusula 1ª, parágrafo único, onde prevê que “ a **COMPRADORA** declara que o produto objeto deste contrato se destina a alimentação animal e/ou a fabricação de ração animal”.

Prosseguindo, aduziu que:

*“Como pode a Recorrente ser responsabilizada ao pagamento do ICMS, sob o fundamento de que a empresa compradora possui demais ramos econômicos, se a venda do produto foi realizada para as destinações previstas no artigo 20, inciso IV, alínea “e”, do Decreto nº 6284/97?*

10) Ademais, mesmo não sendo de responsabilidade da Recorrente a fiscalização da destinação que a compradora deu aos produtos vendidos, se observarmos os dados cadastrados no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica/CNPJ (doc. 06), observaremos que **a descrição da atividade econômica principal da Agrovitta Agroindustrial Ltda. é a criação de bovinos para corte.**

11) **Se a Recorrente realizou a venda do Caroço de Algodão para a alimentação dos bovinos pertencentes à Agrovitta Agroindustrial Ltda., não há o que falar em impossibilidade da aplicação da isenção prevista no artigo 20, inciso VI, alínea “e”, do Decreto nº 6284/97.”**

Sustentou a importância da utilização do caroço de algodão para alimentar a criação bovina e reforçou a inexistência de prova de utilização diversa daquelas que garantem a isenção no pagamento do ICMS, bem como a impossibilidade da Recorrente fiscalizar a destinação dada aos grãos de algodão vendidos à Agronitta Agroindústria Ltda. e o pagamento do ICMS de responsabilidade da compradora – artigo 121, do Código Tributário Nacional.

Para embasar sua tese, trouxe aos autos ementas de decisões do TJ/SP e do STJ, as quais se consubstanciam na teoria da impossibilidade de cobrança de tributo caso o produto tenha sido utilizado para fim diverso pela compradora, uma vez que a Recorrente, além de não possuir responsabilidade, não exerce o poder de polícia ou de fiscalização capaz de verificar se o produto comprado foi utilizado para o fim acordado.

Argumentou que, no caso versado, além da ausência de comprovação de má-fé e fraude da Recorrente, o autuante sequer comprovou ter a empresa Agrovitta Agroindustrial Ltda. utilizado o produto vendido para finalidade diversa daquela prevista no artigo 20, do Decreto nº 6284/97, quais sejam: alimentação animal ou fabricação de ração animal, inexistindo qualquer elemento probante evidenciado pelo autuante que atestasse a irregularidade da Recorrente no tocante ao enquadramento da operação mercantil no âmbito do art. 20, inciso IV, alínea “e”, do Decreto nº 6284/97, destarte, inviabilizando a cobrança do valores de ICMS no montante de R\$ 36.195,81 (trinta e seis mil, cento e noventa e cinco reais e oitenta e um centavos).

Afirmou que, ainda se houvesse qualquer tipo de infração à regra previsionada no artigo 20, inciso IV, alínea “e”, do Decreto nº 6284/97, com utilização do produto para fins diversos do estabelecido em Lei, a responsabilidade no pagamento do ICMS seria da empresa adquirente do produto, diante da sujeição passiva estabelecida no art. 121 do Código Tributário Nacional.

Asseverou que, se a Câmara de Julgamento Fiscal não entendesse pelas nulidades e impossibilidade de cobranças do Auto de Infração nº 278906.0339/15-0, pleiteava a necessidade de diligência para que fosse verificada a utilização dos produtos – Intimação da AGROVITTA AGROINDÚSTRIA LTDA., objetivando a manifestação acerca da relação mercantil acordada com a Recorrente XINGUAGRI FILIAL DE OURO BRANCO.

Concluiu, pedindo a anulação do Auto de Infração em epígrafe, porquanto não houve apresentação de provas pelo autuante que comprovassem as cobranças realizadas da Recorrente e, caso a Câmara entendesse ser impossível a anulação do Auto de Infração, requeria o afastamento da multa e da cobrança dos valores referentes às supostas vendas realizadas sem a emissão de nota fiscal, tendo em vista não ter o autuante apresentado qualquer prova que demonstrasse a realização das aludidas operações mercantis.

Postulou, ainda, a reforma da decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, para que fosse confirmada a ocorrência da isenção previsionada no artigo 20, inciso IV, do Decreto nº 6284/97, tendo em vista que a relação mercantil dos produtos foram destinados à alimentação animal ou ao emprego da fabricação de ração animal e caso reconhecida a necessidade de pagamento do ICMS, a sua responsabilidade recaísse no adquirente do produto, diante da sujeição passiva estabelecida no artigo 121, do Código Tributário Nacional.

A PGE/PROFIS, no particular, não foi instada a se manifestar.

#### VOTO VENCIDO

De plano, deixo de apreciar as nulidades suscitadas pelo Recorrente, porquanto vislumbro a possibilidade de, no mérito, decidir a lide em seu favor, posicionamento supedaneado no art. 155, parágrafo único, do RPAF/99, que estatui: ***“Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”***

Com efeito, o cerne da questão reside na controvérsia de se estar atribuindo ao sujeito passivo a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS em razão de ter realizado operações tributáveis como não tributáveis, tendo o Autuado sustentado a tese de se encontrar acobertado por isenção prevista na legislação estadual, justificativa não aceita pelo autuante.

Assim é que, está demonstrado nos autos, através das Notas Fiscais de nºs 251, 279, 280, 282, 288, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 313, 315, 316, 317 e 318, acostadas às fls. 08 a 24, que o autuado vendeu Caroço de Algodão para a empresa AGROVITTA AGROINDUSTRIAL, IE nº 67.420.167, sem destaque do imposto, consignando, no corpo das referidas notas fiscais, a inscrição de “Produto destinado à alimentação animal ou emprego na fabricação de ração animal, Conf. Parágrafo 1º do Contrato nº 134/08; ISENÇÃO DO ICMS CONF. ARTº 20, INCISO VI, LETRA e, DECRETO 6284/97 RICMS/BA”.

Em suas razões defensivas, o autuado contestou a autuação, sustentando serem as operações, objeto da autuação, isentas, de acordo com a regra inscrita no art. 20, inciso VI, alínea “e”, do RICMS-BA/97, Dec. nº 6.284/97, fl. 36, dispondo taxativamente:

“Art. 20. Até 31/12/12, são isentas do ICMS as operações internas com os seguintes insumos agropecuários (Conv. ICMS 100/97):

[...]

VI - nas saídas dos seguintes produtos, quando destinados à alimentação animal ou ao emprego na fabricação de ração animal:

[...]

*e) caroço de algodão;”*

Consoante se constata do normativo transcrito, o provisionamento da isenção conduz ao raciocínio lógico-jurídico de que, não estando a mercadoria albergada pela isenção, por desatender às condições, deve-se restabelecer a legalidade, exigindo-se o imposto de acordo com os critérios da regra normal de tributação, inclusive no que concerne ao sujeito passivo, que deve corresponder àquele contribuinte que realizou o fato gerador da incidência do ICMS - circulação/saída de mercadoria.

No caso concreto, entretanto, verifica-se que a isenção está condicionada a um fato futuro e incerto, sobre o qual o contribuinte regular do ICMS, aquele que dá saída à mercadoria (vendedor), não possui qualquer ingerência, qual seja o efetivo emprego do produto vendido na alimentação animal ou como insumo para produção de ração. Em outras palavras, o vendedor da mercadoria somente saberia se o produto comercializado estaria enquadrado na isenção muito tempo após a saída das mercadorias, quando do seu uso no estabelecimento destinatário.

Nos casos de sistemática de tributação vinculada a eventos posteriores à ocorrência do fato gerador, deve-se perquirir se seria razoável o agir do sujeito passivo quanto à tributação daquela operação e, caso o evento futuro não se confirmasse, seria o contribuinte, sob a égide de quem realiza a condição normativa deve fazer os ajustes necessários quanto ao recolhimento do imposto devido.

Na hipótese vertente, verifica-se que a AGROVITTA AGROINDUSTRIAL LTDA., adquirente do caroço de algodão vendido pelo Recorrente, informou a destinação da mercadoria e solicitou deste último, expressamente, que a nota fiscal de venda fosse emitida sem destaque de ICMS, tendo em vista tratar-se de produto albergado pela isenção, nos termos da legislação em vigor.

Nesse contexto, entendo não poder a fiscalização exigir do recorrente a responsabilidade tributária pela aplicação do benefício da isenção, conforme solicitado pelo adquirente, tendo em vista, que não cabe ao vendedor investigar qual será o uso futuro da mercadoria vendida.

Destarte, por todos os ângulos que se analise a questão, é forçoso reconhecer a legalidade do proceder do recorrente, e por consequência a improcedência da imputação.

Ressalto que esse entendimento se ampara em diversas Decisões emanadas do STJ, cuja Ementas são transcritas a seguir:

*i- “TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. VENDA DE GADO. EMPRESA ADQUIRENTE. TRANSAÇÃO COMERCIAL. DECLARAÇÃO POSTERIOR DE INIDONEIDADE. BOA-FÉ DO ALIENANTE.*

*1. Não compete ao vendedor perseguir o destino do produto alienado com o fim de constatar se o comprador foi o real destinatário. Deve apenas, no momento da transação, exigir a documentação necessária referente à idoneidade da contratante e, após aperfeiçoado o negócio, dar cumprimento ao objeto da obrigação.*

*2. Não é razoável, portanto, submeter o alienante à obrigação do recolhimento de tributos pela alegada falta do adquirente, pois não tem o dever jurídico de fiscalizar os atos e comportamentos dos compradores com quem comercializa suas mercadorias. Precedentes.*

*3. Recurso especial improvido.”*

*(REsp 302.897/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2006, DJ 20/02/2006, p. 257)*

*ii- “TRIBUTÁRIO. ICMS. RESPONSABILIDADE. ISENÇÃO. FERTILIZANTES. USO INDEVIDO POR TERCEIROS.*

*1- A responsabilidade tributária é pessoal. Não permite o ordenamento jurídico a sua transferência a quem não produz fato capaz de fazer gerar a sua incidência.*

*2- É inadmissível a pretensão fiscal de exigir do comerciante, vendedor de produto isento (no caso, fertilizante para emprego na agricultura) o pagamento do ICMS, por ter o comprador, usuário do referido produto, desviado a finalidade de sua aplicação.*

*3- À Fazenda Estadual cabe, na espécie, exigir o tributo do contribuinte de fato, autor do desvio, e não do comerciante vendedor, por este não ter meios legais de fiscalizar o comportamento do adquirente do produto.*

4- *Homenagem ao princípio da legalidade em se tratando da fixação da responsabilidade tributária.*

5- *Embargos de divergência acolhidos.*”

(*EREsp 58.845/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 03/12/2001, DJ 04/03/2002, p. 173*)

“iii- *Tributário. ICMS. Venda de Gado. Falta de Recolhimento pelo Comprador. Exigência Fiscal. Indevidamente Dirigida ao Vendedor.*

*Decreto nº 17.727/81.*

1. *Ultrapassada a fase da venda e compra, consumado o fato gerador, até então não exigível o imposto devido diretamente do vendedor, estabelecida legalmente a obrigação do comprador fazer o recolhimento substituto tributário, não pode a fiscalização impor àquele o dever de recolher o tributo. O vendedor não tem a obrigação legal de fiscalizar os atos e comportamento do comprador, a quem a lei deferiu a responsabilidade tributária. Ao Estado incumbe fiscalizar, sendo inaceitável a pretensão de perpetuar obrigação sem causa ao vendedor contribuinte substituído.*

2. *Recurso não provido.*”

(*REsp 183.644/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2001, DJ 11/03/2002, p. 175*)

Em suma, sem margem à tergiversação, é inegável se enquadrar a operação de venda realizada pelo Recorrente, no momento de sua efetiva ocorrência, na tipicidade de isenção e, conforme se depreende da doutrina jurídica, o vendedor não tem obrigação legal de fiscalizar os atos e comportamento do adquirente, a quem a lei deferiu a responsabilidade tributária.

Nesse quadro fático-jurídico, nenhum imposto pode ser exigido do Recorrente.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para reformar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

#### **VOTO VENCEDOR**

Embora tenha apresentado uma boa fundamentação, divirjo do n.Relator sobre o seu posicionamento pelo julgamento da improcedência do Auto de Infração.

Inicialmente cabe apreciar as preliminares de nulidade da autuação, sob o argumento de que não foi comprovado a acusação de realização de venda de mercadoria tributada sem emissão de nota fiscal, e da nulidade da Decisão por inexistência de veracidade na fundamentação, tendo em vista que o n.Relator deu prevalência a apreciação do mérito, *a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, nos termos do art. 155 do RPAF/BA.*

Com relação ao primeiro argumento, constato que a descrição da infração acusa “*Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis*”, entretanto, na Descrição dos Fatos foi indicado de forma equivocada que o contribuinte realizou operação de venda de mercadoria, sem emissão de nota fiscal.

Porém, foram acostadas às fls. 8 a 71, vias originais das notas fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado nas quais foram consignadas que as vendas dos produtos estavam contempladas com isenção. Na impugnação, o sujeito passivo demonstrou que entendeu e se defendeu do que foi acusado (fl. 36), tendo inclusive indicado os dispositivos legais (art. 20, VI do RICMS/97 e Convênio ICMS 100/97).

Assim sendo, apesar de reconhecidamente ter feito constar na descrição dos fatos que foi realizado operações de vendas de mercadorias sem notas fiscais, a verdade material se apresenta no processo com a juntada das notas fiscais que foram objeto da autuação que denotam a real acusação de que praticou operações tributáveis como não tributáveis, o que será objeto de apreciação do mérito, motivo pelo qual ficam rejeitadas as nulidades suscitadas.

Da mesma forma, quanto ao argumento de que a Decisão ora recorrida carece de fundamentação, observo que a 1ª JF apreciou que “*o teor da acusação fiscal, conjuntamente com as cópias das notas fiscais acostadas aos autos, bem como a planilha com os cálculos do ICMS, colacionada à*

*fl. 26, não deixam dúvida quanto à caracterização da irregularidade cometida, ou seja, a realização de mercadorias tributáveis como não tributáveis”.*

Portanto, como apreciado anteriormente, o sujeito passivo entendeu e compreendeu do que foi acusado, inexistindo a ausência da fundamentação como foi alegado. Por isso, fica rejeitada a nulidade suscitada.

No mérito, *o Auto de Infração acusa exigência de ICMS em decorrência de ter realizado operações tributáveis como não tributáveis.*

Observo que embora no Recurso Voluntário, o recorrente tenha dito que trata-se de “venda de grãos de arroz” (fl. 115), na realidade trata de venda de *caroço de algodão*, conforme notas fiscais (fls. 8 a 24) que indicam ser “*destinado à alimentação animal ou ao emprego na fabricação de ração animal*” contemplado com isenção do ICMS conforme art. 20, VI, “e” do RICMS/97.

O n.Relator acatou a tese recursiva de que o adquirente “*informou a destinação da mercadoria e solicitou deste último, expressamente, que a nota fiscal de venda fosse emitida sem destaque de ICMS*”, e que o “*vendedor não tem obrigação legal de fiscalizar os atos e comportamento do adquirente, a quem a lei deferiu a responsabilidade tributária*”.

Conforme fundamentado na Decisão da primeira instância, nas Notas Fiscais de nºs 251, 279, 280, 282, 288, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 313, 315, 316, 317 e 318 ( fls. 08 a 24), as vendas foram destinadas a empresa AGROVITA AGROINDUSTRIAL, IE nº 67.420.167, sem destaque do imposto e com indicação do dispositivo que ampara isenção (art. 20, VI, “e” do RICMS/97) vigente à época da ocorrência dos fatos geradores (2010).

No recurso interposto o sujeito passivo argumenta que a AGROVITA AGROINDUSTRIAL, exerce atividades de “*fabricação de sementes, alimenta sua criação bovina*” (fl.117) conforme contrato e cadastro de atividade econômica de criação de bovinos (fl. 118).

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que:

- A) Com relação ao contrato, verifico que foi juntado às fls. 170/172 um documento impresso que não contém assinatura de contratante, contratado e nem das testemunhas indicadas.

Portanto, não constituiu um documento válido como prova, por falta de requisitos legais (artigos 408 a 412 do novo CPC).

- B) No que se refere à atividade econômica, constato que o histórico de atividade econômica constante do banco de dados da Secretaria da Fazenda indica à fl. 75 que só foi cadastrado como atividade de “*criação de bovinos para corte*” a partir de 16/08/13.

Como as operações objeto da autuação ocorreram no período de janeiro a março de 2010, não faz prova de que destinou os produtos adquiridos (caroço de algodão) para alimentação animal. Também não foi apresentado qualquer outra prova neste sentido.

- C) Quanto ao outro argumento de que o produto comercializado foi destinado à *fabricação de ração animal*, em se tratando de isenção condicionada, conforme apreciado na decisão da primeira instância, “*não basta a simples oposição, na nota fiscal, de referência à isenção prevista no art. 20 do RICMS-BA/97*”.

O banco de dados da SEFAZ indica que esta atividade (fabricação de alimentos animais) foi cadastrada em 26/09/07 (fl. 77), mas foi alterada para comércio atacadista de cereais e leguminosas, que só foi alterada a partir de 26/04/10 para transporte rodoviário de carga (fl. 76), retornando àquela atividade a partir de 16/09/10, ou seja, em momento posterior a ocorrência dos fatos geradores objeto da autuação (janeiro a março/2010).

Mesmo que o adquirente tenha declarado que as mercadorias iriam ser destinadas a fabricação de ração animal, o art. 20,§ 2º do RICMS/97 previa que “*não se aplica o benefício fiscal no caso de operação que não preencha os requisitos previstos ou que dê ao produto destinação diversa da prevista como condição para gozo do benefício*”



Por sua vez, o art. 343, X, “c” contemplava o diferimento nas saídas internas de caroço de algodão, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes de sua industrialização.

Já o art. 344, previa que nas operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento, além dos demais requisitos previstos relativamente a cada espécie de produto, a fruição do benefício é condicionada a que o adquirente ou destinatário requeira e obtenha, previamente, sua habilitação para operar nesse regime, perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário, cujo § 1º indica que o número do Certificado de Habilitação devia constar, obrigatoriamente, em todos os documentos fiscais emitidos para dar curso ao produto até o estabelecimento destinatário.

Portanto, mesmo que o destinatário exercesse a atividade de produção de ração animal, contemplada com a isenção preconizada no art. 20, VI, “e” do RICMS-BA/97, deveria habilitar-se ao diferimento, fato que não foi provado e não foi indicado no documento fiscal. Também, poderia juntar notas fiscais de saídas emitidas pelo adquirente (AGROVITTA) para fazer prova que os produtos objeto da autuação resultaram em produção e comercialização de alimentação animal.

Diante do tudo que foi exposto, concluo que não ficou provado que as operações objeto da autuação, submetido a isenção, preencheu as condições estabelecidas na legislação tributária e correta a Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278906.0339/15-0**, lavrado contra **AGRÍCOLA XINGU S/A. (FILIAL TABULEIRO VI)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.195,81**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Eduardo Ramos de Santana, Paulo Danilo Reis Lopes e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Valnei Sousa Freire, Rodrigo Lauande Pimentel e Laís de Carvalho Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR/VOTO VENCIDO

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS