

PROCESSO - A.I. Nº 269138.0001/14-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SADA BIO-ENERGIA E AGRICULTURA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0174-05/15
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/04/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0030-11/21-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INCERTEZA QUANTO À AUTORIA DA INFRAÇÃO E À PESSOA DO INFRATOR. Embora pareça evidente a irregularidade das operações acobertadas pelas notas fiscais de remessa de etanol hidratado, não há provas suficientes no processo que demonstrem, com segurança, que o estabelecimento autuado, na condição de remetente da mercadoria, tenha agido de má fé, em conluio, ou co-autoria para lesar o Fisco baiano e incidir na prática de falta de retenção e recolhimento do ICMS devido pelo regime de substituição tributária. Necessidade de renovação do procedimento fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em razão de a decisão de piso ter julgado Nulo o Auto de Infração lavrado em 03/12/2014, o qual exige ICMS no valor de R\$ 684.360,07, acrescido da multa de 60% com a seguinte imputação:

“Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados neste estado”. Fatos geradores ocorridos em 31/07/14, 31/08/14 e 30/09/14.

Constou do campo descrição dos fatos do A.I as seguintes informações:

“Nos meses de julho, agosto e setembro de 2014, a autuada efetuou vendas de etanol hidratado para consumo (CFOP 6653) ao contribuinte ‘LIFEQUIM BAHIA LTDA. – ME’, inscrito no CAD-ICMS sob o número 118.087.906 e com CNPJ nº 20.637.437/0001-48”.

Ocorre que, em diligência realizada ‘in loco’, o auditor fiscal Paulo César Primo Alves, constatou que, no endereço indicado pela empresa “Lifequim” como sendo o local do seu estabelecimento, ‘existe um terreno com um depósito em construção, que será utilizado para locação de máquinas e equipamentos agrícolas, sem qualquer ligação com a atividade da empresa LIFEQUIM BAHIA LTDA’ (...).

Isto posto, não tendo o etanol o fim de consumo, porque não o pode consumir quem sequer existe, são devidos ao estado da Bahia os valores de ICMS de substituição tributária relativos as operações realizadas” (...).

Após a devida instrução processual, assim decidiu a 5ª JJF:

VOTO

O lançamento em lide tem por fundamento material ou base probatória o fato do contribuinte ter efetuado remessas de álcool combustível para empresa Lifequim Bahia Ltda - ME, Inscrição Estadual nº 118.087.906 e CNPJ nº 20.637.437/0001-48, que não funcionava no local indicado nos registros existentes no Cadastro do ICMS da Bahia e nas notas fiscais de remessa do produto. Os referidos documentos indicavam como local de funcionamento da empresa destinatária a Rodovia BA 392, Km 1, s/nº, Centro, município de Novo Triunfo - Bahia.

A prova de que se valeu a fiscalização foi o documento apensado à fl. 4 do presente processo, datado de 10 de setembro de 2014, onde o Inspetor fazendário, Aud. Fiscal Luiz Alberto Nogueira Lago, declarou textualmente que: “Feita a diligência por nosso coordenador Paulo Cesar Primo Alves, foi constatado que no endereço em referência existe um terreno com um depósito em construção, que será utilizado para a locação de máquinas e

equipamentos agrícolas, sem qualquer ligação com a atividade da empresa LIFEQUIM BAHIA LTDA. Já lavramos a competente FLC para devido registro”.

Há algumas questões de ordem formal e de suma importância a serem observadas neste processo. Passemos a enfrentá-las.

*No tocante à situação do contribuinte destinatário das cargas de álcool perante a Fazenda Pública do Estado da Bahia, em relação às operações acobertadas pelas notas fiscais e demais documentos anexados no processo (fls. 55 a 563), observo que a alteração da situação cadastral do mesmo, de **apto** para **inapto**, foi formalizada através do Edital nº 37, de 24/09/2014. A publicidade do ato administrativo e do novo “status” cadastral da empresa adquirente se verificou em período posterior a emissão das notas fiscais relacionadas às operações de venda do álcool objeto da autuação, ocorridas entre 25/07/14 e 10/09/14. Nessa situação não se pode dar efeitos retroativos ao Edital nº 37, de 24/09/2014, especialmente, em relação a terceiros, que tenham com aquele contribuinte realizado operações de venda de mercadorias, para transferi-lhes a responsabilidade por recolhimento de tributo devido ao Estado da Bahia.*

Os elementos probatórios existentes no presente PAF não nos autorizam concluir que o remetente das mercadorias tenha agido de má fé ou praticado qualquer ato que a ele transfira responsabilidade pelo pagamento do imposto nas operações que realizou, visto que, ao verificar as informações cadastrais disponibilizadas pelo próprio Estado da Bahia, para Consulta Pública, via SINTEGRA, foi certificada a situação de “Aptidão” da empresa LIFEQUIM BAHIA LTDA.

Frente a essas circunstâncias, reitero, não há como se atribuir à autuada a responsabilidade de pagamento do imposto por “inaptidão” ou prática de qualquer outra suposta fraude. Em reforço a esse entendimento observo ainda que as mercadorias foram entregues à empresa LIFEQUIM BAHIA LTDA, assumindo esta a responsabilidade de retirá-las no estabelecimento da vendedora, por conta própria ou através de transportadora, cessando assim a correspondente responsabilidade contratual da empresa autuada no negócio jurídico da compra e venda.

As demais questões levantadas pelos autuantes gravitam em torno de raciocínios calcados em presunções sem lastro legal. Afirmaram os autuantes, na informação fiscal, que: i) o porte da empresa destinatária da mercadoria - microempresa industrial; ii) a quantidade de litros de álcool vendidos no período; iii) o tipo de produto comercializado (álcool hidratado, passível de desvio para postos revendedores de combustíveis e sonegação do ICMS-ST); iv) a distância geográfica entre vendedor e comprador; v) a forma de transporte utilizada nas operações, realizadas através de diversos transportadores - revelariam má fé do contribuinte autuado e ausência de zelo da empresa remetente do álcool. Essas circunstâncias fáticas, de forma isolada ou conjuntamente, não transferem ou atribuem responsabilidade tributária ou infracional a qualquer contribuinte. Não há previsão legal para este tipo de conclusão. Podem até serem indícios ou elementos que demandariam uma investigação mais detalhada para a apuração de uma eventual infração em co-autoria ou conluio.

Todavia, má-fé, conluio, fraude, ou qualquer outra ação lesiva ao interesse do fisco ou do poder público, demandam a existência de prova robusta. Sopesando essas questões com aquela principal, efetivamente provada no processo e relacionada a “status” cadastral do contribuinte destinatário, é fato incontestável que a empresa LIFEQUIM BAHIA LTDA se encontrava ativo e regular, no período de realização das operações. Esse fato foi atestado pelo próprio Estado quando concedeu a inscrição estadual à referida empresa.

Logo, no caso em exame, e frente às provas existentes no PAF, não há como se estabelecer qualquer liame, conexão ou nexo de causalidade que revelem ter o autuado agido com propósito e por conta própria, ou em ação conjunta com a empresa adquirente, para subtrair recolhimento de tributo devido ao Estado da Bahia.

Diante do acima exposto, somente as operações realizadas após 24/09/14, poderiam ser objeto de exigência fiscal perante o contribuinte remetente do álcool. Considerando que os fatos geradores do lançamento em lide estão concentrados entre as datas de 25/07/14 e 10/09/14, conforme se encontra detalhado no Demonstrativo juntado às fls. 5 a 6 do PAF, é de se concluir que o fisco estadual lavrou A.I contra pessoa jurídica em que não ficou demonstrado, com provas robustas, a prática da infração que lhe foi imputada. Assim o lançamento em lide incorreu na nulidade prevista no art. 18, inc. IV, letra “a”, do RPAF, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, pois não há elementos nos autos em que se possa determinar, com segurança, a autoria do ilícito tributário.

Recomenda-se a renovação da ação fiscal perante o contribuinte destinatário da carga e ou mesmo junto aos sócios da mesma, visando apurar-se a destinação que foi dada a etanol adquirido e a verificação da ocorrência de operações posteriores sujeitas a exigência de ICMS.

Da mesma forma, poderá a ação fiscal também ser renovada contra a empresa autuada, desde que sejam obtidos novos elementos de prova que estabeleçam, com segurança, a autoria ou co-autoria de infração à legislação do ICMS, relativamente às operações objeto desta lide.

Fica prejudicado o exame das demais questões suscitadas pela defesa, relativas ao mérito do lançamento, no tocante à alíquota aplicável à operação e percentuais de multa pelo não recolhimento do tributo.

Do exposto, com fundamentação acima tracejada, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE

Peço vênia para divergir do entendimento do nobre colega Relator, pelo que entendo procedente o Auto de Infração, em virtude das seguintes constatações:

O presente Auto de Infração exige ICMS em decorrência da falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes (álcool etílico) AEHC, realizadas para contribuintes localizados neste estado.

Consta na descrição dos fatos que nos meses de julho, agosto e setembro de 2014, a autuada efetuou vendas de etanol hidratado para consumo (CFOP 6653), ao contribuinte “Lifequim Bahia Ltda”, inscrito no CAD-ICMS sob o número 118.087.906 e com CNPJ 20.637.437/0001-48. Contudo, em diligência “in loco”, o auditor fiscal Paulo César Primo Alves, constatou que, no endereço indicado pela empresa “Lifequim”, como sendo o local de seu estabelecimento, “existe um depósito em construção, que será utilizado para locação de máquinas e equipamentos agrícolas, sem qualquer ligação com a atividade da empresa LIFEQUIM BAHIA LTDA”. Tal informação consta no documento de fl. 04, no qual o Sr. inspetor fazendário da IFMT-Norte, comunica ao Sr. Gerente da GERAC (COPEC), órgãos desta SEFAZ, que a FLC (ficha de localização de contribuinte), para o devido registro já havia sido lavrada.

Em decorrência dessa constatação auditores fiscais designados para a fiscalização relativa ao ICMS/Substituição Tributária, efetuaram o presente lançamento, no estabelecimento que realizou vendas para o Estado da Bahia, na qualidade de substituto tributário, com base em que “não tendo o etanol o fim de consumo, porque não o pode consumir quem sequer existe, são devidos ao Estado da Bahia, todos os valores de ICMS de substituição tributária relativos às operações realizadas”, ao que, os autuantes elaboraram o demonstrativo de fls. 05 a 07, totalizando o ICMS/ST no valor de R\$ 684.360,07, que abrange os meses de julho, agosto e setembro de 2014.

Argumenta o defendente que na época das operações de venda realizadas pela impugnante, período entre 25/07/2014 a 10/09/2014, a inscrição estadual da LIFEQUIM BAHIA LTDA., estava ativa e regular, fato comprovado pela documentação obtida por meio do próprio sistema da SEFAZ/BA - SINTEGRA.

Considera que 72 (setenta e duas) notas fiscais eletrônicas, objeto do presente Auto, comprovam a regularidade contida em todas as operações realizadas com a LIFEQUIM BAHIA - ME.

Embora formalmente a destinatária estivesse inscrita no cadastro estadual do Estado da Bahia, e não obstante os argumentos trazidos pela sociedade empresária autuada, coaduno com as afirmações dos autuantes que ao prestarem a informação ressaltaram os seguintes pontos:

*Primeiramente, que caberia ao contribuinte, segundo a jurisprudência do STJ (REsp 302.897/SP), “no momento da transação, exigir a documentação necessária referente à **idoneidade da contratante**”, e, no caso em questão, somente a situação cadastral regular do contribuinte deixava de apontar para a sua inidoneidade, pois, (i) se tratava uma microempresa (porte da empresa a indicar pequena capacidade de compras) que, (ii) somente nos seis dias de julho, comprou quase trezentos mil litros (volume elevado das operações) de (iii) etanol hidratado (produto muito visado por sonegadores por seu possível desvio para o abastecimento automotivo); para (iv) consumo nas suas atividades de fabricação de tintas, vernizes, esmaltes e lacas (aplicação incompatível com a natureza do produto), que (v) terminou por adquirir da autuada mais de dois milhões de litros de álcool hidratado (volume total vendido elevado), que (vi) estava situada a 1.100 kms de distância com fornecedores de álcool bem mais próximos (falta de economicidade das operações e facilitação do desvio do produto para abastecimento irregular de postos de combustíveis existentes ao longo do trajeto), que (vii) é uma mercadoria que é negociada em um mercado altamente regulado e fiscalizado e onde há notícias constantes de ações das polícias, dos ministérios públicos e dos fiscos em diversos estados da federação, inclusive em Minas Gerais, onde a autuada se localiza (natureza problemática do mercado de álcool), e (viii) tantos diferentes motoristas transportaram as mercadorias, mas, como a empresa não existia, certamente nenhum levou as mercadorias ao destino e, mesmo assim, a autuada não teve notícia de qualquer desvio por nenhum deles.*

Portanto, entendem os autuantes, que nesse caso concreto a autuada não teria agido de boa-fé, deixando de adotar conduta de zelo nas suas operações e, por isso, seria cabível a imputação de responsabilidade pelo pagamento do tributo lançado.

Pontuaram ainda que não se pode confundir a responsabilidade tributária da autuada com a sua responsabilidade no contrato de compra e venda mercantil formalizada pela própria. Disseram que efetivamente cessa a responsabilidade da autuada quanto à coisa objeto da venda, “a partir da retirada da mercadoria pelo comprador (ou transportador por ele indicado à sua conta e ordem)” e “exaure sua obrigação contratual, pois, nesse momento, transmite-se ao comprador a propriedade, responsabilidade, riscos e ônus sobre a coisa”. Contudo, situação distinta é a sua responsabilidade tributária. Essa não se extingue com a

tradição da coisa e permanece com ela quando ocorre a operação de venda para uma “empresa fantasma”.

As informações fiscais acima encontram ressonância na documentação colacionada aos autos pelo defendant, tais como CÓPIAS DE NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS, fls. 56, 73, 97, por exemplo), CONFIRMAÇÃO DE PEDIDO DE COMPRA (fls. 57, 110, etc), DAES RELATIVOS AO SERVIÇO DE TRANSPORTE (fls. 63, 159, 160 etc), COMPROVANTES DE DEPÓSITO EM DINHEIRO (fls. 72, etc), ORDEM DE CARREGAMENTO (fls. 88, 80, etc), CONTRATO (fls. 202, 166,), ORDEM DE TRANSFERÊNCIA DE SALDO (fl. 216), COMPROVANTES DE TRANSFERÊNCIA DE SALDO, (fls. 215, 78, etc).

Todos esses documentos levam a indícios de fraude, posto que a enorme quantidade de álcool hidratado adquirido por uma empresa inexistente, no mínimo, deveria ter levado o vendedor a verificar a efetiva capacidade de armazenamento, instalações da adquirente, capacidade de produção, dentre outros fatores que envolvem as relações comerciais. O fato de que a compradora possuía inscrição cadastral no Estado da Bahia, isoladamente, não comprovaria a sua efetiva existência, mas a contrário sendo, a realidade, a verdade material da sua inexistência prevalece sobre qualquer ato formal.

Destaco também o conteúdo do documento intitulado “CONFIRMAÇÃO DE PEDIDO DE COMPRA” fl. 59, celebrado entre a LIFEQUIM BAHIA LTDA, e a SADA BIO-ENERGIA E AGRICULTURA LTDA, SEM DATA no qual constam as seguintes observações:

- a) O Comprador declara, para todos os fins de Direito, que o produto ora adquirido possui finalidade única e exclusiva para a indústria, pelo que, no caso de ser dada outra destinação ao produto, notadamente, mas não somente utilização do mesmo no setor automotivo, toda e qualquer autuação aplicada será de responsabilidade única do comprador,
- b) A responsabilidade do vendedor com relação à qualidade do produto se exaure no exato momento em que o mesmo for acondicionado no caminhão tanque de propriedade do Comprador.

Trata-se de convenção particular que não pode ser oposta à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo da obrigação tributária, tal como disposto no Art. 123 do CTN (Lei 5.172/66):

Art. 123. Salvo disposição de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

A responsabilidade pelo pagamento do ICMS é estabelecida por lei e independe de avenças que o sujeito passivo tenha ou venha a celebrar, estranhas à relação jurídica estabelecida entre o Credor (Fazenda Pública) e o Devedor (sujeito passivo) e que estabeleçam quem deve figurar como partes da obrigação tributária, bem como no que diz respeito à responsabilidade tributária. Ademais, nos termos do art. 123 do CTN, a cláusula FOB não pode ser oposta perante a Fazenda Pública para exonerar a responsabilidade tributária do vendedor, tal como se encontra nos documentos trazidos pelo defendant. A obrigação tributária e a responsabilização de terceiros assume o caráter “ex-lege”.

Assim, não obstante o estipulado em convenções particulares, a Fazenda Pública terá o direito de exigir o cumprimento da obrigação tributária daquelas pessoas, as quais a lei atribuiu a condição de sujeito Passivo.

Verifico ainda que as transações efetuadas entre o suposto comprador e a sociedade empresária são de grande monta, perfazem grande volume de mercadorias e de numerário, envolvendo transferências de saldos bancários, pagamentos em dinheiro, contratos particulares, empresas de transporte.

Importante lembrar a disposição contida no parágrafo único do art. 116 do CTN na qual “a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observando os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.” Nesses casos estamos diante da chamada elusão, expressão designando a prática de atos ou negócios jurídicos previstos no art. 116, parágrafo único do CTN, um tipo de planejamento que não é nem simulado nem propriamente elisivo.

Na dissimulação prevista no art. 116, há uma realidade (ocorrência do fato gerador) e uma cobertura, um disfarce promovido por atos ou negócios jurídicos, e o legislador ordena que tais disfarces sejam desconsiderados. (GOGOI, Marciano Seabra de. A figura da “fraude à lei tributária”, prevista no art. 116, parágrafo único do CTN. RDDT nº 68, maio/01 p. 101/102).

Ademais, a evasão fiscal é sempre ilegal, sendo que a fuga do imposto devido, manifestada sob a forma de fraude, simulação ou embuste de qualquer natureza, sofre condenação em todos os sistemas jurídicos nacionais. Segundo a doutrina jurídica, evasão é o procedimento destinado à fuga tributária, cujos fatos constitutivos foram praticados após a ocorrência do fato imponível. O imposto já é devido e o contribuinte deixa de recolhê-lo. A fraude à lei, de forma genérica, está incluída na hipótese de evasão, e sua prática consiste em evitar ardilosa, consciente e dolosamente o surgimento do fato gerador do tributo. (Huck, Hermes Marcelo. Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais; São Paulo: Saraiva. 1997, p. 326/327).

A responsabilidade por substituição ocorre quando a lei determina que o responsável (substituto) ocupe o lugar do contribuinte (substituído), desde a ocorrência do fato gerador, de tal sorte que desde o nascimento da obrigação tributária, o responsável, já é o sujeito passivo. Outro não é o entendimento manifestado por Ricardo Lobo Torres, em *Curso de Direito financeiro e Tributário*, fls. 262/263, em que “o substituto legal tributário tem não só a responsabilidade pela obrigação principal, como também pelas acessórias, incumbindo-lhe praticar todos os deveres instrumentais do Fisco. Assume com exclusividade a responsabilidade pelo contribuinte que deixa de participar da relação tributária. Se o substituto não recolher o tributo, nenhuma responsabilidade terá o contribuinte substituído(...)"

A autuação em lide está amparada no art. 10 § 1º, inciso I da Lei 7.014/96, como segue:

Art. 10 - Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

§ 1º A responsabilidade pelo pagamento do imposto, na condição de substituto tributário, é também atribuída:

I – ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo e com lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo, em relação às operações subsequentes.

Assim, tendo em vista que as operações de vendas de mercadorias (álcool etílico) foram promovidas entre uma empresa situada no Estado de Minas Gerais, inscrito na Bahia como substituto tributário, e uma empresa em que formalmente possuía, à época dos fatos geradores, inscrição no CAD/ICMS, neste Estado, contudo sem estabelecimento físico em funcionamento, mas constando no endereço de sua localização um terreno com um depósito em construção, entendo que restou caracterizada a infração, pelas razões acima expandidas, pelo que voto pela Procedência do Auto de Infração.

Dessa forma não corroboro com o entendimento dos demais colegas, no sentido de que “Embora pareça evidente a irregularidade das operações acobertadas pelas notas fiscais de remessa de etanol hidratado, não há provas suficientes no processo que demonstrem, com segurança, que o estabelecimento autuado, na condição de remetente da mercadoria, tenha agido de má fé, em conluio, ou co-autoria para lesar o fisco baiano e incidir na prática de falta de retenção e recolhimento do ICMS devido pelo regime de substituição tributária.” Os fatos trazidos a lide demonstram exatamente o contrário, pelo que não vejo a necessidade de renovação do procedimento fiscal, haja vista que os documentos necessários à comprovação da infração estão todos anexos ao PAF, ou seja, há elementos nos autos em que se possa determinar, com segurança, a autoria do ilícito tributário.

No que concerne ao percentual de 2% destinado ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a Lei 7.014/96, no art. 16-A, o estabelece inclusive para as operações com álcool etílico hidratado AAEHC, conforme seu parágrafo único, inciso I.

A multa aplicada está de acordo com a Lei 7.014/96, fica mantida.

Outrossim, consoante a disposição do art. 167 do RPAF/99 “Não se incluem na competência dos órgãos julgadores, a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo emanado de autoridade superior”.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Nos termos do art. 169, inc. I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu da presente Decisão para uma das Câmaras do CONSEF.

Ao apreciar os autos na assentada de julgamento realizada em 17/12/2015, esta 1ª CJF (fls. 613/614), tendo em vista a matéria eminentemente jurídica, diligenciou junto à PGE/PROFIS que, representada pela i. Procuradora Ana Carolina Moreira entendeu por bem: “converter o processo em diligência à SEFAZ/INFIP, para que com base nos elementos constantes dos autos e outros tantos que se consiga apurar, seja realizada uma investigação mais detalhada a fim de apurar a fraude de que se tem indícios e a ocorrência da infração em conluio ou coautoria” (fls. 617/618).

O processo foi encaminhado à INFIP, que apresentou Informação Fiscal nº 1432/2017 (fls. 619/680), concluindo que “... a Sada Bio-Energia manteve-se deliberadamente “cega” escolhendo deliberada “ignorância” da fraude que se processava com uma fictícia venda de AEHC como matéria-prima para uma fictícia fábrica de tintas”.

Em Parecer (fls. 682/684), o Procurador José Augusto Martins Júnior referendou a informação fiscal supracitada e entendeu pela responsabilidade tributária do autuado, pelo regime de substituição tributária, com base na Lei nº 12.605/12, em face da edição do Convênio 110/2007.

Em Despacho (fls.685/692) da Procuradora Assistente Dra. Rosana Salau, divergiu do Parecer exarado, acompanhando integralmente o voto vencedor de primeiro grau. Afirmou a i. Procuradora que “*para ser legalmente possível a atribuição de responsabilidade tributária, por substituição, à autuada, era preciso que seu conhecimento e participação na fraude fosse não apenas provável, mas cabalmente provado, ainda que por prova indiciária. Isto, em nosso sentir, não ocorreu*”.

Assim, tendo em vista a divergência dos opinativos neste auto de infração, esta 1ª CJF, em sessão de julgamento realizada em 19 de fevereiro de 2020 decidiu converter o feito em diligência ao Procurador Chefe da PGE/PROFIS para que este se manifestasse acerca da matéria em questão.

Em despacho exarado, o Procurador Chefe da PGE/PROFIS, Nilton Almeida Filho, entendeu que “*não nos parece razoável exigir da empresa o conhecimento de boa parte dos fatos trazidos no relatório da SEFAZ/INFIP, a exemplo do endereço da adquirente da mercadoria, uma vez que foi entregue por frete FOB*”. E que “*a existência de indústria em área conhecida como Polígono da Seca, incompatibilidade do capital social com o volume de compras, inconsistências dos endereços dos sócios, etc., não podem ser atribuíveis ao conhecimento da empresa autuada*”.

Assim, afirma que “*não é razoável, pois, concluir-se pelo conluio da empresa vendedora, ora autuada com a empresa adquirente, que não pode ser, diante dos elementos trazidos pela SEFAZ/INFIP, consumidora final do volume de combustível objeto da presente ação fiscal*”, razão pela qual ratificou o parecer da lavra da Dra. Rosana Passos Salau.

VOTO

O presente Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento da seguinte infração: “*Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados neste estado*”. Fatos geradores ocorridos em 31/07/14, 31/08/14 e 30/09/14.

Conforme consta na descrição da autuação:

“*Nos meses de julho, agosto e setembro de 2014, a autuada efetuou vendas de etanol hidratado para consumo (CFOP 6653) ao contribuinte ‘LIFEQUIM BAHIA LTDA. – ME’, inscrito no CAD-ICMS sob o número 118.087.906 e com CNPJ nº 20.637.437/0001-48*”.

“*Ocorre que, em diligência realizada ‘in loco’, o auditor fiscal Paulo César Primo Alves, constatou que, no endereço indicado pela empresa ‘Lifequim’ como sendo o local do seu estabelecimento, ‘existe um terreno com um depósito em construção, que será utilizado para locação de máquinas e equipamentos agrícolas, sem qualquer ligação com a atividade da empresa LIFEQUIM BAHIA LTDA’ (...).*

“*Isto posto, não tendo o etanol o fim de consumo, porque não o pode consumir quem sequer existe, são devidos ao estado da Bahia os valores de ICMS de substituição tributária relativos as operações realizadas*” (...).

Inicialmente, entendo que não merece qualquer reparo a decisão de piso.

A fundamentação do voto condutor encontra-se em total consonância com a verdade material dos fatos e com o próprio conceito de justiça fiscal. Restou efetivamente demonstrado que a autuação não se sustenta, vez que o contribuinte autuado não pode ser responsabilizado por suposição de má fé nas operações em que o destinatário encontrava-se em situação de apto no próprio sistema da SEFAZ.

Cabe aqui salientar que a empresa destinatária teve a alteração da sua situação cadastral de apto para inapto em 24/09/2014, através do Edital de nº 37. E que as operações autuadas ocorreram entre 25/07/14 e 10/09/14. Assim, como bem explicado pelo julgador de piso do voto vencedor, todas as notas autuadas estão datadas em período anterior a inaptidão da empresa destinatária LIFEQUIM BAHIA LTDA., razão pela qual não há como exigir conduta diversa da praticada pela autuada, tendo em vista que a destinatária encontrava-se apta para a realização das operações.

Ademais, presumir má fé por parte da autuada encontra-se em total dissonância com o

ordenamento legal, vez que a má fé, fraude ou dolo devem ser provados no processo.

Outro ponto de salutar importância e que deve ser reproduzido nesta oportunidade diz respeito à tentativa inviável da autuação de responsabilização da autuada. Nesta oportunidade, reproduzo trecho do voto condutor que é de clareza solar quanto a esta questão:

não há como se atribuir à autuada a responsabilidade de pagamento do imposto por “inaptidão” ou prática de qualquer outra suposta fraude. Em reforço a esse entendimento observo ainda que as mercadorias foram entregues à empresa LIFEQUIM BAHIA LTDA, assumindo esta a responsabilidade de retirá-las no estabelecimento da vendedora, por conta própria ou através de transportadora, cessando assim a correspondente responsabilidade contratual da empresa autuada no negócio jurídico da compra e venda.

Assim, logicamente, como bem pontuado no acórdão de primeiro grau:

“... somente as operações realizadas após 24/09/14, poderiam ser objeto de exigência fiscal perante o contribuinte remetente do álcool. Considerando que os fatos geradores do lançamento em lide estão concentrados entre as datas de 25/07/14 e 10/09/14, conforme se encontra detalhado no Demonstrativo juntado às fls. 5 a 6 do PAF, é de se concluir que o fisco estadual lavrou A.I contra pessoa jurídica em que não ficou demonstrado, com provas robustas, a prática da infração que lhe foi imputada. Assim o lançamento em lide incorreu na nulidade prevista no art. 18, inc. IV, letra “a”, do RPAF, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, pois não há elementos nos autos em que se possa determinar, com segurança, a autoria do ilícito tributário.”

Tendo em vista a questão eminentemente jurídica, esta 1^a CJF decidiu converter o feito em diligência à PGE/PROFIS para emissão de parecer jurídico, conforme narrado no relatório acima.

Confirmado a decisão vencedora, entendeu o Procurador Chefe da PGE/PROFIS que “não é razoável, pois, concluir-se pelo conluio da empresa vendedora, ora autuada com a empresa adquirente, que não pode ser, diante dos elementos trazidos pela SEFAZ/INFIP, consumidora final do volume de combustível objeto da presente ação fiscal”.

Deste modo, pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo integralmente a decisão de piso vencedora.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 269138.0001/14-7, lavrado contra SADA BIO-ENERGIA E AGRICULTURA LTDA. Recomenda-se a renovação da ação fiscal perante o contribuinte destinatário da carga e ou mesmo junto aos sócios da mesma, visando apurar-se a destinação que foi dada a etanol adquirido e a verificação da ocorrência de operações posteriores sujeitas a exigência de ICMS.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR.DA PGE/PROFIS