

A.I. Nº - 269130.0020/15-8
AUTUADO - PEDRO MASSANI KIKUDOME
AUTUANTE - MARCO ANTONIO MACHADO BRANDÃO e MIRIAM BARROSO BARTHOLO
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 11.08.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0137-04/16

EMENTA: ICMS. VENDA DE MERCADORIA SEM EMISSÃO DE NOTA FISCAL. Não existem provas efetivas nos autos da realização do negócio. Diligência saneadora impossível de ser realizada já que o próprio fisco admite somente possuir o Contrato de Compra apreendido pela Força Tarefa. Auto de infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/12/2015, exige ICMS no valor de R\$67.020,80 em decorrência da realização de venda de mercadoria tributada sem emissão de documento fiscal e sem o pagamento do ICMS, ocorrido no mês de novembro 2011, acrescido de multa de 100%, conforme prevista na alínea "h" do inciso IV do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O documento apreendido (contrato de compra nº 612/2010 - fl. 17 dos autos) foi colhido em decorrência de cumprimento de ordem judicial na operação "Grãos do Oeste", realizada pela força tarefa composta pela Inspeção Fazendária de Investigação e Pesquisa (INFIP), Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública (DECECAP) e Ministério Público Estadual.

O Contrato de Compra nº 612/2010 refere-se a comercialização de 600.000 kg de soja em grão, ao preço de R\$44,80 a saca de 60 kg, perfazendo um total de R\$448.000,00.

O autuado foi intimado para apresentar as notas fiscais referente à nominada transação, não o fazendo.

O demonstrativo do débito apurado encontra-se à fl. 15 apensado.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou impugnação ao lançamento fiscal (fls. 27/49)

Inicialmente, discorre sobre o princípio da reserva legal para afirmar que *“o administrador fiscal, como todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto sua função própria é a de aplicador das leis, é a de fazer as pessoas cumprirem as leis”,* portanto, *“não tem qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir nem tem qualquer interesse próprio ou particular com o exercício de sua função legal”*.

Após tais colocações apresenta arguição de nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa diante da falta de apresentação de prova da ocorrência do fato gerador do ICMS, ou seja, da saída de mercadoria do estabelecimento do autuado.

Afirma que os autuantes não apresentam qualquer prova de que o contrato nº 612/2010 foi realizado e, presumiram, sem autorização legal, que o autuado realizou venda de mercadorias sem a emissão de notas fiscais, não dando liquidez e certeza ao lançamento, em claro cerceamento de defesa.

Com tal afirmativa, saca das determinações do art. 4º da Lei nº 7.014/96 (transcrita) para demonstrar que nas hipóteses, por presunção, em que ocorram as saídas de mercadorias, a situação ora em discussão não consta como fato gerador do imposto.

Prossegue, dizendo que *“embora a realização do contrato de compra e venda não esteja elencado como causa autorizadora da presunção de saída de mercadorias do estabelecimento, não se pode negar que é um poderoso instrumento de monitoramento que pode servir ao Fisco como indicativo da existência de irregularidades tributárias e fiscais perpetradas pelos contribuintes, mas que, deve ser perquirida e comprovada a circulação de mercadorias com auxílio de outros meio de fiscalização, seja diante do cruzamento de informações, seja por meio de elementos fiscais contábeis, v.g livros fiscais, que possam assim sustentar uma acusação fiscal”*, o que não aconteceu no presente caso.

Ressalta que uma simples proposta de compra e venda, que sequer chegou a ser assinada pelo vendedor, não é suficiente para confirmar a circulação de mercadorias de forma efetiva. Somente com a juntada de outros indícios, não trazidos aos autos pela fiscalização, se poderia confirmar a ocorrência dos fatos, a exemplos de comprovante de recebimento das mercadorias, CTC's ou a prova do pagamento das operações junto aos compradores, etc. Assim, conclui de que *“a acusação carece de elementos que lhe concedam a segurança necessária à sustentação da exigência em comento e assim, tendo em vista a nulidade formal indicada, requer seja totalmente cancelado o presente lançamento”*.

Discorre, em seguida, trazendo ensinamentos de juristas pátrios, sobre a prova por presunção em matéria de direito tributário, para afirmar que o presente lançamento fiscal encontra-se desprovido de elementos comprobatórios, como exige os arts. 2º, 18, IV, “a” e 41, II, do RPAF/BA (transcritos).

Após, ressalta que na presente autuação houve uma presunção de que o contribuinte efetuou venda das mercadorias constantes do contrato nominado, *“deveriam os autuantes ratificarem a ação fiscal com o comprovante de pagamento das referidas vendas junto a Agrovita, ou acostar cópias das prováveis duplicatas mercantis tão comuns nas vendas a prazo em operações desta natureza, ou, ainda comprovar suas alegações, demonstrando que a receita auferida em cada operação refletiu na conta caixa/bancos ou na conta fornecedores, seja a aquisição à vista ou a prazo”*. Para corroborar o que alega, apresenta Ementas de decisões deste CONSEF reafirmando de que a infração tributária deve sempre ser provada. Sem prova não há que se falar em lançamento fiscal, vez que o Direito Tributário é regido pelo princípio da verdade material.

Diante de tudo que expôs, requer a total nulidade do Auto de Infração.

Adentrando ao mérito do lançamento, o entende improcedente por falta de motivação para ser constituído, uma vez que o contrato de compra e venda nº 612/2010 não se realizou.

E sobre o tema “motivação”, discorre de forma minuciosa, citando entedimentos de juristas. Requer nesta dissertação, novamente, a nulidade do Auto de Infração com fulcro no art. 18, II, do RPAF/BA para concluir sua exposição nos seguintes termos:

Pelo que se constata, não havia MOTIVO para que os autuantes lavrassem o malsinado auto de infração, pelo menos nos moldes em que se apresenta, vez que a autuada sequer assinou o contrato de compra e venda e consequentemente efetuou a entrega das mercadorias nele previstas, como se vê do documento que deu azo à lavratura do auto (Doc. 04). Apesar de haver um contrato, a negociação não foi concluída, justamente pela demora por parte da empresa compradora Agrovita em dar retorno sobre os questionamentos a respeito do pagamento e da emissão das notas fiscais. Tal desídia levou o Sr Pedro Kikudome a desistir da negociação e dar início a nova operação, agora com a Bunge Alimentos S/A.

Indo mais além, o Autuado traz aos autos cópia dos extratos bancários da conta indicada no contrato nº 612/2010 como a destinatária dos pagamentos, no período de outubro a dezembro,

demonstrando que não houve o ingresso de qualquer valor cujo depositante fosse a Agrovita. (Doc. 05)

Por fim, o Autuado pede vênia para demonstrar o que seria uma busca pela verdade material em sede de processo administrativo com vistas a demonstrar a ocorrência do fato gerador em suposta operação. Nesse sentido, trazemos aos autos os elementos que comprovam a venda da mercadoria inicialmente negociada com a Agrovita para a Bunge Alimentos S/A, operação esta ocorrida 3 semanas após. Assim, temos o Instrumento de Contrato de Compra e Venda Nr.: 030-01391-00022524 assinado pelo Sr. Pedro Massami Kikudome com a sua firma reconhecida no exato montante do de que fora inicialmente negociado (Doc. 06), relatório das notas fiscais que ampararam a venda das mercadorias com as respectivas notas fiscais (Doc. 07) e extrato bancário da conta indicada no contrato com a indicação do depósito (Doc. 08).

Requer a nulidade e/ou a improcedência da ação fiscal.

A autuante presta sua informação fiscal (fls. 99/101).

Preliminarmente informa de que o Auto de Infração foi lavrado em decorrência da operação Grãos do Oeste, cujo "Boletim de Inteligência Fiscal nº 0600/2012" consta no processo SIPRO numero 232759/2012-1. Foi um trabalho conjunto da Secretaria de Segurança Pública - Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública (DECECAP) e INFIP.

Que uma das tarefas realizadas no âmbito da operação supracitada foi a busca e apreensão executada pela da INFIP/Dececap na Agrovitta/Agronitta, empresa citada no referido Boletim. Durante esta operação foram encontrados diversos contratos de compra e venda de soja, dentre os quais, o contrato ora autuado. Também foi encontrado email explicitando as exigências do produtor e indicando o nº da conta corrente onde deveria ser depositado o pagamento.

Em assim sendo, trata-se de Auto de Infração decorrente de informações obtidas através de investigação da INFIP/DECECAP e Ministério Público.

A respeito das arguições de nulidade trazidas pelo impugnante, sucintamente as indicam e observa que ele (defendente) concorda que a existência do contrato é "poderoso instrumento de monitoramento que pode servir ao Fisco com indicativo de irregularidades tributárias e fiscais", embora insista que é necessária prova da circulação da mercadoria para sustentar a ação fiscal, conforme fl. 35 dos autos.

No mérito, pontua o argumento de defesa de que não existiu motivo para a exigência do imposto, uma vez que o contrato não se realizou devido a demora da compradora - Agrovitta - em responder aos questionamentos e exigências relativos aos pagamentos e notas fiscais. Em assim sendo, a soja teria sido vendida à Büngue.

Quanto ao contrato com a Bunge, as notas fiscais e extrato bancário apresentados, observa que o contrato com Agrovitta montou em R\$448.000,00 e este em R\$485.000,00.

Diz não dispor de notas fiscais, nem cartas de frete ou conhecimentos de transporte da mercadoria. Também não dispõe de comprovantes de pagamento do negócio. Nenhum destes documentos foi encontrado durante a busca e apreensão.

Afirma, de forma veemente, de que na autuação não houve cerceamento de defesa, "uma vez que o contribuinte sabe perfeitamente quem lavrou o auto, o documento em que se baseia a exigência do imposto, a base de cálculo e alíquota aplicável. Não há nenhum impedimento ou dificuldade à ampla defesa feita pelo contribuinte, até porque ele a exerceu livremente".

Observa que o contrato realizado entre o autuado e a Büngue, embora refira-se à mesma quantidade de sacas de soja - 10.000 scs - não significa que o produtor não dispusesse da mercadoria necessária para honrar o contrato com Agrovitta.

E que durante a análise dos documentos apreendidos, verificou, em diversas ocasiões, que a Agrovitta "pagava" a seus fornecedores solicitando que seus devedores transferissem fundos

para seus credores. Assim, o fato de não haver o nome Agrovitta no extrato não implicava na não existência do negócio.

Conclui dizendo: *“Em que pese os argumentos do contribuinte, tendo em vista o contexto em que foi localizado o contrato autuado, a fiscalização sustenta o auto lavrado”*.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado tendo em vista que a fiscalização apurou a realização de venda, pelo contribuinte, de mercadoria tributada sem emissão de documento fiscal e sem o pagamento do ICMS, ocorrido no mês de novembro 2011,

O lançamento fiscal decorreu da operação intitulada "Grãos do Oeste", organizada pela Força Tarefa composta por servidores da INFIP, DECECAP e Ministério Público Estadual.

O auto se baseia em contrato de compra apreendido na empresa Agrovitta Agroindustrial LTDA (contrato nº 612/2010 - fl. 17), conforme Boletim de Inteligência Fiscal nº 600/2012 emitido pela Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa (INFIP) (informação prestada pela autuante á fl. 99). Tal contrato de compra, entre a Agrovitta Agroindustrial Ltda. e o autuado refere-se à comercialização de 600.000 kg de soja em grão, ao preço de R\$44,80 a saca de 60 kg, perfazendo um total de R\$448.000,00.

No Auto de Infração foram obedecidas todas as determinações inseridas no art. 39, do RPAF/BA, quais sejam: a identificação do sujeito passivo, a descrição da infração, o dispositivo da legislação tributária infringido, a indicação da base de cálculo, alíquota e valor do imposto exigido, permitindo ao impugnante o exercício do seu direito de defesa e do contraditório.

A respeito do argumento do defendente de que existiu cerceamento do seu direito de defesa pelo fato de não constar nos autos a prova da ocorrência do fato gerador do imposto, ou seja, a saída da mercadoria do estabelecimento do autuado, ele não é motivador, a princípio, de nulidade da ação fiscal, mas sim, de medidas saneadoras, conforme disposições do § 1º, do art. 18, do RPAF/BA, pela qual se afasta a nulidade arguida.

O defendente traz aos autos, em síntese, açambarcando nulidade e mérito da autuação, de que embora um contrato de compra e venda não esteja elencado como causa autorizativa legal da presunção de saída de mercadorias do estabelecimento, é ele poderoso indício da existência de irregularidades tributárias e fiscais. Porém, deve restar comprovada a circulação de mercadorias com, por exemplos: cruzamento de informações, comprovante de recebimento das mercadorias, CTC's ou a prova do pagamento das operações junto aos compradores, ou mesmo, cópias das duplicatas mercantis, ou ainda, demonstrar que a receita auferida em cada operação refletiu na conta caixa/bancos ou na conta fornecedores, seja a aquisição à vista ou a prazo. Estes fatos não aconteceram no presente caso, desaguando com isto na falta de segurança à sustentação da exigência ora combatida. Afora que o referido contrato (simples proposta de compra e venda) sequer chegou a ser assinado pelo contribuinte autuado.

A respeito do argumento de não haver a assinatura do autuado no contrato (fl. 17), entendo que esta argumentação não afasta a exigência da cobrança ora em lide se houver comprovantes da efetiva realização do negócio.

No entanto, razão assiste ao impugnante quando discorre sobre o princípio da verdade material que rege a norma tributária do País. No caso, a existência unicamente do contrato de compra não dar certeza absoluta que o negócio tenha, de fato, se concretizado. Depósitos bancários, a exemplo, feitos pelo destinatário, no caso a Agrovitta Agropecuária Ltda., em favor do remetente (autuado), no período da realização do negócio, evidenciaria a sua concretização.

Tais depósitos não constam dos autos. Este Colegiado poderia encaminhar o PAF em diligência objetivando buscar a verdade material. Porém, a própria autuante informa não dispor de notas fiscais, nem cartas de frete ou conhecimentos de transporte da mercadoria, tampouco de comprovantes de pagamento do negócio, vez que nenhum destes documentos foi encontrado

durante a busca e apreensão realizada pela Força Tarefa e, nem o autuado, quando intimado, apresentou qualquer nota fiscal de venda.

Diante desta situação, entendo que, na verdade, não há, propriamente, nulidade do Auto de Infração, mas sim uma evidente improcedência, uma vez que a infração imputada ao sujeito passivo tributário não restou caracterizada.

E, resalto:

1. o fato do referido contrato ter sido obtido pelo fisco em uma ação de busca e apreensão legalmente autorizada pelo Poder Judiciário, não é base legal tributária para sustentar o presente Auto de Infração, como expõe a autuante.
2. O e-mail, também objeto da busca e apreensão, somente demonstra a vontade do contribuinte autuado em realizar o negócio, porém não dá validade ao mesmo.

Diante do exposto, as razões de mérito aventadas pelo impugnante a respeito do desfazimento do negócio e da venda da mercadoria à Bunge Aliminos S.A, deixam de ter pertinência.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269130.0020/15-8**, lavrado contra **PEDRO MASSAMI KIKUDOME**.

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - JULGADORA