

A. I. N° - 206920.1202/13-0
AUTUADO - ANILDO KUREK
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO MACHADO BRANDÃO
ORIGEM - INFAP BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 22.09.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0152-02/16

EMENTA: ICMS. VENDA DE MERCADORIA TRIBUTADA SEM EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Ação fiscal oriunda de ordem judicial na Operação Grãos do Oeste realizada pela Força Tarefa: IFIP - Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa, DECECAP - Delegacia de Crimes Econômicos e contra a Administração Pública e Ministério Público Estadual. Documentos acostados aos autos comprovam parcialmente a realização de operações sujeitas ao ICMS, inclusive com a concordância do sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/12/2013, exige ICMS no valor de R\$243.335,20, além dos acréscimos moratórios, em decorrência da seguinte infração:

01 - 02.01.23 - Realização de venda de mercadoria tributada sem emissão de documento fiscal e sem o pagamento do ICMS, ocorrida nos exercícios de 2010 e 2011, acrescido de multa de 100%, conforme previsto na alínea "h" do inciso IV do art. 42 da Lei nº 7.014/96, conforme documentos às fls.07 a 15.

Consta na descrição dos fatos que: *"No exercício de 2010 o contribuinte realizou operações de venda de mercadorias tributadas sem emissão de nota fiscal e sem o pagamento do ICMS devido conforme documentação apreendida (contratos de compra e venda e comprovantes de pagamento), em decorrência de ordem judicial, na Operação Grãos do Oeste realizada pela Força Tarefa: IFIP - Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa, DECECAP - Delegacia de Crimes Econômicos e contra a Administração Pública e Ministério Público Estadual. No exercício de 2010 vendeu 104.000 sacos de soja a R\$ 1.562.000,00, tendo gerado o ICMS (17%) no valor de R\$265.540,00 e direito a um crédito (12%) de R\$ 31.854,00 e um ICMS devido de R\$233.686,00. No exercício de 2011 vendeu 1.500 sacos de soja a R\$ 64.500,00, tendo gerado o ICMS (17%) no valor de R\$10.965,00 e direito a um crédito (12%) de R\$1.315,80 e um ICMS devido de R\$9.649,20."*

O autuado, às folhas 21 a 24, em sua impugnação transcreveu o fato, os dispositivos infringidos, inclusive da multa aplicada, e contestou o lançamento com base nos seguintes termos.

Comenta que a legislação apropriada para as operações com circulação de mercadorias no estado da Bahia é o RICMS/BA Decreto nº 6.284/97, até a data da entrada em vigor do Decreto nº 13.780/2012. Diz que pela descrição da infração cometida, o enquadramento deveria ser no Art. 209, Inciso II, do Decreto nº 6.284/97. Art. 209 – Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que: II- não for o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação, a exemplo de “Nota de Conferência”, “Orçamento”, “Pedido” e outros do gênero, quando indevidamente utilizado como documentos fiscais. Entende o contribuinte, que este fato não lhe traz dificuldades para a sua defesa, uma vez que, o histórico da infração apontada pelo Auditor é cristalino.

Alega que no Auto de Infração, o Auditor Fiscal apresenta várias minutas de Contratos de Compra, supostamente realizados entre o Autuado e a empresa Agrovitta Agroindustrial Ltda. Diz que estas minutas não podem ser confundidas com contratos válidos e efetivos, pois lhes faltam Requisitos de Validade Contratual, e que a bilateralidade não está demonstrada nas minutas apresentadas pelo Auditor como prova do ilícito fiscal, uma vez que, as mesmas não estão assinadas pelo Autuado, faltando-lhes então, o consentimento de uma das partes, o que os descaracteriza.

Alega que a minuta do Contrato de Compra nº 611/2010 de 04/11/2010 foi parcialmente concretizada, tendo o Autuado recebido a importância de R\$ 400.000,00 (Quatrocentos mil reais). O autuado somente autorizava o carregamento do soja após ter conferido o depósito bancário em sua conta corrente e o valor do depósito devidamente liberado. Como não houveram mais depósitos, os carregamentos foram suspensos. Assim sendo, somente este deve ser o valor da base de cálculo para apuração do ICMS, caso seja devido o imposto nesta operação.

Transcreveu o artigo 343, inciso IX, do RICMS/97, para arguir que o imposto somente passa a ser devido quando ocorrer uma das hipóteses no referido dispositivo regulamentar. acima elencadas. Aduz que, mesmo a parte do contrato que se concretizou, o autuado não deve ser confundido como agente passivo do imposto, pois o fato gerador ainda não aconteceu. Ressalta que é necessário que o fisco busque provas do destino desta mercadoria na empresa adquirente que também está sob ação fiscal, pois foi esta que deu origem a presente Autuação, e, em caso de se ter prova cabal do destino da mercadoria e a base de cálculo do imposto estiver caracterizada, exigir o pagamento do imposto de quem estiver na figura de agente passivo. Sustenta que exigir o imposto na comercialização da soja do produtor rural deste Estado quando realiza operação com empresa estabelecida também no Estado através de Auto de Infração, vai ensejar a cobrança em duplicidade sobre a mesma mercadoria, pois não é dado o direito do crédito nas operações tributadas posteriores.

Registra que o presente Auto de Infração está fundamentado em minutas de contratos apreendidos na empresa adquirente da mercadoria (soja); estas minutas não podem ser consideradas como prova do ilícito fiscal apontado, uma vez que, estão desprovidas da bilateralidade, ou seja, do consentimento de uma das partes. Ressalta ainda, que o autuante não compareceu nas dependências do autuado para se certificar dos ilícitos elencados. Frisa que cabe à fiscalização detectar e provar, por meios e elementos precisos, a efetiva ocorrência do ilícito fiscal, não sendo seus indícios (minutas de contratos sem o consentimento de uma das partes) capazes de ensejar a pretendida exigência tributária, sob pena de nulidade, pois em conformidade com o Art. 142 do CTN, as provas devem estar amparadas em materialidade veemente, capaz de demonstrar com segurança a ilicitude tributária.

Esclarece que a Agrovitta Agroindustrial Ltda. é uma empresa que se dedica a criação de gado de corte e como atividades secundárias, o cultivo de milho, algodão, soja, feijão, frutas de lavoura permanente e produção de sementes certificadas; são estas as atividades informadas em seu cadastro de inscrição estadual no ICMS/BA. Não há informações se a empresa nos exercícios de 2010 e 2011 possuía ou não regime de diferimento.

Comenta que o regime tributário por diferimento diz respeito às situações em que, segundo a Lei, a responsabilidade pelo pagamento do imposto incidente sobre determinada operação ou prestação efetuada no presente é transferida para o adquirente ou destinatário da mercadoria ou de bem, ou ao usuário de serviço, na condição de sujeito passivo por substituição vinculado a etapa posterior, ficando adiados o lançamento e o pagamento do tributo para o momento em que vier a ocorrer determinada operação, prestação ou evento expressamente previsto pela legislação.

No caso, diz que nenhum prejuízo foi produzido ao Estado, pois quando a soja não é tributada em sua primeira operação, será tributado em operação posterior sem crédito tributário em operações anteriores, incluindo-se inclusive na base de cálculo, seus valores agregados; e quando

tributado na primeira operação, gerará crédito tributário de igual valor para as operações posteriores.

Conclui que:

- *No procedimento de fiscalização, o Fisco não procurou detectar nem provar, por meios e elementos precisos, a efetiva ocorrência do ilícito fiscal, atendo-se simplesmente na lavratura do Auto de Infração, lastreado em minutas de contrato de compra do soja, os quais estão desprovidos dos Requisitos de Validade Contratual. A bilateralidade não está demonstrada nas minutas apresentadas pelo Auditor como prova do ilícito fiscal, uma vez que, as mesmas não estão assinadas pelo Autuado, faltando-lhes então, o consentimento de uma das partes, o que os descaracteriza.*
- *Não consta dos Autos a solicitação de esclarecimentos ao contribuinte para esclarecer fatos, e ou, apresentar documentos.*
- *Fisco não realizou nenhuma diligência para apurar o ilícito fiscal, ficando desta forma, desnaturado o seu lançamento, pois está alicerçado em indício de ilícito fiscal;*
- *Na parte da minuta do contrato em que a mercadoria circulou e houve o pagamento da mesma pelo adquirente, este fato não trouxe prejuízo ao Estado, pois o imposto necessariamente foi ou será recolhido em operação posterior.*

Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls.29 a 35, o autuante rebateu as razões defensivas argumentando que:

- a) O enquadramento legal no auto de infração está correto, não entendendo o porque da citação do artigo 209, II, do Decreto nº 6.284/97.
- b) Os contratos não podem ser desconsiderados porque evidenciam a relação comercial entre o autuado e a Agrovita, inclusive que na folha 22 o autuado confessa e reconhece a relação contratual no Contrato nº 611/2010.
- c) O autuado se confunde com a norma referente ao diferimento, achando que só porque o produto está enquadrado no regime de diferimento toda a responsabilidade pelo pagamento do ICMS é do comprador, Entende o autuante que não pode ser aplicado o regime de diferimento em virtude de, uma condição para operar neste regime depende de habilitação prévia na repartição fiscal.
- d) Quanto a alegação de que não compareceu ao estabelecimento, o autuante informa que além dos contratos de compra e venda e comprovante de pagamento já anexados aos autos, fls.07 a 15, nesta oportunidade está também anexando diversas Cartas de Frete da Agrovita, referente à retirada da mercadoria na fazenda, fls.36 a 128.
- e) Não é devida a alegação de que a soja se destinava para alimentação de animais.
- f) Sujeito passivo é aquele que está obrigado ao recolhimento do ICMS – contribuinte definido no artigo 5º da Lei nº 7.014/96.
- g) Os documentos acostados e os que ora são anexados ao PAF (Ordem de Carregamento e Adiantamento de Frete), fls.48 a 90, comprovam a realização de venda sem emissão de nota fiscal e sem pagamento do ICMS.
- h) Foi concedido o crédito de 12%, conforme consta na folha 01 do item Descrição dos Fatos, amparado pelo artigo 93, inciso XI do RICMS/97.
- i) Não cabe atendimento ao pedido do autuado de procedência parcial do auto de infração no valor de R\$400.000,00, pois a quantidade de soja constante nos contratos é compatível com a quantidade existente nos documentos de fls.48 a 90, conforme demonstrativo à fl.91.

Conclui mantendo na integralidade seu procedimento fiscal.

O processo foi submetido a pauta suplementar do dia 29/07/2016, visando a realização de diligência, sendo decidido pela sua desnecessidade, uma vez que os autos contém todos os elementos para a decisão sobre a lide.

VOTO

Inicialmente, saliento que o processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais, estando determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, que se encontram fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam a autuação. Ademais, o Auto de Infração segue estritamente as determinações previstas nos dispositivos constantes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, não ensejando em qualquer violação que regem o processo administrativo fiscal.

O presente auto de infração se baseia em Contratos de Compra e documentos de transferência eletrônica de valores, apreendidos na empresa Agrovita Agroindustrial Ltda., em decorrência de ordem judicial, na Operação Grãos do Oeste realizada pela Força Tarefa: INFIP – Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa; DECECAP – Delegacia de Crimes Econômicos e contra a Administração Pública e Ministério Público Estadual.

Da análise do processo, constato que o auto de infração se fundamenta nos seguintes documentos apreendidos por ordem judicial: Contrato de Compra nº 752/2011 no valor de R\$64.500,00, fl.07; 648/2010 no valor de R\$235.000,00, fl.08; 648/2010 no valor de R\$329.000,00, fl.09; 619/2010 no valor de R\$470.000,00, fl.10; 611/2010 no valor de R\$448.000,00, fl.11; e-mail em nome de André Fernando Smanioto confirmando fechamento de venda, fl.12; transferência bancária remetida pela Agrovita no valor de R\$100.000,00, fl.13; transferência bancária remetida pela Agrovita no valor de R\$300.000,00, fl.14; e Contrato nº 571/2010 no valor de R\$80.000,00, fl.15.

Além disso, foram acostados na informação fiscal, documentos denominados “Saldo de Frete” nº 2762, 2372, 2373, 2375, 2405, 2886, 2857, 2878, 2856, 2858, 2888, 2777, 2779, 2778, 2780, 2758, 2764, 2766, 2763, 2757, 2767, 2759, fls. 36 a 58; e Adiantamento de Frete nº 2757/9, 2762/4, 2766/7, 2772/3, 2775/2780, 2810/12, 2814, 2833, 4185, 2814, 2833, 2854/5, 2881/2, 2885/7, 3932, 2856/8, 2863/4, 2872/3, 2878/80, 3933, fls.59 a 122 e 127; e Ordem de Carregamento nº 3933, 4228 e 4227, fls. 123 a 126.

Não obstante os documentos acima citados terem sido obtidas no processo decorrente de ordem judicial dentro da operação intitulada “Grãos do Oeste”, organizada pela INFIP, DECECAP e Ministério Público Estadual, fato não negado pelo autuado, entendo que não restou caracterizada a infração, sendo indevida parte da exigência fiscal, pois os vários contratos de compra e venda de soja em grãos, documentos de transferências bancárias, ordens de carregamento, inclusive formulários de adiantamento de frete, por si só, não comprovam a efetiva realização de operação comercial entre a Agrovita e o autuado. Ou seja, os documentos acostados aos autos não se revestem de legitimidade, na medida em que, como dito acima, apesar apreendidos em decorrência de ordem judicial, não comprovam a efetiva circulação das mercadorias.

“Contrato de compra e venda mercantil é aquele em que um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro (CC, art. 481). O contrato será empresarial quando as partes forem empresárias ou sociedades empresárias.” Não basta somente preencher a estes requisitos: é necessário que tenha havido a entrega da mercadoria.

Os contratos constantes nos autos só estão assinados por uma das partes. Poderia serem admitidos como imprestáveis para documentar a operação de venda entre o autuado e a Agrovita. Contudo, no caso do Contrato nº 823/2011, tendo em vista que o próprio autuado concordou com a exigência fiscal e em virtude de constar nos autos comprovantes de pagamento através de

transferência bancária no valor de R\$400.000,00, correspondente a duas transferências bancárias que serviram de pagamento de parte dos contratos de compra e venda, entendendo que restou evidenciada a realização e concretização da operação comercial da mercadoria objeto da lide em relação ao referido contrato.

Ressalto, ainda, o sujeito passivo ao reconhecer parte do débito, demonstrou ser sujeito passivo nas remessas de soja em grãos, razão porque, entendendo que estas operações não estão alcançadas pelo regime de substituição tributária por diferimento, conforme alegado, pois de acordo com o artigo 344, do RICMS/97, para que tal operação pudesse ocorrer com diferimento do pagamento do imposto, seria necessário que fosse emitida a correspondente nota fiscal e o destinatário tivesse obtido a habilitação concedida pela Secretaria da Fazenda para operar neste regime, o que não é o caso dos autos. Correta então a exigência fiscal.

Assim, afasto toda a argumentação do autuado de nulidade do auto de infração, já que os elementos trazidos aos autos provam, em parte, a materialmente a ocorrência de operação sem emissão de documento fiscal e no mérito mantenho parcialmente a autuação.

Sendo assim, o débito sobre o valor de R\$400.000,00, calculado à alíquota de 17%, com a concessão do crédito fiscal de 12%, é de R\$59.840,00, com data de ocorrência 31/12/2010, conforme art. 93, inciso XI, c/c Anexo 98, do RICMS/97.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$59.840,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206920.1202/13-0**, lavrado contra **ANILDO KUREK**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$59.840,00**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “h”, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº **13.537/11**, com efeitos a partir de **20/12/11**.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR.