

A. I. Nº - 206920.1204/14-0
AUTUADO - MARILDO JOÃO MINGORI
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO MACHADO BRANDÃO
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 01/11/2016

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0214-03/16

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO REALIZADA SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL OU ACOMPANHADA DE DOCUMENTO NÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. NULIDADE. Documentos de prova da acusação acostados não caracterizam a infração. Auto de Infração NULO por falta de prova material da acusação fiscal. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto lavrado em 29/04/2014 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$90.433,20 bem como aplicação de multa no percentual de 100%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 1- 02.01.23- Operação realizada sem a emissão de documento fiscal ou com a emissão de outro documento não fiscal (pedido, comanda, orçamento e similares) com denominação, apresentação ou qualquer grau de semelhança ao documento fiscal - que com este possa confundir-se e substituí-lo - em flagrante desrespeito às disposições da Legislação Tributária.

O autuado ingressa com defesa, através de advogado legalmente habilitado, fls. 19 a 30, e após transcrever o teor da infração, destaca desconhecer a operação sem emissão da nota fiscal que lhe é imputada, ignorando por completo as razões que fundamentam a autuação.

Argumenta que após análise dos autos observa que foi colacionado suposto contrato de compra e venda de 15.000 sacas de soja no valor de R\$40,30 cada, firmado entre ele, na qualidade de vendedor, e Agrovitta Agroindustrial LTDA, na qualidade de compradora, sem qualquer assinatura do autuado, bem como supostos comprovantes de embarque de mercadorias, sem qualquer assinatura, e não havendo qualquer conexão do autuado como remetente.

Entende ser nula a infração por não haver nos autos elementos suficientes para se determinar a infração nos termos do art. 18, inciso IV, alínea “b” do RPAF, pois os elementos trazidos nos autos não provam materialmente a ocorrência da suposta operação sem emissão de documento fiscal.

Argui ainda em preliminar, que o imposto sobre a venda de soja em grão não seria devido ao autuado, na qualidade de produtor rural, e sim ao destinatário na qualidade de criador de bovinos.

Esclarece que da análise da consulta formulada do Resumo Cadastral – DIE da empresa Agrovitta Agroindustrial LTDA, percebe-se que o destinatário da suposta operação é contribuinte localizado no Estado da Bahia e dedica sua atividade principal a criação de bovino para corte. Dessa forma, diz ser evidente que sobre a operação imputada ocorreria o deferimento do lançamento do ICMS para o momento da saída dos animais, nos termos do art. 343, IX, alínea “d” RICMS, devendo, assim, ser julgada nula a infração por ilegitimidade passiva nos termos do art. 18, inciso IV, alínea “b” do RPAF.

No mérito diz padecer motivo para proceder a exigência em comento, haja vista que não houve qualquer operação sem emissão de documento fiscal.

Requer a anulação da ação fiscal, ou, se assim não for entendido, pede a sua improcedência, pelos motivos que diz passar a expor.

Reitera o pedido de nulidade do lançamento, por não haver prova de sua materialidade pois não

foram colacionados aos autos elementos suficientes para provar a infração. Elabora demonstrativo indicando os eventuais elementos necessários para comprovar a Infração e não apresentados pelo autuante e os documentos presentes dos autos.

Após, lista os elementos trazidos aos autos que, no seu entendimento, não possuem qualquer valor probante, pelos seguintes motivos: o contrato de compra e venda não está assinado pelo autuado; não há nos supostos comprovantes de embarque das mercadorias conexão do autuado como remetente e a sua assinatura.

Prossegue fazendo as seguintes indagações:

- a) Como provar que o atuado é o fornecedor da suposta operação sem emissão de documento fiscal se no contrato de compra e venda não há assinatura do mesmo?
- b) Como provar a ocorrência operação sem emissão do documento fiscal se os supostos comprovantes de embarque não constam o contribuinte autuado como remetente e a referida empresa como destinatário?

A defesa cita diversas orientações doutrinárias para reforçar a sua afirmativa de que é nulo o Auto de Infração baseado em presunção fiscal sem a devida fundamentação, ferindo o princípio do Ato regrado ou Vinculado à Lei (CTN, art. 97, I e II, 114, 116, I, 141, 142, 144; CF/88, arts. 5º II; 37 “caput”, 150, I).

Enfatiza que a imputação é desprovida de elementos comprobatórios, como exige o RPAF, Dec. N° 7.629/99, em seus artigos 2º, caput, 39, inciso III e IV, alínea “b” e 41, inciso II, que transcreve. Cita entendimentos do professor Paulo de Barros Carvalho, e posicionamento da Professora Suzy Gomes Hoffmann.

Assim, continua, o lançamento deve ser anulado, por aplicação do artigo 18, inciso IV, alínea “b” do RPAF-BA, já que evidenciada a expressa ilegitimidade do Autuado/Recorrente, uma vez que a obrigação de recolhimento do ICMS não lhe é atribuída, mas sim a destinatária da mercadoria, qual seja, Agrovitta Agroindustrial Ltda, nos termos do art. 353, do RICMS/1997. Transcreve Ementa do Acórdão nº 0269-04/12, que no seu entender compartilha com a sua tese.

Fala sobre a ausência de motivo para a lavratura do Auto de Infração, pois baseado em exigências inconsistentes, conforme ensinamentos dos mestres Celso Antônio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles.

Aduz que a validade e eficácia do ato administrativo estão condicionados a sua prática em motivos reais, idôneos e existentes, carecendo de motivos que sustentassem a autuação visto que não ocorreu a operação sem emissão de documento fiscal imputada. Transcreve Ementa da 2ª JJF sobre o entendimento externado.

Concluiu não ter havido motivo para a exigência da infração, pelo menos nos valores que ora se contesta.

Por fim, solicita que as intimações necessárias ao autuado sejam dirigidas à sua advogada, no endereço que indicou à fl.30.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 41 a 46, após fazer um resumo das argumentações da autuada apresenta as suas contra-razões, nos seguintes termos:

No que diz respeito ao alegado desconhecimento da operação e que os contratos não estão assinados e os comprovantes de embarque não possuem relação do autuado com o remetente, não sendo documento hábil a comprovar qualquer tipo de relação jurídica entre as partes e, muito menos, que houve de fato circulação de mercadoria, esclarece que os mencionados documentos, Contrato de Compra e Embarque de Clientes, foram encontrados na sede da Agrovitta Agroindustrial Ltda., na busca e apreensão, em uma pasta suspensa com o nome Marildo João Mingori. Entende que o contrato não pode ser desconsiderado, pois é uma evidência, junto com o documento de Embarque de Cliente, da relação comercial entre o autuado e a Agrovitta. Portanto, o contrato confirma a relação comercial entre o autuado e a Agrovitta, e confirma a ocorrência do

fato gerador do ICMS, negado pelo autuado. Afirma ser inequívoco que o autuado vendeu e entregou a soja "sem nota fiscal" e sem o pagamento do ICMS devido.

Quanto a argumentação de que o imposto sobre a venda de soja em grão não seria devido por ele e sim ao destinatário na qualidade de criador de bovinos diz que a consulta do resumo cadastral, folha 33 deste PAF, a que o autuado se refere, nada prova, pois no rodapé do documento tem uma nota "advertindo" que os dados são baseados em informações fornecidas pelo contribuinte e estão sujeitas a posterior confirmação pelo Fisco.

Afirma que o autuado não tomou as precauções necessárias para efetuar a transação, pois confiou em informações que não espelhavam a realidade, fornecidas pela Agrovita, mesmo com a Nota de Rodapé no resumo cadastral da Secretaria da Fazenda advertindo que aqueles dados estavam sujeitos a confirmação.

No que diz respeito a alegação que a soja se destinava à alimentação de bovinos não procede porque a soja "in natura" é tóxica, é imprópria para alimentação humana e animais ruminantes, para ser consumida, precisa passar por um processo de industrialização a fim de neutralizar uma substância tóxica chamada uréase, portanto a soja produzida no estado da Bahia tem os seguintes destinos: para indústria esmagadora que produz farelo e óleo de soja, exportação, granja avícola, ou venda para contribuintes de outras unidades da federação, jamais pode ser destinada para alimentação de bovinos como alega o autuado na sua defesa. Portanto, confirma o que já foi dito anteriormente que de forma intencional ou não, direta ou indiretamente o autuado colaborou com o não pagamento do ICMS devido.

Quanto a solicitação de nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade passiva e que a cobrança do imposto deve ser imputada ao adquirente, por força da regra do diferimento, esclarece que o sujeito passivo, aquele que está obrigado ao recolhimento do ICMS "Contribuinte", é definido no artigo 5º da Lei do ICMS nº 7.014 de 04 de dezembro de 1996 e não por contrato de compra e venda. Diz que no artigo 4º do mesmo dispositivo legal está definido que o fato gerador do ICMS ocorre no momento da saída de mercadoria, portanto, conclui que o autuado é o sujeito passivo, é o contribuinte, é quem está obrigado a fazer o lançamento e recolhimento do ICMS, pois ocorreu o fato gerador quando o mesmo vendeu a soja, da sua produção, para a Agrovita Agroindustrial Ltda. Enfatiza que o fato gerador foi materializado, foi concretizado e a obrigação de lançar e recolher o ICMS devido também.

Acrescenta que o artigo 343 do RICMS, decreto nº 6.284 de 14 de março de 1997 vigente na época, não deixa dúvidas que a soja em grãos é tributada pelo ICMS e está enquadrada no regime de diferimento conforme trecho que transcreve.

Conclui que o autuado recebeu o pagamento e vendeu sem documentação fiscal para a Agrovitta a soja em grãos, produzida na sua propriedade rural denominada Fazenda Bela Vista, um produto tributado enquadrado no regime de diferimento e quando da sua comercialização deverá obedecer a toda uma norma como: a responsabilidade pelo lançamento do ICMS, art. 347; O momento do pagamento do ICMS quando não pode ser aplicado o diferimento, art. 348. Explica que a condição para operar no regime de diferimento, depende de habilitação prévia na repartição fiscal do domicílio tributário, conforme disposto no art. 344 do RICMS. Transcreve os dispositivos citados, todos do RAICMS.

Prossegue informando que foi concedido ao autuado o crédito de 12% conforme consta na folha 01 no item Descrição dos Fatos, amparado pelo RICMS, no artigo 93, que também transcreve.

Ressalta que operação com mercadorias realizada com documentação fiscal inidônea ou sem emissão da nota fiscal não faz jus a qualquer tipo de benefício devido à impossibilidade de se afirmar, sem medo de errar, qual o seu efetivo destino, lesando a Fazenda do Estado da Bahia e toda a sociedade.

Finaliza esclarecendo que a documentação que materializou o respectivo PAF foi obtida mediante operação de busca e apreensão realizada pela DECECAP, INFIP e Ministério Público, sem a qual,

tal operação de venda, jamais seria do conhecimento desta Secretaria da Fazenda.

Pede o Autuante pela procedência total do Auto de Infração.

VOTO

O lançamento em discussão acusa o contribuinte de ter realizado operação sem emissão de documento fiscal, ou com emissão de outro documento não fiscal, *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.* As operações de vendas foram realizadas no exercício de 2009, referentes a 15.000 sacos de soja a R\$604.765,00, gerando o ICMS (17%) no valor de R\$102.765,00 e direito a crédito de R\$12.331,80, resultando no ICMS devido de R\$90,433,20.

O contribuinte suscitou a nulidade da infração, alegando não haver nos autos elementos suficientes para se determinar a infração, já que os elementos trazidos aos autos não comprovam materialmente a suposta ocorrência das operações sem emissão de documentação fiscal. A defesa chama a atenção para o fato de que o suposto contrato de compra e venda de 15.000 sacas de soja ao valor de R\$40,30, firmado entre ele, na qualidade de vendedor, e a Agrovitta Industrial Ltda., na qualidade de compradora, não foi por ele assinado, assim como os supostos comprovantes de embarque, por não haver qualquer conexão com a sua pessoa.

Da análise dos documentos que instruem a ação fiscal, constato que foi anexado o Contrato de Compra e Venda nº 431 /2009, emitido em 21/09/2009, no valor total de R\$604.500,00, tendo como vendedor o autuado e comprador a Agrovitta Agroindustrial Ltda., IE n.º 067.420.127, CNPJ/MF n.º 07.654.032/00001-50. A forma de pagamento prevista para a operacionalização seria através de depósito bancário a ser efetuado junto a conta indicada no referido documento. Também foram anexados quatro documentos emitidos em 20/10/2009, denominados "EMBARQUE-CLIENTE".

Concordo com a afirmativa da defesa de que os referidos documentos não comprovam a acusação fiscal perpetrada, pois além do Contrato de Compra e Venda não estar assinado pelo autuado, não foram anexados comprovantes de depósitos bancários feitos pelo destinatário, no caso a Agrovitta Agropecuária Ltda., em favor do remetente (autuado), no período da realização do negócio. Não obstante esta falha, o próprio contrato, se for considerado válido, prevê a modalidade de frete FOB, portanto, por conta do comprador. Neste caso, existe incerteza quanto à responsabilidade pelo recolhimento do tributo.

Quanto aos supostos comprovantes de embarques denominados "EMBARQUES-CLIENTE", entendo que não comprovam a efetiva realização do negócio, pois se tratam de documentos emitidos pela Grão de Ouro, destinados a Marcos Veloso, pessoas estranhas ao PAFs, nos valores de R\$27.090,00; R\$27.328,00, R\$26.082,00, R\$26.040,00, respectivamente, totalizando R\$106.540,00, valor inferior ao informado no Contrato de Compra, no montante de R\$604.500,00, que serviu de Base de Calculo para a apuração do imposto exigido no presente lançamento.

Além do que foi acima relatado observo que em relação à Base de Cálculo do imposto, consta no Auto de Infração, no campo “descrição dos fatos”, que foi apurado um valor de R\$604.765,00 e concedido um crédito de R\$12.331,80, sem demonstração da origem deste valor. Tal fato implica em incerteza no valor exigido, sendo esta mais uma motivação de nulidade da infração.

Ainda observo que o Auto de Infração não se encontra assinado pelo autuante. Este Colegiado poderia encaminhar o PAF em diligência objetivando sanar a irregularidade, reabrindo o prazo de defesa. Porém, esta providência não supriria as falhas anteriormente apontadas, pois os documentos anexados como prova da comprovação do ilícito, de fato não refletem operação de circulação de mercadoria. Posto que, no meu entendimento, os documentos acostados, no máximo, servem apenas de provas indiciárias.

Em face das irregularidades apontadas considero que a infração em questão não restou devidamente comprovada e portanto, considero nula a presente acusação fiscal, com base na alínea “a” do inciso IV do Art. 18 do RPAF/BA.

Pelo exposto voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206920.1204/14-0**, lavrado contra **MARILDO JOÃO MINGORI**.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA- PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR