

PROCESSO - A. I. N° 206905.0010/15-6
RECORRENTE - PAULO EDGAR CLOSS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6^a JJF n° 0014-06/23-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFRAZ BARREIRAS

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0295-12/24-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS REALIZADAS SEM A EMISSÃO DOS DOCUMENTOS EXIGIDOS NA LEGISLAÇÃO. Nos autos do Mandado de Segurança impetrado pelo contribuinte, foi reconhecida a nulidade da notificação do lançamento, que foi refeita, por determinação judicial, em agosto de 2020. Segundo a Súmula nº 12 do CONSEF-BA, *“para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração”*. Como os fatos em questão ocorreram nos anos de 2010 e 2011, restou configurada a decadência do direito do Fisco de constituir o crédito tributário, objeto da presente autuação. Reconhecida de ofício a decadência. Modificada, de ofício, a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela Autuado em razão do Acórdão 6^a JJF N° 0014-06/23-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/02/2015, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 230.024,96, acrescido de multa de 100%, sob a acusação de realização de operação *“sem 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 ou substituí-lo”*, em desrespeito à legislação vigente (09/2010, 03 e 05/2011).

Segundo os Autuantes, o sujeito passivo efetuou vendas tributáveis sem documentos fiscais, conforme documentação apreendida em razão de ordem judicial (contratos de compra e venda e comprovantes de pagamento), na operação denominada Grãos do Oeste, realizada pela INFIP (Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa) e DECECAP (Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública), em conjunto com o Ministério Público Estadual.

A 6^a Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 30/01/2023 (fls. 105 a 108) e decidiu, por unanimidade, pela Procedência do Auto de Infração, amparada na seguinte fundamentação:

“Destituídos de amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento de auditoria, pois o autuante expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu a irregularidade, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º; RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

Os comprovantes da contratação com a Agrovitta Agroindustrial Ltda. foram juntados às fls. 05 a 09 e de pelo menos um pagamento, no montante de R\$ 23.653,33, à fl. 10.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Todos os elementos necessários para julgar estão contidos nos autos. Decido que não é o caso de realização de diligência, com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

No mérito, trata-se de Auto de Infração lavrado para formalizar a constituição de crédito tributário sob a acusação de realização de operações tributáveis desacompanhadas de documentos fiscais ou com emissão de documentos não fiscais (pedidos, comandas, orçamentos e similares), denominados ou apresentados com grau de semelhança, ou que com aqueles se possam confundir, em desrespeito à legislação vigente.

Restou comprovado que o sujeito passivo efetuou vendas tributáveis sem documentos fiscais, conforme documentação apreendida em razão de ordem judicial (contratos de compra e venda e comprovante de pagamento), na operação denominada Grãos do Oeste, realizada pela INFIP (Inspeção Fazendária de Investigação e Pesquisa) e DECECAP (Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública), em conjunto com o Ministério Público Estadual.

Com efeito, a soja em grãos está submetida ao regime da substituição tributária por diferimento, consoante o art. 343, IX do RICMS/97:

“Art. 343. É diferido o lançamento do ICMS incidente:

(...)

IX - nas sucessivas saídas de soja em grãos, dentro do Estado, para o momento em que ocorrer a saída:

a) da mercadoria para outra unidade da Federação;

b) da mercadoria para o exterior; ou

c) dos produtos resultantes de sua industrialização;

d) dos animais, ou da ração preparada com o produto, ressalvada a hipótese de tais saídas se acharem beneficiadas por outra hipótese de diferimento, nos termos deste artigo (art. 347, § 3º, IV; art. 348, § 3º, III);

(...).

Entretanto, por segurança jurídica, para que se saiba o regime de tributação aplicável, a origem e o destino das mercadorias, até mesmo para que se constate a eventual existência de bis in idem, é preciso que as correspondentes operações sejam efetuadas com documentos fiscais, sem os quais há que se exigir o tributo no momento das ocorrências dos fatos, como se fez no presente lançamento de ofício.

Veja-se, a esse respeito, o que estatuem os arts. 201, I; 307, I, “a” e 348 do RICMS/97:

“Art. 201. Os documentos fiscais especificados no art. 192 serão emitidos pelos contribuintes do ICMS (Conv. SINIEF, de 15/12/70, Conv. SINIEF 06/89 e Ajustes SINIEF 01/85, 01/86 e 01/89):

*I - sempre que realizarem operações ou prestações de serviços sujeitas à legislação do ICMS;
(...).*

“Art. 307. A nota fiscal avulsa será emitida nos seguintes momentos:

I - para documentar a circulação de mercadorias ou bens:

*a) nas saídas de mercadorias ou bens efetuadas por produtores rurais ou extratores não equiparados a comerciantes ou a industriais ou por outros contribuintes, quando não possuírem Nota Fiscal própria, inclusive nas entradas de mercadorias ou bens procedentes do exterior;
(...).*

“Art. 348. O contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer qualquer das situações previstas no artigo anterior efetuará o recolhimento do imposto por ele lançado, inclusive o correspondente às operações anteriores, na condição de responsável por substituição.

§ 1º O ICMS será pago:

I - no momento da saída das mercadorias enquadradas no regime de diferimento, ainda que beneficiadas, nas situações em que não for possível a adoção do diferimento, observado o seguinte:

*a) o documento fiscal será emitido com destaque do imposto, devendo a ele ser anexado, para acobertar o transporte das mercadorias, o correspondente documento de arrecadação;
(...).*

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 118 a 130, mediante o qual aduz as razões a seguir expostas.

Preliminarmente, alega o Recorrente que a autuação seria nula pelo fato de, por se tratar de produtor rural, não ser obrigado a emitir o documento fiscal ou realizar o recolhimento do imposto, na medida em que o ICMS incidente sobre a venda de soja em grãos é de responsabilidade do destinatário, AGROVITTA AGROINDUSTRIAL LTDA., na qualidade de produtor de ração animal, empresa que, inclusive, possui cadastro na SEFAZ para operar no regime de diferimento. Sustenta que, sobre a operação imputada, o ICMS deve ser diferido para o momento da saída da ração para animais, nos termos do art. 343, inciso IX, alínea “d” do RICMS, devendo o Auto de Infração ser julgado nulo por ilegitimidade passiva nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “b” do RPAF.

Destaca o Recorrente que foi lavrado o Auto de Infração nº 278905.0901/12-2 em face da empresa AGROVITTA AGROINDUSTRIAL LTDA., em que lhe foi imputada a falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento na condição de responsável. Em virtude disso, defende que o Fisco Estadual, deixando de observar o quanto determinado pela legislação, promove dupla cobrança do ICMS, na medida em que efetua a cobrança do produtor rural, bem como do destinatário da soja na condição de produtor de ração animal.

No que diz respeito ao mérito, alega o Recorrente que a exigência é baseada nos contratos de compra e venda de soja, acostados aos autos às fls. 5 a 9, mas que as vendas neles retratadas não se concretizaram em razão da ausência do pagamento por parte do comprador das mercadorias, que somente efetuou o adimplemento da quantia de R\$ 23.653,33 em 17 de setembro de 2010. Argumenta, desse modo, que, no ano de 2010, o fornecimento de soja à empresa AGROVITTA AGROINDUSTRIAL LTDA. não foi realizado na forma apontada pelos Autuantes e, no ano de 2011, não houve qualquer fornecimento de soja para a referida empresa. Ressalta que o fundamento da 6ª JJF, esposado na decisão recorrida, contraria o entendimento do CONSEF (Acórdão CJF nº 0174-12/20-VD) e que o Auto de Infração é desprovido de motivação, elemento essencial do lançamento, razão pela qual não poderia subsistir, tendo em vista o posicionamento doutrinário sobre o assunto citado no recurso.

O Recorrente conclui o recurso pleiteando o seu provimento para que seja julgada nula a autuação por ilegitimidade passiva e, subsidiariamente, para que seja reduzida a exigência fiscal, passando a recair exclusivamente sobre a parte em relação a qual houve a comprovação do pagamento por parte do comprador/destinatário.

Em tempo, é importante destacar que o presente Auto de Infração foi lavrado em 25/02/2015 e, tendo em vista a frustração da cientificação do Recorrente pela via postal, com a justificativa de que a correspondência estaria mal endereçada (fl. 18), ele foi intimado por edital (DOE de 12 de maio de 2015), à fl. 20. Em face dessa intimação o contribuinte não apresentou qualquer defesa, razão pela qual foi decretada a sua revelia e os autos foram encaminhados à inscrição em dívida ativa.

Por entender pela irregularidade da intimação por edital, o contribuinte impetrou o Mandado de Segurança nº 8000312-26.2018.8.05.0022, nos autos do qual o Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública de Barreiras, ao apreciar os Embargos de Declaração opostos pelo contribuinte, entendeu pela nulidade da intimação por edital por cerceamento do direito de defesa, determinando a reabertura do prazo para impugnação administrativa e, consequentemente, anulando todos os atos posteriores praticados (fls 87 a 90). Ao realizar consulta pública no site do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, é possível verificar que, em 20/04/2020, foi certificado o transcurso *in albis* do prazo para a apresentação de recurso pelas partes. Em atendimento ao quanto determinado pela decisão, o contribuinte foi, em agosto de 2020, através de seu advogado, cientificado do Auto de Infração, sendo-lhe oportunizado o oferecimento de defesa ou o pagamento do débito com redução de multa se cabível (fl. 52).

Registrada a presença do advogado Dr. Victor José Santos Cirino e o Sr. Paulo Edgar Closs na sessão de videoconferência, que na oportunidade exerceu o seu direito regimental de fala.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto com amparo no art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF-BA/99, em face do Acórdão de nº 0014-06/23-VD, proferido pela 6ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração em exame.

Preliminarmente, defende o Autuado, ora Recorrente, com fulcro no artigo 18, IV, alíneas “a” e “b” do RPAF-BA/99, a nulidade do Auto de Infração pelo fato de ser parte ilegítima para figurar como sujeito passivo, na medida em que, por se tratar de produtor rural, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS em relação à operação de fornecimento de soja em grãos é da adquirente, na qualidade de produtora de ração animal, em razão de se tratar de operação sujeita ao diferimento por força do quanto disposto nos artigos 229, I e 343, inciso IX, “d” do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos.

Ocorre que, nesse caso, para que se possa falar no diferimento do lançamento e do recolhimento do ICMS, é necessário que sejam obedecidas as exigências previstas nos artigos 343, 344 e seguintes do RICMS/97, requisitos que o Recorrente não demonstrou estarem preenchidos à época dos fatos. Entre as exigências previstas nesses dispositivos, se encontra a de que as operações sejam acobertadas por documentação fiscal regular, o que não se verifica no caso em exame, em que restou apurada a falta de emissão de documentos fiscais para acobertar as operações.

Ademais, descabe a alegação de que o crédito, constituído através do presente Auto de Infração, está sendo cobrado em duplidade, na medida em que o Recorrente não trouxe qualquer elemento de prova nesse sentido, deixando de apontar qualquer indício de que o Estado da Bahia teria promovido a sua cobrança também em face da AGROVITTA AGROINDUSTRIAL LTDA.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade por ilegitimidade passiva.

Apesar de o Recorrente não ter arguido a decadência do direito do Estado da Bahia de constituir o crédito tributário em comento, por se tratar de matéria de ordem pública, aprecio, prejudicialmente ao mérito, de ofício, a matéria.

O presente Auto de Infração foi lavrado em 25/02/2015 e, tendo em vista a frustração da cientificação do Recorrente pela via postal, com a justificativa de que a correspondência estaria mal endereçada (fl. 18), ele foi intimado por edital (DOE de 12 de maio de 2015), à fl. 20. Em face dessa intimação o contribuinte não apresentou qualquer defesa, razão pela qual foi decretada a sua revelia e os autos foram encaminhados à inscrição em dívida ativa.

Por entender pela irregularidade da intimação por edital, o contribuinte impetrou o Mandado de Segurança nº 8000312-26.2018.8.05.0022, nos autos do qual o Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública de Barreiras, ao apreciar os Embargos de Declaração opostos pelo contribuinte, entendeu pela nulidade da intimação por edital por cerceamento do direito de defesa, com amparo na seguinte fundamentação:

Por outro lado, no que confere ao prazo do edital de intimação em que o embargante sustenta ser de 60 (sessenta) dias, ao analisar o documento de ID nº 15961304, em sua fl. 19, observa-se que o referido edital data de 12 de maio de 2015. Nesse diapasão, é importante dar ênfase ao fato de que nessa data de publicação do edital o prazo vigente para apresentação de defesa do sujeito passivo tributário é de 60 (sessenta) dias, enquanto que o edital publicado destinou prazo de apenas 30 (trinta) dias para apresentação de defesa, assim, observe-se o disposto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – decreto nº 7.629/99, atualizado pelo decreto nº 15.807/14, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2015:

Art. 123 - É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação.

Outrossim, destaque-se posicionamento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia:

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. AUTO DE INFRAÇÃO. IMPUGNAÇÃO POR PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE DA INTIMAÇÃO DA

DECISÃO. RECONHECIMENTO DA NULIDADE DA INTIMAÇÃO POR EDITAL. REPETIÇÃO DO ATO INTIMATÓRIO. PRECEDENTES DO STJ. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (TJBA – APL: 05809696820168050001, Relator: Manuel Carneiro Bahia de Araujo, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 12/04/2019)

Desse modo, tendo em vista que esse regramento legal era o vigente à época da publicação do edital de intimação e é o que deve ser aplicado a presente ação, conheço dos presentes embargos com seu efeito infringente, para tornar o dispositivo da sentença questionada nos seguintes termos: CONCEDO A SEGURANÇA ao presente writ, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inciso I do CPC/15, para determinar a reabertura do prazo para impugnação administrativa no processo administrativo fiscal em questão nestes autos, em virtude do cerceamento de defesa ora verificado, anulando, por consequência, todos os atos posteriores a intimação.”

Nos autos do processo, o Ministério Público do Estado da Bahia, em seu parecer, reconhece a nulidade da intimação por edital, nos seguintes termos:

“Portanto, no caso dos autos, percebe-se que não houve a intimação regular do Impetrante, sendo evidente a irregularidade no processo administrativo, já que descumpriu o comando do art. 123 do Decreto Estadual n.º 7.629/99, violando os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, nos termos da Constituição Federal.

Com efeito, a nulidade deve declarada apenas a partir da ciência do auto de infração, de forma a preservar a integridade do crédito tributário. Por outro lado, é melhor que se reabra o prazo para impugnação até mesmo para evitar que futuramente venha a alegar nulidade em momentos mais sensíveis como, eventualmente, em sede de embargos à execução”.

Assim, de ofício, tendo em vista que a notificação por edital foi considerada nula, o que levou ao refazimento da cientificação do contribuinte a respeito ao Auto de Infração em 10 de agosto 2020 (fl. 52) e que, segundo a própria Súmula nº 12 do CONSEF-BA, “*para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração*”, como os fatos em questão ocorreram nos anos de 2010 e 2011, entendo pela decadência do direito do Fisco de constituir o crédito tributário, objeto da presente autuação.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado e entendo, de ofício, pela decadência do direito do Estado da Bahia de constituir o crédito em questão, consequentemente, pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 206905.0010/15-6, lavrado contra PAULO EDGAR CLOSS.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

CAMILA MAGNAVITA DA FONSECA CAMARGO – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS