

A. I. N° - 269130.0019/15-0  
AUTUADO - MAURILIO VOLPATO  
AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLO e MARCO ANTONIO MACHADO BRANDÃO  
ORIGEM - INFRAZ/BARREIRAS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 15.12.2016

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0233-04/16**

**EMENTA:** ICMS. OPERAÇÃO DE VENDA DE MERCADORIA SEM EMISSÃO DE NOTA FISCAL. Inexistem nos autos provas efetivas nos autos da realização do negócio. Autuação baseada apenas em Contrato de Compra apreendido que sequer tem a assinatura de um dos contratantes. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 30 de setembro de 2015 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$21.829,63, bem como multa no percentual de 100%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **02.01.23.** Operação realizada 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 e substituí-lo – em flagrante desrespeito às disposições da Legislação Tributária, no período de junho de 2010. Consta a seguinte descrição dos fatos informada pela autuante (literal): “Durante a operação Grãos do Oeste, em operação de busca e apreensão, resultante de ordem judicial, foi encontrado contrato de compra e venda em nome do autuado. (...) O contribuinte foi intimado para a apresentação das notas fiscais referentes à esta transações. Não o fez. Assim, considera-se que o contribuinte realizou operação de venda de mercadorias tributadas sem emissão de nota fiscal e sem o pagamento do correspondente ICMS devido. Observe-se que, pelo email recuperado pela INFIP, o senhor Maurilio Volpato orientou que o pagamento pela soja seja feito em duas parcelas, uma para Via Oeste Comércio e Transporte, no valor de R\$49.920,00 e a outra para Eraldo Marchetti, no valor de R\$96.000,00. Desta forma não há nenhum comprovante de transferência de fundos no nome do produtor, embora a transação tenha ocorrido. O Contrato de Compra 528/2010 refere-se a 273.600 kg de soja em grãos, a R\$32,00a saca de 60 Kg, perfazendo um total de R\$145.920,00. Assim, o contribuinte recebeu de Agrovitta R\$145.920,00. Para elaboração do demonstrativo de cálculo, tomou-se como base os valores da saca indicados no contrato (R\$32,00/saca). O ICMS (17%) relativo às essas operações tem um valor total de R\$24.806,40 e direito a um crédito de 12% do imposto calculado: R\$2.976,77 de modo que o ICMS a recolher é de R\$21.829,63”.

A empresa autuada, por meio de seu procurador apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 21 a 33, onde argui em sua defesa, que através de uma operação denominada “GRÃOS DO OESTE”, foram localizados na empresa AGROVITTA, cópia de um contrato de compra e venda entre o defendant e esta empresa, sem a sua assinatura, e um e-mail enviado por andre.smanioto@hotmail.com para a mesma, determinando depósito de valores em contas bancárias de pessoas que não tem relacionamento comercial e nem pessoal.

Observa que o Auto de Infração se encontra eivado de vício insanável o que obsta, portanto, a produção de quaisquer efeitos, vez ser o ordenamento jurídico pátrio claro no tocante a configuração de uma compra e venda, na forma do artigo 481 do Código Civil, cujo teor transcreve.

Indica que para configuração da compra e venda deve haver a vontade declarada dos contratantes, o que não ocorreu em nenhum momento houve a sua anuência ao alegado contrato de venda de soja que deu origem ao fato gerador sendo prova clara o contrato de compra e venda que não foi assinado, o endereço eletrônico utilizado jamais foi do reclamante, e os favorecidos pelos valores constantes do endereço eletrônico não tem relacionamento com o reclamante, ressaltando que embora conste no e-mail, valores a serem depositados inexistem provas dos depósitos, em nenhum momento foi autorizada tal negociação, sendo uma prática de algumas empresas mais astutas utilizarem nomes de fornecedores sem sua autorização para camuflar operações de compra e venda.

Assevera que inexistindo a compra e venda inexiste a base de cálculo utilizada, na forma da redação do artigo 142 do CTN, igualmente transrito, invocando, de igual modo, o artigo 116 do CTN que define que, salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existente os seus efeitos tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios e tratando-se da situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Fala que da análise dos fatos narrados no Auto de Infração, nem a situação de fato foi comprovada pelo Fisco, muito menos a situação de jurídica, vez que inexistem provas constituídas, conforme narrado anteriormente.

Passa a seguir, a discorrer acerca da igualdade constitucional que previsiona a plena defesa, faz ver que os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando nula a notificação, dado que a frágil prova apresentada não prova o seu envolvimento e se não consegue provar não poderia constar no polo passivo do lançamento, inexistente apreensão de mercadoria sem notas fiscais, muito menos emissão de notas fiscais sonegadas da receita estadual, faltando liquidez e certeza, trazendo decisão judicial que ampara seu pleito, bem como entendimento doutrinário.

Trata, em seguida, da presunção, em relação à qual, não só colaciona entendimento doutrinário, como de igual forma, posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), concluindo que o ônus de provar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária é naturalmente do Fisco, bem como sobre a validade dos atos administrativos, como têm feito diversos julgadores que tornam absoluta uma presunção que, por definição, é relativa.

Dessa forma, diz que caso o ato administrativo não seja devidamente fundamentado, o contribuinte não deve ser obrigado a produzir prova negativa, de impossível produção, sendo-lhe suficiente demonstrar que a ocorrência do fato gerador não restou comprovada pela Administração, não sendo justo fazer-lhe qualquer exigência em sentido contrário. Essa demonstração por parte do contribuinte é suficiente para demonstrar que o processo de constituição do crédito não foi regular, refutando a presunção de validade do lançamento tributário, como é o caso ora apresentado, reiterando a nulidade, invocando a Constituição Federal, bem como Lei 9.784/99 a qual estabelece que procedimento administrativo somente será válido, quando tendente a verificar a ocorrência do fato jurídico da obrigação, com manifestação expressa sobre o fato e a norma infringida, com sua respectiva capituloção das normas sancionadoras, o que implica dizer que o auto de infração nunca poderia atribuir uma imputação, abrindo mão do princípio da legalidade, da finalidade; da motivação; da razoabilidade; da proporcionalidade; da moralidade; da ampla defesa; do contraditório; da segurança jurídica; e, da eficiência.

Esclarece que o sujeito passivo descrito no auto de infração, se é que existe, deveria ser André Fernando Smanioto, conforme consta na correspondência eletrônica, entre o primeiro e a AGROVITTA, jamais o defendant, e sendo a infração ausência de emissão de documento fiscal em relação a mercadoria, em operação tributada, a autuante embasou a lavratura do auto de infração nos seguintes termos: “*O contribuinte foi intimado para a apresentação das notas fiscais referentes à essa transação. Não o fez.*”

Assegura ser impossível apresentar nota fiscal de uma operação que não fez parte, chegando a alegar até abuso do poder da autoridade, alegando a não apresentação da nota fiscal, faz prova de uma operação que nunca existiu, e nem mesmo o fisco produziu qualquer prova contra o autuado.

Fala acerca do conceito de contribuinte, e o fato da atuação danosa ao se exigir tributo que não preenche os requisitos necessários para a ocorrência do fato gerador e nesse sentido, que a forma como se deu a exigência apurada por meio do Auto de Infração não deve proceder, tendo em vista a não ocorrência do fato gerador, não havendo obrigação tributária que respalde a exigência indevida, o que acarretaria a improcedência do lançamento.

Informação fiscal constante às fls. 45 a 47 argumenta que o Auto de Infração foi lavrado em decorrência da operação Grãos do Oeste, cujo Boletim de Inteligência Fiscal n.º 0600/201211 consta no processo SIPRO número 232759/2012-1, sendo trabalho conjunto da Secretaria de Segurança Pública, através da Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública (Dececap) e INFIP.

Fala que dentre as tarefas realizadas no âmbito da operação supracitada houve uma busca e apreensão executada pela da INFIP/Dececap na Agrovitta/Agronitta, empresa citada no Boletim, e entre os documentos apreendidos, foram encontrados diversos contratos de compra e venda de soja. Um deles é o contrato que está apensado à fl. 11 do presente processo.

Foi encontrado, igualmente, e-mail confirmado os dados do contrato, indicando como chegar ao local onde a soja estava armazenada e explicitando exigências do produtor quanto ao pagamento, indicando inclusive, os números das contas correntes onde deveria ser depositado o pagamento.

Tal operação “Grãos do Oeste” resultou em na lavratura de cento e noventa e cinco Autos de Infração/Notificações Fiscais, das quais sessenta e um já foram pagos ou parcelados.

Através do estudo da documentação apreendida, ficou claro o *modus operandi* da Agrovitta que era a celebração de contrato de compra de soja com os produtores rurais; coleta na fazenda do vendedor ou em local de armazenagem por ele indicado; uso de caminhões vinculados à própria Agrovitta na maioria dos casos e envio da carga diretamente para seu destino final, frequentemente empresas fora da Bahia.

Em diversos casos os produtores rurais solicitaram que os pagamentos dos contratos fossem feitos em parcelas destinadas a empresas ou outros produtores por eles nomeados, como confirmado através de triangulações e, eventualmente, de documentos bancários encontrados.

Em seguida, confirma que realmente o contrato não possui a assinatura de Maurílio Volpato, bem como que a fiscalização não dispõe de notas, nem dispõe de comprovantes de pagamento do negócio. Nenhum destes documentos foi encontrado durante a busca e apreensão, todavia reafirma que a existência do contrato é poderoso instrumento de monitoramento a servir ao Fisco com indicativo de irregularidades tributárias e fiscais.

Informa também, que André Fernando Smaniotto, autor do e-mail, é sócio gerente de uma empresa de intermediação e agenciamento de serviços e negócios, outro indício de houve negócio entre Volpato e Agrovitta, além do que estudo do INC do produtor rural informa que no período de maio de 2008 a setembro de 2011 o contribuinte não possuía talão de notas fiscais.

Afirma de igual forma, que foram encontradas cartas de frete e comprovantes de pagamento de combustível relativos ao transporte de 291.940 kg de soja cujo remetente é Maurílio Volpato, coletados na Fazenda Indiana I, a mesma mencionada no e-mail, ocorrido no período de 26 de outubro de 2010 e 01 de julho de 2010, datas imediatamente válidas em seu poder e posteriores ao contrato.

Baseada nos indícios listados, afirma que houve comércio entre Maurílio Volpato e Agrovitta:

a) contrato de compra e venda de soja 528/2010, de 17/06/2010, relativo a 273.600 kg de soja, no

valor total de R\$145.920,00;

b) correio eletrônico com detalhes do pagamento a ser realizado em duas parcelas: R\$49.920,00 para Via Oeste Comércio e Transporte e R\$96.000,00 para Eraldo Marchetti. Total R\$145.920,00.

c) relação de Cartas de Frete e comprovantes de pagamento de combustível que informam que 291.940 kg de soja de propriedade de Volpato foram recolhidos por Agrovitta na Fazenda Indiana I (mencionada no e-mail) e remetidos para Sementes Selecta, em Minas Gerais, acobertadas por notas fiscais cuja numeração corresponde aos talões em uso de Agrovita.

Finaliza afirmando que tendo em vista o contexto em que foi localizado e conteúdos do contrato autuado e demais documentos, sustenta o Auto de Infração lavrado.

## VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, qual seja operação realizada 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 e substituí-lo.

Inicialmente, analiso as questões preliminares postas na defesa.

Quanto ao argumento de que o lançamento seria nulo diante do disposto no Código civil frente à validade do contrato que serviu de base para o lançamento, é questão de análise de mérito, e será abordada acaso superadas as demais preliminares.

O Auto de Infração foi lavrado em atenção aos ditames contidos no artigo 39 do RPAF/99, estando devidamente caracterizados o autuado, a base de cálculo e sua demonstração de apuração, descrição dos fatos, enfim, todos os requisitos ali previstos, além do que foi garantido o exercício pleno da defesa e do contencioso, não podendo se falar em nulidade quanto a tais aspectos.

De relação ao abuso de poder alegado na peça defensiva, em que teria incorrido a autuante, também não vislumbro, diante do fato de que conceitualmente o abuso de poder é gênero do abuso de autoridade e surge do excesso de poder ou do desvio de poder ou de finalidade.

Pode se manifestar, pois, como o excesso de poder, caso em que o agente público atua além de sua competência legal, como pode se manifestar pelo desvio de poder, em que o agente público atua contrariamente ao interesse público, desviando-se da finalidade pública.

No caso concreto, a autoridade fiscal agiu no interesse e resguardo da Fazenda pública, ao fazer o lançamento tributário, ao qual estava obrigada por força do artigo 142 do CTN, agindo nos estritos termos da Lei, diante do fato de que não pode o administrador público renunciar à utilização de tais poderes, sendo o interesse público indisponível, e, sendo necessário que o administrador se valha de tais poderes para cumprir sua função, deverá exercê-los, haja vista que os poderes administrativos constituem verdadeiros poderes-deveres.

Desta forma, tenho a agente administrativa, no caso a autuante, agido nos estritos termos da lei, não pode ser acusada de abuso de poder, sequer de autoridade, tendo plena validade o seu ato (de lançamento), o que o torna totalmente capaz de produzir efeitos.

Quanto a ilegitimidade passiva do autuado, também não posso concordar com os argumentos da defesa, diante do fato de que o documento de fl. 40 o indicar como produtor da mercadoria a ser comercializada, e consequentemente estar relacionado com a operação, ao menos em tese. Isso afastaria também estes argumentos.

Mas, ainda que não fosse o caso, mesmo presente qualquer elemento de nulidade no presente processo, esta seria superada diante da análise que passo a fazer.

Constam como base da autuação um e-mail (fl. 12) e um “contrato” de compra de soja (fl. 11).

Como posto na própria autuação, tal contrato foi apreendido na empresa Agrovitta por meio de determinação judicial de busca e apreensão em seu estabelecimento. Todavia, e isso é reconhecido pela própria autuante, o contrato não tem a assinatura do vendedor.

Nos termos dos artigos 481 e seguintes do Código Civil, os quais regulam a modalidade de “contrato de compra e venda”, o documento apresentado pela fiscalização serviria, quando muito, como elemento indiciário da realização do negócio envolvendo a empresa Agrovitta, e o autuado, o qual consta no mesmo como produtor da soja a ser comercializada. Todavia, a falta de assinatura deste, não confere ao mesmo qualquer validade jurídica.

Outros elementos, entretanto, poderiam comprovar a realização do negócio jurídico, o que, entretanto, não aconteceu devido à ausência de elementos outros neste sentido. Da mesma forma, a realização de diligência se mostra inútil, à vista da fragilidade documental de prova carreada aos autos.

A comprovação da realização da operação seria possível através de documentos outros, inclusive bancários, o que, entretanto, não consta nos autos, e até mesmo reconhecida pela autuante ao afirmar *“a fiscalização não dispõe de notas, nem dispõe de comprovantes de pagamento do negócio. Nenhum destes documentos foi encontrado durante a busca e apreensão, todavia reafirma que a existência do contrato é poderoso instrumento de monitoramento a servir ao Fisco com indicativo de irregularidades tributárias e fiscais.”*

Já o e-mail de fl. 12, foi escrito por André Fernando Smanioto, tendo como destinatários Marcos Veloso Veloso, e a Agrovitta através dos possíveis funcionários Thiago e Marta. O link que o liga ao autuado é apenas a menção de seu nome como produtor.

Tais indícios, como bem indicou a autuante, não fazem, por si só a devida e necessária prova da eventual conduta irregular do autuado, sequer prova a acusação de ter realizado operações sem a emissão de nota fiscal, ou a emissão de outro documento em seu lugar, pelo fato do mesmo não possuir talonário de nota fiscal.

Esta 4ª Junta de julgamento Fiscal, ao apreciar Auto de Infração de teor semelhante ao presente, decidiu, por unanimidade, através do Acórdão 0137-04/16 pela sua improcedência, o que foi confirmada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF 0239-11/16, do qual destaco trecho do voto do ilustre Relator:

*“A autuação foi baseada em um contrato de Compra e Venda nº 612/2010 não assinado pelo Recorrido, bem como um e-mail do Recorrido para a empresa Agrovitta visando o fechamento do negócio supostamente celebrado.*

*Em sua defesa, o Recorrido alegou que não houve o cometimento da infração, já que o contrato não fora celebrado com a Agrovitta, e afirmou que a venda da soja foi efetivada com a Bunge Alimentos S/A, juntando aos autos documentos que comprovariam o alegado, como Contrato de Compra e Venda com a mesma quantidade de soja que seria vendida para a Agrovitta, assim como NF-e e extratos bancários.*

*Em informação fiscal, a autoridade fiscal manteve seu posicionamento, sob a alegação de que: “o contexto em que foi localizado o contrato autuado” justificaria o Auto de Infração. Ora, as circunstâncias em que o referido contrato foi encontrado não prova, por si só, o cometimento da infração imputada ao Recorrido. E como bem disse a relatora de 1ª Instância: “não é base legal tributária para sustentar o presente Auto de Infração”. (grifos originais)*

*A JJF entendeu que o Contrato de Compra e Venda nº 612/2010, apesar de não assinado pelo Recorrido, não afastaria a cobrança do ICMS em questão, desde que possuísse documentos que comprovassem a efetivação do negócio, como comprovantes de pagamento, notas de frete, notas fiscais, por exemplo.*

*Ressalto a esterilidade de uma realização de diligência, já que o referido contrato e o e-mail foram os únicos documentos encontrados na Operação que ensejou o Auto de Infração, bem como a indisponibilidade da juntada de outros documentos por parte do Recorrido, que alega a não efetivação do referido negócio. Deste modo, o art. 21 do RPAF/99, bem como o art. 173, inciso I do CTN, o qual recomenda uma nova fiscalização, a salvo de falhas, para que se determine se há algum imposto a ser exigido do contribuinte, não teriam eficácia e utilidade para o deslinde da questão.*

*Assim, comungo do entendimento da Junta quando entende ser o Auto de Infração Improcedente, já que a infração não restou caracterizada por falta de provas que pudessem comprovar o oposto.*

*Assim, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo inalterada a Decisão de piso que julgou Improcedente o Auto de Infração”.*

Da mesma forma, posso também citar a Ementa do Acórdão 0246-11/16, também da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, no mesmo sentido, ao analisar Recurso Voluntário impetrado pelo autuado, relativamente ao mesmo tema e Operação “Grãos do Oeste”:

“ACÓRDÃO CJF Nº 0246-11/16

*EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO REALIZADA SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL OU ACOMPANHADA DE DOCUMENTO NÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A autuação consta a falta de comprovação da circulação da mercadoria. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVIDO. Auto de Infração Improcedente. Decisão unânime”.*

Pelas razões acima expostas, especialmente pelo fato de que não existe nos autos qualquer prova da realização efetiva do negócio, voto no sentido de que o lançamento deva ser julgado improcedente.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269130.0019/15-0** lavrado contra **MAURILIO VOLPATO**.

Sala de Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA