

PROCESSO - A. I. N° 206905.0030/15-7
RECORRENTE - ALAN JULIANI (FAZENDA BAHIA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF n° 0053-06/16
ORIGEM - INFAS BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/11/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 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.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 6ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0053-06/16), que julgou Procedente a autuação lavrada em 17/10/2015, a qual exige imposto no valor de R\$79.529,46, acrescido de multa de 100%, face a acusação de ter sido realizada operação sem emissão de documento fiscal ou com emissão de outro documento que não o fiscal (pedido, comanda, orçamento e similares), com denominação, apresentação ou qualquer grau de semelhança ao documento fiscal – com que esse possa confundir-se e substituí-lo – em flagrante desrespeito às disposições da Legislação Tributária.

Constou da autuação, em complemento, que: “*O contribuinte realizou operação de venda de mercadoria tributada sem emissão de nota fiscal e sem o pagamento do ICMS devido, conforme documentação apreendida (contratos de compra e venda, notas fiscais emitidas e comprovantes de pagamentos em anexo), 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 o Ministério Público Estadual.*

No exercício de 2011 deu saída em mercadorias tributadas comprovada através da entrada de dinheiro em caixa, como depósito ou transferência em conta bancária do contribuinte, transferência efetuada por Agrovitta Agroindustrial Ltda, cujos comprovantes de transferência bancária se encontram em anexo.

Em anexo ao presente A.I. se encontra papel de trabalho com o cálculo do ICMS”

O autuado apresentou impugnação às fls. 31/44 e o autuante prestou a devida informação fiscal às fls. 51/55, acompanhada de documentos (fls. 56 a 114).

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa no seguinte teor:

“Inicialmente declaro discordar da arguição de nulidade empreendida pela defesa evocando o Art. 108, §1º do RPAF, sob a alegação de que o autuante intimou o autuado a respeito do início da fiscalização apenas através de Diário Oficial do Estado da Bahia, conforme fl. 6 do presente Processo Administrativo Fiscal, sem sequer buscar intimá-lo por via postal, seguindo a sequencia determinada pelo referido dispositivo regulamentar, pois esta informação não reflete o ocorrido, tendo em vista que esta comprovado nos autos que a intimação atendeu ao referido dispositivo, sendo que inicialmente a intimação se deu via postal no endereço do sócio, conforme documento ÁS FOLHAS 03 E 04 e dados cadastrais do INC da SEFAZ constante à folha 07. Acrescento ainda que este fato em nada comprometeu o exercício da defesa posto que foi apresentada em tempo hábil.

Divirjo ainda da segunda alegação preliminar de nulidade, pois entendo que há nos autos elementos suficientes para se determinar a infração e no feito nada encontro o que subsumir do art. 18, inciso IV, alínea “a” e “b” do RPAF, pois os elementos trazidos nos autos provam materialmente a ocorrência das supostas operações sem emissão de documento fiscal, e não observei nenhum fato que pudesse indicar a configuração de ilegitimidade passiva.

Entendo a postura do autuado quanto à negativa de haver perpetrado a conduta objeto da acusação fiscal,

contudo a simples afirmativa da defesa de que desconhece as operações sem emissão de documentos fiscais que lhe são imputadas, e ainda que ignora, por completo, as razões que fundamentam a autuação, não socorre o autuado, posto que a acusação tem a prova material de uma vultosa movimentação financeira ocorrida através de transferências bancárias realizadas por parceiro comercial a seu favor que requer uma explicação inequívoca que suplante a interpretação com base na verdade material de que de fato as transferências financeiras foram suportadas em fato gerador do ICMS, conforme sustenta o fisco, posto que o que de fato ocorreu foi um suprimento a caixa de origem não comprovada, conduta que admite a presunção legal de ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, conforme inciso II do parágrafo 4º do Art. 4º da Lei 7.014/96.

Neste sentido descabe a defesa fazer a alegação de que o preposto fazendário não traz aos autos qualquer prova das operações imputadas, como também que não há nos autos qualquer elemento capaz de provar as supostas operações realizadas sem emissão de documento fiscal.

Afirmo também, com base no inciso II do parágrafo 4º do Art. 4º da Lei 7.014/96, que não concordo com a alegação da defesa de que o autuante apresenta meramente transferências bancárias sem, contudo provar a ocorrência de fatos geradores sujeita ao recolhimento do ICMS. Entendo, muito ao revés, de que as provas constantes dos autos são contundentes e que por si só sustentam-se na lei para autorizar a presunção de haver o autuado realizado operações de circulação de mercadorias tributadas sem o pagamento do ICMS devido. E acrescento de que o procedimento fiscal não ofendeu ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Quanto ao argumento de mérito relativo ao direito ao crédito fiscal de 12%, nos termos do art. 117, inciso III, § 4º. C/c anexo 98 RICMS/97, não concordo a defesa e nem mesmo com próprio autuante, o qual admite que para a adequação do cálculo esposado às fls. 16 e 17 para o regime sumário de apuração deveria ser concedido o crédito fiscal de 12% nos termos do dispositivo regulamentar indicado acima, pois o §3º do mesmo Art. 117 do RICMS/97, determina que se as mercadorias estiverem desacompanhadas de documentação fiscal, como de fato ocorreu, ou acompanhadas de documento inidôneo, o imposto deverá ser exigido pelo seu total, sem qualquer dedução.

Pelo exposto voto pela PROCEDÊNCIA total deste Auto de Infração sob julgamento.”

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 135/149, tecendo um breve relato sobre os fatos, tempestividade do Recurso e competência recursal.

O contribuinte, preliminarmente, sustenta que: “*o autuante intimou o autuado a respeito do início da fiscalização através de Diário Oficial do Estado da Bahia, conforme fl. 6 do presente Processo Administrativo Fiscal, sem sequer buscar intimá-lo por via postal, o que fulmina por completo a cobrança por cerceamento de direito de defesa nos termos do art. 108, § 1º. do RPAF. Nesse sentido, observa-se, Douta Junta de Julgamento Fiscal, que o início da fiscalização foi procedida mediante intimação por Diário Oficial do Estado da Bahia e a intimação do Auto de Infração foi procedida mediante intimação a contador, devidamente cadastrada, o que aponta claramente que a fiscalização tinha outro meio hábil e eficaz em proceder a devida intimação sem que fosse por meio de edital.*”

Ainda como questão prévia, destacou desconhecer as operações sem emissão de documentos fiscais que lhe são imputadas, ignorando, por completo, as razões que fundamentaram a autuação, tendo em vista que o preposto fazendário não trouxe aos autos qualquer prova das operações imputadas, como também inexistente qualquer elemento capaz de provar as ditas operações realizadas sem emissão de documento fiscal.

Observou ainda que o autuante apresentou meras transferências bancárias sem, contudo, provar a ocorrência de fatos geradores sujeitos ao recolhimento do ICMS.

Prosseguindo, afirma, em conclusão preambular, que a infração é nula por não haver nos autos elementos suficientes para se determinar a infração, nos termos estabelecidos no art. 18, inciso IV, alínea “b” do RPAF, pois aqueles trazidos não provam materialmente a ocorrência das supostas operações sem emissão de documento fiscal.

Meritoriamente, asseverou que, caso pudesse se considerar, por absurdo, ocorridas as referidas operações sem emissão de nota fiscal como lhe foram imputadas, destacava que o autuante não apurou corretamente o imposto, na forma do regime sumário de apuração, considerando que o autuado é produtor rural e tem como atividade principal o cultivo de soja, sendo devido, portanto, a concessão de crédito fiscal de 12%, conforme disciplina o art. 117, inciso 4º C/c anexo 98.

Transcreveu trechos da Sentença recorrida, observando que a 6^a. Turma de Julgamento Fiscal julgou PROCEDENTE a autuação, refutando o pedido de nulidade em razão do início da fiscalização ter sido realizado por Edital, consignando que houve a tentativa de intimação, por via postal (fls. 03 e 04), bem como sustentou haver provas suficientes da infração.

Assim, entendeu que a 6^a JJF se equivocou completamente ao não reconhecer a nulidade do Auto de Infração, isto por “*a) não obedecer o devido processo legal ao intimar o contribuinte a respeito do início da fiscalização por edital e existirem outros meios de ser realizada a intimação pessoal, conforme foi realizado mediante a intimação da lavratura do Auto de Infração em questão mediante sua contabilidade cadastrada; b) não existir de fato prova da infração imputada (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), em razão das transferências bancárias não ser prova do fato gerador do ICMS e c) notadamente incerteza na infração imputada, pois a Junta de Julgamento Fiscal declara existir prova de outra infração mediante as transferências bancárias ao revés da infração imputada, qual seja, suprimento a caixa de origem não comprovada.*” (destaques do recorrente)

Requer que seja julgada nula a ação fiscal ou “até mesmo, procedente em parte”, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor:

Invoca a nulidade do crédito tributário em decorrência do cerceamento ao direito de defesa no processo administrativo fiscal, porquanto não teve conhecimento do início da fiscalização em razão de sua intimação ter sido procedida mediante Diário do Estado da Bahia, enquanto a intimação do Auto de Infração procedida mediante intimação da contabilidade, devidamente cadastrada, o que aponta claramente que a fiscalização tinha outro meio hábil e eficaz em proceder a devida intimação sem que fosse por meio de edital.

Discorreu sobre os princípios da ampla defesa e do contraditório, afirmando quanto aos quais ter o autuante incorrido em desrespeito, e alinha diversas correntes doutrinária, jurisprudencias e decisões de tribunais em seu favor como também transcreve o inciso LV, do artigo 5.^º Constitucional.

Aduz que o autuante não prova a materialidade da acusação fiscal, pois não colaciona aos autos elementos suficientes para provar a infração, os quais a seu ver seriam - Termo de apreensão de mercadorias; - Prova do envio pelo autuado das mercadorias em que se exige o recolhimento do ICMS, tais como: conhecimentos de transportes com aviso de recebimento; termos ou recibo de entrega de mercadorias, entre outros; - Elementos de natureza comerciais, tais como: contrato de compra e venda assinado pelo autuado, comprovantes de pagamentos ao autuado, entre outros.

E acrescenta que ao contrário dos elementos de prova que indica acima o autuante apenas anexou aos autos os comprovantes de transferências, que se encontram as fl's 08 a 21. E completa que estes elementos trazidos aos autos não possuem valor probante no que se refere as operações supostamente ocorridas, pois não há qualquer prova de natureza comercial que aponte a ocorrência de fatos geradores sujeitas ao pagamento de ICMS. E apresenta as seguintes indagações:

- a) Como provar que o autuado praticou os fatos geradores sujeitos ao ICMS, ou seja, a circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação se o Fisco Estadual apenas colaciona comprovantes de transferências?
- b) A mera transferência de valores é fato gerador do ICMS?

Entende que a seu ver a prova é de mera e eventual transferências de valores e que por isso não pode comprovar o fornecimento da soja em grãos, cuja operação é sujeita ao pagamento ICMS, mas que apenas comprova que houve transferências de Recursos entre o autuado e o titular da conta-corrente no. 45922-4, agência 231-3, cuja origem pode decorrer de operações não sujeitas ao

pagamento do ICMS.

Volta a transcrever parte da Decisão de piso, destacando o trecho que diz: “*Entendo, muito ao revés, de que as provas constantes dos autos são contundentes e que por si só sustentam-se na lei para autorizar a presunção de haver o autuado realizado operações de circulação de mercadorias tributadas sem o pagamento do ICMS devido. E acrescento de que o procedimento fiscal não ofendeu ao princípio da ampla defesa e do contraditório.*” (grifo do recorrente)

Nesse sentido, entendeu à conveniência de se questionar: “*a infração imputada é a operação realizada sem emissão de documento fiscal ou a falta de recolhimento do imposto decorrente de presunção legal de suprimento de caixa de origem não comprovada?*” (negritos do recorrente).

Aduziu que é notório que o autuante imputa ao autuado infração diversa das provas trazidas aos autos (transferências bancárias), fulminando a autuação em nulidade em razão da incorreção não ser possível determinar a infração imputada.

Para reforçar a tese de que o autuado não pode se defender plenamente de uma infração que não lhe foi imputada, através da imputação de uma outra infração, transcreveu o art. 18, IV, “a”, doutrinas de professores de Direito Tributário e também a Ementa de uma Decisão proferida pela 6ª JJF Acórdão Nº 0057-06/16, a qual julgou pela nulidade decorrente de vício insanável por desconformidade entre enquadramento da infração e a pretensão fiscal.

Ao final, concluiu na vertente de requerer que o Conselho julgue nula a autuação, por falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

A PGE/PROFIS, no particular, não foi instada a se manifestar.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado por conta de ter a fiscalização apurado 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.

Consta da descrição dos fatos narrados no Auto de Infração que: “*O contribuinte realizou operação 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 anexo), 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.*

No exercício de 2011 deu saída em mercadorias tributadas comprovada através da entrada de dinheiro em caixa, como depósito ou transferência em conta bancária do contribuinte, transferência efetuada por Agrovitta Agroindustrial Ltda, cujos comprovantes de transferência bancária se encontram em anexo.

Em anexo ao presente A.I. se encontra papel de trabalho com o cálculo do ICMS”

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 acusação fiscal se baseia em documentos que indicam transferencias bancárias de numerarios para o autuado efetuada por suposto parceiro comercial a empresa Agrovitta Agroindustrial LTDA.

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 recorrente o exercício do seu direito de defesa e do contraditório.

A respeito do argumento do defendant 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 causador, a princípio, de nulidade da ação fiscal, mas sim, de medidas saneadoras, conforme disposições do § 1º, do art. 18, do RPAF/BA, pela qual afasto a nulidade arguida.

O sujeito passivo traz aos autos, na argumentação recursal em síntese, monopolizando nulidade e mérito da autuação, de que embora existentes comprovantes de transferencia bancaria os mesmos, isoladamente não podem ser eleitos 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, CTRC's, contrato de fornecimento, proposta comercial ou 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.

No entanto, razão assiste ao recorrente quando discorre sobre o princípio da verdade material que rege a norma tributária do País.

No caso versado, a existência unicamente dos comprovantes de movimentação financeira, obtidos na empresa indicada como adquirente, não conduz ao nível de certeza de que o negócio foi, de fato, concretizado, ou seja, se que houve circulação de mercadorias sujeitas à tributação pelo ICMS, já que na busca realizada na empresa não foram encontrados outros elementos que, ainda que por indício, configurassem a transação mercantil.

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

Destaco, ainda, que essa imputação ao sujeito passivo só poderia ter suporte legal se a fiscalização adotasse como roteiro de trabalho a auditoria de caixa para então detectar a entrada no caixa do autuado de Recursos de origem não comprovada, o que, logicamente, seria suporte para a presunção prevista em lei de que foram realizadas operações sem a devida documentação fiscal.

Sucede que o fato dos referidos documentos de transferência terem sido obtidos pelo fisco em uma ação de busca e apreensão legalmente autorizada pelo Poder Judiciário, não se apresenta como base legal tributária para sustentar o Auto de Infração, como expõe a autuante.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para reformar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração sob análise.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 206905.0030/15-7 lavrado contra **ALAN JULIANI (FAZENDA BAHIA)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de outubro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE– RELATOR

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS