

PROCESSO - A. I. N° 206920.1235/14-3
RECORRENTE - VALDEMIR VENDRUSCULO
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0037-01/17
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - PUBLICAÇÃO: 27/12/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0435-12/17

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO E DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. Documentação apreendida em decorrência de Ordem Judicial, na Operação "Grãos do Oeste" realizada pela força tarefa INFIP-DECECAP-MP. Documentos fiscais não emitidos, não escriturados desabilitam o benefício do DIFERIMENTO do ICMS e implica operação de circulação de mercadorias sujeita ao pagamento do imposto, caracterizando o tributo exigido. Excluído do lançamento as parcelas em que ficaram comprovados a realização das operações. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício e Voluntário interposto pelo sujeito passivo, em face da Decisão proferida no Acórdão JJF nº. 0037-01/17 da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14/05/2014, para exigir o valor de R\$51.058,48, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inc. IV, letra "h" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais em razão da seguinte irregularidade, 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 à legislação tributária.

Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte realizou operação de venda de mercadorias tributadas sem a emissão de nota fiscal e sem pagamento de ICMS devido conforme documentação apreendida (contrato de compras e vendas em anexo), em decorrência de ordem judicial, na operação Grãos do Oeste realizada pela Força Tarefa da INFIP - Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa e DECECAP - Delegacia de Crimes Econômica e contra a Administração Pública, além do Ministério Público Estadual. No exercício 2010 vendeu 10.900 sacos de soja a R\$341.300,00 tendo gerado o ICMS (17%) no valor de R\$58.021,00 e direito a um crédito (12%) de R\$6.962,52 e ICMS devido de R\$51.058,48.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração procedente, após as seguintes considerações:

VOTO

No presente lançamento está sendo exigido crédito tributário de R\$51.058,48, em decorrência de o contribuinte ter realizado operações de vendas de mercadorias tributadas sem a emissão de documento fiscal e sem o pagamento do ICMS devido, conforme documentação apreendida, contratos de compra e venda e comprovante de pagamento, em decorrência de ordem judicial, na operação "Grãos do Oeste", realizada conjuntamente com a INFIP- Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa, DECECAP - Delegacia de Crimes Econômicos e contra a Administração Pública e o MP - Ministério Público Estadual. As operações de vendas foram realizadas no exercício de 2010, com a comercialização de 10.900 sacos de soja, no valor total de R\$300.344,00.

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, alegando imprecisão na descrição dos fatos, ausência de prova da materialidade do ilícito tributário; argumenta a validade dos comprovantes de pagamentos, aduzindo que não têm qualquer relação com os valores dos contratos de compra apresentados, impossibilitando o exercício da ampla defesa.

Não acolho o pedido de nulidade da autuação, retro citado, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado de forma regular; contém os elementos orientadores para a sua lavratura, conforme previstos no art. 39, RPAF/BA, Regulamento de Processo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

Carecendo de esclarecer alguns pontos da lide, o PAF foi convertido em diligência fiscal (fl. 35), permitindo, inclusive, ao impugnante, o acompanhamento dos autos e o exercício pleno do seu direito de defesa, do contraditório, motivo pelo qual encontra-se apto ao seu deslinde.

No mérito, argumentou o autuado ausência do fato gerador de ICMS e de provas da circulação de mercadorias; alega que apenas o contrato de compra e venda não transfere a titularidade das coisas, consoante o art. 481 do Código Civil. Destaca que tais contratos, anexados aos autos, não foram sequer executados. As mercadorias não foram efetivamente vendidas e entregues devida a falta de pagamento pelas mesmas e a inaptidão do comprador, em face ao Fisco Estadual. Diz que tal situação ensejou a impossibilidade de execução do contrato.

Em seu tempo, informa o Auditor Fiscal que o autuado vendeu sem documentação fiscal para a AGROVITTA, a soja em grãos, produzida na sua propriedade rural, um produto tributado enquadrado no regime de DIFERIMENTO, tendo a responsabilidade tributária pelo lançamento do ICMS, conforme a legislação específica.

Da análise dos elementos que constituem o Processo Administrativo Fiscal - PAF, entendo que o ilícito fiscal restou devidamente caracterizado, materializado nos documentos que serviram de base para a autuação, seja o contrato de compra e venda, além do respectivo comprovante de pagamento, que foram acostados aos autos (fls. 4/6).

Não tem razão o autuado, quanto ao argumento de ausência de provas ou que os contratos de compra e venda não foram executados e não transfere a titularidade das coisas, a teor do art. 481 do Código Civil. A própria Constituição Federal vigente autoriza a Administração Tributária a entrar na intimidade econômica dos particulares, mediante a identificação dos respectivos patrimônios, rendimentos e atividades econômicas (art. 145, § 1º). Nessa linha prevê o art. 195 do CTN que as autoridades fiscais tem o direito de examinar, e os comerciantes, industriais e produtores, têm a obrigação de exibir, todos os livros, mercadorias, documentos, arquivos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais. Não têm validade, quanto a esse tema, quaisquer exclusões ou limitações impostas pela lei, ou da obrigação destes de exibi-los.

Nesse caso, ainda mais, considerando que os documentos que instruem a exigência, no caso em concreto, foram obtidos mediante operação de busca e apreensão, legalmente realizada pela DECECAP, INFIP e Ministério Público, retro referidos.

Cabível considerar, também, nos termos do artigo 343 do RICMS/97 vigente à época, soja em grãos é produto tributado pelo ICMS, enquadrada no regime de DIFERIMENTO, sendo que para usufruir do referido regime, o contribuinte depende de habilitação prévia na repartição fiscal do domicílio tributário, conforme § 1º, inciso IV do art. 344 do citado diploma legal.

O art. 344.º § 1º cita que ficam dispensados da habilitação prevista neste artigo, IV - os produtores rurais não equiparados a comerciantes ou a industriais;

Entretanto, as operações de vendas realizadas sem a emissão de documentos fiscais inviabilizou a fiscalização na verificação do cumprimento dos requisitos necessários à habilitação no regime do DIFERIMENTO por parte da adquirente, nos termos do art. 347 do citado diploma legal. Mesmo com o crédito fiscal, oferecido na autuação, calculado pelo Auditor Fiscal, nos termos do art. 93, XI, do RICMS 97, não existe prova nos autos da regular habilitação do autuado.

No caso sob análise, vale reiterar, as operações de vendas foram realizadas sem a emissão de documentos fiscais, obstando a verificação por parte da fiscalização do cumprimento dos requisitos necessários à habilitação para o regime do DIFERIMENTO por parte da adquirente, nos termos do art. 347 do citado diploma legal.

Verifico, portanto, acertado o Auto de Infração lavrado contra o Produtor Rural, considerando que o mesmo foi o remetente das mercadorias apontadas a inicial dos autos e o fez sem a emissão do correspondente documento fiscal, não havendo falar em DIFERIMENTO do lançamento e recolhimento do ICMS ou que as mercadorias não foram efetivamente vendidas e entregues, devida a falta de pagamento.

A alegação do autuado de que apresentar provas da não execução do contrato, conforme o pedido do órgão julgador, no momento da diligência fiscal, constitui um "fato negativo", ou "prova diabólica", não estando obrigado a fazê-lo, é um equívoco. O autuado tem o dever de apresentar todo e qualquer documento que esteja em seu poder, garantindo que a atuação das partes, neste momento processual, se dê de forma conjunta e equilibrada, valorizando o contraditório, assim como, na medida do possível, buscando a efetividade e a celeridade processual. Sobretudo, no caso em tela, em que tais provas, caso dispusesse e apresentasse, o produtor rural autuado, poderia manejar em favor das suas teses.

O NCPC - Lei nº 13.105/15 deixou para trás a distribuição estática do ônus de provar, na medida em que o §1º, artigo 373, do mesmo diploma, abre a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, aduzida no caso concreto, porquanto o que está em debate é a legalidade da tributação e a verdade fática fiscal.

Dessa forma, o ilícito fiscal se encontra materializado nos documentos que serviram de base para a autuação, sejam os contratos de compra e venda, onde consta o nome do banco e conta bancária, onde foi depositado o valor relativo às operações respectivas, além de comprovante de transferência Eletrônica (fls. 4/6) e comprovantes da entrega do produto (fls. 45/49) documentos apreendidos como resultado da operação "grãos do oeste", realizada pela força tarefa DECECAP, INFIP e MP.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 86/90, tecendo um breve relato sobre os fatos, tempestividade do Recurso e competência recursal.

Em apertada síntese, o recorrente alegou em sua defesa que: (i) *o agente fiscal não logrou provar a circulação de mercadoria apta ao fato gerador do ICMS, fundamentando a autuação fiscal em documentos que não se prestam para tal fim*, (ii) *e que realmente não houve a circulação de mercadoria conforme narrada pelo agente fiscal, o presente auto de infração deve ser cancelado* e (iii) *que nos autos haviam documentos que não correspondiam ao recorrente.*

Diante disto e dos fundamentos que constam da defesa, pediu que o auto de infração fosse julgado totalmente improcedente.

Afirma que: *“decisão recorrida foi no sentido de julgar procedente o auto de infração, concluindo pelo conjunto probatório que as mercadorias vendidas foram destinadas pelo autuado à Agrovitta sem o respectivo documento fiscal e pagamento do imposto”.*

Assevera que, conforme consta da defesa do autuado, a principal alegação é de que não há prova nos autos de que houve a circulação da mercadoria, fato gerador do ICMS.

Diz que, o próprio autuante, sabendo não ter provado a CIRCULAÇÃO da mercadoria entre o recorrente e a Agrovita, joga ao vento suas alegações genéricas imputando a VENDA como fato gerador do ICMS, o que não pode ser aceito.

Desta forma, o que se constata do auto de infração e na decisão recorrida é uma verdadeira inversão de ordem da lógica processual, devendo a administração pública provar os fatos que alega contra o recorrente, e provar de forma clara e precisa em relação ao fato gerador.

Afirma que, a decisão recorrida se fundamenta num único sentido de que (pág. 5) (i) sejam os contratos de compra e venda, onde consta o nome do banco e conta bancária, onde foi depositado o valor relativo às operações respectivas, (ii) comprovantes da entrega das mercadorias.

Frisa que, o autuante apresentou dois contratos não assinados quando da intimação do recorrente. Contratos que foram encontrados em poder da Agrovita, sem sequer estar assinado pelo autuado e o comprovante não coincide com qualquer valor dos contratos.

Aduz que aos comprovantes de entrega do produto (45/49), citados na decisão são desconhecidos pelo recorrente, pois não foi intimado para se manifestar violando frontalmente o direito ao contraditório, o que não pode ser admitido, devendo ser anulada a decisão recorrida, oportunizando a manifestação do recorrente quantos a tais documentos, para que então seja proferida nova decisão.

Ressalta-se que tais documentos foram encontrados no estabelecimento da Agrovitta, emitidos por ela, sem qualquer assinatura ou qualquer outro sinal que possa imputar ao recorrente o fato gerador do ICMS. A Agrovita poderia ter emitido um documento constando o nome de qualquer pessoa.

Entende que, nada coincide e leva à certeza do fato gerador do ICMS. Sendo assim, nesta linha de raciocínio, a autoridade poderia imputar qualquer valor ao recorrente, pois se não há coincidências de fatos com as provas e mesmo assim se estipula um valor de venda realizada,

qualquer operação ou valor poderia ter sido imputado à recorrente, não tendo ela como se defender, de fatos que não condizem com as provas que o próprio autuado deveria fazer.

Assim, quais operações comerciais o autuado efetivamente se refere? Contrato não assinado de Compra e venda é fato gerador do ICMS? Houve prova da circulação da mercadoria? A propriedade de bens móveis se transfere com a tradição, que não foi provada, conforme consta fartamente da defesa apresentada. Mercadoria alguma foi encontrada no estabelecimento do Autuado/recorrente. Mercadoria alguma foi encontrada no estabelecimento da Agrovita. Não há qualquer prova da circulação da mercadoria e se há, não corroboram com as alegações do autuante (contratos, cartas ou adiantamento de frete).

Conclui dizendo que, o que há são documentos encontrados no estabelecimento de terceiros que não podem ser considerados idôneos em relação ao recorrente, pois não foram emitidos por ele. Imputar um fato gerador com provas indiciárias que não foram emitidas pela recorrente não pode ser aceito por estes nobres julgadores.

Para corroborar sua tese colaciona Acórdão da 6ª JF número 0050-06/16, e da 4ª JF número 0248-04/16.

Por fim, diz que, não havendo prova inequívoca da circulação da mercadoria, não há que se falar em fato gerador do ICMS no presente caso, devendo o auto de infração ser julgado totalmente improcedente.

Caso não seja este o entendimento, que seja declarada nula a decisão recorrida, por violar o princípio do contraditório, tendo em vista que referida decisão se baseou em documentos dos quais a recorrente não conhecia nos autos por não ter sido intimada a se manifestar sobre tais, o que não pode ser admitido, sob pena de se ferir um dos pilares do processo, que é o devido processo legal, contemplado pelo contraditório efetivo e ampla defesa.

VOTO

Inicialmente a Recorrente argúi a nulidade da decisão recorrida, por violar o princípio do contraditório, tendo em vista que referida decisão se baseou em documentos dos quais a recorrente não conhecia nos autos por não ter sido intimada a se manifestar sobre tais, o que não pode ser admitido, sob pena de se ferir um dos pilares do processo, que é o devido processo legal, contemplado pelo contraditório efetivo e ampla defesa.

Ao compulsar os fólios processuais verifico que os documentos acostados às fls. 45/49, consta o nome do Recorrente, mas no destinatário consta o nome de outra empresa, diferente da Agrovitta Agroindustrial Ltda. Todos os documentos acostados ao PAF têm como destinatária das mercadorias a empresa: Produtos Alimentícios Orlândia S/A Ind. Com. Desta forma, seriam necessários outros elementos de prova que demonstrassem a relação comercial entre a Recorrente e a Agrovitta Agroindustrial Ltda.

Desta forma afasto a nulidade proposta, pois tais documentos, não comprovam com segurança que a operação de circulação de mercadoria e comercial tenha se concretizado, pois a empresa destinatária dos produtos não é a Agrovitta Agroindustrial Ltda.

Quanto ao mérito, 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 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.

Verifico nos fólios processuais, que foi acostado ao PAF dois contratos de compra firmados entre

a Agrovitta Agroindustrial Ltda. e a Recorrente, no valor total de R\$303.344,00 (fl. 4 e 6), Transferências Bancária (fl. 05) e posteriormente foram acostados ao PAF (fls. 45/49), diversos documentos de Adiantamento de Frete e saldo de frete, que não comprovam com segurança que a operação de circulação de mercadoria e comercial tenha se concretizado, pois a empresa destinatária dos produtos não é a Agrovitta Agroindustrial Ltda., sendo que tal pensamento encontra-se pacificado em diversas decisões desse Egrégio Conselho de Fazenda.

Ressalto que “*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 este requisito: é necessário que tenha havido a entrega da mercadoria ou o pagamento da mesma.

Verifico nos cadernos processuais, que existem provas documentais que embasam a autuação, pois a combinação do contrato (fls. 4) entre a Agrovitta Agroindustrial Ltda. e a Recorrente, mesmo não assinado, com as Transferências Bancárias de numerários para a Recorrente efetuada por suposto parceiro comercial a empresa Agrovitta Agroindustrial Ltda. (fl. 05) têm o condão de comprovar com segurança de que parte da operação de circulação de mercadoria e comercial tenha se concretizado.

Em relação aos documentos de Aditamento de Frete e saldo de frete (fls. 45/49), verifico que no campo remetente consta o nome do Recorrente, mas no destinatário consta o nome de outra empresa, diferente da Agrovitta Agroindustrial Ltda. Todos os documentos acostados ao PAF têm como destinatária das mercadorias a empresa: Produtos Alimentícios Orlândia S/A Ind. Com. Desta forma, seriam necessários outros elementos de prova que demonstrassem a relação comercial entre a Recorrente e a Agrovitta Agroindustrial Ltda.

Quanto ao ajuste de valor do quanto exigido, faço novo Demonstrativo de Débito abaixo que totaliza um valor de ICMS de R\$18.550,40:

<i>Data Ocorr</i>	<i>B.de Cálculo</i>	<i>Aliq</i>	<i>Débito</i>	<i>Aliq</i>	<i>Crédito</i>	<i>Imposto Devido</i>
30/12/2010	124.000,00	17%	21.080,00	12%	2.529,60	18.550,40
					<i>Total</i>	18.550,40

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206920.1235/14-3**, lavrado contra **VALDEMIR VENDRUSCULO**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.550,40**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “h”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2017.

MAURICIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS