

A. I. N° - 206920.1238/14-2
AUTUADO - DENILSON ROBERTI
AUTUANTE - MARCO ANTONIO MACHADO BRANDÃO
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07/03/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0017-03/17

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO REALIZADA SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL OU ACOMPANHADA DE DOCUMENTO NÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. NULIDADE. Nulo o lançamento referente ao contrato de R\$120.041,45, por não possuir vinculação com o sujeito passivo. Mantidas as demais operações. Os argumentos e elementos probatórios apresentados pelo contribuinte na fase de defesa não elidem o imposto lançado de ofício. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto lavrado em 14/05/2014 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$126.041,45 bem como aplicação de multa no percentual de 100%, pela constatação de 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 (Infração - 02.01.23).

O autuado ingressa com defesa, através de advogado legalmente habilitado, fls. 25 a 43, afirmando a tempestividade da impugnação e relatando os fatos. Pugna o defendente pela nulidade da infração imputada, evocando desrespeito ao princípio da ampla defesa por imprecisão na descrição dos fatos, provas e base de cálculo para o suposto débito do ICMS.

Destaca que de acordo com a lei de regência do processo administrativo fiscal, Decreto n° 7.269, de 09 de julho de 1999 (RPAF), prevê em seu artigo 2º, dentre outros, o princípio da ampla defesa, princípio este previsto constitucionalmente como direito fundamental da Constituição Federal, art. 5º, inciso LV.

Após transcrever o disposto no art.39 do RPAF/BA afirma que todo e qualquer auto de infração, em qualquer grau da federação, deverá atender à determinados requisitos para ser considerado válido e, principalmente, para que a parte autuada tenha pleno conhecimento das razões da autuação fiscal, quais dispositivos legais restaram violados e possa, pagar o que entende devido e, no caso de discordância, possa exercer seu amplo direito de defesa.

Transcreve mais uma vez a acusação e informa que após análise do "Demonstrativo de Débito" verificou que o agente fiscal considerou como base de cálculo o valor de R\$139.040,00 para o exercício de 2010, e o valor de R\$ 602.380,29, para o exercício de 2011.

Diz que apenas desta simples análise já se constata a divergência entre os valores contidos na "descrição dos fatos " (R\$ 1.562.000,00) e os valores contidos no "Demonstrativo de Débito", o que por si só já inviabiliza a defesa da Impugnante, pois a descrição dos fatos não se coaduna com as provas apresentadas.

Acrescenta que os valores constantes no "Demonstrativo de Débito" divergem dos constantes nos contratos de compra e venda e comprovantes de pagamentos juntados pelo próprio agente fiscal, acarretando uma diferença de mais de R\$100.000,00 (cem mil reais), ou seja, o valor constante na descrição dos fatos não confere com o valor inserido demonstrativo de débito que não confere com os contratos e comprovantes de pagamentos apresentados pelo agente fiscal.

Acrescenta que para dificultar ainda mais a defesa e eivar de nulidade o auto de infração, um dos contratos juntados pelo agente fiscal e que foi utilizado como base para se chegar à base de cálculo é de pessoa totalmente diversa do impugnante. O agente fiscal juntou como prova das operações um contrato de compra e venda que tem como vendedor Luis Felipe Casali, inscrito no CPF n. 603.285.170-20, ou seja, pessoa totalmente diversa do impugnante, e o fez sem qualquer justificativa.

Conclui que diante de todas estas irregularidades em relação à descrição dos fatos e provas juntadas pela autoridade fiscal, resta evidente a falta de clareza e imprecisão contidas no presente auto de infração, tornando impossível o exercício da ampla defesa pelo impugnante, pois não é possível se saber quais valores e os fatos que realmente estão sendo imputados, eivando de total nulidade o auto de infração, devendo então este ser cancelado.

Aduz que mesmo sendo considerada a inexistência de nulidade, o que se admite somente a título de argumentação já que tal admissão acarretaria na violação a princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, passa a discorrer sobre a situação fática de inexistência de qualquer fato gerador que obrigasse o impugnante a emitir nota fiscal.

Diz que supostamente teria o impugnante sido autuada porque deixou de cumprir obrigação acessória, qual seja, emitir documento fiscal no momento da realização da operação. Referida obrigação está prevista no Código Tributário Nacional, parágrafo 2º, e mais especificamente no art. 34, inciso VI-A da Lei Estadual n.º 7.014/96.

Informa que para haver uma obrigação acessória, é necessário que haja a obrigação principal em virtude da ocorrência do fato gerador e conforme consta na descrição do auto de infração, o agente fiscal entendeu que houve o fato gerador do ICMS e utilizou como prova deste fato contratos de compra e venda e comprovantes de pagamento, o que não pode ser admitido, pelos motivos que passa a expor:

O ICMS deve ter por hipótese de incidência a operação jurídica que, praticada por comerciante, industrial ou produtor, acarrete a circulação de mercadoria, isto é, a transmissão de sua titularidade. Transcreve entendimentos de Misabel Derzie, Sacha Calmon Navarro Coelho e Hugo de Brito Machado sobre o tema.

Acrescenta que "a simples celebração de contrato de compra e venda de mercadorias não faz nascer o dever de pagar ICMS. Tal dever só surgirá quando este contrato for executado, com a tradição, vale dizer, com a entrega efetiva das mercadorias", fato este não provado pelo agente fiscal, ou seja, de uma forma ou de outra, não houve saída, circulação da mercadoria, não havendo então fato gerador do ICMS.

Externa o entendimento de que o Auto de Infração deve ser cancelado pois 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 e que realmente não houve a circulação de mercadoria conforme narrada pelo agente fiscal.

Finaliza requerendo:

1. a anulação da ação fiscal, tendo em vista que não há relação entre a fundamentação apresentada pela autoridade fiscal e a apuração do ICMS supostamente devido já que, se considerado os fatos e valores apontados e os documentos probatórios carreados nos autos, estes impossibilitam o contraditório e a ampla defesa por falta de clareza e precisão na elaboração do auto de infração;
2. no mérito pede o cancelamento da autuação fiscal já que o impugnante não praticou qualquer operação de circulação de mercadorias que ensejasse o pagamento de ICMS e a respectiva emissão da nota fiscal

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 38 a 43, após fazer um resumo das argumentações da autuada apresenta as suas contra-razões, nos seguintes termos:

No que diz respeito ao argumento do autuado que que não pode exercer o princípio da ampla defesa por não saber do que está sendo acusado prospera "em parte" pois ocorreram dois equívocos durante a lavratura do presente Auto de Infração já citados pelo autuado na sua peça de defesa, porém, no seu entendimento, perfeitamente sanáveis, a saber:

a) foi juntada indevidamente como prova um contrato de compra e venda de um produtor rural diverso do autuado, que tem como vendedor Luis Felipe Casali CPF 603.285.170-20, devendo ser desconsiderado por esse Conselho;

b) na descrição dos fatos o exercício e os valores já retificados são: No exercício de 2010 vendeu 4.000 sacos de soja a R\$ 158.000,00 tendo gerado o ICMS (17%) no valor de R\$ 26.860,00 e direito a um crédito (12%) de R\$ 3.223,20 e um ICMS devido de R\$ 23.636,80. No exercício de 2011 vendeu 7.435 sacos de soja a R\$ 340.523,00 tendo gerado o ICMS (17%) no valor de R\$ 57.889,91 e direito a um crédito (12%) de R\$ 6.946,67 e um ICMS devido de R\$ 50.942,24.

Informa que foi refeito o Demonstrativo de Débito anexado à folha 43, a fim de adequar aos novos valores. Acrescenta que a descrição dos fatos esta clara, e a documentação que deu origem ao auto de infração, contratos e comprovantes de pagamento, já fazem parte do PAF estando os mesmos já anexados às folhas 04, 05, 07,08 e 09.

Diz que o enquadramento legal da infração e o dispositivo de multa aplicada também esta correto não ficando prejudicado com a retificação dos valores.

Quanto o argumento de que não houve fato gerador do ICMS, que não houve saída das mercadorias, que não houve transferência de titularidade da mercadoria, que o contrato de compra e venda sem a respectiva circulação da mercadoria não é fato gerador do ICMS, que o agente fiscal não provou a efetiva circulação da mercadoria, que não há prova da circulação da mercadoria e do recebimento da mercadoria, seja prova contábil ou outro documento, que a operação não ocorreu vez que os contratos de compra e venda não foram executados. Informa que além dos contratos de compra e venda e comprovantes de pagamento já anexados a este PAF nas folhas 04, 05,07,08 e 09, aproveita para anexar o Boletim de Inteligência Fiscal na 0600/2012 da INFIP classificado como reservado, nas folhas 43 a 52. Anexa também diversas Carta Frete, da Agrovita referentes à retirada da mercadoria da fazenda do autuado com os dados do remetente, destinatário e inclusive os dados dos motoristas e carretas que fizeram o transporte das mercadorias, folhas 54 a 154 do já citado PAF, portanto entende ser inequívoco que o autuado vendeu e entregou a soja sem documentação fiscal e consequentemente sem o pagamento do ICMS devido.

Afirma que o artigo 343 do RICMS, decreto na 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

Entende estar cristalino que o autuado recebeu o pagamento e vendeu sem documentação fiscal para a Agrovita a soja em grãos, produzida na sua propriedade rural, 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; a condição para operar no regime de diferimento, depende de habilitação prévia na repartição fiscal do domicílio tributário art. 344.

Informa que foi concedido ao autuado o crédito de 12% conforme valor discriminado no novo demonstrativo, baseado no art. 93, inciso XI do RAICMS/97.

Quanto a solicitação de nulidade do Auto de Infração diz que o RPAF - Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, publicado no Diário Oficial de 10 e 11/07/1999, é muito claro quando elenca as hipóteses de nulidade dos atos praticados. De acordo com o artigo 18, IV, § 1º as incorreções, omissões ou exigências formais não anulam o Auto de Infração quando for possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito

tributário, o que foi feito com a elaboração de um novo Demonstrativo de Débito, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas, desde que o autuado seja intimado e comunicado recebendo cópia dos novos elementos e abrindo um prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, se assim desejar.

Finaliza esclarecendo que a documentação que materializou o respectivo PAF foi obtida mediante exitosa operação de busca e apreensão realizada pela DECECAP, INFIP e Ministério Público. Externa o entendimento de que deve ser aberto um prazo de 10 (dez) dias para o autuado tomar conhecimento das alterações e se manifestar, assim querendo.

Opina pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Foi dada ciência ao autuado através de Edital de intimação e concedido o prazo de 10 dias para se manifestar, conforme documento de fl. 159.

As fls.165/166 o contribuinte se manifesta aduzindo que conforme consta da informação fiscal, o Auto de Infração possui vários vícios que no seu entendimento impossibilitam uma defesa adequada pois são lançadas informações que não podem ser comprovadas.

Cita adiantamentos/carta de frete emitidos pela Agrovitta e não pelo autuado. Diz que referidos sequer consta qualquer assinatura, e que tem como remetente o autuado e como destinatário "Produtos, Alimentícios Orlândia S/A" (Arroz Brejeiro), da cidade de Orlândia/SP, pessoa jurídica totalmente estranha aos fatos narrados pela fiscalização.

Acrescenta que no auto de infração consta que os fatos geradores ocorreram no ano de 2010 e 2011, sem especificar a data precisa e os documentos relacionados aos supostos fretes possuem datas que não correspondem ao indicado no auto de infração. Não há precisão dos fatos ocorridos, o que prejudica a defesa.

Informa que neste sentido o Auto de Infração n. 278.906.0345/15-0 cujo objeto era idêntico ao aqui versado, a 6ª Junta de Julgamento Fiscal julgou nulo referido auto de infração, justamente por constatar que não havia prova cabal da circulação de mercadoria, não servindo os adiantamentos de fretes como prova para tanto.

Reitera todos os argumentos apresentados na defesa inicial pleiteando a declaração de nulidade 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, constando ainda na descrição dos fatos que: *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 2010 vendeu 104.000 sacas de soja a R\$1.562.000,00, tendo gerado ICMS (17%) no valor de R\$265.540,00 e direito a um crédito(12%) de R\$31.854,00 e um ICMS devido de R\$233.686,00.*

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 há divergência entre os valores contidos na descrição dos fatos inserido no auto de infração e o demonstrativo de débito. Enquanto que no demonstrativo de débito consta a base de cálculo de R\$139.040,00 e R\$602.380,29 para o exercício de 2010 e 2011, respectivamente, na descrição dos fatos inserida no Auto de Infração informa o valor de R\$1.562.000,00.

No que diz respeito às divergências questionadas pelo defendente efetivamente foi constatado equívoco, fato reconhecido pelo autuante, entretanto, tais divergências não ensejam a nulidade do Auto de Infração haja vista que o teor da acusação fiscal, conjuntamente com os contratos e comprovantes de transferências bancárias, não deixam dúvidas quanto à caracterização da

irregularidade cometida, ou seja, a realização de mercadorias tributáveis como não tributáveis. Portanto, pela descrição dos fatos o contribuinte entendeu a acusação e se defendeu, inclusive alegando que um dos contratos de compra e venda anexado pela fiscalização, que serviu de base para a apuração da base de cálculo tem como vendedor Luis Felipe Casali, inscrito no CPF n. 603.285.170-20.

Neste caso, concordo com a afirmativa da defesa de que o referido documento não se presta para comprovar a acusação pois não existe qualquer relação com a autuada, fato inclusive reconhecido pelo autuante que ao prestar a Informação Fiscal diz:” *foi juntado indevidamente como prova um contrato de compra e venda de um produtor rural diverso do autuado, que tem como vendedor Luis Felipe Casali CPF 603.285.170-20,*”

Em face desta irregularidade apontada considero que está comprovada a nulidade da autuação quanto aos valores correspondentes às operações do referido contrato, devendo ser excluído o correspondente débito.

Em relação aos demais documentos estes serão apreciados no mérito o que faço a seguir:

No mérito constato que os documentos acostados aos autos comprovam que efetivamente ocorreram as operações de compra e venda objeto da autuação, sem o pagamento do imposto.

O primeiro contrato de fl. 04 indica que houve a venda da mercadoria soja em grão tendo como vendedor o contribuinte autuado e comprador a Agrovita Agroindustrial Ltda. indicado como data de pagamento até 14/02/2011, o valor de R\$340.523,00.

Tal pagamento correspondente ao valor contratado foi efetuado através de Transferência Eletrônica Disponível- TED, fl.05, emitida pela empresa compradora Agrovita Agroindustrial Ltda., em 11/02/2011, tendo como favorecido o autuado, conta corrente nº 54396 agência 144 do Banco do Nordeste do Brasil da cidade de Correntina (BA), no valor de R\$340.523,00.

Do mesmo modo o contrato de fl. 06, no valor de R\$ 344.000,00 está acompanhado de comprovantes de transferência para a autuada efetivados em 17/09/2010 e 20/09/2010 através de TED no montante de R\$159.848,50, conforme documentos de fls. 08 e 09 do PAF.

Sendo assim, entendo que restou comprovada a realização das referidas operações comerciais da mercadoria objeto da lide em relação aos referidos contratos, sem o pagamento do imposto no valor total de R\$159.858,50 no exercício de 2010 e R\$340,523,00 no exercício de 2011.

portanto, o valor a ser imputado ao contribuinte totaliza o montante de R\$74.870,46 conforme quadro demonstrativo abaixo transcrito, após a aplicação da alíquota de 17% sobre as referidas operações e concedido o crédito fiscal resultante da aplicação do percentual de 12% sobre o imposto apurado, conforme art. 93, inciso XI, c/c Anexo 98, do RICMS/97.

Data Ocorr	B.de Cálculo	Aliq	Débito	Aliq	crédito	Imposto Devido
30/12/2010	159.948,00	17%	27.191,16	12%	3.262,94	23.928,22
30/12/2011	340.523,00	17%	57.888,91	12%	6.946,67	50.942,24
					Total	74.870,46

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$74.870,46, após a exclusão do valor correspondente ao contrato de fl. 06, por não possuir vinculação com o sujeito passivo, conforme analisado na preliminar de nulidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por o Auto de Infração nº **206920.1238/14-2**, lavrado contra **DENILSON ROBERTI** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$74.870,46**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “h”, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

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-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Dec. nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2017

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR