

A. I. Nº - 206920.1233/14-0
AUTUADO - HONOR TEIXEIRA COSTA JÚNIOR
AUTUANTE - MARCO ANTONIO MACHADO BRANDÃO
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04.05.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0062-02/16

EMENTA: ICMS. VENDA DE MERCADORIA TRIBUTADA SEM EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Ação fiscal oriunda de ordem judicial na Operação Grãos do Oeste realizada pela Força Tarefa IFIP - Inspeção Fazendária de Investigação e Pesquisa, DECECAP - Delegacia de Crimes Econômicos e contra a Administração Pública e Ministério Público Estadual. Lançamento baseado em contrato de compra sem a anuência do autuado. Documentos acostados aos autos não comprovam a realização de operações sujeitas ao ICMS. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 13/05/2014, exige ICMS no valor de R\$95.295,20, além dos acréscimos moratórios, em decorrência da seguinte 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.” Fato gerador ocorrido no mês de dezembro de 2010. (docs.fls.04 a 06)

Consta na descrição dos fatos que: *"Em data, hora e local acima indicados, encerramos a fiscalização da empresa supracitada, em cumprimento à O.S. acima discriminada, tendo sido apurada(s) as seguinte(s) irregularidade(s): 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 pagamentos em anexo), em decorrência de ordem judicial, na Operação Grãos do Oeste realizada pela Força Tarefa: IFIP - Inspeção Fazendária de Investigação e Pesquisa, DECECAP - Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública e Ministério Público Estadual. No exercício de 2010 vendeu 20.000 sacos de soja a R\$ 637.000,00 tendo gerado o ICMS (17%) no valor de R\$57.026,50 e direito a um crédito (12%) de R\$ 6.843,18 e um ICMS devido de R\$108.290,00 e direito a um crédito (12%) de R\$12.994,80 e um ICMS devido de R\$95.295,00*

Constam às fls.11 e 12, dois envelopes contendo intimação cientificando o sujeito passivo do início da ação fiscal, um endereçado para a Fazenda Nova Querência – Jaborandi – CEP 47.655-000 e outro para Rua Abílio de Oliveira Quadra 07 Lote 09, no município de Posse, CEP 73.900-000, sem entrega pelos Correios com a observação “Desconhecido” nos envelopes.

À fl. 13 foi anexado cópia do Edital de Intimação nº 06/2014, cientificando o autuado do Termo de Início de Fiscalização.

Em 13/08/2014, foi expedida uma intimação dando ciência da lavratura do Auto de Infração, para o autuado no endereço sito na Rua Abílio de Oliveira Quadra 07 Lote 09, no município de Posse, CEP 73.900-000, sem entrega pelos Correios com a observação “Desconhecido” no envelope.

Em 04/09/2014, o autuado foi cientificado da lavratura do Auto de Infração, conforme intimação e Aviso de Recebimento dos Correios às fls.22 e 23.

Em 29/09/2014, através do Processo SIPRO nº 183238/2014-3, o autuado, representado por advogado constituído nos autos, em sua impugnação às folhas 24 a 32, destaca a sua tempestividade, faz uma síntese dos fatos, os dispositivos infringidos, inclusive da multa aplicada, e contestou o lançamento com base nos seguintes termos.

Arguiu a nulidade do Auto de Infração por imprecisão na descrição dos fatos, provas e base de cálculo para o suposto débito de ICMS, e alega impossibilidade do exercício da ampla defesa e do contraditório, sob o fundamento de que não foi obedecido o artigo 39 do RPAF/99.

Aduz que analisando o “Demonstrativo de Débito” elaborado para a imputação do valor da penalidade, o agente fiscal considerou como base de cálculo o valor de R\$ 560.560,00, valor esse, que entende existir divergência entre os valores contidos na “descrição dos fatos” e os valores contidos no “Demonstrativo de Débito”, o que diz, por si só já inviabilizar sua defesa, pois a descrição dos fatos não se coaduna com as provas apresentadas. Ou seja, sustenta que o valor constante na descrição dos fatos não confere com o valor constante no demonstrativo de débito pelo agente fiscal.

Com base nisso, argumenta 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, pois não é possível saber quais valores e fatos realmente estão sendo lhe imputados, eivando de total nulidade o auto de infração, devendo então este ser cancelado.

Prosseguindo, apresenta as seguintes razões para cancelamento do auto de infração: inoccorrência do fato gerador de ICMS – Operação não realizada - Falta de circulação de mercadoria – inexistência de obrigação de emissão de nota fiscal.

Discorrendo sobre a situação fática de inexistência de qualquer fato gerador que o obrigasse a emitir nota fiscal, destaca que foi autuado por supostamente ter deixado de cumprir obrigação acessória, qual seja, emitir documento fiscal no momento da realização da operação.

Comenta que a obrigação de emitir documento fiscal no momento da realização da operação, está prevista no Código Tributário Nacional, art. 113, parágrafo 2º, e mais especificamente no art. 34, inciso VI-A da Lei Estadual nº 7.014/96. E que, o momento em que se considera ocorrido o fato gerador do ICMS está disposto no art. 12, I da Lei Complementar nº 87/1996, com dispositivo correspondente no art. 4º, I da Lei nº 7.014/1996.

Salienta que, para haver uma obrigação acessória, é necessário que haja a obrigação principal em virtude da ocorrência do fato gerador. No caso, diz que consta da descrição fática no auto de infração, que a fiscalização com base no entendimento de que houve o fato gerador do ICMS, utilizou como prova deste fato contratos de compra.

Comenta que o fato imponível do ICMS só se completa com a transferência da titularidade da mercadoria, e com base em lições de tributaristas sustenta que apenas o contrato de compra e venda em si não transfere a titularidade da coisa, mas apenas cria uma obrigação de transferir a coisa, consoante artigo 481 do Código Civil.

Pelo evidenciado acima, o defendente diz que a fiscalização autuou o impugnante por ter este supostamente realizado operações sem emissão do respectivo documento fiscal, e questiona: “A qual operação o agente fiscal se refere? A elaboração de contratos de compra e venda que não foram executados? Contratos que sequer (um deles) estão assinados? Sem maiores digressões, é sabido que estes fatos não são fatos geradores de ICMS”

Assim, argumenta que: o agente fiscal não provou a efetiva circulação da mercadoria que fizesse incidir a obrigação tributária; não há qualquer prova da circulação da mercadoria, da

tradição desta entre vendedor e comprador; não há prova da saída da mercadoria, do recebimento da mercadoria, seja prova contábil ou outro documento que comprovasse a tradição da mercadoria, ou seja, a sua circulação jurídica para fins de incidência do ICMS.

Ressalta que o fato gerador do ICMS é a saída jurídica da mercadoria do estabelecimento do contribuinte, e que esta saída não foi provada pelo agente fiscal.

Assevera que caberia ao agente fiscal, a fim de provar o possível fato gerador, ter diligenciado nos documentos contábeis e outros meios para constatar a possível saída da mercadoria do estabelecimento do impugnante ou da entrada pelo estabelecimento do comprador.

Destaca que, mesmo diligenciando sobre tais provas, o agente fiscal constataria que referida operação realmente não ocorreu, ou seja, não houve saída da mercadoria como narrado, vez que os contratos de compra e venda não foram executados, ou seja, as mercadorias não foram efetivamente vendidas e entregues (não circularam).

Repete que “a simples celebração de contrato de compra e venda de mercadorias não faz nascer o dever de pagar ICMS, visto que, 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.

Assim, argumenta que se não houve saída, circulação da mercadoria, não há fato gerador do ICMS, nem a obrigação principal de pagá-lo, bem como, não há que se falar em obrigação acessória de emitir documento fiscal.

Conclui, considerando 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 se não houve a circulação de mercadoria conforme narrada pelo agente fiscal, o presente auto de infração deve ser cancelado.

Finaliza, postulando que:

1. Seja julgado totalmente procedente de sua defesa, para declarar a nulidade da autuação fiscal, tendo em vista que não há relação entre a fundamentação apresentada pela d. autoridade fiscal e a apuração do ICMS supostamente devido já que, se considerado os fatos e valores apontados d. autoridade fiscal e os documentos probatórios carreados nos autos, estes impossibilitam a o contraditório e a ampla defesa por falta de clareza e precisão na elaboração do auto de infração;
2. Quanto ao mérito, que seja cancelada a 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.

Através do Processo SIPRO nº 127.357/2016-1, em 23/07/2016, fls. 39 a 44, o autuante presta informação fiscal, na qual rebateu as razões defensivas argumentando que:

Quanto ao inconformismo do autuado pela lavratura do auto de infração argumentando que não pode exercer o princípio da ampla defesa por não saber do que está sendo acusado não prospera pois além da descrição dos fatos estar clara e detalhada, informou que foi elaborado um demonstrativo, foram citados os exercícios, a mercadoria com o quantitativo, a base de cálculo que é a mesma dos contratos e se encontram anexados nas folhas 4 a 6 deste PAF - Processo Administrativo Fiscal, alíquota, crédito, ICMS devido tudo foi descrito de forma minuciosa inclusive é citada a documentação que deu origem ao auto de infração, contratos e comprovantes de pagamento, estando os mesmos anexados ao processo.

Esclareceu 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 em anexo), em decorrência de ordem judicial, na Operação Grãos do Oeste realizada pela Força Tarefa: INFIP - Inspeção Fazendária de Investigação e Pesquisa, DECECAP -

Delegacia de Crimes Econômicos e contra a Administração Pública e Ministério Público Estadual.

E que, no exercício de 2010 vendeu 20.000 sacos de soja a R\$ 637.700,00 tendo gerado o ICMS (17%) no valor de R\$ 108.290,00 e direito a um crédito (12%) de R\$12.994,80 e um ICMS devido de R\$95.295,20.

Quanto ao argumento que os valores da base de cálculo são diferentes na descrição dos fatos e no demonstrativo de débito, chama a atenção que a descrição da base de cálculo está clara e detalhada não deixando dúvidas e no demonstrativo de débito do Auto de Infração todo cálculo é realizado pelo SEAI – Sistema de Emissão de Auto de Infração, da Secretaria de Fazenda onde se pode observar na folha 03 deste PAF que os valores do débito (ICMS devido) são idênticos: R\$95.295,20 no exercício de 2010, a diferença que o autuado faz referência é o crédito que no sistema do SEAIT não tem como contemplar de forma detalhada, mas que não altera nada, bastando o autuado usar uma calculadora e executar operações básicas de matemática para entender o que foi feito. Portanto Ilustres Conselheiros não vejo como o autuado não pôde exercer o princípio da ampla defesa, tanto pôde que assim o fez.

Sobre o argumento defensivo de que não houve fato gerador do ICMS; que não houve saída das mercadorias; que não houve transferência de titularidade da mercadoria; que 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, o preposto fiscal aduz que, além dos contratos de compra e venda e pagamentos já anexados a este PAF nas folhas 04 a 06, anexou o Boletim de Inteligência Fiscal nº 0600/2012 da INFIP classificado como reservado, nas folhas 44 a 53, e anexado também diversas Carta Frete da Agrovitta 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 transportes das mercadorias, nas folhas 55 a 154 do já citado PAF, concluindo ser inequívoco que o autuado vendeu e entregou a soja sem documentação fiscal e conseqüentemente sem o pagamento do ICMS devido.

Transcreveu o artigo 343 do RICMS, do Decreto nº 6.284 de 14 de março de 1997, vigente na época, para arguir que não deixa dúvidas que a soja em grãos é tributada pelo ICMS e está enquadrada no regime de diferimento.

Com base nisso, afirma que o autuado recebeu o pagamento e vendeu sem documentação fiscal para a Agrovitta a soja em grãos, produzida na sua propriedade rural, um produto tributado enquadrado no regime de diferimento e quando da sua comercialização deveria 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, tudo do já citado acima RICMS.

Esclarece que foi concedido ao autuado o crédito de 12% conforme consta na folha 01 no item Descrição dos Fatos, amparado pelo RICMS já citado acima, no artigo 93 e no Demonstrativo de Débito em anexo na folha [54] deste PAF.

Finaliza reafirmando que o Auto de Infração foi lavrado em obediência aos elementos fundamentais constantes no RPAF - Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, sem agressão aos princípios da legalidade, da motivação, da capacidade contributiva, conforme é a alegação do autuado e esclarece que a documentação que materializou o PAF foi obtida mediante exitosa operação de busca e apreensão realizada pela DECECAP, INFIP e Ministério Público.

Conclui pugnando pela procedência do Ato de Infração.

Foram acostados à informação fiscal os seguintes documentos:

- a) Boletim de Inteligência Fiscal nº 0600/2012, emitido pela Inspetoria de Investigação e Pesquisa (INFIP) – fls.45 a 54.
- b) Demonstrativo de Débito do Auto de Infração – fl.55.
- c) Documentos da Agrovitta intitulado de “Saldo de Frete” – fls.56 a 100; 111 a 117; 122; 149 a 151; 153 a 157.
- d) Documentos emitidos pela Agrovitta intitulado de “Carta de Frete-Via Empresa” fl.101 e 152.
- e) Documentos emitidos pela Agrovitta intitulado de “Adiantamento de Frete” – fls.102 a 110; 118 a 121; e 129 a 149.
- f) Documentos emitidos pela Agrovita intitulado “Ordem de Carregamento” – fls.123 a 124.
- g) Documentos emitidos pela Agrovitta intitulado de “Adiantamento de Frete” e “Saldo de Frete” – fls.125 a 127.

Consta à fl.158, uma Intimação dando ciência ao autuado da Informação Fiscal e à fl.159 um envelope em nome do autuado endereçado para a Fazenda Nova Querência – Jaborandi – CEP 47.655-000, sem a entrega pelos Correios por falta de localização.

Através do Edital de Intimação nº 03/2016, publicado no Diário Oficial do Estado no dia 20/08/2016, o autuado foi intimado a comparecer na Inspetoria Fazendária de Bom Jesus da Lapa para tomar conhecimento da informação fiscal (doc.fl.161).

Em 20/10/2016, através do Processo SIPRO nº 183238/2014-3, fls.163 a 165, o autuado, representado por advogado constituído nos autos, manifesta-se sobre a informação fiscal nos seguintes termos:

“1 – Conforme consta do auto de infração, os contratos juntados pela autoridade fiscal sequer possuem assinatura do autuado.

Todos os documentos foram encontrados na sede da Agrovitta, não podendo ser considerados idôneos em relação ao autuado.

2 – O autuante juntou com sua informação fiscal apresentada diversos adiantamentos/carta de frete emitidos pela Agrovitta e não pelo autuado.

Referidos documentos não foram emitidos pelo autuado e sequer consta qualquer assinatura sua em qualquer dos documentos.

Referidos documentos constam como Remetente o autuado e como destinatário “Produtos Alimentícios Orlândia S/A” (Arroz Brejeiro), da cidade de Orlândia/SP, pessoa juridical totalmente estranha aos fatos narrados pelo d. autoridade fiscalizadora.

No auto de infração consta que os fatos geradores ocorreram no ano de 2010, sem especificar a data precisa.

Os documentos relacionados aos supostos fretes possuem diversas datas que não correspondem ao indicado no auto de infração. Não há precisão dos fatos ocorridos, o que prejudica a defesa. É impossível relacionar os documentos juntados pelo autuante com algum fato gerador concreto.

Neste sentido, nos Auto de Infração nº 278906.0345/15-0, 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 frete como prova para tanto”.

Pelo exposto, reitera os argumentios apresentados na defesa, pleiteando a declaração de nulidade do auto de infração, por entender que não houve o fato gerador do ICMS.

VOTO

Na análise das peças processuais, constato que o presente auto de infração se baseia nos Contratos de Compra nº 537/2010 no valor de R\$384.000,00, fl.04; 509/2010 no valor de R\$93.000,00,

fl.05; e 523/2010 no valor de R\$160.000,00, fl.06, apreendidos na empresa Agrovita Agroindustrial Ltda., 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.

Além disso, foram acostados na informação fiscal, um demonstrativo contendo a demonstração da apuração do débito que foi lançado no auto de infração (fl.54); o Boletim de Inteligência Fiscal nº 0600/2012 (fls.45 a 54) da Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisas (INFIP) e documentos denominados “Saldo de Frete” e “Adiantamento de Frete” (docs.fls.56 a 157).

Não obstante os documentos acima citados terem sido obtidos no processo decorrente de ordem judicial dentro da operação intitulada “Grãos do Oeste”, organizada pela INFIP, DECECAP e Ministério Público Estadual, fato não negado pelo autuado, entendo que não restou caracterizada a infração, sendo indevida a exigência fiscal, pois os contratos de compra de soja em grãos acima citados, inclusive formulários de adiantamento de frete, por si só, não comprovam a efetiva realização de operação comercial entre a Agrovita e o autuado. Ou seja, os documentos acostados aos autos não se revestem de legitimidade, na medida em que, como dito acima, apesar apreendidos em decorrência de ordem judicial, não comprovam a efetiva circulação das mercadorias.

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 estes requisitos: é necessário que tenha havido a entrega da mercadoria ou o pagamento da mesma.

Os contratos constantes nos autos só estão assinados por uma das partes (Agrovita). Entendo que tais contratos na forma que se apresentam e sem a prova do pagamento ou da circulação da mercadoria, são imprestáveis para documentar a operação de venda entre o autuado e a Agrovita, razão porque, não restou comprovada a realização e concretização da operação comercial da mercadoria objeto da lide em relação aos referidos contratos.

Assim, afasto toda a argumentação do autuado de nulidade do auto de infração na forma que foi arguída, e no mérito, considerando que os elementos trazidos aos autos não provam a materialmente a ocorrência de operação sem emissão de documento fiscal, não há como manter a autuação.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206920.1233/14-0**, lavrado contra **HONOR TEIXEIRA COSTA JÚNIOR**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR.