

A. I. Nº - 206905.0030/15-7  
AUTUADO - ALAN JULIANI  
AUTUANTE - MARIA IRACI BARROS DE SÁ TELES, MARCO ANTONIO MACHADO BRANDÃO,  
MIRIAM BARROSO BARTHOLO e GILMAR SANTANA MENEZES  
ORIGEM - INFAS BARREIRAS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28.07.2016

**6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0053-06/16**

**EMENTA:** ICMS. OPERAÇÃO REALIZADA SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL OU ACOMPANHADA DE DOCUMENTO NÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. NULIDADE. – Comprovado a pertinência da presunção conforme inciso II do parágrafo 4º do Art. 4º da Lei 7.014/96, e a redução do débito em função de adequação do cálculo inicial. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração objeto de exame foi lavrado em 17/10/2015 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$79.529,46, bem como aplicação de multa no percentual de 100%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 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.

Colhe-se no campo descrição dos fatos da peça vestibular 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 Contribuinte tomou ciência do feito em 09/11/2015, repercutindo como limite para apresentação da defesa o dia 07/01/2016. Constata-se, conforme documento às fls. 30 que, aos dias 24/11/2015, tempestivamente, portanto, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 31 a 44. Quando alinhou o seguinte arrazoado.

A defesa inicia a argumentação alegando preliminarmente 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, devendo, no entendimento da defesa, ser considerada nula a referida intimação fiscal inicial.

Ainda em preliminar, destaca que o autuado desconhece as operações sem emissão de documentos fiscais que lhe são imputadas, ignorando, por completo, as razões que fundamentam

a autuação, tendo em vista, conforme alega, 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. Observa ainda, que o autuante apresenta meramente transferências bancárias sem, contudo provar a ocorrência de fatos geradores sujeita ao recolhimento do ICMS. Finaliza afirmando que tal procedimento adotado pelo Fisco Estadual representa um evidente atentado ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Afirma em conclusão preliminar que a infração é nula por não haver nos autos elementos suficientes para se determinar a infração nos termos do art. 18, inciso IV, alínea "b" do RPAF, pois os elementos trazidos nos autos não provam materialmente a ocorrência das supostas operações sem emissão de documento fiscal.

Discorre sobre os princípios da ampla defesa e do contraditório afirmando quanto aos quais ter o Autuante incorrido em desrespeito, e alinha diversas correntes doutrinária em seu favor como também transcreve o inciso LV, do artigo 5.º Constitucional.

Aduz que autuado 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 fls 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 sujeitas 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.

Reclama que "*Deve-se rechaçar qualquer 'imperatividade' às suposições dos atos administrativos imputados, em especial a infração destacada, devendo ser declarada nula em razão de não conter elementos suficientes para determinar a infração, assim reza o RPAF, no art. 18º, inciso IV, alínea "a":*"

Ressalta que "*no Direito Tributário, é nulo o Auto de infração baseado em presunção fiscal sem a devida fundamentação, vez que se converte em FICÇÃO, ferindo o princípio do Ato regrado ou Vinculado à Lei (CTN, art. 97, I e II, 114, 116, I, 141, 142, 144; CF/88, arts. 5º II; 37 "caput", 150, I). Com efeito, a referida imputação é desprovida de elementos comprobatórios, como exige o RPAF, Dec. Nº 7.629/99, em seus artigos 2º, caput, 39, inciso III e IV, alínea "b" e 41, inciso II,...)*"

Transcreve doutrina do Prov. Paulo de Barros Carvalho e da Professora Suzy Gomes Hoffmann acerca de inversão do ônus da prova, os quais ensinam que quando o sujeito passivo contesta a fundamentação do ato lavrado pelo fisco, o ônus volta-se para a Fazenda, cabendo-lhe provar o

descabimento jurídico da alegação, para que se possa manter a exigência.

E conclui sua argumentação pela nulidade solicitando que o doto Conselho da Fazenda Estadual julgue nula a autuação, por falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

Quanto mérito, na eventualidade da desconsideração dos argumentos preliminares de nulidade e em sendo considerado, por ocorrida as referidas operações sem emissão de nota fiscal objeto da autuação, afirma a defesa 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, por tanto, a concessão de crédito fiscal de 12% nos termos do art. 117, inciso III, § 4º. C/c anexo 98 RICMS/97.

Defende a Autuada que não há motivo para o autuante ter procedido à lavratura do auto de infração, baseando-se em exigências inconsistentes, e transcreve neste sentido as orientações de Celso Antônio Bandeira de Mello, Seabra Fagundes e Hely Lopes Meirelles, quando estes discorrem sobre o princípio da motivação e afirma que cabe a Administração o dever de justificar seus atos com os fundamentos de direito e de fato, sendo necessário aferir à consonância da conduta administrativa com a lei que lhe motivou. E assevera que não havia motivo para que se procedesse a lavratura do auto de infração.

Destaca que o poder do agente administrativo é vinculado conforme determina a lei tributária e cita o art. 3º do CTN, que define o tributo como prestação pecuniária, a ser cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Assim, o objeto do lançamento, como ato de mera vontade da administração sem a identificação do sujeito passivo da obrigação, a determinação da base de cálculo e da alíquota para apuração do montante a pagar e os termos da exigibilidade não encontram amparo legal, pois inexiste margem de liberdade de escolha para o agente que pratica o ato, e trás neste sentido excertos doutrinários.

Afirma que a validade e eficácia do ato administrativo estão condicionados a sua prática em motivos reais, idôneos e existentes, e que por isto, carece de motivos que sustentem a autuação, visto que não foi considerado o desconto legalmente previsto. E afirma ainda que não havia motivo para que os autuantes exigissem a malsinada infração, pelo menos nos valores que ora se contesta.

Pede, por fim, e por tudo o quanto expôs, que este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF julgue NULA a exigência fiscal em questão que resultou na lavratura do Auto de Infração em tela.

Já o Autuante, por sua vez, afirma que de fato verificou a ocorrência de uma relação comercial entre o produtor rural Autuado e o contribuinte AGROVITA AGROINDUSTRIAL LTDA, que hoje se denomina AGRONITA, mas que permanece com o nome fantasia de AGROVITTA, e se encontra em situação de inapto. Esclarece que a AGROVITTA é a titular da conta corrente 45922-4, agência 231-3 do Banco do Brasil, e que foi anexado aos autos uma cópia da identificação desta conta, porem não localizei nos autos.

Afirma ainda que a seu ver a referida relação comercial se comprova através das transferências bancárias feitas pela AGROVITTA para a empresa autuada, e que apresentou estes comprovantes às fl's 8 a 15 e as relacionou às fl's 16 e 17. E afirma que estes comprovantes de transferência são de fato comprovantes de pagamento.

Esclarece que os comprovantes de transferência indicados acima foram objeto de apreensão pela Secretaria de Segurança Pública e pela Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa - INFIP, conforme descrição no Boletim de Inteligência Fiscal número 0600/2012, que afirma estar anexo aos autos.

Alerta que a alegação da defesa de que não houve venda de mercadoria está vazia de credibilidade, pois sequer esclarece os motivos para justificar as transferências bancárias a seu

favor realizados pela AGROVITA, colacionados às fl's 8 a 15, que somam R\$ 469.320,33.

Entende o Autuante que estes comprovantes de transferência bancária se constituem em "documento/fisco contábil", motivo pelo qual só pode se relacionar a venda de mercadorias.

Alerta ainda o Autuante que de fato o contribuinte operou com venda de soja, pois que pede na sua defesa que lhe seja concedido eventualmente o crédito estimado de 12%, relativo a soja e previsto no Decreto 9.029/04.

E pede o Autuante que diante da argumentação da defesa esposada acima, considerando a sua informação fiscal, e ainda, os documentos de cadastro da ALAIN JULIANI e da AGROVITA, determine o julgamento parcial do presente Auto de Infração, dando ao Autuado o crédito de 12% sobre o valor do ICMS lançado na peça vestibular.

## VOTO

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 da Autuada 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 a Autuada, 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 a Autuada 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.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206905.0030/15-7 lavrado contra **ALAN JULIANI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$79.529,46**, acrescido da multa 100%, prevista no art.42, IV, "h", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2016.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR