

N. F. Nº - 926913.0010/15-3
NOTIFICADO - JÂNIO BOMFIM BORGES
NOTIFICANTES - MARCO ANTÔNIO MACHADO BRANDÃO
- MIRIAM BARROSO BARTHOLO
- GILMAR SANTANA MENEZES
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 15/04/2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0034 -06/20NF

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. Os depósitos realizados na conta bancária se tratam de suprimento de caixa de origem não comprovada, que resulta em presunção *juris tantum*, ou seja "apenas de direito" por força da lei, conforme previsão do inciso II do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, que autoriza a presunção relativa, válida até prova em contrário de que houve saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de documento fiscal. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal objeto deste relatório foi lavrado em 03.12.2015 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$13.464,00, bem como aplicação de multa no percentual de 100%, pela constatação da seguinte infração:

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.”

Acrescentaram ainda os notificantes os seguintes esclarecimentos:

“Durante a Operação Grãos do Oeste, em operação de busca e apreensão, resultante de ordem judicial, foram encontrados três comprovantes de pagamento em nome do Notificado. Conforme análise de documentos fiscais.

A Operação Grãos do Oeste foi realizada por Força Tarefa composta por servidores da: INFIP - Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa, DECECAP - Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública e Ministério Público Estadual.

O contribuinte foi intimado para a apresentação das Notas Fiscais referentes à estas transações. Não o fez.

Comprovantes de transferência e ordens de carregamento informam que o contribuinte realizou operação da venda das mercadorias tributadas sem emissão de Nota Fiscal e sem o pagamento do correspondente ICMS devido. (...)

Não contendo a peça vestibular a ciência da notificada, consta às fls.10 o EDITAL DE INTIMAÇÃO Nº 20/2015 publicado no diário Oficial de 24/12/2015.

Constata-se, que em 13/01/2016 (fl. 13) a Notificada apresentou impugnação ao lançamento,

através dos documentos constantes às fls. 23 a 29, quando apresentou o arrazoadado de defesa relatado a seguir:

A defesa iniciou a peça defensiva sob o título “DOS FATOS”, quando relatou que a Impugnante recebeu a Notificação Fiscal nº: 926913.0010/15-3 em função de supostas faltas na emissão de

Passando ao título “1. DAS RAZÕES PARA A ANULAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO FISCAL. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR” discorreu sobre o conceito de fato gerador reproduzindo o inciso I, do art. 1ª do RICMS.

Art. 1º. O imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) tem como fatos geradores:

I - A realização de operações relativas à circulação de mercadorias

Destacou que no caso em tela temos que o Auditor Fiscal lavrou Auto de Infração contra o Autuado sob a justificativa de que ocorreu operação realizada sem a emissão de documento fiscal ou com a emissão de outro documento não fiscal (pedido, comanda, orçamento ou 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.

E ainda que segundo informado pelo órgão fiscalizador em sua “descrição dos fatos”, os autuantes fundamentaram o referido auto em ordens de carregamento que informam que o contribuinte realizou operação de venda de mercadorias tributadas sem emissão de nota fiscal e sem o recolhimento do correspondente ICMS e em três transferências bancárias da Agrovitta em favor do Autuado totalizando o valor de R\$90.000,00.

Concluiu que nesse cenário, é sabido pelo autuado que o auto de infração goza de presunção relativa de veracidade, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência da referida presunção.

Alegou, entretanto que da análise dos referidos documentos concluiu que a simples existência de transferências bancárias da empresa AGROVITTA para o autuado não poderia levar a presunção da existência de venda de mercadorias, não sendo documento hábil a comprovar qualquer tipo de relação jurídica entre as partes e, muito menos, que houve de fato circulação de mercadoria.

Reiterou que para configurar a existência de qualquer imposição tributária, deve haver um ‘FATO’. E que não se pode, arbitrariamente, notificar um ato distinto do que aquele qualificado pela lei, deve-se tributar ‘ALGO’, um ‘FATO GERADOR’, que no caso em epígrafe, nunca ocorreu, pois, a documentação existente é cristalinamente incapaz de comprovar a circulação da mercadoria.

Afirmou que o auto foi lavrado com base em “presunções” sem qualquer comprovação fática de que tenha realmente havido transação comercial entre as partes. Ou seja, foi lavrado sem qualquer indicação fática/contábil que justificasse a sua lavratura, posto que o auto foi lavrado mediante conjecturas de documentos que passam longe de ser qualquer escrituração contábil.

Asseverou que os documentos apresentados sequer são capazes de comprovar uma relação jurídica entre as partes, na medida que se fundam tão somente em transferências bancárias de valores entre as partes, não ficando demonstrado que ocorreu alguma relação comercial entre ambas, tampouco que houve circulação de mercadorias tributadas, que não comprovaria, portanto, a existência de fato gerador capaz de fundamentar a incidência do imposto.

Concluiu que da análise sobre as razões que levaram a SEFAZ a emitir a notificação fiscal, descrita no auto, percebe-se que o notificado foi autuado simplesmente pela existência de transferência bancária entre a empresa AGROVITTA e ele, mas o órgão fiscalizador não informa qual teria sido a transação comercial entre ambos, qual teria sido a mercadoria tributável que

teria circulado e, portanto, incidiria o ICMS, quantidade, data da transação, nada, inclusive, informa que a transferência bancária teria ocorrido em janeiro de 2011, sendo que os comprovantes juntados datam de outubro de 2010.

Asseverou que o órgão fiscalizador deveria especificar qual a razão da sua autuação, qual mercadoria teria circulado e gerado o dever de recolhimento de ICMS. Deste modo entendeu a defesa que na ausência destas informações, teria-se por demasiadamente insustentável a presente notificação, vendo o notificado injustamente tributado por algo inexistente. Reclama que acolha as razões expostas, impugnado a notificação citada.

Passando a tratar do título “2. DA MULTA APLICADA. PERCENTUAL DE 100%. CARATER CONFISCATÓRIO DA MULTA” reportou-se à dicção do inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal de 1988 que reproduziu.

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV – utilizar tributo com efeito de confisco." (grifo nosso)

Rematou que o princípio do não-confisco revela-se corolário cristalino do clássico princípio da capacidade contributiva, que tanta relevância adquiriu em nosso ordenamento. O confisco seria desproporcional à capacidade contributiva, seria aniquilamento desta, o que violaria a graduação determinada pela Lei Maior.

Explicou que por imposto confiscatório se deve entender como aquele que absorve grande parte do valor da propriedade ou de sua renda, acarretando em flagrante cobrança inconstitucional, disse ser o caso do auto ora combatido, que impõe ao Autuado multa de 100% do valor lançado, de modo a ferir diretamente o princípio da capacidade contributiva, na medida em que se o Autuado aos olhos do r. auditor fiscal demonstrou capacidade contributiva de X, cobrar-lhe o dobro seria uma cobrança demasiadamente confiscatória, que não possui o condão de refletir a real capacidade contributiva do Autuado, remetendo a jurisprudência do STF.

Ao final sob o título “CONCLUSÃO”, requereu sejam tomadas as seguintes providências:

- “a) Seja regularmente distribuída e conhecida a presente DEFESA, sendo processada pelo órgão competente, e após,*
- b) Seja, face a nulidade do auto de infração pelos motivos acima desfilados, declarada a NULIDADE do auto, por inexistência de fato gerador, destinando-a ao arquivo administrativo; Se assim não entendido,*
- c) Seja excluída a cobrança da MULTA de 100% ante ao seu flagrante caráter confiscatório”*

VOTO

No presente lançamento está sendo exigido crédito tributário 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 (documentos de transferência eletrônica financeira em favor da notificada feita pela empresa AGROVITA AGROIND LTDA., fls. 06 a 08), obtida pelo fisco em decorrência de ordem judicial, por ocasião da 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.

A notificada suscitou a nulidade do lançamento arguindo inexistência de fato gerador, por considerar que os elementos probantes que sustentam a acusação fiscal (três transferências bancárias em favor da notificada feitas pela empresa AGROVITA AGROIND LTDA totalizando o valor de R\$90.000,00).

Todavia, considero equivocada a pretensão de nulidade posto que se trata em verdade de arguição afeita ao mérito da questão e, portanto, sujeita a cognição de procedência ou

improcedência do feito, que será analisada com a devida profundidade a frete. Afasto, por conseguinte a arguição de nulidade em tela.

No mérito, argumentou o autuado ausência do fato gerador de ICMS e de provas da circulação de mercadorias, alegando que apenas os comprovantes de três transferências bancárias em seu favor realizadas pela empresa AGROVITTA AGROIND LTDA, com a qual a notificada realiza operações comerciais tendo-a como destinatária comercial de sua produção rural, totalizando o valor de R\$90.000,00 não comprovariam que as mercadorias foram efetivamente vendidas e entregues, sem que a SEFAZ-BA juntasse aos autos qualquer documento/contrato de compra e venda assinado pela notificada que pudesse comprovar a referida transação.

Entretanto, considero descabido esse argumento, pois, se trata de presunção *juris tantum*, ou seja "apenas de direito" por força da lei, - como reconhece a defesa, conforme previsão do inciso II do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, consistente na presunção relativa, válida portanto até prova em contrário, de que houve saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de documento fiscal.

Lei nº 7.014/96

"Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

II - suprimimento a caixa de origem não comprovada;"

Destarte, considerando que não se observa dos autos comprovação em contrário, produzida pela defesa, resta afastada a presente arguição de mérito, mantendo-se incólume o feito.

Quanto a arguição de ofensa ao princípio do não confisco, alegada em relação a multa de 100% sugerida pelo notificantes, reputo que não tem este órgão judicante competência para afastar esta exação que decorre de imposição legal, que fora tipificada na alínea "h" do inciso IV do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Desta forma, voto pela procedência da presente Notificação Fiscal, aquiescendo, entretanto, com o pedido da inclusão, se for o caso, do endereço da Impugnante constante no introito desta, nos dados cadastrais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade em instância ÚNICA julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **926913.0010/15-3**, lavrado contra a **JÂNIO BOMFIM BORGES** devendo ser intimado o notificado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.464,00**, com os acréscimos moratórios e da multa, conforme alínea "h" do inciso IV, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Sala de Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2020.

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS– JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR