

PROCESSO - A. I. Nº 147432.0000/12-0
RECORRENTE - HÉLIO PEREIRA CARVALHO (CARVALHO) - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0099-02/14
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
INTERNET - 12/06/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0134-11/15

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. É incontestável que os dados dos DANFE anexados ao processo o colocam como sujeito passivo e ficou demonstrado que o Recorrente apenas negou a aquisição das mercadorias e imputou ao Fisco, toda a responsabilidade para a produção de provas adicionais que o incriminassem, constituindo tal argumento em abuso do direito de defesa, pois o contribuinte tem o direito de questionar o procedimento administrativo, mas incumbe-lhe, por consequência óbvia, o ônus de demonstrar suas assertivas e isto não foi feito. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 2ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão de fls. 214/17) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/03/2013, sendo efetuado lançamento de MULTA no valor histórico de R\$131.826,32, em decorrência da constatação de entradas no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Após a apresentação da defesa (fls. 109/113) e da correspondente informação fiscal, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 2ª JJF que julgou o auto procedente por unanimidade após superar a arguição preliminar de nulidade, o que fez nos seguintes termos, em resumo:

VOTO

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito. Não acolho as preliminares de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico.

Verifica-se que, a contrário do pensamento manifestado pelo defendente, que o autuado não estava enquadrado no regime do SIMPLES NACIONAL, o mesmo estava enquadrado no Regime de Conta Corrente Fiscal, ou seja, Regime Normal, conforme comprova o extrato do Sistema INC – Informação do Contribuinte, fls. 104 e 105 dos autos.

Em relação ao argumento defensivo de que o autuante “não apresenta as notas fiscais que relacionou em seu demonstrativo denominado NOTAS FISCAIS NÃO REGISTRADAS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS”, o mesmo não pode ser acolhido, uma vez que às cópias dos DANFE’s relativos às Notas Fiscais Eletrônicas que embasaram a autuação foram acostadas aos autos às folhas 117 à 180. Cabe registrar que as referidas cópias foram entregue ao sujeito passivo, conforme Termo de Intimação e AR – Aviso de recebimento acostados às folhas 116 e 181 dos autos, o qual, inclusive, foi intimado para se manifestar.

Ainda sobre esta questão, entendo que não é necessário que as citadas cópias esteja nos autos, pois, no demonstrativo elaborado pela fiscalização, constam os dados dos documentos fiscais e as respectivas “CHAVES DE ACESSO”, o que possibilitam ao autuado realizar as conferências necessárias visando exercer seu direito de defesa amplamente.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide. No mérito, observo que a autuação foi lastreada no levantamento fiscal denominado de “NOTAS FISCAIS NÃO REGISTRADAS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS”, fls. 05 a 08, bem como, nas cópias dos DANFE’s relativos às Notas Fiscais Eletrônicas que embasaram a autuação foram acostadas aos autos às folhas 117 à 180, e ao sujeito passivo foram dadas todas as oportunidades para sua livre manifestação. Ressalto que a defesa não questionou os cálculos apontados do levantamento fiscal. Também, não apresentou nenhuma prova de teria escriturado qualquer dos documentos indicados nos levantamentos fiscais.

Quanto aos Acórdãos citados pela defesa, não cabe acolhimento, pois tratam de situações diversas da presente lide.

Cabe registrar que a Nota Fiscal Eletrônica é prova suficiente da operação nela consignada e, portanto, não há a necessidade da investigação sobre a entrada da mercadoria no estabelecimento destinatário ou da comprovação do pagamento correspondente. Os documentos fiscais indicam com precisão os dados cadastrais do autuado e também fazem prova da circularização das mercadorias em território baiano, além do que descrevem mercadorias comercializadas pelo autuado, sendo jurisprudência pacífica deste Conselho que, nestas situações os referidos documentos fazem prova da circulação da mercadoria no estado baiano e que o destinatário recebeu as mercadorias. A título de exemplo cito ACÓRDÃO CJF Nº 0114-12/09 da 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Em resumo, a 3ª JF entendeu que a infração restou caracterizada por entender que é suficiente ao exercício da ampla defesa, o fornecimento das chaves de acesso das notas fiscais eletrônicas, bem como nas cópias acostadas dos DANFE fls. 117/80, que os julgamentos citados não guardam relação com os fatos da lide, que não se questionou os cálculos do levantamento fiscal, e que a nf-e é prova suficiente da operação nela consignada, com todos os dados nela consignados e que a jurisprudência deste conselho é pacífica quanto a esta questão e que tais documentos fazem prova de que houve circulação no Estado da Bahia e o impugnante recebeu as mercadorias.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 227/238), aduzindo que, conforme demonstrado na impugnação outrora apresentada, não merece prosperar a autuação nos termos em que apresentada, pelo que a mesma deveria, em sua integralidade, ser julgada improcedente, nos termos abaixo propostos, em resumo:

Que o ilustre autuante imputou a infração ao contribuinte por entender que a empresa adquiriu mercadorias tributáveis e não as registrou no livro de entradas, razão porque presumiu omissão de saída de mercadorias tributáveis. Ocorre que as supostas omissões encontradas não poderiam ser consideradas, vez que o autuante presumiu a omissão com base em notas fiscais eletrônicas, assim como a emérita 2ª Junta de Julgamento Fiscal entende que tais notas fazem provas suficientes que as mercadorias foram adquiridas pelo autuado.

Que o Fisco baiano apenas presume, sem prova irrefutável da efetiva entrada das referidas mercadorias no estabelecimento da empresa autuada, fato que demonstra a ilegitimidade do autuado como sujeito passivo da imputação, vez que a imputação não passa de mera presunção. Impende salientar, que as informações extraídas do sistema de informática da SEFAZ, como extratos do CFAMT, SINTEGRA, NF-e, etc., ainda que tenham sido circularizados, somente adquirem força para comprovar as aquisições de mercadorias, quando apresentados juntamente com canhotos de recebimento, conhecimento de transporte, comprovantes de pagamentos, etc.

Ocorre que, tal imputação é desprovida de elementos comprobatórios, conforme alegado em sede de Defesa, como exige o RPAF, Decreto nº 7.629/99, em seus artigos 2º, caput, 18, inciso IV, alínea “a” e 41, inciso II. Como se vê, é indispensável a apresentação das provas relativas aos fatos argüidos, e a sua falta conduz à nulidade da exigência fiscal. Sem a prova da entrada das mercadorias do estabelecimento autuado, não pode o Fisco estadual impor qualquer penalidade ao contribuinte tendo em vista que, embora a Lei nº 7.014/96 autorize a cobrança de ICMS por presunção fiscal, há outros dispositivos que devem ser observados ao se utilizar a presunção, já

que o Processo Fiscal é regido pela estrita legalidade e pela verdade material ou verdade objetiva, entre outros cuja inobservância cerceia o direito de defesa do contribuinte.

Insta frisar que as cópias das notas fiscais apontando o autuado como destinatária podem provar vários acontecimentos tais como: a saída das mercadorias da empresa remetente; a entrada das mesmas no Estado da Bahia; registro do sistema SINTEGRA; ou qualquer outra ocorrência que se pretenda afirmar. Daí sua indispensabilidade, porque sem ela, não há certeza da ocorrência da omissão de pagamento de imposto pelo autuado porque não há prova irrefutável, absoluta de que o autuado adquiriu as mercadorias e que as mesmas adentraram em seu estabelecimento. Neste sentido, se não tem prova contundente de entrada das mercadorias objeto da imputação no estabelecimento da empresa autuada a mesma não tem legitimidade para figurar no polo passivo da obrigação.

Corroborando com esse entendimento o nosso Órgão Julgador Baiano – CONSEF, assim tem-se pronunciado, como no “ACÓRDÃO JF Nº 0034-04/09. Resolução. ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Nesta situação específica, foram coletadas 2ª vias das notas fiscais no estabelecimento emitente localizado em outro Estado. Não ficou comprovado que as mercadorias consignadas nas notas fiscais objeto da autuação, tenham entrado no Estado da Bahia e que tenham sido adquiridas pelo estabelecimento indicado como destinatário. Infração não comprovada. Auto de Infração IMPROCEDENTE.”

Neste sentido, a fim de garantir a proteção da esfera jurídica do contribuinte, regra geral, cabe a lei determinar expressamente todos os aspectos relacionados aos tributos, razão porque as limitações ao poder de tributar foram erigidas a normas constitucionais fundamentais, núcleo intangível da Constituição Federal. Neste diapasão, para ter certeza de que a empresa adquiriu as mercadorias o autuante deveria, ao invés de apenas presumir a entrada de mercadorias, era comprovar que as mercadorias aludidas nas notas fiscais por ele relacionadas na exigência fiscal, foram efetivamente entregues no estabelecimento do autuado. E como se poderia realizar esta comprovação? Facilmente. Basta que ele apresente o canhoto de recebimento da mercadoria assinado por qualquer preposto da empresa. Basta também, que ao passar pelos postos fiscais, o Fisco acompanhe onde foram descarregadas as mercadorias ou verifique, logo após a entrega, seu registro nos livros fiscais da empresa.

Que deveria se fazer circularização junto a fornecedores bem como acostas cópias de duplicatas ou ainda a auditoria da conta caixa/bancos e na conta fornecedores. Destarte, cumpre-se registrar que não restou comprovado o recebimento das referidas mercadorias, restando demonstrada a ilegitimidade do autuado para figurar no polo passivo da referida obrigação. O que há é mera presunção de que o autuado efetuou tais compras, à medida que não foram trazidas aos autos, por exemplo, o pedido de fornecimento, o canhoto da Notas Fiscais referidas com a assinatura do autuado; o comprovante de pagamento de frete referente a ditas notas fiscais; comprovante de pagamento das referidas compras junto aos fornecedores ou ainda a diferença no estoque que possa confirmar a presunção hipoteticamente admitida.

Alega que o Fisco pretende, pois, transferir para o autuado a obrigação de provar aquilo que na ação fiscal não conseguiu; inverte, assim, o ônus da prova, o que em direito fiscal é sempre de quem acusa; por aplicação analógica do art. 333, I, c/c o 126, 2ª parte, do CPC (aplicado subsidiariamente ao PAF cf art. 115 do RPAF); art4º da Lei de Introdução do Código Civil e art. 108, I do CTN/66.

Assim, havendo indícios de omissão de receita o Fisco deve criar mecanismos que possibilitem a apuração da verdade, de outro modo, não sendo possível averiguar a verdade não pode o contribuinte assumir o ônus de uma fiscalização evasiva, que não tenha consistência, deve o Fisco, na incerteza abster-se de fazer o lançamento, *in dubio pro contribuinte*. Por todo exposto e por todos os princípios de proteção ao contribuinte especialmente o princípio do *in dubio pro contribuinte*, o autuado REQUER, que este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF decrete a NULIDADE do Auto de Infração em tela, por ser de direito e da mais LÍDIMA

JUSTIÇA. Todavia, caso assim não entenda este Eminentíssimo Órgão Colegiado, o que somente se admite “AD ARGUMENTANDUM TANTUM”, o autuado postula pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração de N.º 147432.0000/12-0, atestando a veracidade do *quantum* alegado e provado neste Petição.

VOTO

Entende o Recorrente que não havia a necessária certeza de que as mercadorias que constam nos Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE, que consubstanciaram o lançamento efetuado, tenham efetivamente adentrado o estabelecimento autuado.

Neste caso, embora eventualmente algum Auto de Infração envolvendo aquisições de mercadorias por meio de notas fiscais eletrônicas, possa ter sido anulado por este Conselho, entendo que não se pode estender a nulidade de maneira linear a todos os processos por conta da negativa de recebimento das mercadorias, que constam em notas fiscais eletrônicas regularmente emitidas.

Necessário ainda, ressaltar que os casos que o Recorrente apresentou como exemplos de nulidade declarada por este Conselho, como o Acórdão JF nº 0034-04/09, não guarda correlação com este processo, tendo em vista se tratar naquele julgamento, de notas fiscais impressas e não eletrônicas, e os demais exemplos apresentados, por ilegitimidade passiva ou por inobservância do devido processo legal, não se aplica à presente lide, tendo em vista as provas apresentadas (fls. 117/80), que caracterizam o Recorrente como sujeito passivo, e a obediência e o respeito aos princípios da ampla defesa e ao devido processo legal.

Assim, é necessária a análise do conjunto fático-probatório do caso *in concreto*, em consonância com os dispositivos legais, de forma a se aceitar o argumento anulatório, que é o que passo a fazer daqui por diante. Inicialmente, transcrevo aqui o que diz a Lei nº 7.014/96, acerca das presunções por conta da falta de Registro de Entradas de Mercadorias:

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:

(....)

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

Ora, a presunção feita pelo Fisco, nos termos do parágrafo 4º, cabe prova em contrário, não sendo pois, uma presunção absoluta, mas uma presunção *iuris tantum*. Seguramente, se o lançamento pela falta de registro de entradas estivesse sempre vinculado à entrega dos documentos e à confissão do próprio contribuinte, não faria qualquer sentido o dispositivo legal acima, pois deixaria de haver qualquer presunção.

Por outro lado, se a presunção relativa se valesse apenas da negativa do contribuinte autuado, todos poderiam fazer aquisições sem os devidos registros, negando o recebimento, deixando o Fisco de mãos atadas, haja vista a impossibilidade da fiscalização colocar um preposto na porta de todos os estabelecimentos para comprovar a efetiva entrada das mercadorias. Assim, necessário se analisar as provas apresentadas e as nuances intercorrentes na impugnação, de modo a se fazer juízo de valor da aludida nulidade.

Conforme ensinamentos do Mestre Paulo Celso B. Bonilha “a *presumida legitimidade do ato administrativo permite à Administração aparelhar e exercitar, diretamente, sua pretensão e de forma executória, mas este atributo não a exime de provar o fundamento e a legitimidade de sua pretensão*”. Assim, sendo o lançamento, um ato jurídico administrativo, obviamente requer a sua fundamentação e o oferecimento de provas de que o fato ocorreu, e neste caso aqui em lide, é indubitável que *a priori*, as provas existem, conforme atestam as cópias de DANFE entre as fls. 176/80, o que torna o ato de lançamento formalmente válido e perfeito.

Continuando, a primeira conclusão aqui afirmada, é de que existiram as operações conforme provam os DANFE em anexo ao PAF. Resta analisar então, o argumento do Recorrente, de que não é o responsável pelas aquisições ali demonstradas, de forma a justificar eventual improcedência do lançamento.

Nos termos do art. 143 do RPAF, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Embora tenha relatado as circunstâncias em que elucubra as possibilidades do fato gerador não ter ocorrido, não apresentou um único e mísero indício de que tais aquisições caracterizem utilização fraudulenta da sua inscrição por terceiros, em circunstância alheia à sua vontade.

Poderia se alegar aqui, que não cabe ao contribuinte produzir provas negativas ou provas impossíveis, por estar fora do seu alcance, dadas as suas limitações para investigação, e que no caso, não lhe restaria outra alternativa, que não alegar as circunstâncias que eventualmente provadas pelo próprio Fisco, lhe permitiriam elidir o lançamento.

Obviamente cabe a quem alega, provar suas afirmações, não sendo apropriado se imputar ao contribuinte a obtenção de provas impossíveis, assim como também exigir do Fisco a obrigatoriedade de apresentar provas recheadas de rigorosa investigação policial para comprovar a ausência de eventuais fraudes, como critério final de avaliação da prova, pois se falta estrutura ao contribuinte em algumas situações, é certo que também falta ao Fisco.

Em sendo assim, se é exagero impor ao Fisco e também ao contribuinte, trazer provas incontestáveis das suas alegações, é necessário ao menos que o contribuinte aponte as suspeitas de fraude, que confirma a negativa do recebimento, da mesma forma como o Fisco apontou os indícios do fato gerador, de forma a lançar dúvidas sobre a legalidade do lançamento. Há portanto, que se impor o equilíbrio e a razoabilidade das exigências probatórias a ambas as partes, Fisco e contribuinte.

Uma vez que neste processo há prova dos fatos (cópias dos DANFE entre as fls. 117/180, que foram apresentadas ao Recorrente conforme prova a intimação à fl. 116), não há necessidade de se discutir a quem incumbe o ônus da prova em contrário. Marco Aurélio diz que *“em tais casos, o ônus do contribuinte não é de produzir prova negativa ou prova impossível, mas sim o de demonstrar que a exigência feita padece de vícios, dentre os quais pode se encontrar o de não ter a Administração, realizado a prova suficiente da ocorrência do fato gerador do tributo”*.

Evidentemente, repito, não se trata aqui, de afirmar que o Fisco estaria a exigir prova impossível ou prova negativa, mas do contribuinte trazer qualquer indício que confirme suas alegações; todavia, trouxe apenas uma negativa da ocorrência dos fatos imputados. Às fls. 117/18 e 119/24, os DANFE, assim como vários outros que foram acostados ao PAF, indicam que os veículos transportadores pertencem João Horácio de Almeida Neto, com endereço residencial na mesma cidade de destino das mercadorias (Xique-Xique) e Aélío Antunes Carvalho também com endereço à mesma cidade onde está domiciliado o Recorrente.

Neste caso, bastaria ao Recorrente, apresentar qualquer prova de que estes transportadores não existem ou de que as placas dos veículos são frias, não tendo porque argumentar que as provas em seu favor são provas negativas ou fora do seu alcance, pois poderia obtê-las na sua própria cidade, mediante queixa na delegacia de polícia, certificação do DETRAN de que tais placas de veículos não possuem registro neste órgão, ou ainda, declaração dos transportadores que não fizeram tais transportes ou se o fizeram, entregaram em local diverso, o que lançaria sombras sobre a verdade material e sobre o lançamento efetuado.

Não estou também a exigir a inversão absoluta do ônus da prova, pois é certo que cabe ao Recorrente desconstituir a presunção mediante provas que disponha. Contudo, não cabe ao Fisco, além de apresentar o DANFE, previamente avaliar todas as possibilidades de ocorrências de fraudes, furtos, roubos, etc, pois a Administração Pública sequer possui Recursos para realizar isto em todas as situações similares, cabendo ao contribuinte não exatamente trazer provas

incontestáveis da sua inocência, mas pelo menos, alguns indícios passíveis de encontrar e comprovar, como foi o caso anteriormente citado, envolvendo os transportadores.

Esse é o entendimento da Doutrina, conforme se percebe da lição de Hugo de Brito Machado Segundo (2008, p. 485/486):

É noção elementar de teoria da prova a afirmação de que, em princípio, o ônus compete a quem alega. A parte que faz uma afirmação quanto à ocorrência de um fato deve, para ter sua afirmação aceita, comprová-la. O ônus de provar, portanto, está repartido de acordo com o ônus de alegar. Ao autor cumpre provar a ocorrência dos fatos dos quais decorre o seu direito, e ao réu incumbe provar suas afirmações quanto a fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor. É importante observar, portanto, de quais fatos decorre o direito subjetivo alegado pelo autor, para saber-se o que terá ele de provar. Viu-se, na parte dedicada ao processo administrativo (Capítulo 3, itens 2.6 e 4.2.3.2), que a Administração Pública tem o dever de fundamentar os atos que pratica, incumbindo-lhe, por conseguinte, a prova da ocorrência dos fatos invocados em tal fundamentação.

Assim, a Administração Pública produziu as provas necessárias e suficientes ao lançamento e cabe ao Recorrente carrear provas das suas afirmações quanto aos fatos impeditivos extintivos ou modificativos. No entanto, verifica-se que não justificou qualquer impossibilidade de apresentar provas em contrário. Haveria então de se questionar aqui a imperatividade que a presunção de validade do lançamento tributário teria sobre documentos produzidos por particulares.

Ao contrário das assertivas apresentadas pelo Recorrente, nos casos em que o lançamento for perfeito e fundamentado, como neste PAF, revestido de todas as formalidades legais e com as provas devidamente anexadas, no entender do Professor Hugo de Brito Machado Segundo o contribuinte terá que comprovar as suas alegações:

[...] caso se trate de um lançamento formalmente perfeito, devidamente fundamentado e acompanhado dos elementos que comprovam os fatos sobre os quais se funda, será do contribuinte autor de uma ação anulatória o ônus de provar que tais fatos ocorreram de modo diferente do considerado pela autoridade lançadora, ou de que outros fatos ocorreram de sorte a alterar, modificar ou extinguir o direito consubstanciado no ato de lançamento.

Assim, se o ato administrativo não for devidamente fundamentado, não há que se falar em obrigar o contribuinte a produzir prova negativa ou de impossível produção, bastando para tal, demonstrar que Administração não comprovou o fato gerador, mas este seguramente não foi o caso desta lide, pois deveria apresentar algum indício minimamente razoável, que não a simples negativa.

Para Paulo Celso B. Bonilha “a prova é a soma dos fatos produtores da convicção da autoridade julgadora, apurados no processo administrativo fiscal.” Por esta mesma senda, trago ainda, a exegese de Mário Pugliese, extraído da mesma obra do Mestre Bonilha (In Da Prova no Processo Administrativo Tributário, fl. 72):

No processo tributário, estabelece-se assim uma situação peculiar, na qual o devedor, ao invés de encontrar-se na posição de réu para a satisfação do débito, encontra-se na posição de autor, para obter a reforma do ato administrativo. Ele é obrigado, assim, a colocar diante do juiz os elementos aptos a demonstrar a errônea do lançamento executado pela administração”.

Assim, uma vez que o Recorrente não trouxe ao processo, quaisquer elementos que possam ao menos apontar indícios de que o lançamento carece de presunção de veracidade, compulsando os autos e analisando as provas, constatei ao apreciar alguns DANFE, notadamente aqueles que foram anteriormente citados, que havia toda condição de se obter provas de que não adquiriu tais mercadorias, apenas procurando por esses transportadores.

Ora, o impugnante sequer se atentou pra estes fatos, e não trouxe qualquer comentário a respeito de transportadores de sua própria cidade como os anteriormente citados e ainda acrescento outros transportadores como Osvaldo Manoel Santana (fl. 138), também de Xique-Xique, ou de cidades da mesma microrregião, como o transportador Josemar Araújo (DANFE à fl. 162) da cidade de Irecê e ou Gilmar Salustiano Silva (DANFE à fl. 148) da cidade de Lapão, mesma microrregião do autuado.

No caso, ou o Recorrente não examinou as provas, não dando a devida atenção que a situação merece, por considerar que a simples negativa do recebimento elidiria a ação fiscal, ou simplesmente omitiu tais fatos, por considerá-los comprometedores da sua alegada incapacidade de produzir provas em seu favor.

Há um indício certo, fato provado e não presumido, de que houve as operações comerciais em nome do Recorrente, mediante as notas fiscais eletrônicas autorizadas e não canceladas. Os fatos aconteceram entre janeiro de 2009 e dezembro de 2012, e o auto foi lavrado em 27/03/2013, tendo o impugnante o período de no mínimo três meses, e até quatro anos se considerarmos as notas eletrônicas emitidas em janeiro de 2009, para entrar no ambiente da nota fiscal eletrônica e perceber a existência de compras efetuadas em seu nome e proceder à negativa de aquisição, ou até mesmo prestar uma queixa na delegacia de polícia e informar a Secretaria da Fazenda, de forma a se prevenir de autuações indevidas.

Além disso, conforme consta na página da nota fiscal eletrônica do Ministério da Fazenda (<http://www.nfe.fazenda.gov.br/PORTAL/perguntasFrequentes.aspx?tipoConteudo=yjOJMwFOkA0=>), o contribuinte pode se manifestar acerca das operações que constem em seu nome, embora não seja de forma obrigatória, conforme se depreende das seguintes perguntas e respostas abaixo recortadas do supracitado sítio fazendário:

1 - Se a Manifestação do Destinatário ainda não é obrigatória, por que as empresas devem adotar este processo?

R - Pelas razões abaixo que beneficiam o próprio destinatário das mercadorias:

- Para saber quais são as NF-e que foram emitidas, em todo o país, tendo a empresa como destinatária

- Para evitar o uso indevido de sua Inscrição Estadual, por parte de emitentes de NF-e que utilizam inscrições estaduais idôneas para acobertar operações fraudulentas de remessas de mercadorias para destinatário diverso do indicado na documentação fiscal

- Para poder obter o XML das NF-e, que não tenham sido transmitidas pelo respectivo emitente

- Para obter segurança jurídica no uso do crédito fiscal correspondente, pois uma nota confirmada não poderá ser cancelada pelo seu emitente.

- Para registrar junto aos seus fornecedores que a mercadoria foi recebida e constituir formalmente o vínculo comercial que resguarda juridicamente as faturas comerciais, sem a necessidade de assinatura no canhoto impresso no DANFE.

2 - Como funciona o evento Desconhecimento da Operação?

R - Este evento tem como finalidade possibilitar ao destinatário se manifestar quando da utilização indevida de sua Inscrição Estadual, por parte do emitente da NF-e, para acobertar operações fraudulentas de remessas de mercadorias para destinatário diverso. Este evento protege o destinatário de passivos tributários envolvendo o uso indevido de sua Inscrição Estadual/CNPJ.

Assim, depõe contra o recorrente, o fato de que só veio alegar a existência de notas fiscais de aquisição fraudulentamente emitidas em seu nome, depois de autuado, quando teve durante longos meses, para não dizer alguns anos, a oportunidade de verificar no sítio da NF-e, que havia mercadorias adquiridas em seu nome e inscrição. Por fim, vejamos então, o que diz os julgamentos de tribunais superiores a respeito do *ônus probandi* em processos tributários:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AUTO DE INFRAÇÃO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. ÔNUS DA PROVA. Art. 333 do CPC.

1 – A autuação do Fisco tem presunção de legitimidade e instiga prova em contrário para a sua desconstituição.

2 – O Auto de Infração constitui um documento que declara a existência de uma dívida e, como é criado por uma autoridade fiscal competente para tal função, gera uma situação jurídica a que se subordina o contribuinte. Este, por sua vez, tem o direito de questionar o procedimento administrativo, mas incumbe-lhe, por consequência óbvia, o ônus de demonstrar suas assertivas. 3. Recurso especial do contribuinte improvido. (STJ. 1ª Turma, REsp 465.399/MG, REL. MIN. JOSÉ DELGADO, março 2003).

TRIBUTÁRIO - ICMS - AUTO DE INFRAÇÃO - MERCADORIAS NÃO DECLARADAS - PRESUNÇÃO DE OCORRÊNCIA DE FATO GERADOR NÃO ILIDIDA - RECURSO IMPROVIDO.

1. A presunção de omissão de fato gerador de tributo é relativa, admitindo-se que o contribuinte demonstre o contrário. No entanto, na hipótese, constata-se que o impetrante não se desincumbiu desse ônus, pois não trouxe aos autos, no ato da impetração, documentos hábeis para tanto.

(...)

6. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(RMS 32.508/BA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 24/05/2013)

Pelo exposto acima, não é possível absolver o contribuinte da responsabilidade de inversão do ônus da prova, ou seja, de apresentar ao menos alguns indícios de fraude nas operações tributáveis, como queixa em delegacia de polícia, declaração de transportadores citados nos documentos, de que não teriam efetuado o transporte, comprovação de placas frias, etc. Acrescento ainda, que as mercadorias comercializadas, gêneros alimentícios, são compatíveis com a atividade declarada à Secretaria da Fazenda, conforme pode se verificar com simples consulta ao sistema INC da SEFAZ.

É incontestável que os dados dos DANFE anexados ao processo o colocam como sujeito passivo e ficou demonstrado que o Recorrente apenas negou a aquisição das mercadorias e imputou ao Fisco, toda a responsabilidade para a produção de provas adicionais que o incriminassem, constituindo tal argumento em abuso do direito de defesa, pois como dito na ementa retromencionada, o contribuinte "*tem o direito de questionar o procedimento administrativo, mas incumbe-lhe, por consequência óbvia, o ônus de demonstrar suas assertivas*" e isto não foi feito.

Face aos argumentos fartamente dissecados neste voto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, rejeitando a nulidade arguida e mantenho a Decisão de primeiro grau.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **147432.0000/12-0**, lavrado contra **HÉLIO PEREIRA CARVALHO (CARVALHO) - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$131.826,32**, prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS