

A. I. Nº - 213079.0047/13-5
AUTUADO - FIBRASIL FABRICAÇÃO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE ARTEFATOS DE FIBRA DE VIDRO LTDA. - EPP
AUTUANTE - CLARA HELENA DANTAS VICENTE
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 17/06/2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0093-02/15

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADAS. FALTA DE REGISTRO. OPERAÇÕES SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. O interesse público impõe que a autuada contribua para a formação das provas com os elementos de que possua, pois a administração fazendária não pode ficar à mercê da simples negativa, o que acabaria por cancelar uma conduta empresarial, muito comum a todos as empresas que omitem registro de documentos fiscais, que resultaria em porta aberta para as fraudes fiscais em grande escala. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/11/2013, exige créditos tributários no valor histórico de R\$40.169,34, além dos acréscimos moratórios, em decorrência da seguinte infração:

INFRAÇÃO 01 - 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, abril, maio, julho, setembro a dezembro de 2008, maio e julho de 2009, janeiro, maio, julho a setembro, e dezembro de 2010.

A autuada apresenta impugnação às folhas 95 a 125, mediante a qual contesta o presente lançamento, deduzindo as razões a seguir.

Alega que a sanção imposta em seu desfavor exige, para a sua incidência, que sejam comprovados dois fatos distintos, a saber: “a) a efetiva entrada de mercadorias ou a contratação de serviços pelo estabelecimento autuado; e b) a falta de escrituração dessa entrada de mercadorias ou contratação de serviços, nos livros fiscais próprios”. Argumenta que, no caso em apreço, as notas fiscais relativas aos exercícios de 2008 e 2009, conforme consta dos demonstrativos de fls. 10 e 21, supostamente teriam sido coletadas junto ao CFAMT - Cadastro Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito, enquanto as notas do exercício de 2010 são eletrônicas, tendo sido impressas diretamente pela autuante - demonstrativo de fl. 25.

Afirma, entretanto, que não consta de nenhum dos documentos apresentados qualquer elemento que possa demonstrar a efetiva circulação das mercadorias (carimbo de postos fiscais, comprovantes de recebimento do destinatário etc.), tornando, com isso, incerto o seu ingresso no estabelecimento autuado. Segundo a impugnante, outras duas circunstâncias reforçam a insegurança quanto ao cometimento do ilícito, sendo que a primeira delas consiste na apresentação, pela autuante, da 4ª Via - Origem da Nota Fiscal nº 10937, emitida pela Glasspercil (fl. 12), quando o correto seria que a autuação estivesse documentada pela via do Fisco de Destino (3ª via). Explica que a segunda circunstância consiste na impossibilidade de se identificar as vias das notas fiscais da empresa ECOPER (fls. 11, 15, 17 e 18), já que a autuação encontra-se instruída com fotocópias simples (em preto e branco) de ditos documentos e a distinção entre as vias do formulário dá-se por cor (cada via possui uma cor correspondente).

Alega que a prova quanto à efetiva aquisição das mercadorias e sua posterior circulação é indispensável para a subsistência da autuação, especialmente no caso concreto, em que o

Autuado não mantém relação comercial com boa parte dos estabelecimentos emitentes dos documentos fiscais. Argumenta que o Fisco não pode presumir, a partir da simples emissão de notas fiscais (constando o Contribuinte como destinatário) que este efetivamente adquiriu e recebeu as mercadorias tratadas na autuação, primeiro porque inexistente lei estabelecendo tal presunção, o que é essencial de acordo com as regras básicas do direito tributário; e depois, porque são do conhecimento de todos as inúmeras fraudes que vem sendo praticadas por estelionatários e sonegadores de impostos, no sentido de formular aquisições utilizando-se indevidamente dos dados cadastrais de terceiros.

Nesse contexto, alega que, sendo evidente que os documentos que instruem a autuação não demonstram a aquisição das mercadorias por parte do Autuado e muito menos a posterior circulação e ingresso dessas mesmas mercadorias em seu estabelecimento, é forçoso reconhecer que não há elementos probatórios suficientes a caracterizar, com segurança, o ilícito tributário em foco, pelo que entende deve ser decretada a nulidade deste Auto de Infração, com esteio no art. 18, IV, "a", do RPAF/99.

No mérito, informa que a FIBRASIL é uma microempresa optante pelo Simples Nacional, cujas atividades foram iniciadas em 2005, tendo, hoje, como objeto social a fabricação de artefatos em fibra de vidro e estações de tratamento sanitário, de pequeno e grande porte. Prossegue, informando que, ao longo desses mais de 08 anos de funcionamento, vem cumprindo integralmente com todas as suas obrigações legais, recolhendo aos cofres públicos os valores devidos a título de impostos, taxas e contribuições, tanto que não possui, no âmbito deste Conselho, qualquer outra autuação, em tramitação ou finda, além desta acerca da qual está a se defender.

E em virtude dessa postura estribada em preceitos de correção, informa que recebeu com surpresa a acusação levantada pela autuante, de falta de registro de notas fiscais de aquisição de mercadorias, nos exercícios de 2008 a 2010, o que levou a empresa a realizar uma auditoria em seus documentos e escrituração. Como resultado desse trabalho, indica a relação das notas fiscais cujas mercadorias não foram adquiridas, de modo algum, pelo Autuado, conforme folhas 98 e 99.

Ressalta que não mantém relação comercial com os emitentes das notas fiscais relacionadas, o que apenas confirma, segundo o seu ponto de vista, a conclusão de que jamais adquiriu tais mercadorias. Assegura que, na verdade, foi vítima do crime de estelionato praticado pelo verdadeiro adquirente, sendo indevida a incidência da penalidade em exame.

Informa que já fez a devida comunicação à autoridade policial competente (certidão de ocorrência em anexo - doc. 02) e, ainda, encaminhou, por intermédio do Cartório do Registro de Títulos e Documentos da Comarca de Camaçari, notificação extrajudicial aos emitentes das notas fiscais acima referidas, para que forneçam os dados relativos aos pedidos que deram origem às notas fiscais acima indicadas, bem como apresentem os comprovantes de entrega das mercadorias, devidamente assinados e com a identificação do recebedor (docs. 03 a 07). Garante que fez tudo o que estava ao seu alcance e, com isso, desincumbiu-se validamente do seu ônus de provar que jamais adquiriu as mercadorias objeto das notas fiscais anteriormente indicadas. Afirma que a deflagração de investigação policial e a notificação dos respectivos emitentes são medidas graves e que jamais teriam sido adotadas se restasse uma dúvida sequer acerca de seu cabimento.

Destarte, assegura que não praticou qualquer conduta ilícita, muito menos aquela descrita na presente autuação, que deve ser julgada improcedente.

Em atenção ao princípio da eventualidade, vem, contudo, requerer a redução ou cancelamento da multa aplicada, nos termos da lei, caso as suas razões não sejam acolhidas. Argumenta que o § 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96, confere ao sujeito passivo o direito de obter a redução ou o cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Alega que, pela própria postura da empresa após a lavratura do Auto de Infração, no sentido de acionar os emitentes das notas fiscais e requerer a instauração de investigação policial, é nítida a inexistência de dolo, fraude ou simulação. Por outro lado, assegura que a fiscalização jamais atribuiu - muito menos comprovou - ao Autuado qualquer conduta de má-fé, que, por regra jurídica elementar, não pode, jamais, ser presumida, mas apenas provada. Assim, conclui que é forçoso reconhecer que o Autuado atendeu ao primeiro requisito para obter a benesse legal.

Quanto ao segundo requisito, alega que se encontra igualmente comprovado (já que a autuante, durante a auditoria, teve amplo acesso aos livros e documentos fiscais do contribuinte e nada lançou a título de imposto, em nenhum exercício, tendo sido exigida exclusivamente a multa por falta de registro de notas fiscais de entradas) que, como já demonstrado, referem-se a mercadorias jamais adquiridas pelo sujeito passivo.

Logo, afirma que o suposto ilícito tributário cometido pelo Autuado, ainda que fosse confirmado, não teria implicado falta de recolhimento de tributo, restando cumprido o segundo requisito para obtenção da redução ou cancelamento da penalidade.

Por derradeiro, sinaliza que há outros aspectos que igualmente aconselham o abrandamento da sanção, conforme lista: *“a) tem excelente histórico de relacionamento com o Fisco baiano, não ostentando pendências e muito menos se envolvendo em esquemas de sonegação de impostos ou coisas do gênero; b) sempre buscou cumprir com rigor suas obrigações tributárias, nada obstante os elevados custos que essa conduta de regularidade venha a lhe gerar; c) ao longo dos três exercícios fiscalizados, o Autuado recolheu, a título de ICMS, o valor total de R\$55.397,22, sendo R\$17.767,62 no exercício de 2008, R\$15.189,78 no exercício de 2009 e R\$22.439,82 no exercício de 2010 - extratos gravados em mídia anexa (doc. 08)”*. Alega que esses dados revelam como a multa exigida é irrazoável, desproporcional, injusta e, dado o seu elevado valor para o porte do contribuinte, colocará em risco a manutenção das suas atividades empresariais.

Argumenta que não se está aqui questionando a inconstitucionalidade da norma instituidora da penalidade, contudo, assegura que esse dado serve de parâmetro para que se tenha a exata noção do quão desmedida é a sanção aplicada em desfavor do sujeito passivo, que opera verdadeiro confisco e abandona, na íntegra, a finalidade maior das sanções por descumprimento de dever instrumental, que é educar, passando a ter nítido caráter arrecadatório, o que é inadmissível, segundo seu ponto de vista.

Ante o exposto, requer: *“a) sejam os atos processuais de intimação dirigidos, também, ao patrono do sujeito passivo, signatário da presente, através de mensagem eletrônica (fabioamoura@uol.com.br) e carta registrada com Aviso de Recebimento remetida ao endereço indicado no rodapé, sob pena de nulidade, por manifesto cerceamento ao direito de defesa do contribuinte; b) o acolhimento da preliminar de nulidade da autuação; c) acaso superada a prefacial, no mérito, que sejam acolhidas as razões de defesa, para julgar improcedente este Auto de Infração, ou, sucessivamente, deferir o pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada, nos termos do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96”*.

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, requerendo, desde já, à realização de diligência, a juntada posterior de documentos e outros que se fizerem necessários no curso deste processo. Nesses termos, pede deferimento.

O autuante presta informação fiscal às folhas 127 a 130, contra arrazoando o que segue.

Quanto à arguição de nulidade por falta de provas relativamente ao ingresso das mercadorias, alega que, até que o autuado prove o contrário, as notas fiscais de aquisição de mercadorias adquiridas pelo fisco quando da circulação das mercadorias, inclusive nos postos fiscais, de onde são coletadas as notas fiscais que o autuante adquire junto ao CFAMT, e as notas fiscais eletrônicas adquiridas pelo fisco junto ao sistema eletrônico de emissão de notas fiscais, nas quais estão apostos os dados do autuado adquirente, tais como o número de sua inscrição estadual, da qual a guarda e o sigilo são de inteira responsabilidade do sujeito passivo, mais uma

vez, reitera, até que se prove o contrário, trata-se de mercadorias adquiridas e ou serviços contratados pelo autuado, sendo isso uma prova. Afirma que foi a falta de escrituração em livro fiscal que gerou a ocorrência da infração na qual o autuado esta sendo enquadrado.

Ressalta que, se o sujeito passivo não apresenta documentação fiscal, o sujeito ativo, na pessoa do fiscal, pode e deve adquiri-los junto aos sistemas válidos, idôneos e confiáveis da SEFAZ, a exemplo do CFAMT e do sistema de emissão de notas fiscais eletrônicas.

Alega que não procede a afirmação do autuado ao dizer que a falta de carimbo dos postos fiscais nas notas fiscais e a falta de comprovação de recebimento do destinatário não comprovam a efetiva circulação das mercadorias, alegando ainda que a apresentação, por parte do fisco, da 4ª via da nota fiscal ao invés de apresentar a 3ª via, e a apresentação de xerox em preto e branco das notas fiscais, no lugar de xerox coloridas, para que ele pudesse identificar as cores das respectivas vias, geram insegurança quanto ao cometimento do ilícito. Assegura que a falta de carimbo dos postos fiscais nas notas fiscais e a falta do comprovante de recebimento do destinatário são argumentos irrelevantes no caso em apreço, vez que a aposição de carimbo nos postos fiscais não é obrigatória e pode ser carimbado somente a 1ª via, via do destinatário, de modo que as demais vias podem ficar sem o mencionado carimbo.

Quanto ao comprovante da circulação das mercadorias, lembra que as vias das notas foram adquiridas exatamente no momento da circulação das mesmas, nos postos fiscais, e antes, portanto de chegar ao destino final. Deste modo, se as notas foram adquiridas nos postos fiscais por agentes do fisco, o qual é detentor de fé pública, este é um fato que comprova que houve circulação de mercadoria. Também é irrelevante a alegação quanto às vias e cores das notas fiscais que foram utilizadas para comprovar a infração. Assegura que a ocorrência de tal fato não torna as notas inidôneas e não desonera o sujeito passivo do cumprimento de suas obrigações.

Quanto à alegação defensiva de que o fisco não pode presumir, a partir da simples emissão de nota fiscal contendo o contribuinte como destinatário, que este adquiriu as mercadorias, argumenta que, no que concerne à nota fiscal, para o fisco, estando esta corretamente preenchida e acobertando mercadoria em transito, trata-se de caso concreto acobertado por documento fiscal idôneo, podendo o mesmo presumir a ocorrência do fato gerador que dá a incidência à multa a partir do momento em que fora comprovada a não escrituração das mesmas notas fiscais em livro apropriado. Diz que caberia ao autuado, no momento oportuno, comprovar, com juntada de provas concretas, e não com conjecturas, que não fora ele o destinatário das mercadorias.

Diante do acima exposto pelo autuado e pelas colocações por parte do autuante, conclui que não há que se falar em insegurança quanto ao ilícito tributário cometido pelo autuado, não cabendo portanto a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, minimiza a atitude do autuado ao apresentar o rol das notas fiscais que deram origem à infração, provando que cientificou os emitentes das notas fiscais acerca do ocorrido, pedindo que os mesmos lhe enviem dados dos supostos verdadeiros adquirentes das mercadorias constantes nas notas fiscais em questão. Argumenta que tal conduta não exime o autuado da responsabilidade do cometimento da infração.

Quanto ao pedido da observância do princípio da eventualidade, constante na página nº 100, item 4.2 de sua defesa, afirma não tem competência para opinar diferente daquilo que reza a lei que o orienta para a execução de suas atribuições, cabendo ao órgão julgador decidir sobre a questão.

Diante de todo acima exposto e da tentativa de o autuado descaracterizar o feito, pede pela total procedência da infração.

À folha 133, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou por baixar o processo em diligência ao autuante, com vista a que acostasse ao processo os elementos de prova que evidenciem ter ocorrido a efetiva circulação das mercadorias descritas nos DANFE's emitidos no exercício de 2010, cujas cópias se encontram às folhas 26 a 31.

Às folhas 141 e 151, a autuante cumpriu a diligência solicitada, informando que manteve contato telefônico com as empresas fornecedoras das operações autuadas, tendo obtido as respostas que narra.

Destaca que, dentre as empresas fornecedoras, encontra a de nome AEROJET, a qual assegura que é fornecedora habitual da impugnante. Narra que a empresa ECOPER QUÍMICA LTDA., fez a confirmação das vendas em 2008, assegurando que as notas foram quitadas mediante boleto bancário. Relata, ainda que as empresas GLASPERCIL, NITRIFLEX, AEROJET, KEEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO, e CENTERGLASS enviaram respostas por e-mail, confirmando as vendas efetuadas.

Chama a atenção para o fato de que as mercadorias descritas nas notas fiscais autuadas são insumos do processo da empresa autuada, tais como resina, manta, reagentes químicos, etc.

Conclui a diligência, reiterando o pedido pela procedência do Auto de Infração.

Cientificada do teor da diligência, à folha 154, a autuada se manifestou às folhas 156 a 176, deduzindo o que segue.

Alega que a declaração unilateral do suposto fornecedor não constitui prova da efetiva circulação da mercadoria e muito menos pode ser utilizada para comprovar, de fato, que a adquiriu. Argumenta que a legislação tributária rege-se pelos princípios da legalidade e, nesse cenário, apenas os documentos legalmente previstos, somados a outras provas documentais, são capazes de constituir, em desfavor de um contribuinte, o crédito tributário embasado em ilícito fiscal apontado pela autoridade fiscalizadora. Colaciona acórdãos do CONSEF em apoio ao seu ponto de vista.

Alega que cabia à autuante apresentar os conhecimentos de transporte e os canhotos das notas fiscais, apontando o recebimento das mercadorias por preposto do contribuinte autuado, além de provas de que foi efetivamente o autuado quem pagou pelas aquisições.

Assegura que jamais afirmou não possuir nenhuma relação comercial com os fornecedores em questão. Esclarece que foi dito, na pág. 03 da defesa, que o contribuinte não mantém relação comercial com boa parte dos estabelecimentos emitentes dos documentos fiscais. Mais adiante, na pág. 05 da defesa, o contribuinte informa que não mantém relação comercial com as empresas que indica.

Sobre os documentos apresentados pela autuante, afirma que, além de se constituírem meramente em supostas declarações unilaterais dos fornecedores, as declarações foram prestadas por mensagem eletrônica e contato telefônico, ou seja, não existe sequer um documento assinado pelo representante legal da empresa. Garante, também, que, no conteúdo, nada é dito que comprometa a autuada. Pelo contrário, assegura que foi comprovada a inexistência de provas quanto ao ilícito.

Quanto à empresa ECOPER QUÍMICA (que diz que as notas foram emitidas em nome do autuado e que o pagamento se deu por intermédio de boleto bancário), afirma que a emissão das notas fica a cargo exclusivo do fornecedor e qualquer um pode fazer o pagamento da mercadoria mediante boleto bancário. Questiona onde está o pedido feito pelo contribuinte autuado, o conhecimento de transporte e a comprovação do recebimento da mercadoria?

Quanto à empresa GLASPERCIL (que diz que não mais possui os documentos solicitados, pois estão no arquivo morto), alega que foi confirmada a ausência de provas do ilícito tributário.

Quanto à empresa NITRIFLEX (que diz que as notas foram emitidas em nome do contribuinte autuado e apresenta planilha onde constam os pagamentos), alega que a fragilidade da acusação é escancarada, pois uma mera planilha, apócrifa, não comprova absolutamente nada, muito menos que o pagamento tenha sido feito pelo contribuinte autuado. A falta de apresentação de provas quanto à efetiva aquisição e circulação das mercadorias impossibilita a manutenção da exigência, segundo defende.

Quanto à empresa AEROJET (que diz que as notas foram emitidas em nome do contribuinte autuado e que os pagamentos foram feitos através de boleto bancário), alega que, sem documentos, essa afirmação é totalmente irrelevante, apenas reforçando a fragilidade da autuação.

Quanto à empresa KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICO (que sequer diz quem é efetivamente seu cliente, apenas afirmando que o pagamento se deu por boleto bancário e que solicitou o respectivo comprovante ao Banco do Brasil), alega que nada foi apresentado.

Quanto à empresa CENTERGLASS (que informa supostos pagamentos por intermédio de depósitos bancários), alega que não apresenta um documento sequer, nem mesmo confirma que o contribuinte autuado é o seu cliente.

Conclui que os estabelecimentos acima relacionados não possuem nenhum documento que possa, efetivamente, demonstrar ter sido o contribuinte autuado o adquirente das mercadorias constantes das notas fiscais que foram emitidas. Garante que isso fica bastante evidente porque enviou notificação extrajudicial, através do cartório de Registro de Títulos e Documentos de Camaçari, já tendo sido inclusive certificado o cumprimento das notificações, contudo, até a presente data, nenhum esclarecimento foi prestado ao autuado (documentos em anexo).

Registra que a notificação da empresa CAPAUBA, COMÉRCIO DE RESINA E FIBRA DE VIDRO LTDA. ME, não foi sequer entregue, pois o endereço anteriormente informado à Receita Federal não foi localizado. Informa que esta empresa, atualmente, está com seu cadastro suspenso na Receita Federal, com pedido de baixa indeferido, o que, no seu entendimento, bem evidencia não possuir boas práticas comerciais.

Assegura, portanto, que tudo o que o contribuinte autuado poderia fazer, foi feito: expediu notificação para os fornecedores, solicitando as provas das aquisições e recebimentos das mercadorias objeto das notas fiscais tratadas na autuação e, ainda, prestou queixa policial, uma vez que foi vítima do crime de estelionato. Adotou, o autuado, medidas graves, que certamente seriam evitadas se não estivesse convicto de que jamais adquiriu tais mercadorias, sobretudo diante do risco de sofrer graves sanções caso estivesse faltando com a verdade.

Alega que a prova que falta residir nos autos é de competência exclusiva da autuante, que, contudo, não se desincumbiu de seu ônus. Exigir do contribuinte prova negativa é ilegal, uma vez que todas as normas do direito tributário estabelecem que o lançamento deve ser instruído com as provas das infrações atribuídas ao sujeito passivo. Garante que, inexistente o lastro probatório, a nulidade da autuação é medida que se impõe!

Ante o exposto, reitera, em todos os termos, a peça defensiva, requerendo o acolhimento da preliminar de nulidade da autuação ou, caso superada, que se julgue improcedente este Auto de Infração. Mantida a exigência, requer que seja deferido o pedido de redução ou cancelamento da penalidade. Nesses termos, pede deferimento.

À folha 178, a autuante manifestou-se, apenas reiterando os termos de sua informação fiscal.

VOTO

Preliminarmente, observo que a fiscalização descreveu detalhadamente os fatos objetos da autuação, tendo, inclusive, promovido a anexação do demonstrativo de débito, mediante o qual identifica o número de cada um dos documentos fiscais utilizados para apuração da base de cálculo da multa, com as informações respectivas de data, valor da operação e outras, conforme folhas 10, 21 e 25. Ademais, acostou cópias de livros e documentos fiscais nos quais se baseou o lançamento, tidos como elementos comprobatórios suficientes do cometimento das infrações apontadas, conforme folhas 11 a 89.

Não vislumbro, portanto, nulidade por ausência de anexação de provas, conforme alega a defesa, pois não houve deficiência na formalização da exigência fiscal, algo que fica evidente pelas

cópias acostadas ao processo. Quanto à suficiência desses elementos probatórios no sentido de comprovar a ocorrência do ilícito, essa é uma questão que remete ao juízo de mérito, e como tal será enfrentada, no momento oportuno.

Entendo, por isso, que o lançamento se encontra revestido das formalidades previstas em lei.

Quanto ao mérito, o lançamento acusa o contribuinte de ter deixado de registrar, em sua escrita, notas fiscais relativas a mercadorias entradas no estabelecimento do sujeito passivo. A autuada contesta a autuação, alegando que não efetuou a aquisição das mercadorias descritas nos documentos fiscais que embasaram o lançamento. Após apontar especificadamente algumas empresas, assegura que sequer mantém relação comercial com tais fornecedores, garantindo que foi vítima de crime de estelionato, conforme se pode depreender da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 99, abaixo reproduzido.

“Vale registrar que o Autuado não mantém relação comercial com esses emitentes, o que apenas confirma a conclusão de que jamais adquiriu tais mercadorias. O sujeito passivo, na verdade, foi vítima do crime de estelionato (art. 171, do Código Penal) praticado pelo verdadeiro adquirente, sendo indevida a incidência da penalidade em exame.”

Em sua informação fiscal, o autuante não acata a alegação defensiva, asseverando que as cópias dos documentos fiscais anexadas ao processo são elementos suficientes de prova a evidenciar a ocorrência do ilícito, cabendo à autuada provar em contrário, conforme se lê à folha 127, em trecho abaixo transcrito.

“...até que o autuado prove o contrario, as notas fiscais de aquisição de mercadorias adquiridas pelo fisco quando da circulação das mercadorias, inclusive nos postos fiscais, de onde são coletadas as notas fiscais que o autuante adquire junto ao CFAMT, e as notas fiscais eletrônicas adquiridas pelo fisco junto ao sistema eletrônico de emissão de notas fiscais, nas quais estão apostos os dados do autuado adquirente, tais como o numero de sua inscrição estadual, da qual a guarda e o sigilo são de inteira responsabilidade do sujeito passivo, mais uma vez, até que se prove o contrario, trata-se de mercadorias adquiridas e ou serviços contratados pelo autuado, sendo isso uma prova..”

A questão remete-nos, portanto, ao valor probatório das cópias dos documentos fiscais acostados ao processo pela autoridade fiscal, entendendo o fisco que são elementos idôneos a comprovar a ocorrência do ilícito, enquanto a autuada advoga a tese contrária, sustentando que são imprestáveis para tal.

Analisando as cópias das notas fiscais acostadas às folhas 11 a 31, é possível notar que uma parte desses documentos se refere a notas fiscais eletrônicas (folhas 26 a 31), enquanto que a outra parte se reporta a notas fiscais em papel, coletadas no trânsito de mercadorias (folhas 11 a 24).

A jurisprudência do CONSEF confere tratamento jurídico distinto a cada uma dessas modalidades de documento fiscal, reconhecendo efeitos probatórios distintos no bojo da atividade processual probatória. De fato, as notas fiscais coletadas no trânsito de mercadorias (Sistema CFAMT) são aceitas como provas suficientes de que as mercadorias circularam no âmbito do território baiano, gerando a convicção processual de que tais produtos ingressaram no estabelecimento comercial ali indicado.

Tal entendimento se encontra consolidado por remansosa jurisprudência, conforme se lê em trecho do Acórdão CJF Nº 0005-11/14, da lavra da 1ª Câmara, abaixo transcrito.

“Os documentos extraídos do CFAMT são capturados nos postos fiscais localizados no território do Estado da Bahia, em razão de que são suficientes para comprovar as internalizações e as entradas, consoante jurisprudência já pacificada neste Conselho de Fazenda. (ACORDÃO CJF Nº 0005-11/14. 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL. CONSEF/BA)”

Assim, considerando que as operações relativas aos exercícios de 2008 e 2009 se encontram amparadas em notas fiscais coletadas pelo sistema CFAMT, acima referido, entendo que restou provado que as mercadorias ingressaram no estabelecimento destinatário, resultando em cristalina a caracterização da infração. Assim tenho por procedente a exigência fiscal naquilo que pertine aos exercícios de 2008 e 2009, no montante da multa de R\$22.073,77 e R\$15.600,16, respectivamente.

Quanto às notas fiscais eletrônicas, a jurisprudência das cortes superiores oscilou no tempo, tendo, inicialmente, apresentado tendência de que lhes seria conferido tratamento tributário semelhante àquele dado às notas fiscais do sistema SINTEGRA. Em consequência, exigia-se que as cópias dos documentos fiscais se fizessem acompanhar de outros elementos, ainda que indiciários, reveladores de que a sua emissão não foi objeto de fraude fiscal, tão comum no comércio de mercadorias.

Esse entendimento passa, contudo, por uma mudança recente, pois as peculiaridades das notas fiscais eletrônicas acabaram por fazer com que as câmaras de julgamento percebessem que a sua legislação acabara de configurar uma nova moldura contextual. De fato, o sistema SPED dá ampla publicidade à emissão dos documentos fiscais, permitindo aos destinatários das operações imediato conhecimento acerca daquelas notas fiscais eletrônicas contra si emitidas, conforme se depreende da leitura do § 12 do art. 89 do RICMS/12, abaixo transcrito.

“Art. 89. Do resultado da análise referida no art. 88, a Secretaria da Fazenda cientificará o emitente:

*...
§ 12. Deverá, obrigatoriamente, ser encaminhado ou disponibilizado download do arquivo da NF-e e seu respectivo Protocolo de Autorização de Uso:*

I - ao destinatário da mercadoria, pelo emitente da NF-e imediatamente após o recebimento da autorização de uso da NF-e (grifos acrescidos);

...”

Ora, se a informação relativa à NF-e autorizada encontra-se publicizada, na forma da norma regulamentar citada, é evidente que o destinatário das mercadorias passa, então, a ter condições de obstruir eventuais fraudes ou equívocos decorrentes da errônea identificação do comprador das mercadorias.

Esse novo contexto, aliado ao dever de colaboração processual, imposto às partes, impõe ao contribuinte a necessidade de contribuir com a atividade probatória, refutando a postura de simples negativa do fato, muito comum na ocorrência desse tipo de infração.

Esse é o entendimento que vem se tornando predominante no âmbito das câmaras superiores, conforme Acórdão proferido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, em 12/02/2014, cujo voto em separado acompanhou o relator, agregando as considerações que transcrevo abaixo.

*“2a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0022-12/14.
VOTO EM SEPARADO (Cons. MÔNICA MARIA ROTERS)*

...

Diante deste quadro, a clonagem em uma NF-e deixou de existir. Não tem como (a não ser que o hacker adentre nos sistemas da empresa, ou dos órgãos fazendários, mas esta é outra história) terceiros emitir uma NF-e de qualquer empresa. Ela não será emitida. Portanto, nenhum contribuinte (fornecedor) poderá afirmar que a NF-e a ele não pertence. Nesta situação tem ele de responder pelas mesmas, por responsabilidade tributária, perante todas as esferas governamentais.

E a situação não para apenas nestes procedimentos:

O Ajuste SINIEF 07/05 que instituiu a NF-e em âmbito nacional, na sua Cláusula sétima, § 7º determina que o emitente da NF-e, obrigatoriamente, encaminha ou disponibiliza download do arquivo da NF-e e seu respectivo Protocolo de Autorização de Uso ao destinatário e ao transportador contratado, imediatamente após o recebimento da autorização de uso da NF-e. E na sua Cláusula décima obriga o emitente e o destinatário em manter NF-e em arquivo digital, sob sua guarda e responsabilidade, pelo prazo estabelecido na legislação tributária, mesmo que fora da empresa, devendo ser disponibilizado para a Administração Tributária quando solicitado.”

Essa tendência jurisprudencial encontra-se materializada no voto vencedor de recente decisão, proferida no Acórdão CJF nº 0085-12/15, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, de 18/03/2015, abaixo reproduzido.

*“2a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0085-12/15
VOTO VENCEDOR DA PRELIMINAR DE NULIDADE SUSCITADA (Cons. ILDEMAR JOSÉ LANDIN)*

Evidentemente, repito, não se trata aqui, de afirmar que o fisco estaria a exigir do recorrente a produção de uma prova impossível ou prova negativa, mas trazer qualquer indício que confirme suas alegações; todavia, trouxe apenas uma coletânea de possibilidades da ocorrência de eventos que o livraria da responsabilidade de pagar o imposto. ...

*...
Não cabe argumentar que as provas que elidiriam a acusação fiscal são provas negativas ou fora do seu alcance, pois poderia obtê-las na sua própria cidade, mediante queixa na delegacia de polícia ou ainda, por exemplo, uma certificação do DETRAN de que tais placas de veículos não possuem registro neste órgão, o que colocaria em dúvida todo o lançamento.*

Não se está a exigir a inversão absoluta do ônus da prova, pois é certo que cabe ao impugnante desconstituir a presunção mediante provas que disponha. Contudo, não cabe ao fisco, além de apresentar os 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, algum indício.”

Em outra recente decisão, essa agora da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, proferida no Acórdão CJF nº 0134-11/15, em 19/05/15, o colegiado confirmou decisão da primeira instância, pontificando um entendimento que vai se consolidando no âmbito da segunda instância, conforme a seguir.

*“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.”

Analisando as provas do processo, percebo que o autuante manteve contato com as empresas emitentes das notas fiscais objetos da autuação, mediante o uso do e-mail corporativo, tendo obtido a confirmação das operações, bem como a informação das datas de pagamentos, onde houve, inclusive, a anexação de páginas da rubrica “contas a receber” da empresa, conforme folhas 143 a 150.

Por outro lado, o contribuinte mantém-se na posição de questionamento de todas as provas produzidas, limitando-se a desenvolver uma atividade probatória desconstitutiva, sem assumir a responsabilidade de cooperar para a construção do conjunto probatório que evidencie a ocorrência de fraude.

Assim, entendo que o interesse público impõe que a autuada contribua para a formação das provas com os elementos de que possua, pois a administração fazendária não pode ficar à mercê da simples negativa, o que acabaria por cancelar uma conduta empresarial, muito comum a todas as empresas que omitem registro de documentos fiscais, que resultaria em uma porta aberta para as fraudes fiscais em grande escala.

Assim, acompanhando a jurisprudência predominante neste CONSEF, entendo que restou, igualmente, caracterizada a ocorrência do ilícito relativo às operações ocorrentes no exercício de 2010. Julgo, assim, também procedente a exigência fiscal, relativamente ao montante do débito de R\$2.495,42.

Julgo, portanto, procedente toda a infração.

Quanto ao pedido de redução da multa imposta, denego, pois não há provas de que a conduta infratora tenha se pautado pela boa-fé, requisito exigido pela regra prevista no art. 158 do RPAF, abaixo transcrito, aspecto que não foi sequer debatido.

“Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as

infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação (grifos acrescidos) e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.”

Ademais, a reiteração da conduta, praticada ao longo de dez meses, nos exercícios de 2008 e 2009, desaconselha a conclusão de que o ilícito tenha sido praticado sem dolo.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **213079.0047/13-5**, lavrado contra **FIBRASIL FABRICAÇÃO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE ARTEFATOS DE FIBRA DE VIDRO LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$40.169,34**, prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.0124/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR