

A. I. Nº - 210595.0237/14-9
AUTUADO - ANADIR BARBOZA DE SOUZA TELES
AUTUANTE - PASCOAL TEIXEIRA GAMA
ORIGEM - IFMT NORTE
INTERNET - 19/10/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0211-03/15

EMENTA. ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. Exigência fiscal lastreada em provas insuficientes para se imputar ao sujeito passivo o descumprimento da obrigação principal. Cruzamento dos dados referentes a NF-e dos emitentes com os dados das NF-e do estabelecimento autuado não determinam com a certeza necessária ao lançamento de ofício, o cometimento da infração pelo autuado. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 10/11/2014, exige crédito tributário totalizando o valor histórico de R\$8.336,23, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS, antes da entrada no território deste Estado, por contribuinte submetido a regime especial de fiscalização e pagamento (infração 54.05.05).

Consta na descrição dos fatos que em cumprimento a mandado de fiscalização ficou comprovado que o contribuinte adquiriu mercadorias em outra unidade da Federação, conforme DANF-e nº 900806, 900807, 900851 e 900876 emitido por STO Atacadista de Produtos Alimentícios estabelecido em Brasília/DF e não efetuou tempestivamente o pagamento do ICMS Substituição Tributária. Foi admitida a glosa do crédito do ICMS, tendo em vista a utilização do benefício fiscal relativo ao ICMS concedido de forma unilateral não autorizado por acordo firmado entre as unidades da Federação, por contribuinte submetido a regime especial de fiscalização e pagamento.

O autuado ingressa com defesa à fl. 23. Dizendo ser titular da empresa “Anadir Barboza de Souza Teles-ME”, nome de fantasia (BALAIO DOCE), não se conformando com parecer final constante no auto de infração, em tempo hábil, solicita a investigação referente às compras que foram feitas em nome da empresa, a qual nunca fez, pois assim que seu marido faleceu, não teve como dar continuidade ao funcionamento da empresa, que só funcionou pelo período de mais dois meses para acabar com o estoque, sem realizar compras de qualquer mercadoria.

Além disso, assevera que sua atividade era comercialização de doces e não de bebidas, como consta nas notas fiscais. Frisa que não teve condições de dar baixa na empresa, fechando as portas. Informa que atualmente o Ponto se encontra alugado.

Esclarece que, assim que recebeu a comunicação dos débitos que não são seus, por ter sido usado por outra pessoa, dirigiu-se a uma Delegacia de Polícia, onde foi lavrado Boletim de Ocorrência, por estelionato conforme a Lei 2448, art. 171, na cidade de Morro do Chapéu - Bahia.

Afirma que pedirá uma investigação para punir os culpados, pois com a morte de seu marido encontra-se em falência total.

O autuante presta informação fiscal às fls.34/35. Descreve os fatos que deram origem a autuação. Requer aos membros da Junta de Julgamento Fiscal a procedência do auto de infração em análise pelos motivos que alinha.

Informa que a autuada foi identificada através do processo de monitoramento eletrônico centralizado, executado por análise e cruzamentos prévios das informações, elaboradas pela Central de Operações Estaduais - COE e com base nos documentos fiscais eletrônicos emitidos, constatando-se a realização de operações pela autuada, em que houve omissão de pagamento do ICMS referente a mercadorias adquiridas.

Aduz que a autuada diz, "não se conformar com o parecer" da "Notificação", mas reconhece que recebeu a mesma, no dia 12/11/2014. Prossegue afirmando que a impugnante alega que não efetuou a compra das mercadorias; que seu esposo faleceu e se encontra em falência total; que o ponto está alugado e anexa ainda um Boletim de Ocorrência (fl. 24) registrado na 14ª COORPIN - Morro do Chapéu alegando que o fornecedor das mercadorias foi a STO Atacadista de Produtos Alimentícios Ltda. e pede que a SEFAZ faça investigação para identificar quem comprou.

Argumenta que a notificação foi emitida de acordo com RPAF/99, Decretos 13.780/2012, 14.213/2012, 14.208/13 (Novo Modelo de Fiscalização no Trânsito de Mercadorias) e a Lei 7.014/96.

Concorda com a impugnante quando a mesma diz que sua inscrição pode ter sido usada indevidamente e a SEFAZ pode sim, fazer diligência junto ao fornecedor para identificar quem de fato efetuou as compras das mercadorias.

Observa que já foram emitidos vários autos contra o mesmo contribuinte e as alegações de falência, morte do esposo e aluguel do ponto, não se fizeram acompanhar de documentos comprobatórios.

Mantém a autuação e pede a procedência total do Auto de Infração.

VOTO

O presente auto de infração acusa o autuado da falta de recolhimento do ICMS, antes da entrada no território deste Estado, por contribuinte submetido a regime especial de fiscalização.

Da análise dos elementos que compõem o processo administrativo fiscal, constato que não existe nos autos prova de que o autuado se encontrava em regime especial de fiscalização conforme acusação fiscal.

Observo que consta expressamente da informação fiscal que *"através do processo de monitoramento eletrônico centralizado, executado por análise e cruzamentos prévios das informações, elaboradas pela Central de Operações Estaduais - COE e com base nos documentos fiscais eletrônicos emitidos, constatando-se a realização de operações pela autuada, em que houve omissão de pagamento do ICMS referente a mercadorias adquiridas"*.

No presente caso, o Auto de Infração foi emitido no modelo próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias (Modelo 4). Nesta situação, o preposto autuante, constatando a conduta infracional, lavra o flagrante, apreendendo ou não as mercadorias e/ou documentos, e impõe a exigência fiscal em relação àquele ato que está presenciando.

Observo que apesar de, às fls.4/6, constar um "Termo de Ocorrência Fiscal", o mesmo não se presta para fundamentar o procedimento fiscal adotado, haja vista que do referido documento não consta a assinatura do autuado. No caso em comento, caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, lavrando-se o termo de início de fiscalização com a intimação do contribuinte para apresentação dos livros e documentos fiscais nos termos do art. 28 do RPAF/99.

Importante registrar, que apesar de o autuante empreender a ação fiscal como se fosse uma operação de trânsito de mercadorias, não houve instantaneidade no procedimento de fiscalização, pois o auto de infração foi lavrado em 10.11.2014 e as operações de vendas conforme DANFES nº que serviram de base para a autuação se deram 13/10/2014.

Analizando os referidos documentos fiscais, vejo tratar-se de vendas de bebidas alcoólicas (uísque, vodkas, aguardente, conhaque, espumantes, licores finos etc) conforme DANFES nº 900806, 900807, 900851 e 900876 emitidos pela empresa STO Atacadista de Produtos Alimentícios estabelecido em Brasília/DF.

A autuada alegou não ter realizado tais aquisições, nem serem estas mercadorias comuns a sua atividade econômica, considerando que é uma microempresa que comercializa doces, balas e guloseimas, tendo inclusive como nome de fantasia "Balaio Doce". Disse que tomou providências de fazer registro através de certidão de queixa à polícia fls. 24/27, visto que terceiros estariam fraudulentamente fazendo uso indevido de sua inscrição estadual junto a SEFAZ.

O autuante na informação fiscal, disse concordar com a impugnante, quando a mesma diz que sua inscrição pode ter sido usada indevidamente e a SEFAZ pode sim, fazer diligência junto ao fornecedor para identificar quem de fato efetuou as compras das mercadorias.

Este fato reforça a fragilidade do lançamento em exame. A prova da aquisição das operações autuadas está baseada exclusivamente nos DANFES. Entendo que neste caso específico, as cópias das NF-e's não são suficientes para confirmar a circulação de mercadorias. Somente com a juntada de outros elementos que não foram trazidos aos autos pela fiscalização se poderia confirmar a ocorrência dos fatos imponíveis do presente lançamento, a exemplo da juntada de comprovante de recebimento das mercadorias; ou os CTC's (conhecimentos de transporte rodoviários de cargas das empresas que conduziram e entregaram os produtos no destinatário localizado neste Estado); ou a prova do pagamento das operações junto aos fornecedores da impugnante, via procedimento de circularização junto aos fornecedores etc.

Ressalto que o cruzamento de informações entre o banco de dados de notas fiscais eletrônicas emitidas por um contribuinte, em confronto com os respectivos dados de outros contribuintes, não são suficientes para o fisco conferir a esses registros fiscais, o conteúdo de prova e certeza de que as mercadorias foram efetivamente postas em circulação e entregues ao destinatário localizado neste Estado. Esses registros podem até constituir um indício ou uma "pista" de irregularidades fiscais, que demanda, todavia, maiores apurações e agregação de outros elementos que possam servir de lastro probatório com a finalidade de respaldar um lançamento tributário de ofício.

Observo que, apesar da escrituração fiscal digital de terceiros ser um importante indício da ocorrência de uma operação de circulação de mercadoria, para que sejam utilizadas para fins de autuação, é preciso que o Fisco investigue junto ao remetente se a respectiva mercadoria efetivamente chegou ao seu destino, intimando-o a fornecer o pedido de compra, o comprovante de pagamento e sobretudo o recibo de entrega da mercadoria, únicos meios capazes de atestar a efetiva materialização da operação de circulação.

Entendo que caberia ao Fisco promover as medidas de investigação necessárias à confirmar a ocorrência do fato gerador, não podendo simplesmente transferir ao contribuinte o ônus de provar que não cometeu a infração. Afinal, nenhuma das partes deve assumir o ônus de produzir uma prova negativa, cuja produção é efetivamente impossível, pelo que cabe ao Fisco, como regra geral, comprovar a ocorrência do fato imponível.

Tanto é assim, que o RPAF/BA estabelece expressamente que os atos de lançamento deverão ser instruídos com os elementos que comprovem a ocorrência das infrações imputadas. Vejamos transcrição do art. 28, §4º, inciso II, *in verbis*:

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

§ 4º O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

(...)

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido.

Demais disso, o art. 18, inciso IV, alínea “a”, do referido diploma legal determina que o lançamento será nulo de pleno direito se não contiver os elementos suficientes para determinar, com segurança, o cometimento da infração.

Como se observa no presente PAF, o próprio autuante colocou em dúvida a certeza quanto à veracidade dos fatos que embasaram o lançamento, ao afirmar que *"concorda com a impugnante, quando a mesma diz que sua inscrição pode ter sido usada indevidamente"*.

Diante da ausência de elementos suficientes para determinar com segurança a imputação, concluo que neste caso, o Auto de Infração não foi instruído com a juntada de comprovantes da efetiva circulação das mercadorias, fundado tão somente em informações de terceiros, carecendo o lançamento dos requisitos de segurança, liquidez e certeza que lhe devem ser inerentes.

Registro por importante, Decisões deste CONSEF neste sentido, como Acórdão JJF nº 0104-05/15, JJF nº 0274-12/15, Acórdão JJF nº 0089-05/15, Acórdão CJF nº 0240-11/15 .

Tendo sido o Auto de Infração realizado de forma imprecisa, este fato implica sua nulidade, consoante determina o art. 18, inciso IV, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Recomendo a autoridade competente, verificar a possibilidade de refazimento do auto de infração a salvo dos vícios aqui apontados, com fulcro no art. 156 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Ante ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210595.0237/14-9**, lavrado contra **ANADIR BARBOZA DE SOUZA TELES**.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2015.

ARIVALDO PEREIRA DE SOUSA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR