

A. I. Nº - 206828.0001/15-0
AUTUADO - FRIGORÍFICO E TRANSPORTADORA UBATÃ LTDA. (FRIGOR SUL)
AUTUANTE - LUIZ CARVALHO DA SILVA
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/09/2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0148-01/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Argumentos trazidos pelo contribuinte não conseguem elidir a infração, que foi lastreada em documentos idôneos, emitidos regularmente e em conformidade com a legislação. **Infração mantida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. a) BENS DO ATIVO FIXO.** Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao ativo fixo do próprio estabelecimento, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. **Infração reconhecida pelo sujeito passivo. b) MATERIAL DE USO E CONSUMO.** Infração não contestada. **3. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO.** Infração reconhecida. **4. EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. FALTA DE ENTREGA PELA INTERNET.** Infração confessada pelo contribuinte. Não acolhidas as preliminares suscitadas. Negado o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 30 de março de 2015 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$ 1.230.098,43, bem como multa no percentual de 60%, além de penalidade de natureza acessória, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. 07.01.02 Efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior. Consta a informação de que *“Tudo conforme Notas Fiscais Eletrônicas emitidas por seus fornecedores habituais, tanto obtidas dos registros corporativos da SEFAZ, como apresentados pela Fiscalização em forma de DANFES, alguns dos quais anexados ao presente Auto de Infração para dirimir eventuais dúvidas, e de acordo com demonstrativos do cálculo do imposto a recolher e relação de todos os DAES pertinentes, código de receita 1145, anexos”*. Totaliza a mesma R\$ 1.104.974,12, para fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2013.

Infração 02. 06.01.01 Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme demonstrativo anexo, do qual foi entregue uma via a preposto do contribuinte. Valor total da infração em valores originais R\$ 3.168,09, fato

ocorrido no mês de dezembro de 2013.

Infração 03. 06.02.10 Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, na forma do demonstrativo anexo, do qual foi entregue uma via a preposto do contribuinte, montando a infração R\$ 1.442,19, sendo tais ocorrências verificadas nos meses de fevereiro, março, maio, julho a dezembro de 2013.

Infração 04. 07.15.03 Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com a saída posterior tributada normalmente, conforme demonstrativo anexo, do qual foi entregue uma via a preposto do contribuinte. Totaliza esta infração R\$ 112.234,03, ocorrida no período de janeiro a dezembro de 2013.

Infração 05. 16.14.02 Deixou de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD nos prazos previstos na Legislação Tributária, referente aos meses de julho a dezembro de 2013, conforme Relatório Resumo de Arquivos EFD/OIE anexo, no valor de R\$ 8.280,00.

A autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 116 a 123, onde argui em sua defesa, relativamente à infração 1 que se verifica que a mesma foi levantada com base em notas fiscais eletrônicas, *"tanto obtidas dos registros corporativos da SEFAZ, como apresentadas pela Fiscalizada em forma de DANFEs, ..."*, inferindo que o autuante valeu-se de duas fontes distintas: notas fiscais eletrônicas emitidas em nome da autuada e espontaneamente por ela apresentadas, anexos os respectivos DAES de recolhimento do ICMS; e notas fiscais eletrônicas emitidas em nome da autuada obtidas dos registros corporativos da SEFAZ.

Relativamente à primeira fonte (item 1 do parágrafo anterior) afirma não ter nada a questionar, haja vista que recebeu as mercadorias e recolheu o ICMS por antecipação antes de sua entrada no território baiano. Alega desconhecer as notas fiscais eletrônicas emitidas em seu nome e não registradas em sua escrita fiscal e contábil (item 2 do parágrafo anterior), garantindo não ter recebido as mercadorias a elas correspondentes.

Ressalta que emissões fraudulentas de notas fiscais em seu nome é fato denunciado há muito tempo. Antes de 2005 foram registradas queixas na Delegacia de Polícia, denunciando a utilização indevida de sua inscrição estadual. Esse fato chegou ao conhecimento da Diretoria Sul e da Supervisão Geral de Trânsito, cujos titulares eram os senhores Dr. Itamar e Dr. Marcelo, respectivamente. Em 2007, protocolou documento dirigido ao Superintendente da SEFAZ (SIPRO 110009/2007-9, cópia anexada) onde, entre outros assuntos, aborda essa situação.

Fala que apesar de todo apelo às autoridades tributárias, nenhuma providência foi tomada no sentido de coibir essas práticas; ao contrário, iniciou-se uma verdadeira "caçada às bruxas" contra a denunciante, com lavratura de Autos exatamente baseados em notas fiscais emitidas em seu nome, cujo fato tinha denunciado.

Isso tem lhe levado a exercer seu pleno direito de defesa, insurgindo-se contra exigências absurdas de ICMS, relativas a notas fiscais tendo-a como destinatária, mas cujas mercadorias não foram nem pedidas, nem por ela recebidas.

Aduz que o elemento de prova de que a sua inscrição estadual continua sendo utilizada por outrem, embora com menor intensidade, é o fato de que, estando descredenciada e submetida a regime especial de fiscalização, o que implica recolhimento do ICMS antes da entrada das mercadorias no território baiano, existirem notas emitidas em seu nome sem o devido recolhimento do ICMS fato este incompreensível.

Ressalta que, em 2013 (exercício fiscalizado), com apenas R\$ 29.272.779,51 de entradas, registrou faturamento de R\$35.060.659,37 e recolheu, somente para o Erário Estadual, o valor de R\$ 3.708.051,97; só de antecipação/substituição tributária, a autuada recolheu R\$ 1.773.729,52, donde

se conclui que vive asfixiada com a implacável perseguição do Fisco.

Argumenta que o autuante deixou de apresentar as cópias dos DANFES, relativos às notas eletrônicas emitidas em seu nome, e não registradas na sua escrita fiscal, com as devidas comprovações dos efetivos recebimentos das mercadorias por sua parte, questionando que, estando desde 21.08.2012 submetida a regime especial de fiscalização, torna-se impossível o recebimento de mercadorias sem a antecipação tributária por sua parte.

Portanto, a simples relação de notas fiscais, ou mesmo a juntada de cópias de DANFES, desacompanhados de outros elementos comprobatórios, tornam sem eficácia a ação fiscal, pois a existência de notas fiscais eletrônicas autorizadas no sistema corporativo da SEFAZ, não constitui prova necessária suficiente e incontestável de que tenha efetivamente recebido as mercadorias nela listadas, conforme entende mostrar a impossibilidade de ter recebido as mesmas sem a devida antecipação do ICMS.

Aduz estar pacificado seu entendimento neste Órgão, mencionando voto contido no Acórdão JJF Nº 0131-05/13 da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, referindo-se a notas fiscais eletrônicas afirmar que *"Encontrar-se autorizadas no sistema de controle de notas fiscais eletrônicas, não constitui prova de ingresso no estabelecimento de destino, devendo se observar outros elementos, de forma que o conjunto probatório aponte em caráter incontestável para a entrada das mercadorias no estabelecimento de destino"*, sendo, da mesma forma, o conteúdo de texto do Acórdão CJF 0022-12/14, transcrito.

Diz ser evidente que este Conselho Fiscal exige a apresentação de provas robustas para proferir julgamentos isentos de incertezas, a fim de não causar danos aos contribuintes, às vezes, irreparáveis, sendo a cautela dos julgadores fruto da vasta experiência e pleno conhecimento de que:

- Nada impede que uma nota fiscal eletrônica seja emitida sem o consentimento do destinatário nela indicado;
- A simples emissão de uma nota fiscal eletrônica nem sequer prova que as mercadorias ingressaram e circularam no território de destino;
- São frequentes situações nas quais mercadorias são internalizadas nos Estados de origem ou entregues em Estados diversos que ficam no trajeto entre a origem e o destino;
- Mesmo as mercadorias adentrando no Estado da Bahia podem ser entregues em estabelecimento diverso do destinatário, pois, ainda que se trate de fornecedores idôneos, existe a figura de vendedores inescrupulosos arquitetando vendas para alguns contribuintes utilizando-se de inscrições de outros, sem o conhecimento das empresas fornecedoras e destinatárias.

Após reiterar que o autuante deixou de apresentar as cópias das notas fiscais, base de sua autuação, e de juntar elementos para formar o "conjunto probatório" das entradas de mercadorias no estabelecimento da autuada o que caracteriza um cerceamento de defesa, conclui carecer a mesma de melhor descrição, qual seja, a segregação das notas não registradas ou não apresentadas; em seguida, a formação do "conjunto probatório" já mencionado.

Cita a doutrina, representada por Hugo de Brito Machado, no sentido de que *"cabe ao Fisco o ônus de provar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária que serve de suporte à exigência do crédito que está a constituir."*

Finaliza seu arrazoado reconhecendo como procedentes as infrações 2, 3, 4 e 5, e requerendo a improcedência da infração 1, no valor original total.

Informação fiscal constante às fls. 140 a 147 argumenta, após destacar os principais pontos defensivos, que a empresa autuada se encontrava sob regime especial de fiscalização a partir do dia 28 de dezembro de 2012, devido a reiterados procedimentos irregulares, o que ensejou a

deflagração de nova operação fiscal, a partir do dia 30 de junho de 2014, a qual mobilizou equipes da SEFAZ, bem como da Polícia Civil, e Ministério Público, no sentido de desarticular organização no Estado, responsável por vultosa sonegação fiscal, inclusive incluindo a empresa autuada, conforme noticiário que indica.

Fala que imputar a responsabilidade pelas aquisições de mercadorias a terceiros é prática comum à autuada, datando desde o ano de 2002. Cita o fato da empresa, colecionar vários Autos de Infração, quer na fiscalização de estabelecimentos, quer no trânsito de mercadorias, destacando três deles que totalizariam valores próximos a R\$ 30.300.000,00 em infrações relacionadas a falta de antecipação do imposto relativo a mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, sendo considerados procedentes por este Órgão, a exemplo dos Acórdãos JJF 3002/15, 8903/15 8303/15, em que pese a alegações repetidas.

Afirma que na peça defensiva, apesar da argumentação de que não adquiriu as mercadorias, não apresentou a sua escrituração fiscal, sob o argumento de que os computadores da empresa se encontravam apreendidos pela autoridade fazendária.

Diz, ainda, que a empresa se manteve omissa na apresentação do arquivo de escrituração eletrônica durante todo o ano de 2013, conforme relatório que anexa à fl. 106, o que motivou autuação, reconhecida pela mesma. E se escrituração existe, não a apresenta à fiscalização, com o objetivo de embarçar a ação fiscal.

Assegura que a “prova” apresentada pelo sujeito passivo nada mais é do que uma ilação sem sentido, chamando a atenção para o fato de que muitas das notas fiscais arroladas no lançamento foram emitidas por fornecedores usuais e habituais da empresa autuada, em grande quantidade, os quais a própria autuada considera idôneos.

Observa que no ano de 2013 ocorreu troca do profissional responsável pela contabilidade da empresa, o que implicou em melhora do comportamento fiscal da mesma, e implicando em aumento nos valores de ICMS recolhidos.

Menciona as mudanças ocorridas no ano de 2015 relativas a inibir o uso de dados cadastrais de terceiros para aquisições de mercadorias, o que a empresa parece ignorar, mencionando e transcrevendo o teor do artigo 83 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (RICMS), aprovado pelo Decreto nº 13.780/12.

Por tais fatos, entende dispensado de tecer maiores comentários à peça defensiva apresentada, esclarecendo o método utilizado para o cálculo do imposto, que entende justo e sem mácula que pudesse prejudicar a empresa, na forma dos demonstrativos de fls. 7 a 19.

Conclui, solicitando o julgamento procedente do lançamento.

Encaminhado para julgamento, em 16 de julho de 2015, a autuada protocola documento subscrito pelo sócio, reiterando os argumentos de utilização fraudulenta de sua inscrição estadual, da comunicação feita de tal uso às autoridades fazendárias, sem qualquer providência tomada, e de seu esforço em aprimorar controles, reclamando da exiguidade de tempo para a apresentação das defesas, frente aos prazos de fiscalização, reafirmando que recolhe todos os tributos devidos, além de sua responsabilidade social.

Diz que o valor ora exigido é impagável, não havendo garantia de que os valores estejam corretos, motivo pelo qual solicita encaminhamento do feito para o órgão revisor, no intuito de se obter justiça.

Em 21 de agosto de 2015, o feito foi convertido em diligência, a fim de que o autuante acostasse aos autos, demonstrativo semelhante àquele de fls. 07 a 19, no qual indicasse a chave de acesso dos DANFES ali enumerados, e o entregasse ao contribuinte com prazo para manifestação (fl. 168).

O autuante, em atenção ao quanto solicitado, informa ter cumprido a diligência (fl. 170), ao tempo em que elaborou os demonstrativos conforme pedido (fls. 171 a 182), inclusive

apresentando os mesmos em mídia gravada, entregues ao sujeito passivo (fl. 184), com reabertura do prazo de defesa.

A empresa não se manifestou a respeito do resultado da diligência.

Constam às fls. 187 a 194 documentos comprobatórios do parcelamento solicitado pela empresa, relativamente às infrações 2, 3, 4 e 5.

Na sessão de julgamento, compareceu o patrono da autuada, o qual realizou sustentação oral, na qual reafirmou os argumentos defensivos, solicitando a conversão do feito em diligência, para que se fizesse pesquisa junto aos fornecedores constantes nas notas fiscais, no sentido de confirmar as operações, e sua efetividade.

VOTO

O lançamento constitui-se em cinco infrações arroladas pela fiscalização, sendo objeto de impugnação apenas a de número 1.

Iniciarei pela apreciação das preliminares aventadas na peça defensiva, ainda que de forma não explícita.

Em primeiro lugar não observo qualquer ato praticado ao curso do processo que venha a se constituir em cerceamento de defesa para o contribuinte, inexistindo qualquer das hipóteses que poderiam ensejar a nulidade do lançamento, o qual se apresenta perfeito e acabado, sem incorreções de natureza formal, atendendo, pois, aos requisitos legais.

Contrariamente a tese defensiva, não houve qualquer cerceamento ao exercício de seu direito, e o fato do autuante não ter apresentado as cópias dos DANFES, relativos às notas eletrônicas emitidas em seu nome, e não registradas na sua escrita fiscal, foi devidamente contornado com determinação neste sentido, no corpo da diligência solicitada pela Junta de Julgamento Fiscal, razão pela qual não acolho a argumentação apresentada.

Quanto ao pedido para a realização de perícia, solicitado na peça de aditamento à defesa apresentado, nego de plano, por entender que os dados constantes no processo serem suficientes para a sua apreciação, bem como, nos termos do artigo 147, inciso II, item “a” do RPAF/99, deverá ser indeferido o pedido de perícia se a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos.

Quanto à realização diligência, solicitada na apresentação da defesa, o pedido foi atendido, tendo sido o feito diligenciado, a fim de que saneamento processual fosse realizado, garantindo ao autuado o pleno exercício do direito de defesa.

Da mesma forma, nego o pedido de diligência solicitado na sessão de julgamento, pelo defensor da autuada, diante do fato de que, sendo as notas fiscais constantes no processo emitidas eletronicamente, inexistente motivação para que seja pesquisada junto aos emitentes, a efetivação da operação, até pelo fato de que acaso as operações não se concretizassem, as operações seriam desfeitas pela via do cancelamento das mesmas. Todavia, no portal de notas fiscais eletrônicas, tais emissões constam como “notas fiscais autorizadas”, o que inviabiliza qualquer diligência neste sentido.

É preciso se observar que o não deferimento do pedido não pode ser considerado como cerceamento de defesa, à vista do fato dos dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do acima mencionado artigo 147 do RPAF/99.

O entendimento doutrinário, inclusive, é o de que o deferimento de diligência ou perícia deve obedecer a uma série de requisitos, contidos na norma legal. Todavia, o não atendimento desses requisitos é causa de descon sideração do pedido sem que isso signifique cerceamento do direito de defesa.

Diante de tais considerações, impende dizer-se que ainda obedecendo aos requisitos legais, o

pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente dos julgadores.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum conseguiu figurar na defesa.

Assim, reafirmo o afastamento das questões preliminares.

Quanto ao mérito, às infrações 2 a 5 não foram contestadas pelo sujeito passivo, o qual, inclusive, solicitou parcelamento do débito apurado, motivo pelo qual estão fora da lide, e por consequência, são tidas como procedentes.

Relativamente à infração 1, trata-se de cobrança de antecipação tributária,

A tese defensiva prende-se, exclusivamente à negativa de aquisição das mercadorias constantes em diversas notas fiscais, especialmente aquelas que, afirma não ter apresentado ao Fisco, e sim, obtidas através dos controles de emissão de notas fiscais eletrônicas da Secretaria da Fazenda, muito embora não discrimine dentre os documentos arrolados pela fiscalização, quais estariam em cada caso.

O regramento previsto nos artigos 142 e 143 do RPAF/99 assim determinam:

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

Ou seja: Não bastaria apenas alegar. Necessária e imprescindível à apresentação de prova, ainda mais se considerarmos que existem apenas notas fiscais eletrônicas arroladas na autuação, coletadas inclusive junto ao próprio contribuinte autuado, as quais poderiam, ainda que de forma não obrigatória, ter a emissão consultada através do respectivo portal, para fins de controle, e se evitar que a emissão indevida ocorresse, se fosse o caso.

Aliás, lembro que a emissão da Nota Fiscal eletrônica se encontra regulada no artigo 82 e seguintes do RICMS/12:

“Art. 82. Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, com o intuito de documentar operações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador (Ajuste SINIEF 07/05).

Art. 83. A NF-e será emitida pelo contribuinte obrigado ao seu uso ou que tenha optado:

I - na saída ou no fornecimento de mercadoria;”

Da mesma forma, assim dispõe o § 12 do artigo 89 do RICMS/12, ao enumerar as obrigações dos emitentes de Notas Fiscais Eletrônicas:

“§ 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;”

Tal disposição encontra-se em consonância com o Protocolo de Cooperação ENAT 03/2005, o qual estabeleceu a implantação da Nota Fiscal Eletrônica, integrante do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED.

Ou seja: O sujeito passivo tomou conhecimento das notas fiscais emitidas para o mesmo, quando de sua emissão; se não reconheceu as compras ou aquisições, deveria ter, de imediato, não

somente ter comunicado tal fato aos emitentes das mesmas, como, de igual forma, adotar as demais providências requeridas pelo fato.

Chamo a atenção para o fato de que, embora não se constituísse em procedimento obrigatório, o destinatário poderia consultar o portal da Nota Fiscal eletrônica, a fim de conhecer aquelas que teriam sido emitidas, tendo-o como destinatário, o que não o fez, embora tenha se reportado a utilização de sua inscrição para aquisições por terceiros, o que demonstra, no mínimo, a falta de vigilância de sua parte, quanto a tal cuidado.

O argumento defensivo, qual seja, a simples negativa de aquisição de notas fiscais eletrônicas, desacompanhado de qualquer outro elemento probante, tem sido corrente neste Órgão, o que tem motivado inúmeras decisões, dentre as quais destaco o Acórdão CJF 0403-11/13, no qual a relatora, Conselheira Raisa Catarina Fernandes, assim conclui o seu voto que não deu provimento ao Recurso Voluntário impetrado pelo contribuinte:

“...Neste contexto, alegar sem provar é o mesmo que nada dizer, caberia ao Recorrente trazer ao processo elementos comprobatórios capazes de fundamentar sua discordância. O art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, referentes às suas alegações. Neste processo, verifico que o Sujeito Passivo apenas nega a infração que lhe foi imputada, por isso, compreendo tal justificativa apenas como negativa do cometimento da infração, o que não o desonera de provar a presunção fiscal, situação prevista pelo art. 143 do RPAF/99. Na situação em comento, já que os elementos materiais não foram objetivamente impugnados e não verifico indícios de erros ou inconsistências no lançamento, julgo correta a Decisão da JJF que manteve o lançamento.”

A este respeito, de igual forma, entendo necessário transcrever pequeno trecho do julgamento verificado no Estado de Pernambuco, pela 4ª Câmara de Direito Público, na Apelação Cível 0069947-52.2007.8.17.0001, no qual o Estado foi demandado por contribuinte, em relação à matéria de idêntico teor, qual seja, a negativa do contribuinte de aquisição das mercadorias constantes em diversos documentos fiscais, sendo Relator o Desembargador Rafael Machado da Cunha Cavalcanti, publicado no Diário da Justiça do Estado de Pernambuco de 05 de janeiro de 2016, página 787, cujo trecho transcrevo abaixo:

“Destarte, a teor do que dispõe o art. 333, I, do CPC, compete ao autor o ônus de provar fato constitutivo de seu direito. Inexistentes ou insuficientes as provas carreadas aos fólios, resta ao julgador, aplicando a regra do ônus da prova, julgar improcedente a demanda, tal como fez o magistrado de base.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, a respeito do tema lecionam:

‘O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza.’

No que tange ao mérito recursal, pretende a recorrente a anulação do débito fiscal apurado a partir do Auto de Infração nº 005.01064/07-9 (TATE 00.293/07-5), cujo fundamento é o de falta de recolhimento do ICMS devido por operações tributáveis não registradas nos livros e documentos fiscais.

Sucede que, em se tratando de ação anulatória, como no caso dos autos, repita-se que cabe à autora o ônus da prova quanto à desconstituição do crédito já notificado ao contribuinte, em face da presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo, sendo, pois, imprescindível, prova irrefutável para desconstituição do mencionado crédito.

Foi então solicitado à Apelante que apresentasse em sua defesa quaisquer instrumentos comprobatórios dos lançamentos das operações relativas às citadas notas fiscais. Como tal pleito não foi atendido, as operações foram consideradas irregulares.

Veja-se que aqui, como bem pontuado pelo eminente Des. Bandeira, “Nessa espécie tributária, toda a estrutura das penalidades (senso estrito) tem a sua lógica direcionada a compelir o contribuinte a ser exato e fidedigno na documentação e escrituração de suas operações comerciais, pois é exatamente com base nesses dados do próprio contribuinte que a autoridade fazendária exerce a maior parte (e a parte principal) de sua atividade fiscalizatória”.

Confia-se nas informações prestadas pelo sujeito passivo, que deve pautar-se da forma mais escoreita possível. Não poderia o contribuinte agir de forma mais danosa, devendo tal conduta ser punida”.

Da mesma forma, a doutrina, aqui representada por Hugo de Brito Machado Segundo (Processo Tributário, Ed. Atlas, 2ª Ed., pág. 497), entende caber ao contribuinte a comprovação de 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.*”

Não foi feliz o Acórdão tomado pelo sujeito passivo como paradigma para a sua defesa, qual seja, o CJF 0022-12/14, pelo fato do voto transcrito na peça defensiva ter sido vencido na decisão da lide, e não representa o pensamento dominante neste Órgão.

Quanto ao Acórdão JJF 0131-05/13, além do fato de ser uma decisão de primeiro grau, sujeita a reforma, e não vinculante, trata, na verdade, de outro tema, qual seja o desfazimento da operação não realizada, após decorrido o prazo para cancelamento do documento fiscal.

Dele, posso destacar o seguinte trecho do Relator que bem demonstra a afirmativa acima:

“Os fatos descritos levam à conclusão, pela análise do conjunto probatório, que a empresa emitiu a nota fiscal de saída, perdeu o prazo para cancelamento e efetuou estorno da venda emitindo nota fiscal de entrada, e não ficou comprovado dolo, fraude ou simulação, nem tampouco prejuízo à Fazenda Pública do Estado da Bahia, em decorrência da emissão e estorno da operação, uma vez que não ficou comprovada por outros meios, que a operação de aquisição e entrada das mercadorias no estabelecimento baiano tenha se concretizado.

O Direito Tributário veda expressamente o lançamento de tributo por presunção, a menos que esteja claramente definida em lei. Não há presunção legal para o fato apresentado neste processo, pois a simples emissão da nota fiscal de venda, com posterior estorno, isoladamente não caracteriza a prova incontestável de que as mercadorias de fato ingressaram no estabelecimento do destinatário.”

Ademais, consoante assinalado no voto em comento, à prática não trouxe prejuízo para a Fazenda Pública, ao contrário daquela aqui verificada, onde a falta de recolhimento do imposto é patente. Por tais razões, não posso acolher tal assertiva defensiva.

Desta forma, o presente lançamento tendo respaldo em notas fiscais idôneas, inclusive tal fato não foi questionado pelo sujeito passivo, todas elas presentes nos autos, e entregues em cópia ao contribuinte, na forma de diligência saneadora realizada, a qual, inclusive, reabriu prazo de sessenta dias para a defesa, não sendo originárias de simples informações de terceiros ou, relação de notas fiscais coletadas em sistemas, a exemplo do CFAMT ou SINTEGRA, sem sombra de dúvidas, posso concluir que o Auto de Infração neste caso não prescinde de prova a ser constituída pela fiscalização, vez atendida à previsão contida no artigo 333, I, do Código de Processo Civil (CPC), então vigente, renumerado no novo diploma processual no artigo 373, o qual, apesar de em sua parte inicial manter a atual distribuição do ônus probatório entre autor e réu - sendo atribuído ao sujeito passivo quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, e ao sujeito ativo da relação processual quanto ao fato constitutivo de seu próprio direito.

Ressalto que todas as notas fiscais autuadas se encontram no processo em cópias. Observo, ainda, que as mercadorias foram transportadas, não por transportadores autônomos, mas por empresas de transporte, o que fragiliza a defesa, pois, para se perpetrar tal fraude, qual seja, a de entregar as mercadorias em outros endereços a outros contribuintes, necessário seria a conivência das mesmas.

Além disso, da análise dos documentos colacionados pelo autuante, como prova do ilícito detectado, posso citar algumas Notas Fiscais: a 225.684 (fl. 23), emitida em 05 de janeiro de 2013, a qual consta como transportadora empresa estabelecida em Ubatã, na rua São Jorge, 11, o mesmo onde se estabelece o estabelecimento autuado, sendo o frete por conta do destinatário.

Menciono, também a Nota Fiscal de número 18.085, (fl. 31), onde o mesmo transportador aparece como responsável pela entrega das mercadorias ali constantes, ocorrendo novamente tal fato com

as Notas Fiscais nºs 250.878 e 250.879, constantes às fls. 36 e 37, na qual figura o mesmo transportador. Idêntica à situação da Nota Fiscal nº 277.379 (fl. 54).

Já na nota fiscal de fl. 34, emitida sob o número 17.913, na indicação do transportador, consta o nome do próprio autuado, inclusive destaca a placa do veículo transportador (MFL 5931), o que em nada favorece ao argumento defensivo apresentado, o mesmo acontecendo na nota fiscal 3.581 (fl. 44), na qual consta a placa policial LYO 8163.

Da mesma forma, carece de credibilidade a tese defensiva, tendo em vista que, acaso verdadeira, diante da situação fiscal da empresa autuada, submetida a regime especial de fiscalização, o que implica recolhimento do ICMS antes da entrada das mercadorias no território baiano, tal possibilidade não seria crível.

Quanto à queixa apresentada pelo sujeito passivo junto à Secretaria da Fazenda e Polícia Civil, como alegado, reportam-se a fatos do ano de 2005, anteriores, pois, a adoção das notas fiscais eletrônicas, ao passo que os documentos arrolados na presente autuação são do ano de 2013, e são documentos fiscais emitidos eletronicamente, não guardando, pois, correlação.

Por tais razões, julgo o Auto de Infração PROCEDENTE, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206828.0001/15-0**, lavrado contra **FRIGORÍFICO E TRANSPORTADORA UBATÃ LTDA. (FRIGOR SUL)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.109.584,40**, acrescido da multa de 60%, no art. 42, II, alíneas "d" e "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$8.280,00** e multa percentual no valor de **R\$112.234,03**, previstas nos incisos XXIII-A, "I" e II, "d", do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios, de acordo com a Lei nº 9.837/05, devendo os valores eventualmente recolhidos ser homologados pelo órgão competente.

Sala de Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA