

**A. I. Nº** - 232238.3042/16-0  
**AUTUADO** - MARCOS ANTÔNIO DE QUEIRÓZ  
**AUTUANTE** - EMERSON PEREIRA PORTELA  
**ORIGEM** - DAT/SUL IFMT  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 09.05.2017

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0059-04/17

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE OPTANTE - SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O autuado não traz aos autos prova capaz de elidir a acusação fiscal. Fatos demonstrados nos autos. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 23 de agosto de 2016 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$42.990,41 bem como multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **07.21.01.** Deixou de efetuar recolhimento de ICMS antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado da Bahia.

Consta ainda da acusação fiscal, a seguinte observação: “*Aos vinte e três dias do mês de agosto de 2016, no exercício das nossas funções fiscalizadoras, nos termos da legislação em vigor, em cumprimento do Mandado de Fiscalização nº 24574045000138-2016721, emitido pela Central de Operações Estaduais – COE e Ordem de Serviço nº 505783/16 emitida pela Infaz/Vitória da Conquista, autuamos o contribuinte supra, em virtude da falta do recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS devido, relativo às entradas neste Estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos DANFE's nºs 197.160, 28.896, 22.312 e 21, conforme Termos de Ocorrência Fiscal e de Fiscalização, em anexo, bem como a Planilha de Cálculos, em razão da antecipação total do ICMS das mencionadas operações, encontrando-se tal contribuinte em situação de inapto. Operações de circulação de mercadorias constatadas nesta data, por verificação fiscal, que identificou os eventos de trânsito de mercadorias preconizadas no Ajuste SINIEF 05, de 30 de março de 2012 (ciência da Operação e Confirmação da Operação)*”,

A empresa autuada apresentou impugnação ao lançamento constante à fl. 32, na qual comunica que não conhece o estado da Bahia, nunca esteve na cidade de Livramento de Nossa Senhora, e que a empresa autuada em seu nome foi constituída ilegalmente sem sua autorização, não foi constituída por ele e sim, por estelionatários não identificados e que atualmente exerce apenas a atividade de produtor rural, estabelecido no município de Arinos, Minas Gerais.

Informa estar sendo notificado por fornecedores, pelas compras e pagamentos não efetuados como também por esta cobrança de ICMS devido por antecipação ou substituição tributária pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, o que o levou a fazer boletim de ocorrência policial, relatando a ocorrência, como também solicitado ao seu contador na cidade de Patos de Minas, Minas Gerais, a efetuar a baixa da empresa no site do Portal do Empreendedor, o que já foi procedido.

Aguarda que o Auto de Infração seja analisado e que a solução do mesmo seja deferida, ao tempo em que comunica o endereço do profissional contábil, para qualquer contato.

Informação fiscal constante às fls. 54-A a 56, pelo próprio autuante, esclarece que embora a defesa apresentada traga elementos a serem considerados, no sentido de negar qualquer participação na constituição da empresa autuada em seu nome, bem como a petição do advogado do autuado (fl. 33), Boletim de Ocorrência Policial (fls. 49 a 51), há o deferimento, pelo Juiz da Comarca de Divinópolis (MG), de um pedido de arresto (folhas 47 a 48) de um veículo Fiat/Palio, Placa e uma Moto Honda/CG 150, solicitado pela empresa Codil Alimentos Ltda., através de uma Ação de Execução por Título Extrajudicial (folhas 38 a 46), identificando, conseqüentemente, o executado (contribuinte), como o real adquirente das mercadorias objeto dessa ação.

Assim, embasado apenas nas peças judiciais acostadas ao presente processo, fala não ser possível determinar que o contribuinte não é o adquirente das mercadorias objeto da presente autuação, uma vez que a simples negativa do cometimento da infração não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, sendo para tal, necessária a juntada de outros elementos probatórios para fundamentar a veracidade das suas alegações.

### **VOTO**

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99, razão pela qual inexistem questões preliminares a serem apreciadas.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos da infração trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Passo, pois, à análise da mesma. A acusação é a falta de recolhimento de ICMS antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado da Bahia.

A tese defensiva é a de não tinha conhecimento da existência de tal empresa em seu nome, tendo sido vítima de estelionatários, e por tal razão estão sendo movidos processos contra si no âmbito do Poder Judiciário.

Todavia, algumas observações são pertinentes. A primeira delas é a de que no contencioso tributário, não poderá ser negado ao contribuinte o direito pleno de defesa, podendo o mesmo se utilizar de todos os meios de prova admitidos em lei, aliás, neste caso inverte-se o ônus da prova, passando exclusivamente a este a responsabilidade da apresentação de elementos de provas que demonstrem as inverdades apuradas através de procedimento administrativo tributário que, por sinal, oferecendo, assim, maior possibilidade de apreciação objetiva e segura quanto às conclusões extraídas de seus resultados, de tal sorte que as provas produzidas sejam realizadas em toda sua extensão e amplitude, assegurando amplas prerrogativas e garantias de defesa ao contribuinte, para que o mesmo não seja onerado além do expressamente previsto na lei tributária. A lei tributária não faz distinção, não havendo preterição de qualquer uma das partes, devendo triunfar sempre a verdade material e formal dos fatos. Cabe, a princípio, à administração fazendária o ônus da prova no ilícito tributário, mesmo que a base de cálculo do montante devido seja determinada por arbitramento, o que não foi o caso em tela. Todavia, a norma legal não conferiu ao sujeito passivo o poder de se eximir de sua responsabilidade através da recusa ou impossibilidade da entrega dos elementos materiais à apreciação objetiva e prevista

na legislação tributária. No presente caso, não se pode aventar eventual aplicação do Código de Processo Civil, que, sabidamente é aplicado de forma subsidiária ao processo administrativo fiscal de Estado da Bahia, na forma de previsão legal, sendo o ônus desta prova especificamente, do sujeito passivo, vez que os documentos que elidiriam a infração estão em seu poder, compondo a sua escrituração, documentação e arquivos.

Dito isso, constato que a defesa se cingiu apenas à negativa de cometimento da infração, e a afirmação de ser vítima de golpe perpetrado por estelionatários, entretanto, sua argumentação carece de elementos de prova, além do que aquelas trazidas ao feito, não se apresentam aptas a reduzir ou extinguir o lançamento via improcedência.

Assim, por exemplo, a certidão policial trazida às fls. 49 a 51 dando conta dos fatos à autoridade policial foi adotada quase que dois meses após a lavratura do Auto de Infração. Da mesma forma, embora a Notificação Judicial de fls. 47 e 48 tenha sido expedida em 12 de agosto de 2016, por via eletrônica, apenas em 03 de outubro de 2016 foi feito o registro policial, o que numa situação normal, seria adotada de imediato, justamente pela necessidade do contribuinte não só proteger-se de outras cominações fiscais, como, de igual forma, pelo fato de que evitaria novas ações de cunho comercial contra si, ou naquelas acaso existentes, teria um forte elemento para demonstrar o golpe de que diz ser vítima, embora assistido por profissional da advocacia, consoante petição constante nos autos.

Além disso, não constam nos autos, por exemplo, cópia de e-mails, que diz ter trocado com fornecedor, acerca dos fatos alegados, qual seja, a de que não seria responsável pela empresa, aberta à sua revelia, e sem seu conhecimento. Poderia, da mesma forma, trazer aos autos provas obtidas junto aos vendedores das mercadorias arroladas no lançamento, acerca das tratativas de vendas, local de entrega, e outros elementos que pudesse dispor a seu favor, até pelo fato de no momento da autuação, conforme observação transcrita linhas acima, firmada pelo autuante, a empresa já se encontrar na condição de inapta, junto à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Não o fez, contudo.

Desta forma, o julgador deve conduzir a sua decisão de forma objetiva, e lastreada unicamente nos elementos que compõem o processo, o qual, como dito, se encontra com a produção de provas insuficiente em relação aos fatos, não podendo a simples negativa dos mesmos ser acolhida, nos termos do artigo 143 do RPAF/99, o qual determina que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Assim, sendo indispensável a aplicação da lei ao fato, imprescindível à administração o conhecimento da lei e da verdade factual. A aproximação desta verdade submete-se necessariamente a exigência da prova, a qual, lamentavelmente não veio aos autos de forma contundente.

A propósito, Sérgio André Rocha, (Processo administrativo fiscal: controle administrativo do lançamento tributário. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. fl. 162) ensina que o princípio da verdade material requer três exigências para sua efetivação: a) que se demonstre, com maior grau de verossimilhança possível, a veracidade dos fatos alegados no âmbito do processo; b) limitando-se a situações em que se presume a ocorrência dos fatos relevantes; c) sendo deferido às partes o direito de produzir as provas necessárias para bem demonstrar a procedência de suas alegações.

Alguns doutrinadores como Mário Pugliese (La Prova nel Processo Tributário, CEDAM, Dott. A. Milani, Padova, 1935) defendem a tese de que *“No processo tributário, estabelece-se uma situação peculiar, onde 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 erronia do*

*lançamento executado pela administração”, e em que pese o tempo de tal pensamento, o mesmo se mostra inteiramente atual e aplicável.*

Não se questiona aqui a veracidade dos argumentos defensivos trazidos, apenas e tão somente a falta de elemento contundente que possibilitasse ao contribuinte eximir-se da acusação fiscal, e em função de tais lições, concluo que faltou exatamente à peça defensiva, a verossimilhança necessária quanto aos fatos defensivos alegados, bem como a devida e necessária prova que pudessem de maneira forte demonstrar as alegações postas, o que traz como resultado, a não aceitação dos argumentos postos, e por este motivo, o feito deve ser julgado procedente.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232238.3042/16-0** lavrado contra **MARCOS ANTÔNIO DE QUEIRÓZ**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$42.990,41**, acrescido da multa de 60%, prevista na Lei 7.014/96, artigo 42, inciso II, alínea “d”, além dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 20 de abril de 2017

MÔNICA MARIA ROTERS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR