

**A. I. Nº** - 232238.3019/16-9  
**AUTUADO** - VALDELICE ALVES DOMICIANO - ME  
**AUTUANTE** - EMERSON PEREIRA PORTELA  
**ORIGEM** - IFMT SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 13.07.2017

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0119-05/17

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. FALTA DE PROVA EFICAZ DA MATERIALIDADE DO FATO E DA AUTORIA DA INFRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Inexistência de elementos nos autos que determinem com segurança o cometimento da infração de falta de recolhimento do imposto imputado ao sujeito passivo, na condição de responsável por substituição tributária, relativamente às aquisições de mercadorias em outra unidade da Federação. Não foi possível se determinar com base em provas robustas e idôneas que a autuada adquiriu as mercadorias objeto do levantamento fiscal. O conjunto de declarações prestadas pelas autoridades fiscais envolvendo manifestação do autuante e a decisão prolatada pelo Inspetor Fazendário da IFMT/SUL em outro processo administrativo fiscal, em que o autuado figurou como parte, relativiza a prova consubstanciada nos DANFEs, anexados a este PAF. Não cabe ao órgão julgador, na falta de melhores elementos, fazer a persecução fiscal acusatória, via diligência, por ser função essa reservada aos órgãos de fiscalização. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 11/07/2016 para exigir ICMS no valor principal de R\$25.815,64 com a seguinte imputação:

Infração 01 - Deixou de efetuar recolhimento de ICMS por 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.

Constou no campo Descrição dos fatos do A.I.: “Aos vinte e cinco dias do mês de maio de 2016, no exercício das nossas funções fiscalizadoras, nos termos da legislação em vigor, em cumprimento do Mandado de Fiscalização nº 46658997000123-2016328, emitido pela Central de Operações Estaduais – COE e Ordem de Serviço nº 503520/16, emitida pela Inspetoria Fazendária de Barreiras – Ba, notificamos o contribuinte supra, tendo em vista a falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas neste Estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos DANFE’s nºs 268643, 989170, 989770, 989771, 989772, 990777, 990799, 990756, 989172, 989176, 989177, 989190, 989192, 989193, 989194, 989195, 989196, 989205, 989208, 989224, 989225, 989227, 989228, 989229, 989230, 271482, 990622, 990628, 990797, 990798, 990799, 990769, 990758, 990823, 989180, 989184, 989185, 989186, 989187, 989188 e 989189, conforme Termo de Ocorrência Fiscal e seu anexo e Planilhas de Cálculo da Antecipação Total (...) encontrando-se tal contribuinte em situação de inapto. Operação de circulação de mercadorias constatada nesta data, por verificação fiscal, que identificou os eventos de trânsito de mercadorias preconizados no Ajuste SINIEF 05, de 30 de março de 2012 (ciência e conformação da Operação).

Anexado ao A.I. “Planilha de Demonstrativo de Débito – Antecipação Total” (fls. 04 a 14), “Termo de Início de Fiscalização” (fl. 15) e “Termo de Ocorrência Fiscal” e correspondente

Anexo (19 a 22). Apensada também à peça de lançamento as cópias dos DANFEs que serviram de lastro documental da acusação fiscal (docs. fls. 25 a 74).

O contribuinte foi notificado do lançamento de ofício em 28/10/2016, via Correios, com aviso de recebimento (AR – doc. fls. 77/78) e ingressou com defesa administrativa em 14/12/2016, firmada por advogados habilitados a atuar no processo através do instrumento juntado à fl. 86.

Na peça defensiva foi declarado inicialmente que a sócia é proprietária da empresa VALDELICE ALVES DOMICIANO – ME, CNPJ nº 004.665.897/0001-23 e Inscrição Estadual nº 057.040.293, localizada à Rua Desembargador Montenegro, SN, bairro de Fátima, Município de Barra – BA.

Em seguida informou que a autuação fiscal está lastreada na suposta movimentação de compras realizada pela requerente. Todavia argumenta que essas operações jamais ocorreram, envolvendo transações comerciais com a empresa STO Atacadista de Produtos Alim. Ltda – CNPJ nº 3.932.949/0001-18, e que não há comprovação de recebimento das mercadorias listadas na peça acusatória. Acrescentou que a empresa autuada não comercializa produtos constantes dos DANFEs a vários anos.

Registrou Boletim de Ocorrência junto à Delegacia de Polícia Civil de Barra – BA, solicitando a investigação da autoridade policial pela prática do crime de estelionato por parte da STO Atacadista de Produtos Alim. Ltda, acrescentando que a empresa autuada foi “vítima” de criminosos que incorreram na prática de delitos que acarretaram prejuízos diversos para o contribuinte.

Que a relação comercial com a empresa STO Atacadista de Produtos Alim. Ltda é identificada exclusivamente pelo Termo de Ocorrência Fiscal nº 46658997000123-2016328, (cópia anexa), levando a defesa às seguintes conclusões:

- I. a STO Atacadista de Produtos Alim. Ltda, utilizou indevidamente e de forma criminosa a inscrição estadual e os dados da requerente para efetuar vendas que na prática não ocorreram;
- II. as mercadorias constantes nas notas fiscais citadas jamais chegaram ao endereço da requerente;
- III. a empresa VALDELICE ALVES DOMICIANO – ME, CNPJ nº 004.665.897/0001-23 e Inscrição Estadual nº 057.040.293, ora impugnante, nunca teve ou tem qualquer tipo de relação com a STO Atacadista de Produtos Alim. Ltda;
- IV. que não existem históricos de comercialização da quantidade de itens listados nos DANFES, visto que a quase dois anos a impugnante não comercializa bebidas alcoólicas;
- V. Por fim, que a empresa VALDELICE ALVES DOMICIANO – ME não tem potencial econômico para promover a alegada movimentação de compras denunciada no Auto de Infração.

Diante de tais fatos, entende que a legitimidade e legalidade do Auto de Infração nº 2322383019169 e do Processo nº 154165/2016-2 estão totalmente comprometidos, declarando ainda que a impugnante vem sofrendo inúmeros prejuízos de ordem econômica por não poder realizar compras devidamente legais em razão de seu registro e autorização de funcionamento se encontrarem bloqueados junto à SEFAZ-BA.

Finalizou a peça de defesa pedindo pela total IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Foi prestada INFORMAÇÃO FISCAL em 15 de março de 2017, peça que se encontra anexada às fls. 98 a 100 do presente PAF.

Após fazer uma síntese das alegações defensivas, afirmou que ao fazer contato com a empresa autuada, foi informado pelo contribuinte que o mesmo não teria efetuado as compras das mercadorias elencadas no presente auto de infração, uma vez que nunca manteve relações comerciais com a STO Atacadista de Produtos Alimentícios Ltda. e que registraria um Boletim de Ocorrência na Delegacia de Polícia do município de Barra, solicitando a investigação do fato.

Que lhe foi informado também que a empresa autuada não era detentora de capacidade econômica para realizar compras de significativo valor e quantidade.

Diante dessas alegações e a partir do exame dos documentos acostados ao presente PAF (Peça Defensiva, Boletim de Ocorrência e Certidões), afirmou que a partir desse conjunto de evidências não ter condições de avaliar a veracidade das declarações defensivas, embora perceba que há razoáveis indícios de autoria ou coparticipação do remetente, ou seja, da empresa Atacadista de Produtos Alimentícios Ltda., na prática de atos de sonegação fiscal na citada operação, a qual pode ser confirmada ou não através de diligências e investigações dos fatos.

Sugeriu que a SEFAZ-BA solicite uma diligência junto ao Fisco do Distrito Federal, na empresa STO Atacadista de Produtos Alimentícios Ltda., com o objetivo de obter do remetente os comprovantes de pagamentos das compras realizadas pelo destinatário e identificar, no território do Estado da Bahia, os reais adquirentes das mercadorias constantes nos DANFES que originaram a lavratura do presente Auto de Infração.

### VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado a partir de documentos fiscais existentes no Ambiente Público da NF-e (Nota Fiscal Eletrônica) e correspondentes DANFEs (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica). A exigência fiscal recaiu sobre o destinatário das mercadorias situado neste Estado, que se encontrava na situação cadastral de inapto. As operações autuadas têm origem, na quase totalidade, nos documentos fiscais emitidos pela empresa STO ATACADISTA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA, localizada em Brasília – Distrito Federal. O imposto lançado envolve a cobrança do ICMS por antecipação total das mercadorias listadas no Demonstrativo anexado às fls. 04 a 14 cujos valores e quantidades foram retirados dos DANFEs cujas cópias estão apensadas às fls. 25 a 74 dos autos, envolvendo um volume expressivo de bebidas alcoólicas.

Observo ainda que no lançamento em lide constam apenas duas notas fiscais eletrônicas (NF-e) emitidas por CB Distribuidora de Bebidas Ltda, nº 268.643 e nº 271.482 (doc. fls. 25 e 26), que se referem a operações internas (dentro do Estado da Bahia) de vendas de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária (refrigerantes), hipótese em que a responsabilidade tributária pelo pagamento do imposto é do contribuinte fabricante ou da distribuidora dos produtos, não podendo ser atribuída ao destinatário, ora autuado, a obrigação de pagamento do ICMS retido nas etapas anteriores de circulação das mercadorias.

Após apresentação da defesa (fls. 80 a 85) e informação fiscal (fls. 98 a 100), percebe-se, sem maior esforço, que a acusação fiscal, apesar de ter por base os DANFEs que indicam o estabelecimento autuado na condição de destinatário das mercadorias, revela diversas fragilidades que colocam em dúvida se efetivamente os produtos ingressaram na empresa individual Valdelice Alves Domiciano – ME. A primeira fragilidade da acusação fiscal foi explicitada pelo próprio autuante, quando na informação fiscal, declarou que *“após análise das alegações apresentadas pelo contribuinte, do exame dos documentos acostados ao presente PAF (peça defensiva, boletim de ocorrências e certidões), bem como da legislação do ICMS pertinente, concluo que, apenas pelas alegações da autuada não temos condições de avaliar a veracidade de suas afirmações, embora se perceba que há razoáveis indícios de autoria ou coparticipação do remetente, ou seja, da empresa STO Atacadista de Produtos Alimentícios Ltda, na prática de atos de sonegação fiscal na citada operação, a qual pode ser conformada ou não através de diligências e investigação dos fatos”*. Em seguida, o próprio autuante sugere que a Secretaria da Fazenda da Bahia formalize uma diligência *“junto ao Fisco do Distrito Federal, na empresa STO Atacadista de Produtos Alimentícios Ltda, com o objetivo de obter do remetente os comprovantes dos pagamentos das compras realizadas pelo destinatário e identificar, conseqüentemente, os reais adquirentes, no território do Estado da Bahia, das mercadorias constantes do Danfes que originaram a lavratura do presente Auto de Infração”*.

Outra fragilidade da acusação fiscal advém ou tem origem na própria Inspeção (IFMT/SUL) que aprecia idêntica questão veiculada através da Notificação Fiscal nº 232232.0713/15-7 (doc. fls. 94/95), em que figurava como infratora à legislação do ICMS do Estado da Bahia a empresa ora autuada, declarou que a existência de DANFES, tendo como destinatária a empresa notificada, faz prova eficaz das operações ali descritas, porém, tais provas não têm caráter absoluto, podendo ser desconstituídas mediante evidências em contrário, *“como ocorre no presente caso, onde consta boletim de ocorrências registrado pelo notificado, noticiando o uso irregular da sua inscrição para a realização de operações que ela não reconhece”*.

A Inspeção revelou ainda, na sua decisão, que existe um histórico de diversos autos de infração e notificações fiscais envolvendo o remetente em práticas semelhantes destinadas à sonegação fiscal. E concluiu que apesar da notificação se encontrar revestida das formalidades legais, a realidade fática contraria a presunção que gozam os documentos arrolados como provas e, aplicando o princípio da verdade material, julgou a notificação totalmente IMPROCEDENTE.

Portanto, o conjunto de declarações prestadas pelas autoridades fiscais envolvendo a manifestação do autuante na fase de informação fiscal e a decisão prolatada pelo Inspetor Fazendário da IFMT/SUL no outro processo, acima mencionado, relativizam a prova consubstanciada nos DANFES, anexados a este PAF (docs. fls. 25 a 74), não cabendo ao órgão julgador, na falta de melhores elementos, fazer a persecução fiscal acusatória, função que é reservada aos órgãos de fiscalização.

A sugestão de diligência apresentada pelo autuante visando coleta de mais provas que reforcem a autuação, a exemplo de pesquisa junto ao fornecedor das mercadorias para certificação do pagamento das compras e a real destinação dos produtos no território baiano, não é cabível na instância julgadora. A peça acusatória, ou seja, o Auto de Infração já deveria ter sido encaminhado à instância julgadora com o conjunto probatório que possibilitasse ao julgador formar, ainda que de forma preliminar, a sua convicção em torno da materialidade e autoria da infração imputada ao sujeito passivo. As diligências e perícias, em regra, não são determinadas para produzir prova nova, mas para avaliar prova já existente no processo. O ônus probatório, portanto, não é incumbência do órgão julgador, mas das partes, que no processo administrativo fiscal, são representadas pelo autuante, no que se refere aos fatos relacionados à constituição do crédito tributário e ao autuado, no que tange aos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos da obrigação tributária.

Nessa situação poderia a própria IFMT/SUL determinar a realização de investigação fiscal para apuração dos fatos ou pedir apoio a outro órgão fazendário, com competência para efetuar diligências ou ações fiscais em outras unidades federadas, valendo-se dos instrumentos normativos que asseguram a colaboração mútua entre os fiscos de diferentes Estados.

Pelas razões acima expostas nosso voto é pela NULIDADE do Auto de Infração com fundamento nas disposições do art. 18, inc. IV, letra “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, que estabelece a invalidação do lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança, a infração e o infrator.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 232238.3019/16-9, lavrado contra VALDELICE ALVES DOMICIANO - ME.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA