



RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DE ESTADO DE TRIBUTAÇÃO
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO nº : 5310/12/01/2010–1/SET.

NÚMERO DE ORDEM : 0071/2011-CRF.

PAT Nº 0011/2010-1ª URT.

RECORRENTE : Secretaria de Estado da Tributação – SET.

RECORRIDO : M A T da Costa.

RELATOR : Waldemar Roberto Moraes da Silva.

RECURSO: EX OFFICIO

RELATÓRIO

1. Da análise do Auto de Infração n.º 06549/2010, da 1ª URT, de 07/01/2010, depreende-se que a firma acima epigrafada, qualificada nos autos, foi autuada em 01 (uma) infringência, onde consta a OCORRÊNCIA de “Falta de escrituração, em livro próprio, nos prazos regulamentares, de documentos fiscais, conforme demonstrativo anexo, que constitui parte integrante desse auto”, e como INFRINGÊNCIA, que o contribuinte supra qualificado infringiu o disposto no(s) Art.150, inciso XIII combinado com o Art. 609 e Art. 108, todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640 de 13/11/97” e a PENALIDADE “prevista no(s) Art. 340, inciso III, alínea “f” combinado com o Art. 133, todos do Regulamento do ICMS aprovado pelo Dec. 13.640 de 13/11/97.
2. As infringências apontadas redundaram nas propostas de penalidades citadas, implicando em multa de R\$ 777,00 (setecentos e setenta e sete reais), sem prejuízo do ICMS devido, no valor de R\$ 590,66 (quinhentos e noventa reais e sessenta e seis centavos), totalizando o montante de R\$ 1.367,66 (um mil, trezentos e sessenta e sete reais e sessenta e seis centavos), a ser corrigido monetariamente.
3. Além da inicial, composta do Auto de Infração citado, foram acostado aos autos a “Relação das notas fiscais de Saídas emitidas pela empresa DIPLOMATA S/A INDUSTRIAL E COMERCIAL, Inscrição 234.719.317 - SC, CNPJ – 01.243.305/0038-89 e AVES DO PARQUE LTDA - AVEPAR Inscrição 251.632.563 - SC, CNPJ 80.443.823/0001-20 para a empresa M. A. T. DA COSTA, Inscrição 20.082.979-3, constante no SINTEGRA - Outras Unidades sem o devido registro em livro próprio” (pp., 02 e 03), o RESUMO FINAL (p. 03), a ORDEM DE SERVIÇO Nº 24280 (p. 04), 1ª URT, de 05 de janeiro de 2010, designando o Auditor Fiscal do Tesouro Estadual Francisco Vieira Câmara, AFTE-6, matrícula 91.581-5, para requisitar documentos, proceder exame na documentação fiscal e contábil e realizar demais atos inerentes à fiscalização referentes a : continuidade

dos trabalhos iniciados no Processo nº 343550/2008-9 na Recorrida, a tela Consulta a Contribuinte, Base SIGAT (p. 05), o TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL (p. 06) intimando a Recorrida para apresentar o seguinte documento “1. Livro de Reg. Utilização de Doc. Fiscais e Termo de Ocorrências”,

4. a cópia do Processo protocolizado sob o nº 268038/2009-1 (pp., 07 a 41) tendo como “INTERESSADO” a COFIS, onde consta na inicial que “2. As notas fiscais constantes no Anexo I, referente à empresa emitente a seguir, são originárias do confronto Sintegra x Detnot, cujas aquisições foram negadas pelo contribuinte e não foram contempladas na referida ação fiscal: DIPLOMATA S/A INDUSTRIAL E COMERCIAL, CNPJ : 01.243.305/0038-89, objeto das verificações fiscais realizadas pela Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina, remetidas a esta Coordenadoria, através do Ofício GEFIS nº 970/09 emitidas em 14/12/2009, em anexo. AVES DO PARQUE – AVEPAR, CNPJ: 80.443.823/0001-20, objeto das verificações fiscais realizadas pela Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina, remetidas a esta Coordenadoria, através do Ofício GEFIS nº 1008/09 emitidas em 15 de dezembro de 2009, em anexo. 3. Informamos que estamos encaminhando a totalidade dos documentos e não retivemos cópias nesta Coordenadoria”,
5. sendo que o primeiro anexo é o Ofício GEFIS nº 970/09 da Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina, Gerência de Fiscalização de Tributos para a COFIS da Secretaria de Estado do Rio Grande do Norte, referente as notas fiscais da firma DIPLOMATA S/A INDUSTRIAL E COMERCIAL, encaminhando “manifestação do auditor fiscal”, o qual diz que em “verificação junto ao emitente conseguimos cópia da nota fiscal, conforme solicitação. Documentos outros, como pedido, documento de caixa, depósito, a empresa não forneceu alegando que no ano de 2003 e 2004 os arquivos sofreram avarias em decorrência de fortes chuvas” (p. 38),
6. e o segundo anexo é o Ofício GEFIS nº 1008/09 da Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina, Gerência de Fiscalização de Tributos para a COFIS da Secretaria de Estado do Rio Grande do Norte encaminhando “manifestação do auditor fiscal”, responsável pelos trabalhos fiscais, o qual diz que em “Resposta ao PVF GR08 009/2009: - Conforme solicitado, enviamos via malote cópia das Notas fiscais autenticadas em cartório; Enviamos declaração da empresa atestando a veracidade das operações; Enviamos cópias de livros autenticados onde constam os registros das notas fiscais; enviamos cópias do livro razão contábil do caixa onde constam os respectivos pagamentos” (p. 12),
7. a Declaração de Veracidade (p. 11) da firma AVEPAR Aves do Parque Ltda que “atesta para os devidos fins que as operações comerciais realizadas entre a empresa Aves do Parque Ltda e a empresa M.A.T. da Costa, são operações de venda, conforme cópia em anexo das Notas Fiscais, Livros Registro de saídas e Razão Contábil do Caixa demonstrando o recebimento das mesmas”, as cópias do Registro de Saídas confirmando o registro de saídas das Notas Fiscais de N°s 5861, 6146 e 7930, cópias do Razão Contábil confirmando o recebimento dos valores das referidas Notas Fiscais,

8. cópia do OFÍCIO N° 079/2009 – COFIS/SET/RN para a Gerente de Fiscalização da Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina solicitando que “nos sejam enviadas cópias de quaisquer documentos que comprovem a operação comercial, como: pedidos, recibos, depósitos bancários, conhecimentos de transportes, cheques e, se possível, declaração do contribuinte emitente atestando a veracidade das transações comerciais entre as empresas. As cópias dos documentos solicitados tem como fim instruir o Processo n° 343550/2008-9-SET/RN, que tramita nesta Secretaria. No procedimento fiscal realizado foi constatado que as notas fiscais informadas no SINTEGRA não foram devidamente registradas nos Postos Fiscais de Fronteira do Rio Grande do Norte e não constam no Livro de Entradas de Mercadorias da empresa destinatária” (p. 28), o ANEXO I AO SPF N° 286/2009-COFIS/SET/RN RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS (p. 08) (Solicitação de Procedimento Fiscal) onde para a Recorrida, tendo como emitente DIPLOMATA S/A INDUSTRIAL E COMERCIAL, CNPJ 01.243.305/0038-89 uma Nota Fiscal n° 3126, Emissão 22/10/2004, CFOP 6102, Valor Total 14.434,00 Base de Cálculo 14.434,00 e ICMS 1.010,38 e para o emitente AVES DO PARQUE LTDA, CNPJ 80.443.823/0001-20 03 (três) Notas Fiscais,
9. sendo que a primeira é a Nota Fiscal n° 5861, Emissão 27/09/2004, CFOP 6101, Valor Total 5.313,00, Base de Cálculo 5.313,00 e ICMS 371,91; a segunda é a Nota Fiscal n° 6146, Emissão 28/11/2004, CFOP 6101, Valor Total 5.400,00, Base de Cálculo 5.400,00 e ICMS 378,00 e a terceira é a Nota Fiscal n° 7930, Emissão 15/01/2006, CFOP 6101, Valor Total 5.180,00, Base de Cálculo 5.180,00 e ICMS 362,60.
10. Ainda a INFORMAÇÃO (p. 49), relatando brevemente o ocorrido e as diligências realizadas, confirmando a autuação inicial e “a título de conhecimento informamos que a nota fiscal n° 3126 emitida pela empresa DIPLOMATA S/A INDUSTRIAL E COMERCIAL e as notas fiscais n° 5861 e 6446 emitidas pela empresa AVES DO PARQUE LTDA – AVEPAR encontram-se prescritas”,
11. o TERMO DE INFORMAÇÕES SOBRE ANTECEDENTES FISCAIS (p. 052), afirmando que a autuada “não é reincidente”, o TERMO DE JUNTADA (p. 053) afirmando que “nesta data juntamos a IMPUGNAÇÃO referente ao Auto de Infração n° 066549/1ª URT”, a Defesa da Recorrente (pp., 54 a 62), que após breve relatório diz em suma que “foi com grande surpresa que a empresa Defendente recebeu o presente auto de infração” (p. 046), que “jamais realizou qualquer tipo de transação comercial com a empresa emitente das Notas Fiscais, quais sejam, AVESPAR – AVES DO PARQUE LTDA e DIPLOMATA S.A - INDUSTRIAL E COMERCIAL. Assim, a empresa Autuada não tinha conhecimento das notas fiscais constantes do processo administrativo, razão pela qual não as escriturou no seu livro fiscal próprio. Além disso, a empresa que emitiu as notas fiscais nada anexou no referido auto de infração para comprovar a transação comercial, ainda que solicitado pelo fisco do Estado do Rio Grande do Norte” (p. 055), que “a empresa AVESPAR limitou-se a enviar cópia das notas fiscais, livro de registro de saída de mercadoria e razão contábil, caixa, documentos estes unilaterais e de fácil manipulação. Para nossa surpresa, na nota fiscal de número 006146, cujo emitente é AVESPAR, consta

como transportador a empresa BALOSONI COM. DE AVES LTDA, empresa envolvida em fraude fiscal semelhante conforme pode ser constatado no auto de infração de número 06403 de 08.12.2009, auto este lavrado contra a aqui defendente, para caracterizar ainda mais a fraude, um fato curioso chama a atenção e comprova a existência ainda maior da fraude. No campo “dados adicionais” da nota fiscal, consta o nome de dois motoristas diferentes (Marcos Ant. Miguel e Cícero Barbosa Alves) pessoas totalmente desconhecidas da Autuada” (pp., 55 e 56) que “caso a transação comercial transcrita nas notas fiscais fossem verdadeira, certamente as empresas teriam de posse um pedido de tais mercadorias assinados pelo Representante legal da autuada, duplicatas com os respectivos aceites, micro-filmagem de cheques emitidos pelo aqui defendente (p. 56), que “já com relação à empresa DIPLOMATA S.,A – INDUSTRIAL E COMERCIAL, consta do processo a informação de um auditor fiscal de Santa Catarina de que a empresa alegou que não forneceu a documentação solicitada em razão de avarias ocorridas nos arquivos em razão de fortes chuvas, mas diante dos fatos para comprovar tal operação comercial bastava que a empresa emitente solicitasse um extrato bancário, visto que a venda foi faturada, e tal pagamento deve ter sido feito através de boleto bancário, e é de conhecimento de todos que o banco tem a obrigação de guardar tais informações de seus correntistas por um longo período, com isso ficaria comprovado que tal duplicata jamais foi paga pela aqui defendente, tal negativa de solicitação bancária comprova ainda mais a afirmar a inexistência de tal transação comercial. Ora Senhores, não é preciso fazer um maior esforço intelectual para chegarmos a conclusão que a referida alegação é mais uma tentativa de encobrir a fraude ocorrida, fatos estes que seriam motivos de demandas judiciais, assim como também ocorrido nos demais autos que foram lavrados contra a aqui defendente, conforme documentos em anexo” (p. 57) que diante de tais situações a firma autuada compareceu a sede da Delegacia Especializada em Falsificações e Defraudações (p. 66) e ao Ministério Público Estadual (p.; 67) para apresentar denúncia, solicitando a apuração do crime previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90 e Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000, que “o direito administrativo tributário sancionador socorre-se das lições e principiologia trazidas pelo direito penal no que tange ao cometimento de uma infração” (p. 057), que “um dos princípios inerentes ao direito penal, aplicável ao direito administrativo tributário, é o princípio da tipicidade cerrada” (p. 058), que “segundo tal princípio a Administração Pública somente poderá impor ao contribuinte o ônus da exação quando houver estrita adequação entre o fato e a hipótese legal de incidência do tributo, ou seja, sua descrição típica” (p. 058), que “neste contexto, nas palavras de Alberto Xavier (In Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação, São Paulo, RT, 1978, pág. 37/38) ‘a lei deve conter, em seu bojo, todos os elementos de decisão no caso concreto, de forma que a decisão concreta seja imediatamente dedutível da lei, sem valoração pessoal do órgão de aplicação da lei, o que decorre do artigo 150, inciso I, da Constituição Federal de 1988’ ” (p. 058), para afirmar que “no presente caso, da interpretação conjugada do ordenamento contido nos Art. 150, inciso XIII, c/c Art. 609, chega-se à conclusão de que o contribuinte é obrigado sim a escriturar os livros e emitir documentos fiscais, mas, tão somente das mercadorias relativas as operações por ele realizadas. Ora, se a operação não foi realizada por ele, não há uma perfeita subsunção dos fatos à norma, não havendo, por conseguinte, a

tipificação cerrada, conforme anteriormente explicitado” (p. 059), que “o material descrito nas notas fiscais anexas ao presente processo não foram entregues ou sequer solicitadas pela empresa Defendente, o que significa que as notas fiscais não retratam um negócio jurídico válido, eis que demonstram um negócio jurídico nulo em razão de clara simulação” (p. 059), que “a simulação e a dissimulação são defeitos do negócio jurídico que objetivam burlar a lei ou prejudicar terceiros, no caso a Defendente, procurando alguma vantagem econômica” (p. 060), e cita o art. 116, I, II e Parágrafo único da Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, para ao final requerer “que seja acatada a presente defesa, devendo ser declarada a total insubsistência do auto de infração guerreado” (p. 061), acostou a sua defesa o TERMO DE DECLARAÇÕES QUE PRESTA O SR. JOSÉ UBIRATAN DA COSTA BARROS perante a SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA E DEFESA SOCIAL – SESED DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE (p. 66), a DENÚNCIA perante os Promotores da Promotoria Especializada do Patrimônio Público (p. 67) e a tela “Consulta de Processos – Foro padrão” (p. 68), da comarca de Natal, datada de 09/02/2010, onde consta 06 (seis) números de processos, quais sejam: os de nºs 001.09.040921-4, 001.09.040922-2, 001.09.040923-0, 001.09.040924-9, 001.09.040928-9 e 001.09.040929-7, tendo a Recorrida como “Autor” e o nome das ações como “Obrigação de Fazer/Não Fazer (Cominatória) (Indenização por Danos Morais e Materiais e Pedido de Tutela Antecipada), e seis telas de “Dados do Processo – Foro padrão”, onde consta detalhamento dos referidos processos contra as firmas Avipal Nordeste S/A, Granja Planalto Ltda, Ad’Oro S/A, Cooperativa Agrícola mista do Vale do Mogi Guaçu, Granja Econômica Avícola Ltda, Agrícola Jandelle S/A, Ovorama Agropecuária Ltda, Dagránja Agroindustrial Ltda e Rodoaves Comércio de Alimentos Ltda por terem emitido várias notas fiscais em seu nome (pp., 68 a 76).

12. O TERMO DE REMESSA (p. 077), datado e assinado de 09 de fevereiro de 2010, para o autuante apresentar contestação à impugnação do Auto de Infração citado, a CONTESTAÇÃO (pp., 078 a 081), datada e assinada de 01 de março de 2010, dizendo em suma que “ a Defendente foi autuada pelo mesmo motivo através dos autos de infrações nº 06011, 06135, 06136, 06215, 06217, 06262, 06325, 06401, 06403/2009 e 06549 e 06550/2010 – 1ª URT, constantes nos PATs nºs 006, 204, 205, 299, 300, 354, 409, 491 e 493/2009 e, 12/2010 – 1ª URT, em vias de tramitação” (p. 079), que “quando a Defendente mostra como explicação ou desculpa que não efetuou tais compras esquece que com a tecnologia da informação disponível hoje, de modo geral os fornecedores possuem Fichas Cadastrais de seus clientes e estes possuem a senha pela qual é autorizada a viabilidade da transação comercial” (p. 079), que “quanto ao comparecimento da Defendente a Delegacia Especializada em Falsificações e Defraudações, bem como do Ministério Público Estadual constitui mero intuito de prova, não anulando as comprovações apresentadas” (p. 80) e no tocante ao ônus da prova cita o artigo 333 da Lei nº 5.869/73, o Código de Processo civil e o artigo 77, § 1º do Decreto nº 13.796/1998, para afirmar que “a Defendente não provou nada, portanto não se aproveita nada”(p. 080), para ao final pedir pela manutenção do Auto de Infração citado em todos os seus termos “por ser da mais clara interpretação da legislação pertinente” (p. 081).

13. A COJUP por meio da sua Decisão 023/2011 (pp., 083 a 088), datada e assinada em 23 de maio de 2011, após relatório circunstanciado, diz inicialmente ao adentrar o mérito da questão que “De acordo com os autos a empresa foi autuada pela falta de escrituração de notas fiscais no Livro Registro de Entradas nos prazos regulamentares” (p. 086).
14. E continua explicitando que “a nota fiscal não escriturada foi emitida pela empresa AVES DO PARQUE LTDA, estabelecida no Estado de Santa Catarina e a mercadoria descrita na nota fiscal é ‘matriz descartada fêmea’ (p. 086), que “Os documentos enviados pela Secretaria de Fazenda do Estado de Santa Catarina são; a cópia da nota fiscal nº 7.930, fl. 10, cópia da página do Livro Registro de Saída, fl. 16, cópia do Livro Razão no qual consta o recebimento do valor de R\$ 5.180,00” (p. 86), que “examinando-se a documentação obtida junto a empresa emitente da nota fiscal constata-se que representam a operação descrita no referido documento fiscal, porém não há qualquer comprovante bancário que comprove o pagamento nem o recebimento das mercadorias pela autuada” (p. 86), que “examinando-se os registros informatizados de entradas de mercadorias para a autuada, no período compreendido entre os anos de 2003 e 2006, disponível no sistema desta Secretaria, listados no relatório “Consulta de Notas Fiscais de Entrada”, descreve pormenorizadamente os dados das notas fiscais de aquisição de mercadorias, digitadas nos postos fiscais e que ingressaram no Estado, não se constatou a existência de qualquer operação realizada entre a autuada e a empresa AVES DO PARQUE LTDA, fato que joga por terra um dos mais fortes argumentos utilizados para o deslinde da questão, a habitualidade de operações comerciais entre as partes. Assim, até que sejam anexadas provas inequívocas da realização de tal operação, não há como comprovar que a autuada tenha cometido qualquer infração relacionada aos documentos apresentadas pelo autuante” (p. 86), que “a autuada negou a aquisição e prestou queixa a autoridade policial através de Boletim de Ocorrência, fls. 29 e 66, emitidos em data anterior a lavratura do Auto de Infração em exame. Além da comunicação a autoridade policial, a autuada também denunciou todo o ocorrido ao Ministério Público Estadual, conforme documento juntado as fls. 67”, que “consta do rol de documentos juntados a impugnação uma lista de seis ações judiciais, fls. 68 a 75, visando reparação por dano moral e material, promovida pela autuada contra diversas empresas que comercializam aves” (p. 87), que “assim, constata-se que os argumentos e documentos apresentados pela autuada são bastante razoáveis e merecem ser acatados, pois, conforme se observa no Boletim de Ocorrência – BO, a denúncia foi feita bem antes da lavratura do auto de infração, embora, ao que parece, tenha tomado conhecimento das operações através da realização de diligências realizadas anteriormente a emissão da Ordem de Serviço. Ao contrário do que afirmou o autuante, os documentos anexados aos autos não conferem a certeza absoluta da realização das operações descritas nas notas fiscais juntadas aos autos, visto que não há comprovantes de pagamento nem de entrega das mercadorias”(p. 87), que “as 14 ações judiciais, o Boletim de Ocorrência e a comunicação ao Ministério Público estadual, demonstram que a autuada não ficou inerte ao tomar conhecimento que haviam notas fiscais emitidas em seu nome, pois buscou noticiar a autoridade policial todo o ocorrido e a reparação dos danos via Poder Judiciário” (p. 087), para ao final concluir que “fundamentado nas normas

regulamentares e na legislação pertinente a lide, e, tendo em vista que os documentos anexados pelo autuante não comprovam as aquisições das mercadorias pela autuada, posiciono-me pela improcedência do Auto de Infração em comento” (p. 070).

15. E recorre “ ao Egrégio Conselho de Recursos Fiscais na forma preconizada pelo art. 114 do Regulamento de Procedimentos e de Processo Administrativo Tributário – RPPAT, aprovado pelo Decreto nº. 13.796, de 16 de fevereiro de 1998” (p. 088).
16. Ainda o DESPACHO (p. 097) do Conselheiro Relator, que restou aprovado pelos demais conselheiros no sentido de enviar os autos para a COFIS “para que seja apurado todo e qualquer liame entre as operações constantes dos autos, envolvendo todos os partícipes, inclusive veículos transportadores, com a autuada”.
17. A Coordenadoria de Fiscalização exarou INFORMAÇÃO Nº 047/2011- COFIS (pp., 140 a 144), após exaustivo e diligente trabalho fiscal, no qual anexou aos autos, um total de 68 (sessenta e oito) documentos (pp., 098 a 0168), apresentando, ao final, suas conclusões no tocante ao solicitado, das quais citamos: “Conforme a consulta das notas fiscais de entradas (fls. 098 a 0101), verificamos que o contribuinte M.A.T.da COSTA, I. E. nº 20.082.979-3, adquiriu, em quase sua totalidade, mercadorias das empresas: LUZENILDO SOARES DE OLIVEIRA ME, CNPJ nº 11.907.680/0001-48, I. E. nº 240.96844-1, domiciliado na Rua Luiz Calheiros Gato nº 281 – Maceió/AL; e G. S. De Medeiros – ME, CNPJ nº 06.266.904/0001-40, I. E. nº 241.04148-1, domiciliado na Rua Luiz Calheiros nº 279 – Maceió/Al”(p. 438); “que existe um vínculo entre o Sr. LUZENILDO SOARES DE OLIVEIRA e o contribuinte M. A. T. DA COSTA. A maior parte das mercadorias (aves vivas) constantes da planilha 1 foram transportadas pelos reboques de propriedade do Sr. LUZENILDO SOARES DE OLIVEIRA”(p. 142), que “Diante dos fatos, relacionamos no ANEXO I quatro operações comerciais que comprovam o esquema de sonegação e anexamos as cópias das notas fiscais e passes fiscais da Paraíba, como prova no presente processo”(p. 143), para ao final concluir que “nos documentos que anexamos ao presente processo (fls. 098 a 165) acreditamos ter elucidado o esquema entre o Sr. LUZENILDO SOARES DE OLIVEIRA e o contribuinte M. A. T. da costa, com a finalidade de sonegar os tributos sobre as referidas operações” (p. 144).
18. Submetidos os autos à douta PGE, o digno procurador Caio Graco Pereira de Paula exarou o DESPACHO (p. 175), dizendo que “tendo em vista a sobrecarga de tarefas impostas ao subscritor e o permissivo preceituado no art. 3º da Lei Estadual nº 4.136/72, instituidora do Conselho de Recursos Fiscais, que faculta ao Procurador do Estado, conforme o caso, produzir parecer oral, reserva-se o subscritor o direito de produzir parecer oral, no presente feito por oportunidade da sessão de julgamento perante o egrégio Conselho de Recursos Fiscais”.

19. É o relatório.

Sala, Cons. Danilo G. dos Santos, Natal/RN, 27 de setembro de 2011.

Waldemar Roberto Moraes da Silva
Relator



RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DE ESTADO DE TRIBUTAÇÃO
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO nº : 5310/12/01/2010–1/SET.

NÚMERO DE ORDEM : 0071/2011-CRF.

PAT Nº 0011/2010-1ª URT.

RECORRENTE : Secretaria de Estado da Tributação – SET.

RECORRIDO : M A T da Costa.

RELATOR : Waldemar Roberto Moraes da Silva.

RECURSO: EX OFFICIO

VOTO

1. Da análise do Auto de Infração n.º 06549/2010, da 1ª URT, de 07/01/2010, depreende-se que a firma acima epigrafada, qualificada nos autos, foi atuada em 01 (uma) infringência, onde consta a OCORRÊNCIA de “Falta de escrituração, em livro próprio, nos prazos regulamentares, de documentos fiscais, conforme demonstrativo anexo, que constitui parte integrante desse auto”, e como INFRINGÊNCIA, que o contribuinte supra qualificado infringiu o disposto no(s) Art.150, inciso XIII combinado com o Art. 609 e Art. 108, todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640 de 13/11/97” e a PENALIDADE “prevista no(s) Art. 340, inciso III, alínea “f” combinado com o Art. 133, todos do Regulamento do ICMS aprovado pelo Dec. 13.640 de 13/11/97.
2. As infringências apontadas redundaram nas propostas de penalidades citadas, implicando em multa de R\$ 777,00 (setecentos e setenta e sete reais), sem prejuízo do ICMS devido, no valor de R\$ 590,66 (quinhentos e noventa reais e sessenta e seis centavos), totalizando o montante de R\$ 1.367,66 (um mil,

trezentos e sessenta e sete reais e sessenta e seis centavos), a ser corrigido monetariamente.

3. De tudo que se apreende dos autos resta-me compreender que o conflito baseia-se na questão probatória, pois o fisco afirma que a Recorrida adquiriu mercadorias e não registrou nos seus competentes livros, e a Recorrida por sua vez afirma que não adquiriu as mercadorias relacionadas no citado Auto de Infração e por isso não poderia registrá-las nos seus livros, assim, cabe a autoridade administrativa incumbida de proferir o seu julgamento formar a sua convicção a despeito das divergências suscitadas.
4. Assim, razoavelmente, a mim cabe fazer um breve esboço doutrinário, legal e jurisprudencial sobre a prova no direito administrativo tributário, sua natureza, objeto, a quem cabe provar, o chamado ônus probatório, para ao final mostrar a aplicação desse entendimento aos autos.
5. Ao desincumbir-me de tal tarefa, utilizei-me de vários textos, mas de modo especial, o magistério do professor Paulo Celso Bergstrom Bonilha no seu “DA PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO”, 2ª edição, DIALÉTICA, São Paulo, 1997, que na Segunda Parte – Da Teoria da Prova no Processo Administrativo Tributário, após afirmar as ponderáveis dificuldades da sobredita teoria da prova neste ramo ainda incipiente do direito, ressalta desde logo, “a explicitação do princípio da livre convicção na apreciação da prova conferido à autoridade julgadora”, isto na apreciação do artigo 29 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, “cujo texto foi alterado em vários pontos pela Lei nº 8.748, de 9 de dezembro de 1993”, por via do qual a União regulou o seu Processo Administrativo Fiscal, expondo ainda que por meio desse princípio, “um ponto alto da legislação que merece apreço”, a autoridade julgadora, “a semelhança do juiz de direito, está livre para formar seu convencimento sobre a verdade, diante dos elementos probatórios coligidos no processo”(p. 66), mas esclarece que nesses preceitos pouco se acrescenta para a teoria da prova, pois é apenas mencionada, e com razoável tratamento, a perícia, como meio de prova, silenciando quanto aos demais meios de prova.
6. Relata da imperiosa necessidade da Fazenda Pública de “por a contraprova ou elementos amplamente esclarecedores de que a prova carreada pelo impugnante não têm força para infirmar os fundamentos do lançamento” (p. 66), como também sobre o ônus da prova da ocorrência dos pressupostos do fato gerador da obrigação e da constituição do crédito, que cabe a Fazenda pública e da inexistência desses pressupostos ou da existência de fatores excludentes que cabe ao contribuinte, fatos que tornam a Fazenda como parte efetiva na relação processual, “nivelando-se para efeito ao impugnante” (p. 67), para afirmar que “o princípio que prevalece na fase contenciosa é o distribuição da justiça, que exige a descoberta da verdade em relação à suposta legitimidade do lançamento. O livre convencimento da autoridade julgadora a respeito dessa verdade dependerá, como vimos, dos elementos de prova e estes da atividade probatória exercida pelas partes’ (p. 67), assim, “são sujeitos da prova, tanto o contribuinte

quanto a Fazenda, com o intuito de convencer a autoridade julgadora da veracidade dos fundamentos de suas opostas pretensões” (p. 67), e as autoridades julgadoras o dever inescusável de complementar a prova.

7. No tocante ao aspecto temporal da lei da prova, diz que, “em geral, é de aplicação imediata” (p. 68), e para isso trás o ensino de Antônio Roberto Sampaio Dória, no seu “Da Lei Tributário no Tempo”, Editora Obelisco, São Paulo, 1968, p. 332, para dizer que “enquanto o procedimento de lançamento é, em princípio, regulado pela lei vigente ao tempo da ocorrência do fato gerador, a norma que regula a prova no processo, em geral, é a que está em vigor ao tempo de sua efetivação, e cita a advertência de Mário Pugliese, que, “a lei velha da prova não pode ser aplicada mais aos atos probatórios de fatos ocorridos sob sua vigência”, texto extraído de “La Prova Nel Processo Tributário, CEDAM Dott. A. Milan, Padova, 1935.
8. Ao tratar do conceito de prova, o ilustre professor nos ensina que “fazer justiça, em princípio, é aplicar a lei ao fato. Indispensáveis, portanto, à administração da justiça o conhecimento da lei e da verdade do fato. A descoberta desta verdade como elemento essencial ao julgamento, impõe a exigência da prova”, cita o jurista italiano Giuseppe Chiovenda, na obra “Instituzioni di Diritto Processuale civili”, vol. II, Sez I, Casa Editrice Dott, Eugenio Jovene, Napoli, 1936, dizendo que “Provar significa formar o convencimento do juiz sobre a existência ou inexistência dos fatos relevantes do processo”, explica que o vocábulo prova (do latim ‘proba’, de ‘probare’) pode ser tomado em duas acepções: no sentido de tudo quanto possa convencer o juiz da certeza de um fato (acepção objetiva); e no sentido da convicção ou certeza da existência ou inexistência de um fato assumida pelo juiz (acepção subjetiva); preconiza adaptar o conceito de prova judicial ao da prova do processo administrativo, “guardadas, naturalmente, as peculiaridades dos tipos de processo estatal” (p. 69) e faz sua a definição de Moacyr Amaral Santos, logicamente adaptada ao tema da prova no processo administrativo tributário para selar o conceito de prova ao ditar “que a prova é a soma dos fatos produtores da convicção da autoridade julgadora, apurados no processo administrativo tributário” (p. 69).
9. O objeto da prova são os fatos apontados pelas partes, pois “claro está que a discordância, no todo ou em parte, pode ter fundamento o direito, mas o direito não se prova, salvo se, por exceção, essa prova se fizer necessária” (p. 70), como por exemplo, quando por determinação da autoridade julgadora couber a uma das partes provar o teor e a vigência dos textos legais fundados em direito municipal, estadual, federal ou estrangeiro, conforme o caso, e “quanto aos fatos, porém, impõe-se a prova dos que forem alegados e controversos e, por isso mesmo, relevantes ou influentes no encaminhamento da decisão do litígio” (p. 70), excetuando-se os fatos não impugnados, admitidos no processo como incontroversos ou os fatos notórios, difundidos e que façam parte da cultura normal da ciência pública ou comum de uma determinada esfera social em que se trata de decidir, para trazer ainda as locuções do pré-falado Moacyr Amaral Santos para alertar que os fatos como objetos da prova devem ser determinados,

com características próprias, “que os separam, os diferenciam, os distinguem de outros fatos, indivíduos ou coisas”.

- 10.** Ao discorrer sobre o ônus da prova, após um breve percurso histórico da doutrina e conseqüentemente da jurisprudência daí emanada, afirma que “não há, portanto, em decorrência da presunção de legitimidade do ato de lançamento, qualquer relação direta com a repartição do ônus da prova na relação processual tributária. Não se pode pretender que a carga probatória venha a ser atribuída em função da posição processual de quem está na contingência de agir. O que importa é perquirir sobre os fatos relacionados com a situação material a que se refere a relação processual e deduzir a quem cabe o ônus da prova (p. 76), salientando que “a pretensão da Fazenda funda-se na ocorrência do fato gerador, cujos elementos configuradores supõem-se presentes e comprovados, atestando a identidade de sua matéria fática com o tipo legal. Se um desses elementos se ressentir de certeza, ante o contraste da impugnação, incumbe à Fazenda o ônus de comprovar a sua existência” (p.76) e corroborando o que disse acima conclui que “ se é verdade que a conformação peculiar do processo administrativo tributário exige do contribuinte impugnante, no início, a prova dos fatos que afirma, isto não significa, como vimos, que, no decurso do processo, seja de sua incumbência toda a carga probatória. Tampouco a presunção de legitimidade do ato de lançamento dispensa a administração do ônus de provar os fatos de seu interesse e que fundamentam a pretensão do crédito tributário, sob pena de anulamento do ato”(p. 77).
- 11.** Ainda ao tratar dos poderes de instrução das autoridades administrativas, discorre que esta faculdade advém do caráter inquisitorial do processo tributário e que o “poder de prova das autoridades administrativas deve ser, por uma questão de princípio, distinto do direito de prova a ser exercido pela Fazenda na relação processual. Esta conclusão elementar decorre da própria estrutura da relação processual administrativa, visto que ela pressupõe modos de atuação distintos da administração: não se confundem as atribuições de defesa da pretensão fiscal e a de julgamento, por isso mesmo desempenhadas por órgãos autônomos “(p. 77), por isso, as autoridades administrativas incumbidas do julgamento “devem se nortear pelo esclarecimento dos pontos controvertidos, mas sua atuação não pode implicar invasão dos campos de exercício de prova do contribuinte ou da Fazenda (pp., 77 a 78), portando sempre o caráter oficial, equilibrado e imparcial, realidades estas que dentre as suas atribuições, e no caso, das probatórias, “não lhes permite substituir as partes ou suprir a prova que lhes incumbe carrear para o processo” (p. 78), e ainda trás a lume do seu entendimento a decisão da Comissão Tributária de Segundo Grau de Sondrio, Itália,” objeto de comentário de Francesco Tesauro, na ‘Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze’, cuja ementa soa “Se a Administração financeira emitiu um ato de lançamento sem coletar e produzir em juízo provas que demonstrassem a subsistência dos pressupostos com base nos quais o ato foi emanado, o juiz deve imediatamente sancionar tal omissão, anulando o ato e não sanar o vício, sub-rogando-se à administração no desenvolvimento de instrução primária que a administração omitiu” (p. 78), acrescentando que “é bastante

sugestivo e esclarecedor o comentário aduzido pelo eminente mestre acima referido: ‘no processo tributário, onde o tema de decidir é o de se deve ou não ser anulado um provimento administrativo, é a parte que propõe os motivos do anulamento, delineando aspectos do fato e de direito; o juiz portanto, não pode ir além do petitum e não pode enveredar pela pesquisa dos motivos ou os motivos da impugnação’ ” (p. 79), ou seja, sempre com equilíbrio e bom senso, a atuação probatória da autoridade administrativa restringe-se a sua própria convicção, firmeza e certeza quanto ao juízo a ser prolatado e nunca na tentativa de suprir lacunas nas provas apresentadas ou mesmo a ausência de provas das partes, finaliza este importante tópico, citando “a título ilustrativo”, teor de ementa de julgado administrativo do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, que evidencia a justa percepção dos limites em que deve se ater o julgador administrativo: “Provas – Falta de apresentação pelo fisco – Apelo provido. O duelo de provas é facilmente vencido pela recorrente. A própria afirmação do Agente Fiscal de Rendas de que ‘infelizmente nem tudo que apuramos em nossas investigações pôde ser provado e levado a AIIM’ enfraquece bastante o trabalho fiscal. O julgador deve ater-se ao que consta do processo e aos elementos existentes nele, e nunca às afirmações que as partes façam e não comprovem”. Pro. DRT -7 nº2.147/84, 6ª Câmara, Relator Tabajara Acácio de Carvalho” (p. 79).

12. Ao tratar no item II, nesta Segunda Parte, de sua obra sobre os meios de prova no processo administrativo tributário, o ilustre professor, diz que consubstancia-se o citado ramo do direito na amplitude da utilização de todos os meios de prova, e repassa cada um deles de forma sempre didática e clara, quais sejam, a confissão, a inspeção ocular, a documental, incluindo aquelas oriundas da escrita contábil e fiscal, do balanço da firma e das informações fiscais, da pericial, dando ênfase nos laudos oficiais, da indiciária e da prova emprestada, entretanto, de acordo com o caso específico aqui tratado, reproduzirei, dada a concisão e pertinência, brevemente o que o texto expressamente delineia sobre o tema da prova indiciária:
13. **“Conceito de Presunção e Indício.** Sob o critério do objeto, nós vimos que as provas dividem-se em diretas e indiretas. As primeiras fornecem ao julgador a ideia objetiva do fato probando. As indiretas ou críticas, como as denomina Carnelutti, referem-se a outro fato que não o provando e que com este se relaciona, chegando-se ao conhecimento do fato por provar através do trabalho de raciocínio que toma por base o fato conhecido. Trata-se, assim, de conhecimento indireto, baseado no conhecimento objetivo do fato base, “factum probatum”, que leva à percepção do fato por provar (“factum probandum”), por obra do raciocínio e da experiência do julgador.
14. “Indício é o fato conhecido (“factum probatum”) do qual se parte para o desconhecido (“factum probandum”) e que assim é definido por Moacyr Amaral Santos: ‘Assim, indício, sob o aspecto jurídico, consiste no fato conhecido que, por via do raciocínio, sugere o fato probando, do qual é causa ou efeito’. Evidencia-se, portanto, que o indício é a base objetiva do raciocínio ou atividade

mental por via do qual poder-se-á chegar ao fato desconhecido. Se positivo o resultado, trata-se de uma presunção.

15. “A presunção é, assim, o resultado do raciocínio do julgador, que se guia nos conhecimentos gerais universalmente aceito e por aquilo que ordinariamente acontece para chegar ao conhecimento do fato probando. É inegável, portanto, que a estrutura desse raciocínio é a do silogismo, no qual o fato conhecido situa-se na premissa menor e o conhecimento mais geral da experiência constitui a premissa maior. A consequência positiva resulta do raciocínio do julgador e é a presunção. As presunções definem-se, assim, como “... consequências deduzidas de um fato conhecido, não destinado a funcionar como prova, para chegar a um fato desconhecido.

16. **“Classificação das Presunções** Conforme resultem do raciocínio do julgador, as presunções se denominam simples ou comuns (“*praesumptiones hominis*”). Podem elas se originar da lei, isto é, o legislador faz o raciocínio e a lei estabelece a presunção. Neste caso, as presunções legais estabelecem como verdade os fatos presumidos. Essa criação da lei pode ter efeitos relevantes no campo da prova, pois o artigo 334, inciso IV, do Código de Processo Civil, preceitua: ‘Não dependem de prova os fatos... IV – em cujo favor milita a presunção legal de existência ou de veracidade’. Nessa conformidade, dizem-se presunções absolutas (“*juris et de jure*”) as que não admitem prova contrária ao fato presumido. Presunções legais condicionadas, também chamadas relativas, são as que a lei estabelece como verdade até prova em contrário (“*juris tantum*”). O fato presumido é tido como verdadeiro salvo se a ele se opuser a prova em contrário.

17. **“Presunção Legal e Ficção Jurídica** É necessário distinguir, na técnica legislativa, a diferença entre presunção legal e ficção jurídica. Alfredo Augusto Becker expõe com clareza: ‘A regra jurídica cria uma presunção legal quando, baseando-se no fato conhecido cuja existência é certa, impõe a certeza jurídica da existência do fato desconhecido cuja existência é provável em virtude da correlação natural de existência entre estes dois fatos. A regra jurídica cria uma ficção legal quando, baseando-se no fato conhecido cuja existência é certa, impõe a certeza jurídica da existência do fato desconhecido cuja existência é improvável (ou falsa) porque falta correlação natural de existência entre estes dois fatos’ (Teoria Geral do Direito Tributário, Editora Saraiva, São Paulo, 1963, pp. 463-464). Esclarece o eminente jurista sulino que a distinção entre essas figuras (a presunção e a ficção jurídica) existe apenas no plano pré-jurídico, enquanto serve de elemento intelectual ao legislador; uma vez criada a regra jurídica, diz ele, tanto uma como a outra penetram no mundo jurídico e se constituem em verdades (realidades jurídicas).

18. “Não obstante, no âmbito da valoração da prova, a utilização dessas figuras apresenta sensíveis diferenças, como bem acentua Liz Colli Cabral Nogueira, em dissertação da qual reproduzimos, pela sua pertinência, as seguintes ponderações: “4. As presunções, como todas as outras provas, podem ser postas

entre si e a maior vence a menor, o que não acontece com as ficções. 5. As presunções sendo fundadas numa indução lógica, são muitas vezes extensivas; pelo contrário, as ficções são sempre de interpretação restrita. 6. As presunções versam apenas sobre matéria de fato, porque são consequências deduzidas de um fato conhecido para chegar a um fato desconhecido. Já as ficções versam sobre matéria de fato e de direito, porque o legislador constrói sobre fato inexistente, um instituto jurídico oposto ao verdadeiro. 7. As presunções, como as demais provas, devem ser alegadas pelas partes porque o magistrado julga segundo o alegado e provado. Já as ficções, sendo fundadas sobre disposições de lei, devem ser aplicadas pelo magistrado de ofício, pois ele é o intérprete das leis' (As Ficções Jurídicas no Direito Tributário Brasileiro, "in" "Direito Tributário" (obra coletiva, 1ª Coletânea, José Bushastsky Editores, São Paulo, 1973, pp. 252-253).

19. “ De se ressaltar, ademais, que a presunção absoluta não é meio de prova, e sim norma dispositiva que confere certeza jurídica a algo que seria provável. Já a ficção é uma verdade da lei, existente no plano jurídico, embora diferente da verdade natural. Por essas razões, Rubens Gomes de Sousa salientou a equivalência entre essas figuras, concluindo: “Em consequência, a ficção legal equivale à presunção absoluta: isso é óbvio, pois, estando baseada em algo que, por definição, não é verdadeiro, a ficção legal não pode admitir prova em contrário’ ” (Um caso de Ficção Legal no Direito Tributário, A Pauta de Valores como Base de Cálculo do ICM, em RDP nº11, janeiro/março 1970, p.24) (pp., 92 a 95).
20. Ainda, ao tratar das presunções no Direito Tributário, o reverenciado professor comentando o tema do ônus da prova, neste ramo do direito, cita o ensino de Lucien Mehl referindo-se ao “papel importante que desempenha a presunção legal editada pelo legislador com o intuito de deslocar o ônus da prova para o contribuinte, dizendo : 'além do mais e não obstante as regras gerais, a vontade de lutar contra a fraude fiscal conduz o legislador a editar presunções legais, que não podem ser evitadas a não ser que o contribuinte produza a prova em contrário (doações a título gratuito, distribuição de lucros) e a deixar a carga da prova para o contribuinte lançado de ofício, em consequência de sua negligência ou de irregularidades graves' ” (Science et Technique Fiscales, Presses Universitaires de France, Paris, 1984, p. 694), e que faz distinção entre as presunções de natureza substancial, muito abundante na legislação tributária, e as de natureza formal ou processual, em escala reduzida, sendo estas últimas a que interessam ao processo administrativo tributário, como um “elemento do processo de julgamento, inserido no conjunto probatório destinado a ensejar o convencimento do juiz” (pp., 95 e 96), entretanto alude a uma ‘área cinzenta’, “se na formação do lançamento concorrerem normas legais que configurem presunções legais”, e que por isso mesmo “influirá na instrução probatória do processo” (p. 96), “assim, no julgamento, o indício que leva à presunção da ocorrência do fato gerador ocultado (fato desconhecido) será apreciado no conjunto probatório que fundamenta a pretensão fiscal. Somente com a convicção da presunção é que a autoridade julgadora admitirá a validade e a

procedência do lançamento. Muitas vezes o que se dá por indício é mero princípio de prova, de todo insuficiente para fundamentar, com absoluta verossimilhança, a existência de fato gerador ocultado pelo contribuinte” (p. 96) e cita para exemplificar o lançamento de imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários.

21. Ao consolidar o seu ensino sobre presunções cita o magistério de Tulio Rosembuj para afirmar que “a aplicação das presunções simples deve reunir os requisitos de seriedade, precisão e concordância. Seriedade quanto á necessidade de um nexó evidente entre o fato conhecido e sua consequência; precisão quanto á idoneidade do fato conhecido, e concordância a respeito da relação entre os fatos para se chegar à conclusão que se pretende demonstrar, cercada de absoluta certeza” (p. 96).
22. Ao concluir o tema da prova indiciária reporta-se a “preliminar de validade da utilização da prova indiciária que serve de fundamento ao lançamento, em substituição à prova documental estabelecida como base de comprovação dos fatos geradores em causa” (p. 97), ou seja, a desclassificação de escrita e o consequente arbitramento, “cuja ocorrência supõe que os documentos não existam ou sejam omissos e não mereçam fé e idênticas irregularidades inquinem as declarações e esclarecimentos prestados pelo contribuinte, de tal sorte que, em obediência à legislação tributária, a alternativa do lançamento de ofício fique restrita aos elementos informativos de que o fisco possa lançar mão” (p. 97), mas em contra partida alerta que não “pode ser desprezada a prova pré-constituída (ou parte dela, se for o caso) por simples suspeita de inexatidão de seu conteúdo ou fraude. É indispensável a configuração de uma situação concreta em que haja, claramente, inexistência da prova documental (escrita fiscal e contábil e demais documentos comprobatórios dos fatos) e os esclarecimentos e as informações não justifiquem ausência desses elementos ou então, por razões fundadas, não mereçam fé as declarações do contribuinte. Somente nesses casos é que se legitima, em observância à legislação aplicável ao caso, o recurso à prova indiciária, como elemento alternativo” (p. 97).
23. Isto posto, ao adentrarmos o presente caso, vemos que o fisco aponta 04 (quatro) notas fiscais remetidas para a Recorrida, por 02 (dois) remetentes estabelecidos no Estado de Santa Catarina onde não constam registros nos seus competentes livros, entretanto, devido a entender que 03 (três) delas estavam prescritas, lavrou o citado Auto de Infração sobre a falta de registro de apenas uma Nota Fiscal da seguinte forma:

RELAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS (p. 11) do Destinatário M. A. T. DA COSTA, Inscrição: 20.082.979-3,

Emitente: AVES DO PARQUE - AVEPAR, CNPJ: 80.443.823/0001-20,

Nota Fiscal nº 7930, Emissão 15/01/2006, CFOP 6101, Valor Total 5.180,00, Base de Cálculo 5.180,00 e ICMS 362,60

24. Assim, claramente se percebe que quanto a Nota Fiscal nº 7930, de AVES DO PARQUE - AVEPAR, está perfeitamente estabelecido nos autos que foi emitida de acordo com a legislação pertinente, devidamente registrada no competente Livro Registro de Saídas, como também que foi devidamente quitada em numerários de Caixa de acordo com o que atesta o registro no Razão Contábil, entretanto, nada consta que venha a provar que a Recorrida efetivamente adquiriu as mercadorias, pois estes documentos tratam exclusivamente de atos produzidos tão somente pela própria remetente, sem ter nenhuma anuência ou confirmação da firma destinatária das mercadorias que efetivamente realizou o negócio, como alega a Recorrida ao dizer que “a empresa AVESPAR limitou-se a enviar cópia das notas fiscais, livro de registro de saída de mercadoria e razão contábil, caixa, documentos estes unilaterais e de fácil manipulação” (p. 55) e que “caso a transação comercial transcrita nas notas fiscais fossem verdadeira, certamente as empresas teriam de posse um pedido de tais mercadorias assinados pelo Representante legal da autuada, duplicatas com os respectivos aceites, micro-filmagem de cheques emitidos pelo aqui defendente (p. 56).
25. Em contra partida a Recorrida ao tomar conhecimento das acusações compareceu a sede da Delegacia Especializada em Falsificações e Defraudações (p. 66) e ao Ministério Público Estadual (p.; 67) para apresentar denúncia, solicitando a apuração do crime previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90 e Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000, como também ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte para intentar ações contra as firmas que emitiram notas fiscais em seu nome conforme a tela “Consulta de Processos – Foro padrão” (p. 68), da comarca de Natal, datada de 09/02/2010, onde constam 06 (seis) números de processos, quais sejam: os de nºs 001.09.040921-4, 001.09.040922-2, 001.09.040923-0, 001.09.040924-9, 001.09.040928-9 e 001.09.040929-7, tendo a Recorrida como “Autor” e o nome das ações como “Obrigação de Fazer/Não Fazer (Cominatória) (Indenização por Danos Morais e Materiais e Pedido de Tutela Antecipada), e seis telas de “Dados do Processo – Foro padrão”, onde constam detalhamentos dos referidos processos contra as firmas Avipal Nordeste S/A, Granja Planalto Ltda, Ad’Oro S/A, Cooperativa Agrícola mista do Vale do Mogi Guaçu, Granja Econômica Avícola Ltda, Agrícola Jandelle S/A, Ovorama Agropecuária Ltda, Dagránja Agroindustrial Ltda e Rodoaves Comércio de Alimentos Ltda (pp., 68 a 76), fatos que demonstram, muito acentuadamente, a sua negativa na aquisição das mercadorias constantes da nota fiscal emitida tendo como destinatário o seu nome,
26. aspectos também ressaltado na Decisão nº 23/2011 - COJUP ao assim ditar que “a autuada negou a aquisição e prestou queixa a autoridade policial através de Boletim de Ocorrência, fls. 29 e 66, emitidos em data anterior a lavratura do Auto de Infração em exame. Além da comunicação a autoridade policial, a autuada também denunciou todo o ocorrido ao Ministério Público Estadual, conforme documento juntado as fls. 67”, que “consta do rol de documentos juntados a impugnação uma lista de seis ações judiciais, fls. 68 a 75, visando reparação por dano moral e material, promovida pela autuada contra diversas empresas que comercializam aves” (p. 87), que “assim, constata-se que os argumentos e documentos apresentados pela autuada são bastante razoáveis e

merecem ser acatados, pois, conforme se observa no Boletim de Ocorrência – BO, a denúncia foi feita bem antes da lavratura do auto de infração, embora, ao que parece, tenha tomado conhecimento das operações através da realização de diligências realizadas anteriormente a emissão da Ordem de Serviço. Ao contrário do que afirmou o autuante, os documentos anexados aos autos não conferem a certeza absoluta da realização das operações descritas nas notas fiscais juntadas aos autos, visto que não há comprovantes de pagamento nem de entrega das mercadorias”(p. 87), que “as 14 ações judiciais, o Boletim de Ocorrência e a comunicação ao Ministério Público estadual, demonstram que a autuada não ficou inerte ao tomar conhecimento que haviam notas fiscais emitidas em seu nome, pois buscou noticiar a autoridade policial todo o ocorrido e a reparação dos danos via Poder Judiciário” (p. 087).

27. Assim, como não ficou provado nos autos, por meio de qualquer documento, que a Recorrida efetivamente adquiriu as mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 7930, emitida por AVES DO PARQUE - AVEPAR, CNPJ: 80.443.823/0001-20, e como a própria Recorrida negou as aquisições e intentou as ações necessárias para elidir-se das acusações e reparar o dano sofrido, além do que a COFIS afirma de que não há registro de passagem, da citada Nota Fiscal, por postos fiscais do Estado do Rio Grande do Norte, entendo como insuficiente o conjunto probatório para julgar culpada das infrações imputadas no Auto de Infração Nº 06549/1ª URT, datado de 07 de janeiro de 2010.
28. No tocante ao trabalho exaustivo e diligente apresentado pela COFIS, entendo que não conseguiu encetar nenhum liame consistente entre a referida nota fiscal oriunda do Estado de Santa Catarina, pertencentes a AVES DO PARQUE – AVEPAR como sendo adquiridas pela Recorrida, apontando tão somente suspeita de sonegação entre firmas de Alagoas e a recorrida, fato que se assim restasse provado, caberia outra a tipificação apontada, e não a qualificada nos presentes autos.
29. Assim, decorrente de tais razões, e ainda, de tudo mais que consta do processo, VOTO pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração n.º 06549/1ª URT, datado de 07 de janeiro de 2010, para confirmar a Decisão de primeiro grau que julgou o Auto de Infração IMPROCEDENTE.

Sala, Cons. Danilo G. dos Santos, Natal/RN, 27 de setembro de 2011.

Waldemar Roberto Moraes da Silva.
Relator



**RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DE ESTADO DE TRIBUTAÇÃO
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

PROCESSO nº : 5310/12/01/2010-1/SET.
NÚMERO DE ORDEM : 0071/2011-CRF.
PAT Nº 0011/2010-1ª URT.
RECORRENTE : Secretaria de Estado da Tributação – SET.
RECORRIDO : M A T da Costa.
RELATOR : Waldemar Roberto Moraes da Silva.
RECURSO: EX OFFICIO

ACÓRDÃO Nº _____/2011

EMENTA: ICMS – PROVA. A ACUSAÇÃO DE INFRINGÊNCIA À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA NÃO PODE SER PROVADA PELA SIMPLES APOSIÇÃO DE INFORMAÇÕES FISCAIS NOS AUTOS QUANDO ESTA É NEGADA PELA FIRMA AUTUADA. A PRESUNÇÃO E A FICÇÃO SÃO SEMPRE AS ESTABELECIDAS PELA REGRA JURÍDICA. RESULTADO DE CONFRONTO ENTRE SINTEGRA E LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS, QUANDO NEGADO PELO AUTUADO TEM QUE SER PROVADO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO. RECURSO DE OFÍCIO CONHECIDO E IMPROVIDO. AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO IMPROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os membros do Conselho de Recursos Fiscais do Estado do Rio Grande do Norte, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso oficial, para CONFIRMAR a decisão singular e JULGAR o Auto de Infração IMPROCEDENTE.

Sala, Cons. Danilo Gonçalves dos Santos, em Natal/RN, 27 de setembro de 2011.

Jane Cármem Carneiro e Araújo
Presidente

Waldemar Roberto Moraes da Silva
Relator.