

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

| | |
|-------------|--------------------------------------|
| PROCESSO Nº | 260/2014 – CRF (61981/2014-1) |
| PAT Nº | 0275/2014 – 1ª URT |
| RECURSO | VOLUNTÁRIO |
| RECORRENTE | RAICIMIRA MARIA GONÇALVES DE ALMEIDA |
| RECORRIDO | SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO |
| RELATOR | JOÃO FLÁVIO DOS SANTOS MEDEIROS |

ACORDÃO Nº 0089/2015- CRF

Ementa: ICMS. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. AUSÊNCIA DE PROVAS ROBUSTAS NOS AUTOS. INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO. OBRIGATORIEDADE.

1.A acusação de recebimento de mercadoria deve ser comprovada cabalmente nos autos. Os autuantes anexaram tão somente relação de notas fiscais. Ausência de provas robustas. Improcedência;

2.Antes de iniciar suas atividades, o contribuintes deve inscrever-se no Cadastro de Contribuintes do Estado, ex vi art. 150, I do RICMS. O próprio contribuinte informa ter sido comerciante, porém, sem inscrever-se no Cadastro.

3.Recurso voluntário conhecido e parcialmente provido. Denúncias confirmadas em parte. Decisão singular reformada. Auto de Infração procedente em parte.

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 harmonia com o parecer oral da representante da Procuradoria Geral do Estado, em conhecer o recurso voluntário, para dar-lhe provimento parcial, reformando a decisão singular, e julgando o auto de infração procedente em parte.

Sala Cons. Danilo Gonçalves dos Santos, em Natal, 14 de julho de 2015.

Natanael Cândido Filho
Presidente

João Flávio dos Santos Medeiros
Relator

Vaneska Caldas Galvão

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso voluntário contra decisão do Diretor da COJUP, que julgou procedente o auto de infração nº 275/2014 URT em que a empresa RAICIMIRA MARIA GONÇALVES DE ALMEIDA com CPF Nº 852.605.684-99 1 foi autuada em duas ocorrências:

1) Aquisição, por contribuinte não inscrito, de mercadorias sujeitas a substituição tributária caracterizando comercialização, infringindo o disposto no art. 150, I, III e XIX, c/c art. 146, todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640/97, e penalidade prevista nos art. 340, III, “d”, c/c art. 133, do mesmo diploma legal;

2) Não inscrição no cadastro de contribuintes do Estado antes de iniciar suas atividades, infringindo o disposto no art. 150, I, c/c art. 662-B, todos do Regulamento do ICMS, e penalidade prevista nos art. 340, VI, c/c art. 133, do mesmo diploma legal;

As infringências resultam em multa de R\$ 374.640,80, além dos acréscimos legais cabíveis.

Os autos anexos à inicial, contem Ordem de Serviço nº 23.093/7ª URT, de 24 de janeiro de 2014, documentos relativos a informações do contribuinte e resumo da ocorrência fiscal, demonstrativo de valores, relação de notas fiscais, etc.. (fls. 3 a 20).

Nos autos constam, ainda, TERMO DE INFORMAÇÃO SOBRE ANTECEDENTES FISCAIS dando conta que a Recorrente não é reincidente (fl. 76).

A IMPUGNAÇÃO foi interposta em 11/04/2014, opondo-se à autuação (fls. 59 a 69).

As CONTRARRAZÕES foram oferecidas pelos autuantes em 20/05/2014 (fls. 71 a 75), onde a autuante pede a manutenção integral do auto de infração.

A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA nº 180/2014-COJUP, fls. 78 a 89, julgou procedente em sua totalidade o auto de infração, foi prolatada em 17/06/2014.

O RECURSO VOLUNTÁRIO interposto em 21/08/14 (fls. 37 a 48), por seu bastante procurador, recorre contra Decisão da COJUP, alegando, em resumo:

- a) que **desconhece diversas** notas fiscais emitidas o que torna imprescindível a declaração de nulidade do auto de infração (grifo meu);
- b) que não sendo inscrito no CEE “nem tendo o imposto antecipado, não se creditou dos valores devidos ao referido imposto. Não recolhendo, e também não se creditando dos valores do ICMS, inexistente obrigação tributária, comprometendo assim a validade dos autos de infração”.

VOTO

De início, temos que o Recurso Voluntário atende os pressupostos legais de admissibilidade previstos na legislação, em especial porquanto interposto tempestivamente, por pessoa legitimada e versando sobre matéria já aduzida na impugnação.

Pela simples leitura dos autos, verifico algumas inconsistências com relação à ocorrência 1, as quais elencarei a seguir:

a) Inicialmente, é bom que se diga, que apesar das notas fiscais destinadas a Recorrente serem emitidas por contribuintes do Rio Grande do Norte e da Paraíba, não foi anexada aos autos qualquer prova do recebimento da mercadoria, apenas e tão somente uma relação das notas fiscais, o que, para este Conselheiro, fragiliza bastante a autuação, na medida em que prova alguma foi carregada ao caderno processual. Nesse introito, carece de trazer a lume exceto do Livro de Fabiana Del Padre Tomé comentando sobre **prova**:

O direito tributário rege-se, dentre outros, pelos princípios da estrita legalidade e tipicidade tributária, de modo que a obrigação tributária tem nascimento tão-somente se verificado o fato descrito conotativamente no antecedente da regra-matriz de incidência. A figura da *prova* é de extrema relevância nesse contexto, pois sem ela não existe fundamento para a aplicação normativa e conseqüente constituição do fato jurídico tributário e do respectivo laço obrigacional. A prova, como relato lingüístico que é, decorre de atos de fala, caracterizadores de seu processo de enunciação, realizado segundo as normas que disciplinam a produção probatória.

Produzido o enunciado protocolar correspondente à prova, este só ingressa no ordenamento por meio de uma norma jurídica geral e concreta, que em seu antecedente traz as marcas da enunciação (enunciação-enunciada), prescrevendo, no conseqüente, a introdução no mundo jurídico dos enunciados que veicula. Esse instrumento utilizado para transportar os fatos ao processo, construindo fatos jurídicos, é o que denominamos *meio de prova*.

Isso não significa, contudo, que para provar algo basta simplesmente juntar um documento aos autos. É preciso estabelecer relação de implicação entre esse documento e o fato que se pretende provar. A prova decorre exatamente do vínculo entre o documento e o fato probando. Conquanto consistam em enunciados lingüísticos, os fatos só apresentarão o caráter de *provas* se houver um ser humano utilizando-os para deduzir a veracidade de outro fato. É que, como pondera Dardo Scavino, “um fato não prova nada, simplesmente porque os fatos não falam, se obstinam em um silêncio absoluto do qual uma interpretação sempre deve resgatá-los. Somos nós quem provamos, que nos valem da interpretação de um fato para demonstrar uma teoria”. Negrito meu.

Agora, folheando os autos processuais, pergunto: Onde está a prova? Temos somente, friso, uma relação de notas fiscais destinadas ao contribuinte.

Sabemos, por nossa experiência que talvez sejam notas fiscais eletrônicas encaminhadas a Secretaria de Tributação... Provavelmente!!!

CAMBI, nos ensina que “...a prova é um instrumento adequado à reconstrução dos fatos no processo, a fim de permitir que, após a discussão e a compreensão dos fatos necessários ao julgamento da causa, o juiz possa formar sua convicção”. MARINONI e ARENHART, por suas vez, sustentam que a função da prova é “...prestar-se como peça de argumentação, no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-Jurisdição sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção jurídica do órgão estatal”. Ainda para CAMBI, segundo Camila Milan, o direito à prova é um direito primordial das partes. “A noção de direito à prova serve para ressaltar o papel da colaboração entre as partes e o juiz, na investigação das

situações fáticas, asseverando que as partes devem ter acesso a todos os instrumentos probatórios disponíveis para a reconstrução dos fatos”. “Compete, em regra, a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que fizer. Ao autor cabe a prova dos fatos dos quais deduz o seu direito; ao réu a prova dos fatos que, de modo direto ou indireto, atestam a inexistência daqueles (prova contrária, contraprova). O ônus da prova *ei qui dicit*.”

E mais:

A legislação fiscal, na configuração do lançamento tributário, exige que o ato jurídico administrativo seja devidamente fundamentado, **cabendo ao Fisco o dever de oferecer provas contundentes de que o evento aconteceu na estrita conformidade** da previsão genérica da hipótese normativa. Nesse sentido, a prova no procedimento administrativo torna sustentável, o fato constituído pelo lançamento tributário. Grifo nosso.

E onde estão as provas???

Para finalizar, novamente nos alinhamos ao posicionamento de Fabiana Tomé:

Do exposto decorre a conclusão de que, **sendo o lançamento** ou o ato administrativo de aplicação de penalidade, **realizado sem o respaldo em provas**, estando, portanto, viciados na motivação, **é imperativo sua retirada do ordenamento jurídico pela autoridade competente**. Ainda que, depois de instalado o procedimento administrativo tributário venham a ser colacionadas provas capazes de constituir o fato jurídico ou ilícito tributário, tal procedimento não supre a invalidade que afeta o ato, pois, como anotamos, trata-se de vício da estrutura interna, de natureza não convalidável. A instrução, realizada no corpo do processo instaurado por ocasião da impugnação do contribuinte, volta-se tão somente ao convencimento do julgador sobre pontos contraditados pelo particular, não servindo para preencher a ausência de comprovação do fato que serve de suporte à exigência ou autuação fiscal”. Grifo nosso.

Ou seja, o processo estaria nulo, desde o seu nascedouro. Mas continuemos a análise;

b) Fala o autuante que o autuado “adquiriu mercadorias sujeita à substituição tributária, (...) configurando saída de mercadoria sem nota fiscal por falta de escrituração das aquisições”.

A falta de escrituração das aquisições não resulta em saída sem nota fiscal, não existe correlação nesse caso, haja vista que por não ter inscrição estadual não tinha como cumprir quaisquer das obrigações acessórias, contudo poderia ter havido o recolhimento do ICMS, como houve, vez que as mercadorias adquiridas estavam acobertadas com nota fiscal e supostamente o ICMS foi recolhido por substituição tributária.

c) o autuante fala, ainda, que estabeleceu o valor comercial através do arbitramento, conforme art. 340, §4º, III, na hipótese prevista no art. 74, IX:

Art. 340. São punidas com multa as seguintes infrações à legislação do imposto:

...

§ 4º Para os efeitos deste artigo, considera-se valor comercial da mercadoria:

I- o seu valor de venda no local em que for apurada a infração;

II- o constante no documento fiscal, ou

III- o arbitrado pela fiscalização, conforme disposições contidas neste Regulamento.

Art. 74. Nos seguintes casos especiais, o valor das operações realizadas mediante processo regular, pode ser arbitrado pela autoridade fiscal, sem prejuízo das penalidades cabíveis:

....

IX - qualquer outro caso em que se comprove a sonegação do imposto, e o fisco não possa conhecer o montante sonegado.

Se analisarmos o demonstrativo da Ocorrência de fls. 11 e o levantamento fiscal com a relação das notas, verificamos que o autuante utilizou o valor total das notas fiscais como base de cálculo, ou seja, não houve arbitramento algum.

Quanto à Ocorrência 2, qual seja a não inscrição no cadastro de contribuintes do Estado, não há o que se discutir até porque o próprio contribuinte afirma em seu Recurso, fls. 92, “que possuía um pequeno comércio no Município de Alexandria...”

Assim, VOTO em conhecer e dar provimento parcial ao recurso voluntário, e, em harmonia com o parecer oral da Ilustre representante da Douta Procuradoria Geral do Estado, reformar a decisão singular e julgando o auto de infração Procedente em parte.

É como voto.

Sala C. Danilo Gonçalves dos Santos, Natal/RN, 14 de julho de 2015

João Flávio dos Santos Medeiros

Relator