

A. I. N° - 279196.0003/12-5
AUTUADO - ELEKEIROZ S.A.
AUTUANTE - JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 03.12.2013

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0263-02/13

EMENTA: ICMS. 1. ZONA FRANCA. REMESSA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. NÃO COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DOS PRODUTOS PELA SUFRAMA. Defesa apresentou as declarações de ingressos, comprovando que as mercadorias ingressaram na área de exceção fiscal administrativa da SUFRAMA, estando aptas para usufruto do benefício fiscal. Infração Improcedente. 2. NULIDADE. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS NÃO ESCRITURADAS. **b)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 10% SOBRE O VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS NÃO ESCRITURADAS. A exigência foi fundada em dados de documentos fiscais obtidos dos Sistemas e CFAMT/ SINTEGRA. Entretanto, a fiscalização não acostou aos autos todos os documentos fiscais, e também não apresentou outros elementos de provas capazes de demonstrar a aquisição, pelo autuado, das mercadorias constantes nos documentos, mesmo após solicitados em diligência fiscal. Infrações parcialmente subsistentes. 3. DESINCORPORAÇÃO DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Defesa comprovou mediante nota fiscal, com natureza da operação “*retorno de mercadoria para conserto*”, e cópia do livro Registro de Entradas, que houve a devolução do bem enviado para conserto, não procedendo assim, a autuação imputada. Infração improcedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 14/12/2012, para constituir o crédito tributário relativo ao exige ICMS e aplica multas, no valor histórico de R\$360.901,96, em decorrência:

INFRAÇÃO 01 – 14.01.03 - Deixou de recolher o ICMS devido, no valor de R\$58.510,06, em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto, sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA, conforme Demonstrativo de Débito que se encontra no anexo I e II do presente processo fiscal.

Infração 02 - 16.01.02- Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$33.842,59. O contribuinte não escriturou no seu livro Registro de Entradas as notas fiscais elencadas no demonstrativo que se encontra no Anexo III do presente processo legal. O Anexo IV corresponde a cópia de notas fiscais emitidas pelo fornecedor do contribuinte, e no Anexo VII cópia do livro de Registro de Entradas (somente

os meses de jan/08 e dez/09), pois a qualidade de folhas era muito grande. O livro completo encontra-se gravado em CD anexo ao processo.

Infração 03 - 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$268.189,31. O contribuinte não escriturou no seu Livro Registro de Entradas as notas fiscais elencadas no demonstrativo que se encontra no Anexo V do presente processo legal. O Anexo VI corresponde a cópia de notas fiscais emitidas pelo fornecedor do contribuinte, e no Anexo VII cópia do livro de Registro de Entradas (somente os meses de jan/08 e dez/09), pois a qualidade de folhas era muito grande. O livro completo encontra-se gravado em CD anexo ao processo.

Infração 04 – 02.05.01 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$360,00, nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento. O contribuinte deu saída para conserto de bem do Ativo Imobilizado e não comprovou seu retorno, caracterizando assim, a desincorporação do bem sem o devido recolhimento do tributo devido, No Anexo VIII do presente processo fiscal se encontra o demonstrativo de débito e no Anexo IX, cópia do documento fiscal que comprova a saída sem o devido destaque do imposto.

O autuado apresentou defesa, fls. 302 a 316, preliminarmente, argui nulidade da autuação em razão do auto de infração não determina com segurança, qual a infração cometida pelo autuado, pois conforme se demonstrará a referida autuação é temerária e eivada de suposições e incertezas ao invés de provas concretas de que de fato as infrações ocorreram.

Em relação as infrações nº 02 e 03, aduz que é muito provável que o Auditor Fiscal tenha se utilizado de informações colhidas em Banco de Dados da Secretaria da Fazenda Estadual e, posteriormente, confrontou-as com o livro Registro de Entradas do autuado, apresentando apenas 04 (quatro) notas fiscais emitidas por supostos fornecedores, ou seja, por uma pequena amostragem, com o intuito de comprovar a emissão das mesmas pelos fornecedores, porém, sem sequer fazer provas de circularização das mercadorias, bem como, das entradas físicas das referidas mercadorias no estabelecimento do autuado, num total de aproximadamente 410 (quatrocentos e dez) notas fiscais autuadas.

Destaca que o Auditor Fiscal relacionou várias notas fiscais de entradas, tendo como destinatário o autuado, sem, contudo, fazer provas do recebimento das mercadorias, pois se tratando de bens móveis, aplica-se o instituto da tradição, ou seja, a entrega.

Chama atenção que é patente que se não existem provas de que o autuado, efetivamente recebeu tais mercadorias, não se pode assegurar que houve a transferência de bens, até porque o fato de o autuado deixar de escriturar quaisquer notas fiscais em seu livro Registro de Entradas, principalmente as operações tributadas, acarretaria em abrir mão da apropriação dos créditos das referidas notas fiscais de entrada (supostamente não escrituradas), tendo em vista a primazia do princípio da não-cumulatividade, que lhe é resguardado, o que por si só, denota a fragilidade da referida atuação.

Assegura que fica evidente, portanto, que o Auditor Fiscal se utilizou de meras suposições infundadas para autuar o autuado, através de informações simplesmente extraídas de Banco de Dados, para o qual anexou 04 (quatro) notas fiscais para (supostamente) comprovar a emissão destas pelos fornecedores, fato esse que denota total insegurança para alegar que a operação de fato ocorreu e que inclusive o autuado teria recebido as mercadorias, ou seja, que de fato teria ocorrido o instituto da tradição.

Indaga: *Com qual segurança alega o Auditor Fiscal que o autuado deu entrada de fato em seu estabelecimento em mercadorias sem a devida escrituração das notas fiscais de entrada em seu Livro de Entradas? Resposta: nenhuma!*

Afirma que a falta de provas necessárias à comprovação da ilicitude atinge diretamente a verdade material dos fatos, acarretando a inépcia do auto de infração com a consequente nulidade do mesmo, além de atingir o princípio da verdade material, da ampla defesa, também infringem os princípios da não cumulatividade, da legalidade, da razoabilidade e da verdade material.

Reitera que o auto de infração não deve prosperar e deve ser cancelado por esta Junta Julgadora, pois a infração indevidamente imputada à Recorrente não está caracterizada, pois não há provas de que as mercadorias em questão tenham ingressado no Estado da Bahia, no caso de operações interestaduais e, muito menos, que tenham as mercadorias relacionadas nas notas fiscais autuadas entrado no estabelecimento do autuado, ou seja, a descrição dos fatos não condiz com o verdade real e o direito aplicável, como também, não contém este elementos suficientes para se determinar, com segurança, se de fato houve a infração cometida pelo autuado, fato este que o torna nulo de pleno direito.

Aduz que é incontestável que a Administração Pública tem a obrigação de obedecer, dentre outros, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, finalidade, motivação, razoabilidade, eficiência, ampla defesa, do contraditório e da transparência, princípios estes não observados pelo Fiscal autuante.

Entende que, considerando irregular o Auto de Infração, nos moldes preconizados na legislação regente, indubitável a incidência de seus efeitos sobre todo o processo administrativo, cabendo, portanto, a declaração de nulidade na sua integralidade, com base nos artigos 18, inciso IV, 28, § 4º e 41, inciso I e II do RPAF.

Salienta que é irrefutável a nulidade do auto de infração na sua integralidade, porém, caso não seja esse o entendimento da Junta Julgadora, que seja declarada a nulidade de parte do auto de infração, precisamente, declarando a nulidade das infrações nº 03 e 04 do guerreado auto de infração.

Em relação a infração 01, aduz que o artigo 29 do RICMS é claro ao conceder a isenção desse imposto nas operações com produtos industrializados de origem nacional, para industrialização ou comercialização na Zona Franca de Manaus, desde que cumpridas algumas exigências, inclusive a comprovação da entrada das mercadorias no estabelecimento do destinatário.

Salienta que a comprovação de ingresso da mercadoria é divulgada pela SUFRAMA, por meio de declaração disponível na “internet”, após a análise, conferência e atendimento dos requisitos relativos aos documentos fiscais utilizadas nas operações com destino àquela localidade. Na hipótese dessa divulgação não ocorrer, o contribuinte poderá requerer à SUFRAMA a instauração do procedimento denominado “vistoria técnica”, com o intuito de comprovar o ingresso da mercadoria naquela localidade.

Esclarece que de todas as exigências, a que causa maior transtorno é, sem sombra de dúvidas, comprovar a efetiva entrada dos produtos no estabelecimento destinatário, pois não é difícil encontrar contribuintes que enfrentam grandes dificuldades em comprovar o ingresso das mercadorias na Zona Franca de Manaus, muitas vezes geradas pela própria lentidão do órgão que deveria realizar tais comprovações. Diante disso, em muitas vezes, os contribuintes são notificados a comprovar esse internamento ou são diretamente autuados por falta de tal comprovação, como ocorreu no presente caso.

Desta forma, assegurando que os produtos de fato ingressaram na Zona Franca de Manaus, embora não conste o internamento das notas fiscais no site da SUFRAMA, o autuado requer com base no artigo 123, § 5º do RPAF, a prorrogação de prazo de 15 dias para verificar o que de fato ocorreu na vistoria técnica pelo Suframa ou comprovar através do Livro de Registro de Entradas dos destinatários que de fato as mercadorias foram remetidas para Zona Franca de Manaus - ZFM, bem como, ingressaram nos estabelecimentos dos destinatários, em homenagem à busca da verdade material, princípio que rege o processo administrativo tributário.

Em relação as infrações 02 e 03, frisa que, com o intuito de subsidiar a preliminar de nulidade pleiteada, passa a discorrer sobre várias irregularidades praticadas na autuação, as quais afrontam a verdade material dos fatos, o consequentemente, denotam e comprovam a autuação infundada pelo Auditor Fiscal.

Aponta que o Auditor Fiscal no Anexo III relacionou aproximadamente 250 (duzentos e cinquenta) notas fiscais com operações não tributadas (infração nº 02), oriundas de operações (internas e interestaduais) com vários fornecedores, sob o argumento de que as mesmas não

foram escrituradas no livro Registro de Entrada do autuado, porém, anexou, mais uma vez por amostragem, apenas cópias de 02 (duas) notas fiscais emitidas pelo Fornecedor Braskem S.A.

Diz que da mesma forma, no Anexo V relacionou aproximadamente 160 (cento e sessenta) notas fiscais com operações tributadas (infração nº 03), oriundas de operações (internas e interestaduais) com vários fornecedores, sob o argumento de que as mesmas não foram escrituradas no livro Registro de Entrada do autuado, porém, anexou apenas cópias de 02 (duas) notas fiscais emitidas pelo Fornecedor Braskem S.A.

Reitera que o Auditor Fiscal, possivelmente, trabalhou com informações extraídas do Banco de Dados da Secretaria da Fazenda Estadual com posterior cruzamento dessas informações com o Livro de Registro de Entradas do autuado, sem fazer qualquer prova de que o autuado efetivamente recebeu as mercadorias relacionadas às notas fiscais autuadas, ou seja, não fez provas da entrega da mercadoria a qual se concretiza com a tradição, além de ter trabalhado com suposições que houve a circulação das mercadorias.

Destaca, mais uma vez, que é possível verificar que da totalidade das notas fiscais autuadas (Anexo III e V), aproximadamente 410 (quatrocentos e dez) notas fiscais, o Auditor Fiscal apresentou apenas 04 notas fiscais, todas emitidas por apenas um dos fornecedores, Braskem S.A, deixando de fazer qualquer tipo de prova para as demais notas fiscais, no total aproximado de 406 (quatrocentos e seis).

Salienta que de acordo com a relação de notas fiscais apresentadas pelo Auditor Fiscal, além de operações internas, também tem operações interestaduais, com vários fornecedores, como é possível constatar através dos vários números distintos de CNPJ's.

Afirma não conhecer a procedência das informações utilizadas pelo Auditor Fiscal nos Anexos III e V, que, conforme dito, possivelmente utilizou de Banco de Dados da Secretaria da Fazenda. Ainda, não havendo comprovação de que as referidas notas fiscais transitaram pelo território baiano.

Registra que além da infração não estar caracterizada, também existem erros cometidos pelo Auditor Fiscal e identificados pelo autuado, o que demonstra total improcedência da lavratura do auto de infração pela insegurança que insurge o lançamento, como demonstra o autuado, conforme segue:

(i) *Ao contrário do que foi alegado pelo Auditor Fiscal, as notas fiscais de números 4956, 2972, 2544, 4039, 8931, 2965, 12851, 210486, 210657, 210886, 22652, 22654, 22658, 310325, 12137, 35969, 35970, 35973, 35990, 35992, 2839, 98980, 6994, 918 lançadas em operações tributadas (Anexo V), constam sim no Livro de Registro de Entradas, fls. anexas, o que comprova que o Auditor Fiscal não teve o cuidado de verificar com atenção o Livro de Entradas do autuado, folhas anexas, caracterizando assim, a comprovação de um lançamento totalmente temerário;*

(ii) *As notas fiscais de números 46, 61, 156, 172, 243, 324, 361 e 367, emitidas pela ALL STEAM COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, lançadas como operações não tributadas (Anexo III), não foram localizadas pelo Auditor Fiscal porque no referido anexo constam os números de controle dos formulários e não os números das notas fiscais, respectivamente, nº 384, 391, 512, 529, 600, 697, 2493 e 2444. Assim, diferentemente do que foi alegado pelo Auditor Fiscal, as notas fiscais referenciadas foram devidamente registradas e constam sim no Livro de Registro de Entradas do autuado, fls. anexas, demonstrando mais uma vez o lançamento temerário pelo Auditor Fiscal.*

(iii) *Em contato com o fornecedor BRASKEM, este disponibilizou cópia das Notas Fiscais nº 2246, 2240, 2241, anexas, as quais comprovam os cancelamentos das Notas Fiscais nº 4595, 381.000, 381.001, pela própria Braskem, através das emissões das notas fiscais de devolução de venda por erros em suas emissões, o que justifica a não escrituração das notas fiscais nº 4595, 381.000 e 381.001 (lançadas nos Anexos III e V), pelo autuado no seu Livro de Registro de Entradas.*

(iv) *As notas fiscais nº 006444, 10077, 39471 e 531, anexas, lançadas como operações não tributadas (Anexo III), são notas fiscais de prestação de serviços, conforme documentos anexos, e de fato jamais deveria estar nos Livros de Entradas do ICMS do autuado.* Grifou da defesa.

Destaca que as infrações indicadas possuem falhas técnicas abrasivas cometidas pelo Auditor Fiscal, comprovadas pelo autuado, “*o que demonstra a desídia do Auditor Fiscal*” para efetuar com segurança o lançamento guerreado, pois inclusive autuou notas fiscais de “*PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS*” por falta de escrituração no livro Registro de Entradas do ICMS, absurdos esses inconteste de nulidade, “*demonstrando total desmazelo e falta de cuidado em seu trabalho*”.

Como alternativa e com o intuito de formalizar o pedido, caso a Junta Julgadora decida pela procedência do auto de infração, o que não espera o autuado, requer o deferimento de diligência fiscal, com base no artigo 145 do RPAF, pelos fundamentos amplamente alegados na defesa, para apuração pelo Auditor Fiscal sob o alegado no auto de infração, embora salvo melhor entendimento, este deveria ter solicitado ou fiscalizado os estabelecimentos fornecedores localizados neste Estado e demais Estados da Federação, caso entenda competente para tal.

Reitera que o libelo fiscal está eivado de vícios que padecem sua nulidade na integralidade, sob pena de não prevalecer a verdade material dos fatos, bem como, por não conter elementos suficientes para determinar com segurança a infração, devendo ser declarado nula às infrações nº 02 e 03 com base no artigo 18, IV e 28, § 4º do RPAF.

Quanto a infração 04, aduz que o Auditor Fiscal alega que o autuado deixou de recolher ICMS na saída decorrente de desincorporação de bens do ativo imobilizado do seu estabelecimento, ou seja, deu saída para conserto de bem do ativo imobilizado, através da Nota Fiscal 92.855 e não comprovou seu retorno, caracterizando assim, a desincorporação do bem sem o devido recolhimento do tributo, o que não prospera.

Afirma que comprova através da nota fiscal nº 11240, com natureza da operação “retorno de mercadoria para conserto”, emitida por Yodogawa América do Sul, anexa, e através do livro Registro de Entradas, folha anexa, que houve sim a devolução do bem enviado para conserto, não procedendo assim, a atuação por falta de comprovação do retorno da mercadoria, pelas razões de fatos e de direito apresentadas. Ante o exposto, a respectiva infração deve ser declarada improcedente pela Junta Julgadora, prevalecendo assim, a realidade material dos fatos, tendo em vista as provas anexas.

Relativamente à multa consignada no Auto de Infração, nos termos do artigo 42, II, letra “a”, da Lei 7.014/96, entende ser confiscatória, o que é vedado na Constituição Federal.

Ao final, requer:

- a) *seja dado provimento à presente impugnação para declarar nulo o auto de infração na sua integralidade, com base nos artigos 18, inciso IV e 28, § 4º do RPAF, por falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida pelo autuado, falta de provas, além da comprovação das autuações infundadas pelo Auditor Fiscal; ou*
- b) *seja dado provimento à presente impugnação para declarar parcialmente nulo o auto de infração, especificamente, as infrações nº 02, 03, com base nos artigos 18, inciso IV e 28, § 4º do RPAF, por falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida pelo autuado por falta de provas, além da comprovação das autuações infundadas pelo Auditor Fiscal;*
- c) *seja dado provimento à presente impugnação para declarar a improcedência do lançamento fiscal, referente a infração nº 4, com o consequente cancelamento da infração;*
- d) *seja declarada insubstancial a multa de 60% indevidamente lançada contra o autuado, por absoluta ausência de infração que justifique o seu lançamento, caracterizado que está seu caráter confiscatório;*
- e) *o deferimento de diligência, com base no artigo 145 do RPAF, caso após toda demonstração e comprovação pelo autuado, ainda assim, permaneçam dúvidas que possam ser sanadas através de diligência fiscal no estabelecimento do autuado, caso não seja declarada a nulidade do auto guerreado. Embora, salvo melhor entendimento, o Auditor Fiscal deveria ter solicitado ou fiscalizado os estabelecimentos fornecedores localizados neste Estado e demais Estados da Federação, caso entenda assim competente;*
- f) *a juntada a qualquer tempo de documentos necessários no sentido de embasar o correto procedimento adotado pelo autuado, tudo em homenagem à busca da verdade material, princípio que rege o processo administrativo tributário, por ser esta a melhor forma de se restabelecer a necessária e esperada.*

Às folhas 372 a 373, o autuado informa que apresenta os comprovantes de ingresso das mercadorias na Zona Franca de Manaus, fls. 374 a 378, referente a infração 01, estando as notas fiscais aptas aos benefícios, portanto, não deve prevalecer à autuação referente a infração 01, em homenagem da busca da verdade material, princípio que rege o processo administrativo tributário.

Na informação fiscal, fl. 382 e 385, em relação a arguição de nulidade aduz que a defesa não apresentou em nenhum momento vício formal ou falta de um dos elemento do fato gerador.

Em relação a infração 01, aduz que o autuado não apresentou os comprovantes de internamento das mercadorias descritas nos demonstrativos, fls. 05 a 10), expedidos pela SUFRAMA em relação à infração ora em questão. Com objetivo meramente protelatório, pediu prazo para acostar no

futuro documentos que possa descaracterizar os trabalhos do autuante. Com isso, deixou de exercer no prazo regulamentar sua defesa, e nestes casos o RPAF estabelece que após a ciência do lançamento de ofício o Contribuinte Autuado dispõe do prazo de até 30 (trinta) dias para quitar ou impugnar o lançamento. Neste caso não houve impugnação do Auto de Infração, exatamente no trigésimo dia do prazo, consumando sua resposta. Com a apresentação da defesa a Autuada praticou um dos atos a que teria direito como resposta ao lançamento contra si efetivado. Ocorreu desta forma, a preclusão consumativa. Assim, em relação às informações descritas no demonstrativo do anexo I do presente processo fiscal, em que não houve impugnação específica da Autuada em sua Contestsão tem-se como produzidos os efeitos da revelia, na forma do art. 319 c/c art. 333, II do CPC, de aplicação subsidiária ao RPAF.

Quanto as infrações 02 e 03, observa as notas fiscais de nº 381.000 e 381.001 (págs. 352 e 354), onde se encontra no corpo da nota o carimbo de recebimento pela empresa datada de 19/12/2008, ficando claro que a mercadoria teria entrado no estabelecimento da autuada. Ainda sobre os referidos documentos o procedimento correto seria no caso de uma devolução, que o destinatário (autuado) emitisse as notas de devolução, fls. 351 e 353, e não a emitente (fornecedor), tendo em vista a mercadoria já ter circulado e adentrado no estabelecimento de destino, caso não fosse verdade, bastaria apenas que o emitente cancelasse o documento fiscal em lide.

Quanto a nota fiscal de nº 4595, fl. 350, o corpo da nota tem rasuras antes de tirar a respectiva cópia que pode ser de um carimbo idêntico a das notas acima citadas, e a nota de devolução nº 2240, fl. 351, emitida de forma incorreta pelo fornecedor não possui data de emissão o que não se sabe em que momento ocorreu seu preenchimento. Ainda relativo a nota fiscal de nº 7368, fl. 22, o autuado cala-se a respeito não apresentando nenhuma contestação, o que incorre em revelia com base no art. 319 c/c art. 333, II do CPC, de aplicação subsidiária ao RPAF.

Argumenta que, dando continuidade a sua contestação o autuado cita as notas fiscais nº 4956, 2972, 2544, 4039, 8931, 2965, 12851, 210486, 210657, 210886, 22652, 22654, 22658, 310325, 12137, 35969, 35970, 35973, 35990, 35992, 2839, 98980, 6994 e 918 como escrituradas, onde foi comprovado após confrontar os dados, é que a maioria dos documentos em questão foram emitidas em 12/2009 e só escrituradas em 01/2010, como o teste foi realizado somente em 2009 apareceu como não escrituradas, comprovação contundente que as informações que nortearam os trabalhos da fiscalização extraídas do sistema SEFAZ-BA e fornecidas pelos fornecedores da autuada bate perfeitamente.

Afirma que estes documentos fiscais serão naturalmente retirados do demonstrativo (Anexo V). Atinente as notas fiscais de serviços de nº 006444, 10077, 39471 e 531, assegura que usará do mesmo procedimento retirando-as do demonstrativo (Anexo III).

Ressalta que: *Percebiam com isto que até então todas as informações prestadas nos autos para subsidiar a peça acusatória foi utilizada pela autuada para dar suporte a sua contestação. Então pergunto? Como, se estas informações prestadas pelos fornecedores do autuado são consideradas como inconsistentes pela mesma, mas são perfeitamente consistentes quando se faz um cruzamento de informações de posse dos documentos e livros fiscais da empresa de forma pertinentes, demonstração inequívoca da fidelidade dos dados utilizados pelo autuante.*

Já referente aos documentos fiscais de nº 46, 61, 156, 172, 243, 324, 361 e 367, onde a impugnante alega ser os números de controle de formulário das notas fiscais de nº 384, 391, 512, 529, 600, 697, 2493 e 2444 respectivamente, aduz que não podem ser consideradas como verdadeiras tendo em vista as mesmas apresentarem inconsistências, como as notas fiscais de nº 2444 e 2493 que não estão escrituradas, e sim as notas fiscais de nº 2446 e 2439, além da autuada não apresentar nenhuma cópia dos documentos para comprovar suas argumentações.

Destaca que feito os devidos ajustes nos demonstrativos (Anexo III e Anexo V) os valores das infrações II e III que eram R\$33.842,59 e R\$268.189,31, respectivamente, passam a ser de R\$33.546,63 e R\$250.587,88.

Quanto as demais notas fiscais relacionadas nos demonstrativos fiscais, salienta que o autuado não se posicionou a respeito, deixou de exercer a mesma no prazo regulamentar sua defesa, e nestes casos o RPAF estabelece que após a ciência do lançamento de ofício o Contribuinte Autuado dispõe do prazo de até 30 (trinta) dias para quitar ou impugnar o lançamento.

Em relação a infração 04, frisa que acata as argumentações apresentadas pela autuada consubstanciadas pelos documentos fiscais em anexo.

Ao final, opina pela procedência parcial do Auto de Infração.

O PAF foi convertido em diligência, fl. 393, para o autuante acostasse aos autuados todos os documentos que compõem os demonstrativos pelo qual apurou o débito, inclusive as notas fiscais. Em se tratando de notas fiscais eletrônicas, indicar a chave de acesso. Foi determinado a entrega dos demonstrativos elaborado e notas fiscais acostadas pelo autuante e a reabertura do prazo de defesa, 30 dias.

Em atendimento ao pedido de diligência o autuante, fl. 396, afirma que não dispõe dos documentos solicitados pela diligência.

Frisa que somente tivesse acesso aos documentos acostados às folhas 16, 17, 21 e 22 dos autos.

Aduz que as informações foram extraídas do SINTEGRA, as entende que são verdadeiras.

À 399 o autuante reitera que não possui os documentos fiscais solicitados, exceto os que foram anexados aos autos.

VOTO

Na infração 01 é imputado ao autuado ter deixado de recolher o ICMS devido, em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto, sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA, conforme Demonstrativo de Débito que se encontra no anexo I e II do presente processo fiscal.

Observo que o mencionado benefício isencional tem previsão no art. 29 do RICMS/BA, sendo a sua fruição condicionada à comprovação por parte da Superintendência da Zona Franca de Manaus -SUFRAMA, da efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento destinatário.

Estabelece o inciso VII do referido art. 29, que o contribuinte que pretender efetuar remessa de mercadorias para a Zona Franca de Manaus ou outras áreas da Amazônia com o benefício isencional deverá observar as regras contidas nos arts. 597 e 598 do RICMS/BA.

Os artigos 597 e 598 apresentam a seguinte redação:

"Art 597. Na saída de produtos industrializados de origem nacional remetidos a contribuinte do ICMS localizado na Zona Franca de Manaus e outras áreas da Amazônia com isenção do imposto, atendidos os critérios e condições previstos para cada caso, a Nota Fiscal será emitida, no mínimo, em 5 vias, que terão a seguinte destinação (Ajuste SINIEF 02/94):

I - a 1^a via, depois de visada previamente pela repartição fiscal deste Estado a que estiver vinculado o contribuinte remetente, acompanhará as mercadorias e será entregue ao destinatário;

II - a 2^a via ficará presa ao bloco, para exibição ao fisco (Ajuste SINIEF 03/94);

III - a 3^a via, devidamente visada, acompanhará as mercadorias e destinar-se-á a fins de controle da Secretaria da Fazenda do Estado do Amazonas (Ajuste SINIEF 03/94);

IV - a 4^a via será retida pela repartição do fisco estadual no momento do "visto" a que alude o inciso I (art. 224, § 1º);

V - a 5^a via, devidamente visada, acompanhará as mercadorias até o local de destino, devendo ser entregue, com uma via do Conhecimento, à Superintendência da Zona Franca de Manaus (SUFRAMA) (Ajuste SINIEF 03/94) (art. 224, § 1º).

§ 2º Os documentos relativos ao transporte das mercadorias não poderão ser emitidos englobadamente de forma a compreender mercadorias de remetentes distintos.

§ 3º O contribuinte remetente mencionará na Nota Fiscal, no campo "INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES", além das indicações que lhe são próprias, o número da inscrição do estabelecimento destinatário na SUFRAMA, o número do credenciamento a que se refere o § 1º e o código de identificação da repartição fiscal a que estiver subordinado o seu estabelecimento.

§ 4º O contribuinte remetente deverá conservar pelo prazo mencionado no art. 144 os documentos relativos ao transporte das mercadorias, assim como o documento expedido pela SUFRAMA relacionado com o internamento das mercadorias (Ajuste SINIEF 7/97)."

Em sua defesa o autuado acostou aos autos DECLARAÇÕES DE INGRESSOS emitidas pela SUFRAMA, fls. 374 a 378, comprovando que as mercadorias ingressaram na área de exceção fiscal administrativa da SUFRAMA, estando aptas para usufruto do benefício fiscal.

Logo, a infração 01 é improcedente.

Nas infrações 02 e 03 é imputado ao autuado ter dado entrada no estabelecimento mercadorias não tributáveis (infração 02) e mercadorias sujeitas a tributação (infração 03) sem o devido registro na escrita fiscal.

Em sua defesa o sujeito passivo, preliminarmente, arguiu nulidade das infrações asseverando que é muito provável que o Auditor Fiscal tenha se utilizado de informações colhidas em Banco de Dados da Secretaria da Fazenda Estadual e, posteriormente, confrontou-as com o livro Registro de Entradas do autuado, apresentando apenas 04 (quatro) notas fiscais emitidas por supostos fornecedores, ou seja, por uma pequena amostragem, com o intuito de comprovar a emissão das mesmas pelos fornecedores, porém, sem sequer fazer provas de circularização das mercadorias, bem como, das entradas físicas das referidas mercadorias no estabelecimento do autuado, num total de aproximadamente 410 (quatrocentos e dez) notas fiscais autuadas. Chamou atenção que é patente que se não existem provas de que o autuado, efetivamente recebeu tais mercadorias, não se pode assegurar que houve a transferência de bens, até porque o fato de o autuado deixar de escriturar quaisquer notas fiscais em seu livro Registro de Entradas, principalmente as operações tributadas, acarretaria em abrir mão da apropriação dos créditos das referidas notas fiscais de entrada (supostamente não escrituradas), tendo em vista a primazia do princípio da não-cumulatividade, que lhe é resguardado, o que por si só, denota a fragilidade da referida atuação.

Afirmou o autuado que a falta de provas necessárias à comprovação da ilicitude atinge diretamente a verdade material dos fatos, acarretando a inépcia do auto de infração com a consequente nulidade do mesmo, além de atingir o princípio da verdade material, da ampla defesa, também infringem os princípios da não cumulatividade, da legalidade, da razoabilidade e da verdade material. Entende que, considerando irregular o Auto de Infração, nos moldes preconizados na legislação regente, indubitável a incidência de seus efeitos sobre todo o processo administrativo, cabendo, portanto, a declaração de nulidade na sua integralidade, com base nos artigos 18, inciso IV, 28, § 4º e 41, inciso I e II do RPAF.

No mérito, o autuado apontou alguns equívocos do fiscal, o qual reconheceu e excluiu algumas notas, inclusive as únicas cujas cópias foram acostados aos autos.

Visando instruir o processo com todos os elementos de provas e permitir ao sujeito passivo exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório, bem como oferecer ao Estado a segurança do crédito tributário, foi decidido por esta Junta converter o PAF em diligência para sanar a falha processual existente.

Entretanto, o fiscal autuante não atendeu a diligência solicitada, afirmado que não dispõe dos documentos que embasaram a autuação e que somente teve acesso aos documentos acostados às folhas 16, 17, 21 e 22 dos autos. Tentando justificar, argumentou que as informações foram extraídas do banco de dados da SEFAZ, portanto os dados seriam verdadeiros.

O entendimento reiterado do CONSEF, materializado em diversos julgados, apenas a título de exemplo CJF 0015-12/10, 0370-12/09, 0056-11/09, 0109-12/09, 0078-12/09, 0006-11/09, 0235-12/09, 0037-12/11, 0077-11/11, 0228-12/11, 0248-12/11, 0249-12/11, 0250-12/11, 0282-12/12 e 0245-12/11, todos das Câmaras de Julgamento Fiscal, tem sido no sentido de que a cópias das notas fiscais é elemento essencial de prova da circulação da mercadoria no território baiano, em se tratando do CFAMT, e no caso do SINTEGRA, além das cópias das notas fiscais é fundamental que sejam acostados outros elementos de provas, tais como: cópias dos pedidos das mercadorias caso existentes; cópias dos canhotos das notas fiscais com assinatura e identificação do recebedor das mercadorias; comprovantes de recebimento por parte do fornecedor dos valores referentes às vendas realizadas através das notas fiscais objeto do Auto de Infração em lide (boletos bancários, duplicatas, transferências bancárias etc.); cópias de conhecimentos de transporte ou quaisquer outros elementos que demonstrem a compra das mercadorias.

A título de ilustração, trago à colação a Ementa do ACÓRDÃO CJF Nº 0245-12/11, exarado pelo Conselheiro Carlos Henrique Jorge Gantois:

“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0245-12/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Ausência nos autos de cópias das notas fiscais e de outros elementos que comprovem o cometimento da infração, relativos as listagens do CFAMT e do SINTEGRA, apesar da conversão do PAF em diligência, por duas oportunidades. Possibilidade de renovação da ação fiscal dentro do período decadencial. Representação à autoridade administrativa competente, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, no sentido do refazimento da verificação fiscal em relação à regularidade do cumprimento das obrigações acessórias e principal em nova ação fiscal a salvo de incorreções. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.”

Ainda a título de ilustração, transcrevo trecho do voto proferido em alguns dos Acórdão CJF nº 0250-12/11, proferido pela Conselheira Monica Maria Roters:

(...)

Entretanto, as razões de defesa e a Decisão de 1º Grau têm total acolhimento por este Conselho de Fazenda Estadual que tem por posicionamento de que notas fiscais colhidas junto aos fornecedores de um contribuinte, a princípio, se constituem em indício de irregularidade. Para que sejam consideradas como prova material devem se fazer acompanhar de outras, por exemplo: comprovante de pagamentos realizado pelo adquirente, análise da contabilidade da empresa, duplicatas, entre outras. Ou seja, que a mercadoria foi, efetivamente, adquirida pelo contribuinte consignado no documento fiscal. Isto em decorrência do fato de que a prova material do ilícito constatado foi produzida por terceiros e não por quem cometeu a infração. No caso presente e como anteriormente dito, as notas fiscais foram coletadas, primeiramente, através do SINTEGRA. Após, a Secretaria de Fazenda, junto ao fornecedor, recebeu cópias das mesmas. Solicitou que o contribuinte autuado apresentasse comprovante do recolhimento do imposto. Não sendo atendida, foi lavrado o Auto de Infração.

A JJF, na busca da verdade material, diligenciou os autos para que fossem apresentados documentos comprobatórios da transação comercial realizada. O único documento apresentado foi uma declaração produzida pelo fornecedor de que existiram as aquisições das mercadorias consignadas nas notas fiscais e que as mesmas foram quitadas. Esta declaração, por si só, não faz nem prova de que as mercadorias nelas consignadas adentraram em circulação no território do Estado da Bahia, nem, tampouco, que foram adquiridas pelo autuado.

(...)

Efetivamente as provas não se encontram nos autos deste processo, apesar de ter sido dado nova oportunidade para tal, mediante a realização de 02 (duas) diligências, o fiscal não acostou, sequer, as cópias das notas fiscais do SINTEGRA e do CFAMT, o que impede a verificação dos dados referentes à imputação pelo contribuinte, e pelos Julgadores deste Conselho, tanto quando da instrução do processo, quanto já em sessão de julgamento, cumprido regularmente o trâmite processual.

Assim, por cerceamento do direito de defesa do contribuinte, a partir do descumprimento do quanto previsto no artigo 46 do RPAF/99, no sentido de que ocorre neste PAF a falta de anexação de notas fiscais oriundas dos Sistemas CFAMT e SINTEGRA aos autos, obtidas a partir de informações de terceiro que não é o sujeito passivo na presente ação fiscal, no caso do SINTEGRA, e também por se enquadrar o fato no previsto no artigo 18, inciso II, e IV, alínea “a”, do RPAF/99, são parcialmente nulas as infrações 02 e 03, em relação às notas fiscais não acostadas aos autos.

Entretanto, ficam mantidos nas infrações os valores referentes aos documentos fiscais emitidas pela empresa BRASKEM, localizada no Estado da Bahia, acostados às folhas 16, 17, 21 e 22 dos autos, que não foram escriturados pelo autuado, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	N. FISCAL	B. DE CÁLCULO	MULTA	
2	381.000	997.141,34	1%	9.971,41
2	381.001	912.576,85	1%	9.125,77
TOTAL INF. 02				19.097,18
3	4595	915.548,72	10	91.554,87
3	7368	1.396.572,71	10	139.657,27
TOTAL INF. 02				231.212,14

Logo, as infrações 02 e 03 restaram parcialmente procedentes, nos valores respectivos de R\$19.097,18 e R\$231.212,14.

Na infração 04 é imputado ao autuado ter deixado de recolher ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento. Consta da acusação que o contribuinte deu saída para conserto de bem do Ativo Imobilizado e não comprovou seu retorno, caracterizando assim, a desincorporação do bem sem o devido recolhimento do tributo devido.

Em sua defesa o autuado afirma que comprova através da nota fiscal nº 11240, com natureza da operação “retorno de mercadoria para conserto”, emitida por Yodogawa América do Sul, e através do livro Registro de Entradas, que houve sim a devolução do bem enviado para conserto, não procedendo assim, a atuação por falta de comprovação do retorno da mercadoria, pelas razões de fatos e de direito apresentadas.

Na informação fiscal o autuante reconheceu que os documentos acostados pela defesa comprova o retorno da mercadoria do conserto, fato que comprova, em meu entendimento que a infração foi elidida pela defesa.

Assim, a infração 04 é improcedente.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO HISTÓRICO	VALOR
1	IMPROCEDENTE		0,00
2	PROCEDENTE EM PARTE		19.097,18
3	PROCEDENTE EM PARTE		231.657,27
4	IMPROCEDENTE		0,00
TOTAL			250.754,45

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279196.0003/12-5, lavrado contra ELEKEIROZ S.A., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$250.754,45, previstas nos incisos IX e XI, do art. 42, da citada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05,

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR