

A. I. Nº - 276468.0302/13-3
AUTUADO - ETERNIT S/A.
AUTUANTE - HEITOR PERRELLA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 03/04/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0061-03/14

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO TRIBUTÁVEIS. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Excluído do levantamento fiscal as notas fiscais eletrônicas de entradas comprovadamente escrituradas e por equívoco incluídas no levantamento fiscal e as devidamente canceladas pelo emitente no prazo legal, cujas cópias foram carreadas aos autos. Exigência mantida em relação às notas fiscais de devolução de compras e de vendas emitidas por fornecedores e clientes do autuado não escrituradas reduzindo-se o valor do débito inicialmente apurado. Exigências parcialmente subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/09/2013, exige crédito tributário no valor de R\$374.369,96 em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - Deu entrada no estabelecimento em mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, sendo aplicada a multa de 10% sobre o valor das mercadorias não escrituradas, totalizando R\$359.725,00.

Infração 02 - Deu entrada no estabelecimento em mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor das mercadorias não escrituradas, totalizando R\$14.644,96.

O impugnante apresenta defesa, fls. 65 a 79, por meio de advogados com procuração às fls. 65 a 79, alinha suas razões de defesa, nos termos a seguir resumidos.

Afirma que, apesar da acusação fiscal atinente ao item 01 do presente Auto de Infração sustenta que teria deixado de promover a escrituração de notas fiscais relativas a operações de entrada de mercadorias sujeitas a tributação, verificou que, por meio da comparação dos dados contidos em seu livro de Registro de Entradas e aqueles apresentados pelo trabalho fiscal na planilha “Demonstrativo: Multa – Nota fiscal de entrada tributada não lançada - Demonstrativo Analítico”, não deixou de escriturar as Notas Fiscais referentes às mercadorias que efetivamente entraram em seu estabelecimento.

Apresenta as cópias das páginas do seu livro Registro de Entradas relativos aos períodos de 01/01/2013 a 31/01/2013 (Doc. 03), fls. 102 a 117; 01/02/2013 a 28/02/2013 (Doc. 04), fl. 118; 01/04/2013 a 30/04/2013 (Doc. 05), fls. 119 a 121 01/12/2011 a 31/12/2011 (Doc. 06), fl. 122; e 01/12/2012 a 31/12/2012 (Doc. 07), fl.123, para informar que nos referidos períodos foram realizadas as escriturações das notas fiscais das mercadorias sujeitas a tributação que de fato ingressaram em seu estabelecimento. Observa que indica os números das Notas Fiscais e as respectivas linhas

da Planilha em Excel “Demonstrativo: Multa - Nota fiscal de entrada tributada não lançada - Demonstrativo Analítico”, em que a fiscalização apontou os dados dos documentos fiscais, bem como as páginas do livro Registro de Entradas em que foi promovida a escrituração fiscal, com a indicação das respectivas datas, fls. 68 a 70.

Assinala que constatada a devida escrituração de todas as notas fiscais relativas a mercadorias tributáveis que de fato ingressaram em seu estabelecimento, a presente infração não merece subsistir, já que as notas que não tiveram escrituração referem-se a mercadorias que não entraram em seu estabelecimento.

Em relação ao item 02 do Auto de Infração que consiste na acusação de que não teria realizado o registro na escrita fiscal de notas fiscais relativas a operações de entrada de mercadorias não tributáveis, assevera que deve ser desconstituída, haja vista que não deixou de escriturar as Notas Fiscais referentes a todas as mercadorias que efetivamente entraram em seu estabelecimento, cujos dados constam da tabela à fl. 72. Apresenta cópia de seu livro Registro de Entradas relativos aos períodos de 01/01/2013 a 31/01/2013 (doc. 08), fls. 124 a 131; 01/12/2011 a 31/12/2011 (doc. 09), fl. 132; 01/07/2013 a 31/07/2013, (doc. 10), fl. 133; 01/02/2013 a 28/02/2013 (doc. 11), fl. 13; 01/04/2012 a 30/04/2012 (doc. 12), fl. 135, e 01/04/2013 a 30/04/2013 (doc. 13), fl. 136, para revelar que nos referidos períodos foram realizadas as escriturações das notas fiscais das mercadorias não tributáveis que de fato ingressaram em seu estabelecimento.

Ressalta que em razão de ter demonstrado que escriturou devidamente todas as notas fiscais relativas a mercadorias não tributadas que de fato ingressaram em seu estabelecimento, a presente infração há de ser cancelada, pois as notas que não tiveram escrituração referem-se a mercadorias que não entraram em seu estabelecimento.

Destaca que o autuante, ao elaborar a autuação, esclarece que as infrações nº 01 e 02 foram caracterizadas por meio do exame de Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) emitidas por terceiros, notadamente seus clientes ou fornecedores.

Observa que as ocorrências verificadas entre 31/01/2011 a 31/03/2012 foram enquadradas no art. 322 do RICMS-BA/97, enquanto que as supostas ocorrências compreendidas entre 30/04/2012 e 31/12/2012 foram fundamentadas nos artigos 217 e 247 do RICMS-BA/97. Destaca que, apesar de os referidos artigos disporem a respeito de normas para a escrituração de entradas no livro Registro de Entradas, em momento algum descumpriu os dispositivos legais mencionados.

Frisa ser empresa que atua há décadas no mercado nacional e sempre tem exercido suas atividades de forma bastante zelosa, inclusive com relação ao cumprimento de obrigações tributárias e acessórias. Acrescenta que exerce um controle rigoroso de todas as mercadorias que ingressam em seu estabelecimento e promove a respectiva escrituração fiscal das Notas Fiscais que acompanham estes bens.

Menciona que em todos os casos em que houve a efetiva entrada física e contábil de mercadorias sujeitas à tributação ou não tributáveis, estas operações foram devidamente escrituradas nos seus livros Registro de Entradas, conforme atestam os documentos já mencionados. Prossegue assinalando que mesmo exercendo seu rigor no exercício de suas atividades, não há meios de exercer controle sobre as notas fiscais que terceiros emitem inserindo seus dados cadastrais no campo *Destinatário* o CNPJ e demais dados. Remata ponderando que além de ser impossível a realização deste controle, sequer existe o dever legal para exercer esta espécie de fiscalização sobre as demais empresas do mercado.

Ressalta que apenas por meio da presente autuação lhe foi possibilitado ter ciência a respeito da existência das referidas Notas Fiscais emitidas com seus dados, bem como a consulta de seu conteúdo através das Chaves de NF-e informadas pelo trabalho fiscal. Acrescenta que, nesse sentido, após ser intimada, consultou cada um destes documentos a fim de verificar a natureza das operações, situação atual e demais dados constantes das notas fiscais.

Afirma que constatou, por exemplo, que muitas das Notas Fiscais listadas pelo trabalho fiscal tratam-se de notas fiscais que foram emitidas com seus dados e que foram posteriormente canceladas pelos próprios emitentes. Logo, os terceiros apenas emitiram e cancelaram as notas, sem lhe enviar as respectivas mercadorias acompanhadas de uma via dos documentos. Prossegue assinalando que, diante da ausência de recebimento das mercadorias e dos documentos, não há o que se falar na existência de entradas em seu estabelecimento. Arremata frisando que, tendo em vista que as supostas entradas de mercadorias sujeitas a tributação e não tributáveis apontadas pelo trabalho fiscal não ocorreram em momento algum, não existem notas fiscais de mercadorias que efetivamente entraram em seu estabelecimento e que não foram escrituradas.

Também menciona que identificou ainda que alguns de seus fornecedores emitiram Notas Fiscais de Venda e as respectivas Notas de Devolução, ressaltando que ambas as notas fiscais foram emitidas pelos fornecedores, de acordo com seus próprios critérios e sem sua participação. Assevera que apenas teve seus dados apostos como destinatária dos documentos, sem que houvesse tomado conhecimento da existência destas notas fiscais em momento anterior ao recebimento desta intimação.

Pondera que corretamente não realizou escrituração em seu livro Registro de Entradas das demais notas fiscais relativas a remessas e outras operações a respeito das quais não houve entrada de mercadorias em seu estabelecimento.

Sustenta que, em virtude dos demonstrativos elaborados pelo trabalho fiscal apontarem notas fiscais cuja escrituração foi corretamente realizada, além de listarem notas fiscais emitidas por seus fornecedores e clientes sem que houvesse a correspondente entrada física e contábil das mercadorias em seu estabelecimento, as infrações nº 01 e 02 devem ser canceladas.

No tocante as multas indicadas no Auto de Infração e previstas no art. 42, IX, da Lei 7.014/1996, afirma que, tendo em vista os elevados percentuais aplicados, não há como se negar o caráter confiscatório e restritivo da multa imposta. Diz que no caso em questão, é cabível a aplicação por analogia do disposto no artigo 150, IV, da Constituição Federal que reproduz.

Destaca que o aludido mandado estabelece que a Administração Tributária deverá respeitar não só os princípios estabelecidos naquele dispositivo, como também as garantias asseguradas ao contribuinte existentes nas demais disposições da Carta Magna. Prossegue frisando que dentre tais garantias, destaca-se o direito de propriedade preconizado no art. 5º da Constituição Federal que assegura a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional a prerrogativa de não terem seu patrimônio dilapidado sem prévia indenização, ou, quando da atuação dos agentes tributários, sem a existência de arrecadação extremada, salvo em situações excepcionais onde for permitido o caráter extrafiscal do tributo, o que não corresponde à situação em tela.

Requer provar o alegado por todos os meios em direito admitidos. Protesta, igualmente, pela juntada de documentos que venham a ser úteis à sua defesa.

Solicita ainda que, sob pena de nulidade, sejam as publicações, intimações e correspondências referentes ao presente processo efetuadas exclusivamente em nome de Paulo Francisco Maia de Resende Lara, inscrito na OAB/SP sob o nº. 250.257 e Denise Castro Batista, inscrita na OAB/SP sob o nº 303.412, ambos com escritório sito na Avenida Brasil, nº 471, São Paulo-SP, CEP 01431-000.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração, e caso seja julgado procedente, que ao menos sejam julgadas nulas as penas de multa, pois distorcidas da realidade dos fatos, conferem autêntico caráter confiscatório, o que é expressamente proibido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O autuante presta informação fiscal, fls. 138 a 141, depois de resumir as razões de defesa articuladas pelo impugnante, enunciou os argumentos a seguir apresentados,

No tocante à relação de notas fiscais que de fato ingressaram no estabelecimento do contribuinte e que foram escrituradas no ano subsequente, fls. 68 a 72, apontada pelo autuado, informa que acatou a alegação, já que as notas fiscais elencadas por ele em sua impugnação foram efetivamente registradas nos livros de entrada. Assinala que elaborou novo demonstrativo excluindo todas as notas fiscais de entrada relacionadas na impugnação. Destaca que remanescem ainda as notas fiscais não lançadas conforme os dois novos demonstrativos elaborados e denominados: 1) Demonstrativo: Multa - Nota fiscal de entrada tributada não lançada - 2º Demonstrativo Analítico e 2) Demonstrativo: Multa - Nota fiscal de entrada não tributada não lançada - 2º Demonstrativo Analítico, fls. 138 e 139, e 142 a 181,

Informa que a emissão de documentos fiscais idôneos, efetuada por empresas igualmente idôneas e, tendo sido as referidas NF-e validadas e canceladas eletronicamente pelos Estados membros, goza de presunção relativa de veracidade, “*juris tantum*”, ou seja, presumem-se verdadeiras até prova em contrário, e que por isso mesmo, as notas fiscais que fundamentam o Auto de Infração têm força de prova e se prestam por si sós a comprovar a infração.

No que diz respeito à alegação de que muitas dessas notas fiscais teriam sido canceladas, ela também não procede. Primeiro, porque o Contribuinte, se soubesse da existência de notas fiscais canceladas que estivessem dando suporte ao nosso trabalho, deveria tê-las relacionado e apresentado provas de suas alegações, e não o fez. Segundo, porque todas as notas fiscais eletrônicas canceladas submetem-se obrigatoriamente a cancelamento também por meio por meio eletrônico, fato que teria gerado arquivos de cancelamento de NF-e. Assevera que todos esses arquivos de NF-e canceladas foram apresentados ao Contribuinte no CD entregue, e fazem parte desse processo. Destaca que teve o cuidado de excluir da apuração todas as notas fiscais eletrônicas canceladas e relacionou apenas aquelas que não possuem arquivo de cancelamento.

Frisa que sobre a argumentação de não ter recebido as mercadorias, não tem como sustentá-la, pois as NF-e de entrada são provas robustas, suficientes e em abundância de que as mercadorias entraram no estabelecimento.

Diz que também não procede a alegação de que alguns fornecedores emitiram Notas Fiscais de venda e respectivas Notas de Devolução. Primeiro, porque o impugnante alegou, mas não provou ou, ao menos indicou ou relacionou quais seriam essas operações. Segundo, porque a emissão de nota fiscal de devolução não isenta o contribuinte de registrar o documento fiscal de entrada no livro de Registro de Entradas.

Quanto ao efeito confiscatório da multa sugerida no Auto de Infração, informa que o impugnante insurge-se contra expressa legislação tributária estadual.

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração com base nos novos demonstrativos elaborados e anexados aos autos, fls. 142 a 181, infração 01 - R\$304.940,29 e infração 02 - R\$14.249,13.

Em manifestação acerca da informação fiscal, fls. 186 a 211, o impugnante afirma que o autuante reconheceu que as Notas Fiscais listadas na impugnação foram efetivamente registradas nos seus livros Registro de Entrada. Razão pela qual o trabalho fiscal acertadamente promoveu a exclusão de todas estas notas de seus demonstrativos analíticos.

Observa que no tocante às notas fiscais remanescentes, estas também não de ser excluídas do demonstrativo analítico, pois conforme exposto na impugnação, todas as notas que não tiveram escrituração referem-se a mercadorias que não entraram no estabelecimento.

Assinala que, ao elaborar a autuação, o autuante esclarece que as infrações nº 01 e 02 foram caracterizadas por meio do exame de Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) emitidas por terceiros, notadamente seus clientes ou fornecedores.

Diz que as supostas ocorrências verificadas entre 31/01/2011 a 31/03/2012 foram enquadradas no art. 322 do RICMS-BA/97, enquanto que as supostas ocorrências compreendidas entre 30/04/2012 e 31/12/2012 foram fundamentadas nos artigos 217 e 247 do RICMS-BA/97, dispõem a respeito de

normas para a escrituração de entradas no livro Registro de Entradas. Ocorre que em momento algum descumpriu os dispositivos legais mencionados.

Depois de repisar todas as alegações articuladas na defesa, ressalta que apenas por meio da presente Autuação foi possibilitado à Requerente ter ciência a respeito da existência das referidas Notas Fiscais emitidas com seus dados, bem como a consulta de seu conteúdo através das Chaves de NF-e informadas pelo trabalho fiscal.

Reafirma, em relação às notas fiscais canceladas pelo emitente e listadas indevidamente no demonstrativo analítico, que após ser intimada a respeito desta autuação, consultou cada um destes documentos a fim de verificar a natureza das operações, situação atual e demais dados constantes das notas fiscais.

Informa que, ao contrário do que alega o autuante, as Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) que foram canceladas pelos seus emitentes não foram excluídas de seu demonstrativo analítico.

Afirma que um volume expressivo de NF-e apresentadas pelo autuante se referem a notas que foram emitidas com seus dados e imediatamente canceladas pelos próprios emitentes. Assevera que ao realizar a consulta das Chaves de NF-e no *site* da Nota Fiscal Eletrônica da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, obtém-se a informação de que as seguintes notas fiscais (doc.01) , fls. 212 a 447, contidas no demonstrativo denominado *Multa – Nota fiscal de entrada tributada não lançada - Demonstrativo Analítico* foram canceladas pelo emitente, relacionadas às fls. 188 a 19. Continua sustentando que do mesmo modo tem-se que as seguintes NF-e (doc. 02), fls. 448 a 576, listadas no demonstrativo *Multa – Nota fiscal de entrada não tributada não lançada – Demonstrativo Analítico* foram canceladas pelos seus emitentes, razão pela qual devem ser excluídas da presente autuação, relacionadas às fls. 195 a 198.

Menciona que, conforme demonstram as anexas NF-e, a situação atual de todas elas é *Cancelada*, e que, ao serem listados os eventos da NF-e consta a sua autorização de uso, com o respectivo nº de protocolo e em sequência há a informação de que a nota foi cancelada pelo próprio emitente. Observa que no *site* da Nota Fiscal Eletrônica da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia é possível consultar o número de protocolo de cancelamento de cada uma das NF-e, que traz informações específicas a respeito deste evento além de conter expressamente a autorização de cancelamento pela Sefaz-BA em todos os casos.

Destaca que o Ato COTEPE ICMS nº 33/2008, estabelecia as condições para que o emitente solicitasse o cancelamento de NF-e à época dos fatos ocorridos até 31/12/2011. A partir de 01/01/2012 passou a vigor o Ato COTEPE nº 35/2010, que alterou o prazo de cancelamento da NF-e de 168 horas para 24 horas. Esclarece que a norma que trata da possibilidade de cancelamento da NF-e é expressa ao determinar que esta apenas poderá ser cancelada caso ainda não tenha ocorrido o fato gerador do ICMS, logo não pode ter sido realizada a saída da mercadoria do estabelecimento do emitente.

Observa que, tendo em vista o cancelamento das notas fiscais listadas, tem-se que sequer houve a saída das respectivas mercadorias dos estabelecimentos de origem. Afirma que, sem que tenha sido promovida a saída destas mercadorias, não há a circulação delas e as respectivas entradas em seu estabelecimento, razão pela qual é necessário que estas NF-e sejam excluídas do 2º Demonstrativo Analítico elaborado pelo autuante.

Quanto às demais notas fiscais mantidas no 2º demonstrativo analítico, assevera que, conforme demonstrado na impugnação, diante da ausência de recebimento das mercadorias e dos documentos, não há o que se falar na existência de entradas em seu estabelecimento sem a respectiva escrituração em seus livros.

Diz relacionar às fls. 200 a 207, algumas das NF-e sujeitas a tributação que tratam de devoluções de mercadorias, ou seja, bens que não entraram fisicamente no seu estabelecimento. Acrescenta relatando que, do mesmo modo, apresenta relação de NF-e referentes a operações não tributáveis, envolvendo devolução de mercadorias, fls. 205 a 207.

Sustenta que, tendo em vista que as supostas entradas de mercadorias sujeitas a tributação e não tributáveis apontadas pelo trabalho fiscal não ocorreram em momento algum, não existem Notas Fiscais de mercadorias que efetivamente entraram em seu estabelecimento e que não foram escrituradas.

Revela que todas as Notas Fiscais listadas neste item referem-se a operações cujas mercadorias não entraram fisicamente em seu estabelecimento, de modo que as respectivas NF-e corretamente não foram escrituradas no livro Registro de Entradas. Arremata frisando que as próprias empresas que promoveram as saídas das mercadorias encarregaram-se de emitir as Notas Fiscais necessárias para a anulação destas operações.

Ressalta mais uma vez que apenas teve seus dados apostos como destinatária dos documentos, sem que houvesse tomado conhecimento da existência destas notas fiscais em momento anterior ao recebimento desta intimação. Prossegue esclarecendo que da mesma maneira corretamente não realizou escrituração em seu livro Registro de Entradas das demais notas fiscais relativas a remessas e outras operações a respeito das quais não houve entrada de mercadorias em seu estabelecimento.

Sustenta que as infrações nº 01 e 02 devem ser canceladas em virtude dos demonstrativos elaborados pelo autuante apontarem notas fiscais emitidas por seus fornecedores e clientes sem que houvesse a correspondente entrada física e contábil das mercadorias em seu estabelecimento.

Em relação às multas indicadas no Auto de Infração, repisa os mesmos argumentos aduzidos em sede de defesa, asseverando ser imperioso que sejam julgadas nulas as multas aplicadas, em razão do seu caráter evidentemente confiscatório.

Conclui reiterando o pedido constante de sua impugnação, requerendo especificamente o acolhimento da presente manifestação, para o seu total provimento a fim que sejam julgadas improcedentes as infrações nº 01 e 02, pois as notas fiscais mantidas no 2º Demonstrativo Analítico não foram escrituradas visto que se referem a mercadorias que não entraram em seu estabelecimento e que apenas teve conhecimento das Notas Fiscais ao receber a intimação relativa à presente autuação.

O autuante ao prestar informação, fl. 579, acerca da manifestação do impugnante acerca do rol de notas fiscais eletrônicas que teriam sido devidamente canceladas pelos emitentes, esclarece que no levantamento fiscal foram consideradas todas as autorizações de cancelamento de notas fiscais eletrônica geradas pelas Fazendas Públicas.

Conclui mantendo todos os termos da informação fiscal e pugnando pela manutenção integral do Auto de Infração com base nos novos demonstrativos elaborados e anexados na informação fiscal anteriormente prestada.

VOTO

O presente lançamento exige crédito tributário em decorrência de duas infrações atinentes ao descumprimento de obrigações acessórias por ter o sujeito passivo dado entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal em mercadoria sujeita a tributação - infração 01 e não tributável - infração 02.

Em sede de defesa, o defendente sustentou a improcedência da autuação identificando algumas notas fiscais que foram indevidamente incluídas no levantamento fiscal e que se encontram regularmente escrituradas em seu livro Registro de Entradas - LRE, fls. 68 a 70, infração 01, e fl. 72 infração 02, colacionando aos autos, inclusive cópias do seu LRE. Alegou também que as demais notas fiscais arroladas no levantamento fiscal não ingressaram em seu estabelecimento, eis que, parte delas foram canceladas pelos emitentes dentro do prazo estabelecido pelos Atos COTEPE ICMS nºs 33/08 e 35/10, discriminando as notas fiscais canceladas às fls. 188 a 194 - infração 01 e às fls. 195 a 198 - infração 02, e colacionando as respectivas cópias às fls. 212 a 576, e o restante das notas fiscais tratam de devoluções de compra e de vendas que também não

ingressaram em seu estabelecimento, cuja discriminação colaciona às fls. 200 a 205, - infração 01 e às fls. 205 a 207 - infração 02.

O autuante ao prestar informação fiscal manteve parcialmente a autuação acolhendo, tão-somente, a comprovação carreada aos autos pelo defendente relativas às notas fiscais que restaram comprovadamente escrituradas em seu LRE, elaborou novos demonstrativos de débito, fls. 142 a 181, reduzindo a exigência fiscal para R\$304.940,29, - infração 01 e R\$14.249,13, infração 01.

Quanto ao argumento defensivo de que parte das notas fiscais foram canceladas, o autuante sustentou que todas as notas fiscais eletrônicas quando cancelada submetem-se obrigatoriamente a cancelamento também por meio eletrônico, fato esse que implica geração pelo sistema de arquivo de cancelamento de Nfe. Afirmou que os arquivos de Nfe canceladas foram entregues ao contribuinte em mídia CD e que excluiu do levantamento todas as notas fiscais eletrônicas canceladas, mantendo apenas aquelas que não possuem arquivo de cancelamento. Assegurou também que a Nfe de Entrada é prova robusta e suficiente para comprovar a entrada de mercadorias no estabelecimento.

No tocante a alegação de que alguns fornecedores emitiram Notas Fiscais de Vendas e as respectivas Notas Fiscais de Devolução, o autuante não acatou argumento aduzindo que o defendente não provou e nem indicou ou relacionou quais teriam sido essas operações, asseverando ainda que a Nota Fiscal de Devolução não isenta o contribuinte do devido registro dessas operações no LRE.

Ao compulsar esses elementos que embasam a autuação verifico que o autuante laborou de forma acertada ao excluir do levantamento fiscal as notas fiscais, consoante comprovação por meio das cópias do LRE carreadas aos autos pelo defendente. No entanto, ao examinar as cópias das notas fiscais colacionadas às fls. 212 a 576, constato que todas elas constam no campo “Situação Atual” a informação de que foram canceladas pelo emitente e dentro do prazo para cancelamento estatuído pelo Ato COTEPE que disciplina a matéria. Portanto, significa dizer que as mercadorias discriminadas nas respectivas Nfes foram efetivamente canceladas pelo emitente. Logo, não deve prosperar o argumento do autuante de que é necessário que seja gerado um arquivo de notas fiscais eletrônicas para que reste comprovado o cancelamento da Nfe. Entendo que a “Situação Atual” da Nfe, constante no ambiente de autorização, deve prevalecer, e essa comprovação fática consta dos autos, relativamente às notas fiscais canceladas. Nesses termos, devem ser excluídas da autuação, ou seja, do novo demonstrativo elaborado pelo autuante e acostado às fls. 142 a 181.

Depois de examinar os elementos que compõem a alegação do autuado de que as notas fiscais de devolução de compras e de vendas discriminadas em sua manifestação, fls. 200 a 205 - infração 01 e fls. 205 a 207 - infração 02, devem ser excluídas da exigência fiscal por não terem ingressado em seu estabelecimento, constato que não deve prosperar.

O defendente, além de discriminar as notas fiscais com a indicação da devolução (de venda ou de compra) ocorrida aduziu que todas as notas fiscais listadas neste item referem-se a operações, cujas mercadorias não entraram fisicamente em seu estabelecimento, de modo que as respectivas NF-e corretamente não foram escrituradas no livro Registro de Entradas, sustentando que “as próprias empresas emitentes que promoveram as saídas das mercadorias encarregaram-se de emitir as Notas Fiscais necessárias para a anulação destas operações.”, fl. 208.

Ora, se ocorrera, como afirmou o autuado sem a devida comprovação, a emissão de um documento fiscal com seus dados cadastrais que não correspondia a uma efetiva operação, caberia ao emitente cancelar a nota fiscal correspondente, e não a emissão de uma nota fiscal de devolução, que somente é cabível após ter sido promovida a saída das mercadorias do estabelecimento emissor.

Nesses termos, entendo serem insuficientes as alegações defensivas para elidir a acusação fiscal no tocante às notas fiscais constantes da planilha apresentada pelo autuado, fls. 200 a 205 - infração 01 e fls. 205 a 207 - infração 02.

Logo, como admitido pelo próprio autuado que sustentou, equivocadamente, a desnecessidade de escrituração por não terem as mercadorias ingressadas em seu estabelecimento, deve remanescer a exigência fiscal atinente às aludidas notas fiscais de devolução, por restar devidamente comprovada nos autos a não escrituração em seus livros fiscais.

Portanto, concluo pela caracterização parcial da infração 01 com a aplicação da multa no valor de R\$42.013,39, decorrente da incidência do percentual de 10% sobre o valor comercial das mercadorias devolvidas não escrituradas, listadas às fls. 200 a 205, conforme demonstrativo abaixo.

INFRAÇÃO 01								
Data Ocor.	Base de Cálculo	Multa	Valor Devido		Data Ocor.	Base de Cálculo	Multa	Valor Devido
31/01/2011	2.509,40	10%	250,94		31/01/2012	9.707,65	10%	970,77
28/02/2011	16.667,63	10%	1.666,76		28/02/2012	25.499,69	10%	2.549,97
31/03/2011	68.629,64	10%	6.862,96		31/03/2011	3.355,39	10%	335,54
30/04/2011	9.748,09	10%	974,81		30/04/2012	6.665,87	10%	666,59
31/05/2011	888,00	10%	88,80		31/05/2012	11.216,07	10%	1.121,61
30/06/2011	902,87	10%	90,29		30/06/2012	13.527,12	10%	1.352,71
31/07/2011	2.273,91	10%	227,39		31/07/2012	16.460,56	10%	1.646,06
31/08/2011	54.860,14	10%	5.486,01		31/08/2012	17.396,43	10%	1.739,64
30/09/2011	3.862,10	10%	386,21		30/09/2012	1.970,96	10%	197,10
31/10/2011	57.665,01	10%	5.766,50		31/10/2012	1.426,57	10%	142,66
30/11/2011	6.528,40	10%	652,84		30/11/2012	16.331,43	10%	1.633,14
31/12/2011	65.719,75	10%	6.571,98		31/12/2012	6.320,18	10%	632,02
SUB TOTAL - 2011			29.025,49		SUB TOTAL - 2012			12.987,81
TOTAL DA INFRAÇÃO - 42.013,30								

Com relação à infração 02 com a aplicação da multa no valor de R\$1.847,00, decorrente da incidência do percentual de 1% sobre o valor comercial das mercadorias devolvidas não escrituradas, consoante discriminação explicitada no demonstrativo de débito a seguir apresentado.

INFRAÇÃO 02								
Data Ocor.	Base de Cálculo	Multa	Valor Devido		Data Ocor.	Base de Cálculo	Multa	Valor Devido
31/01/2011	1.370,00	1%	13,70		31/01/2012	7.677,99	1%	76,78
28/02/2011	261,03	1%	2,61		28/02/2012	6.185,64	1%	61,86
31/03/2011	0,00	1%	0,00		31/03/2012	6.972,11	1%	69,72
30/04/2011	0,00	1%	0,00		30/04/2012	2.895,89	1%	28,96
31/05/2011	1.096,00	1%	10,96		31/05/2012	703,16	1%	7,03
30/06/2011	132,01	1%	1,32		30/06/2012	8.299,30	1%	82,99
31/07/2011	3.587,21	1%	35,87		31/07/2012	45.999,87	1%	460,00
31/08/2011	12.149,85	1%	121,50		31/08/2012	4.447,32	1%	44,47
30/09/2011	0,00	1%	0,00		30/09/2012	11.320,47	1%	113,20
31/10/2011	855,40	1%	8,55		31/10/2012	13.434,78	1%	134,35
30/11/2011	13.155,04	1%	131,55		30/11/2012	16.823,19	1%	168,23
31/12/2011	6.339,13	1%	63,39		31/12/2012	20.995,77	1%	209,96
SUB TOTAL - 2011			389,45		SUB TOTAL - 2012			1.457,55
TOTAL DA INFRAÇÃO - 1.847,00								

Em relação ao alegado caráter confiscatório da multa indicada no Auto de Infração e prevista na legislação estadual, observo ser essa questão atinente a matéria que não pode ser apreciada por este Conselho de Fazenda, pois à instância administrativa não é conferida esta competência, conforme regra estabelecida no art. 167, inciso I do RPAF-BA/99.

Quanto ao pedido do impugnante para que as intimações relativas ao presente feito sejam efetuadas exclusivamente em nome de Paulo Francisco Maia de Resende Lara, inscrito na OAB/SP sob o nº. 250.257 e Denise Castro Batista, inscrita na OAB/SP sob o nº 303.412, ambos com escritório sito na Avenida Brasil, nº 471, São Paulo-SP, CEP 01431-000, ressalto que nada obsta o atendimento de seu pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado, contudo, que o não atendimento da solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF-BA/99.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **276468.0302/13-3**, lavrado contra **ETERNIT S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$43.860,30**, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios de acordo com o estabelecido pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXNDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA