

PROCESSO	- A. I. Nº 210728.0042/13-7
RECORRENTE	- XITO S INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (XITO'S SALGADOS)-ME
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0193-02/14
ORIGEM	- INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET	- 25/02/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0014-11/15

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Comprovado que parte das operações refere-se a notas fiscais de saídas emitidas pelo autuado, tendo o próprio estabelecimento como destinatário, por tratar-se de brindes, nos termos do artigo 565, incisos II e III, do RICMS/BA/97. Imputação parcialmente elidida. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/03/2013 em razão de duas irregularidades, ambas objeto do pleito recursal:

INFRAÇÃO 1: Deu entrada, no estabelecimento, de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a abril e junho a dezembro de 2010, e de janeiro a dezembro de 2011. Multa no percentual de 10% equivalendo ao valor histórico de R\$64.234,31.

INFRAÇÃO 2: Deu entrada, no estabelecimento, de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de julho a setembro de 2010, janeiro a março e junho a dezembro de 2011. Multa no percentual de 1% equivalendo ao valor histórico de R\$ 515,77.

O Fisco acostou documentos às fls. 07 a 160, que consistem em:

- Termo de Intimação para Apresentação de livros Registro de Entradas, Diário, Razão, livro Caixa 2007-2010, Notas Fiscais de Saídas de todos os modelos, inclusive NF-e, DAES, DMA PGDAS/DASN/DAS e extratos mensais, e preenchimento de arquivo fornecido pela Secretaria da Fazenda e Documentos Fiscais (fl. 07);
- Termo de Arrecadação e respectivo Comprovante de Devolução de livro Registro de Entradas, livros Diário e Razão, e Notas Fiscais de Saídas de 2010 e 2011 (fl. 08);
- Demonstrativo de levantamento fiscal relativo às Infrações 01 e 02, indicando respectivamente os percentuais de 10% e de 1% de multa, para os meses do exercício de 2010 que são objeto das imputações, discriminando número das notas fiscais, data de emissão, base de cálculo, percentual de multa, valor monetário da multa, Unidade da Federação na qual localizado o fornecedor, CNPJ do fornecedor, constando recibo de entrega do demonstrativo ao autuado na data de ciência do Auto de Infração (fls. 09 a 15);
- Relatório emitido pelo sistema informatizado da Gerência de Trânsito - GETRA/SEFAZ, intitulado “NFENG – Consulta NF – Relação de notas 2010 – Informações protegidas por sigilo fiscal”, discriminando notas fiscais destinadas ao autuado no período de janeiro a

dezembro/2010 (fls. 16 a 24); Relatório “NFENG – Consulta NF – Relação de notas 2011 – Informações protegidas por sigilo fiscal”, discriminando notas fiscais destinadas ao autuado no período de janeiro a dezembro/2011 (fls. 25 a 35), estando em ambos os Relatórios discriminados CNPJ, Inscrição Estadual e Unidade da Federação dos emitentes, data de emissão, valor, ICMS, BC ICMS, Chave de Acesso da NF-e, data e hora da digitação/autorização da NF-e, constando recibo de entrega destes demonstrativos ao autuado na data de ciência do Auto de Infração;

- Cópia do livro Registro de Entrada dos meses de janeiro a dezembro de 2010 – volume 03, com páginas numeradas de 000001 a 000058, contendo Termo de Abertura datado de 01/01/2010 e Termo de Encerramento datado de 31/12/2010, assinados pela Sócia-Administradora (fls. 101 a 158 dos autos);
- Cópia do livro Registro de Entrada dos meses de janeiro a dezembro de 2011 – volume 04, com páginas numeradas de 000001 a 000065, contendo Termo de Abertura datado de 01/01/2011 e Termo de Encerramento datado de 31/12/2011, assinados pela Sócia-Administradora (fls. 36 a 100 dos autos);
- Procuração (fl. 159) outorgada pela empresa ao Advogado e Técnico em Contabilidade (fl. 160) que consta como signatário nos recibos de ciência do Auto de Infração e das cópias dos demonstrativos fiscais. Na Procuração consta que esta confere ao Outorgado o poder de receber Auto de Infração, dentre outras atribuições junto a esta SEFAZ/BA.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às folhas 163 a 175, acostando às fls. 171 a 176 cópias de dois Termos de Intimação para apresentação de livros e documentos fisco-contábeis, inclusive livro Registro de Entradas; cópia de dois Termos de Arrecadação destes livros e documentos fisco-contábeis e respectivos Termos de Devolução; mídia CD contendo um arquivo digital do texto da impugnação e um de Procuração.

A autuante prestou informação fiscal às folhas 178 a 179 contestando as alegações impugnatórias e mantendo a autuação.

À folha 183, a 4^a JJF deliberou por baixar o presente processo em diligência, solicitando que a INFRAZ de origem enviasse o PAF à autuante para que fossem anexadas cópias dos documentos fiscais que deram origem às infrações 01 e 02.

Às folhas 184 a 554 (volumes I e II), a autuante cumpriu a diligência solicitada.

Cientificado e tendo recebido cópia de toda a documentação juntada aos autos (fl. 556), o contribuinte pronunciou-se às fls. 558 a 574 reiterando suas alegações anteriores.

Às folhas 576 a 577 a autuante produziu segunda informação fiscal contestando os argumentos do contribuinte, mantendo a autuação integralmente e informando que as notas fiscais que correspondem às planilhas fiscais das folhas 09 a 15 do processo estão anexadas às folhas 185 a 554, conforme solicitado pela Junta de Julgamento Fiscal.

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0193-02/14, às fls. 582 a 589. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

O autuado argüi, em sede de preliminar, a nulidade do presente lançamento ao fundamento de cerceamento do direito de defesa. Tal vício estaria associado, segundo a impugnante, a vários fatores, quais sejam, ao fato de a autuante ter condicionado o recebimento das notas fiscais de saída à apresentação de planilha eletrônica, bem como ao fato de que não houve a devolução das notas fiscais de entrada. Outro fator alegado foi a negativa de recebimento, por parte da autuante, do Livro Registro de Entradas escruturado. Passo a enfrentar tais alegações.

Quanto à alegação de que a autuante condicionou o recebimento das notas fiscais de saída à apresentação de planilha eletrônica, noto, pelo relato feito pela próprio autuado, que, a despeito da alegada recusa, os documentos fiscais citados foram entregues no dia 01/03/2013, conforme consta de trecho da peça defensiva, à folha 164, abaixo reproduzido.

“No dia 01 de março de 2013, o procurador da impugnante encontrou com a autuante e fez a entrega do

respectivo arquivo magnético e as notas fiscais de saídas de 2010 e 2011, conforme combinado.

Assim, a conduta da autuante não trouxe prejuízos ao contribuinte, que, inclusive logrou êxito na entrega das notas fiscais.

Quanto à negativa de recebimento, por parte da autoridade fiscal, do Livro Registro de Entradas escriturado, o exame das provas acostadas ao processo leva-nos a concluir que o livro fiscal citado foi arrecadado pela autoridade fiscal, a qual providenciou a anexação de cópia de suas páginas às folhas 101 a 158. A recusa referida está associada à escrita atinente aos meses de janeiro a março de 2010, cujas páginas soltas foram reimpressas após o início da ação fiscal, com a inclusão dos lançamentos então inexistentes, conforme se pode deduzir da data atual impressa no cabeçalho das folhas 565 a 573.

Assim, entendo que a conduta do fisco pautou-se pela legalidade, uma vez a correção da infração após o início da ação fiscal não obstar o lançamento.

A falta de devolução das notas fiscais de entrada, alegada pela defesa, traduz-se, sem dúvida, como uma irregularidade perpetrada pela autuante já que é dever seu devolver, ao final da auditoria, todos os livros e documentos pertencentes à empresa fiscalizada. O cumprimento da diligência acabou, porém, por suprir a omissão da fiscalização, ao acostar cópias de todos os documentos listados pela auditoria.

Quanto às demais questões preliminares, constato que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido as multas e suas respectivas bases de cálculo evidenciadas de acordo com o demonstrativo de débito (folhas 09 a 15). Houve, igualmente, indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos. Afasto, assim, as argüições de nulidade suscitadas, inclusive a relativa à diligência por não vislumbrar justa causa para tal.

No mérito, a impugnante nega a prática da conduta que lhe foi atribuída, chegando a afirmar que houve correção espontânea da infração, o que caracterizaria um atraso na escrituração, mas nunca a falta de lançamento das notas fiscais apontadas, conforme trechos da sua defesa, abaixo transcritos.

“... a impugnante a contrário senso, declara que efetuou o registro de todas as notas fiscais. Informa que, nos meses de janeiro a março de 2010, a escrituração fiscal foi realizada por uma empresa de contabilidade, enquanto que a partir de abril de 2010 a dezembro de 2011 foi escriturada por outro escritório contábil.

...
Impende mencionar que, caso os ilustres julgadores considerem lícita a autuação, mesmo assim, não merece prosperar, porque, mesmo que não tenha ocorrido o lançamento das notas fiscais de compras no livro registro de entradas, todas as Notas Fiscais de entradas foram devidamente apresentadas e entregues a eminente fiscal para a sua fiscalização e, nesse diapasão, vale destacar o instituto da denúncia espontânea, pela qual, na forma como se encontra disposta no art. 138 do CTN, constitui-se em instrumento de exclusão da responsabilidade em função do cometimento de alguma espécie de ilícito tributário administrativo.

...
Em verdade, a autuação deveria tomar como base, a falta ou atraso na escrituração fiscal, conforme dispõe o art. 915, XV, “d” do RICMS/97, Decreto 6284/97, o que ensejaria em uma multa de R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), pelo descumprimento da obrigação acessória. (grifos acrescidos)”

O exame do Livro Registro de Entradas (folhas 36 a 158) é revelador de que houve, efetivamente, falta de registro dos documentos fiscais de entrada, pois as páginas relativas aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2010 encontram-se sem movimento, conforme pode ser comprovado por consulta às folhas 102 a 104 do presente processo.

Ademais, não há registro de lançamento dos documentos fiscais consignados no levantamento de débito (folhas 09 a 15) nas folhas relativas aos demais meses do ano. A infração se encontra, portanto, caracterizada.

A correção da escrita fiscal somente é cabível antes de iniciada a ação fiscal, após o que, o lançamento dos documentos fiscais de entrada não tem o condão de obstar a multa. Por isso, não tem cabimento falar-se em denúncia espontânea, como pretende o autuado.

Quanto à alegação de que os produtos descritos na infração 01 se referem a mercadorias não tributáveis, o exame dos documentos fiscais acostados ao processo pela diligência (folhas 185 a 554) não corrobora a tese de defesa, pois se tratam de operações tributáveis, nas quais houve, inclusive, o destaque do imposto. As evidências apontam, portanto, em sentido diverso daquele indicado pela defesa. Tenho por procedente a infração 01.

Relativamente à infração 02, a impugnante alega que as notas fiscais objetos da autuação referem-se a documentos emitidos pela próprio autuado, relativos a brindes, cujo destino foi o próprio estabelecimento emitente. Tal argumentação não ilide, contudo, a autuação, pois tal característica não desobriga o emitente de promover o seu registro. Entendo, por isso, que a infração 02 também se encontra caracterizada.

Observo, contudo, que a multa cabível é de 10% sobre o valor comercial das mercadorias, pois as operações com brindes enquadram-se na categoria de “tributáveis”. Represento à autoridade competente com vistas ao

lançamento dos outros 9%, restantes.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa, não há evidências de que a conduta infratora tenha se pautado por ausência de má-fé, requisito indispensável à aplicação da norma contida no art. 159 do RPAF, cujo texto vai reproduzido a seguir.

“Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado (grifos acrescidos) que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.”

Assim, considerando que a dúvida não favorece o autuado, na aplicação da norma em comento, denego o pedido de redução ou cancelamento da multa.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE o Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 600 a 607 (volume II), inicialmente alegando que teria juntado ao PAF a documentação necessária a lastrear sua insurgência; descreveu fatos do processo aduzindo que “*quanto a devolução, que restou pendente a devolução das notas fiscais de entradas do período de 2010 e de 2011*” e em sua impugnação afirmara que o seu livro registro de entradas dos meses de janeiro, fevereiro e março de 2010 teria sido escriturado por outra empresa de contabilidade, e que apresentado este livro “*em separado*” ao Fisco, este não o recebeu.

Repete a alegação originária quanto a que se houve notas fiscais não escrituradas, isto não teria ensejado falta de pagamento de tributo, o que, diz, teria sido comprovado pelo Fisco pelo fato de este não ter autuado a empresa por falta de cumprimento de obrigação principal. Que a JJF não atendeu o seu pleito de cancelamento da multa por descumprimento de obrigação tributária acessória.

Que o Fisco teria confessado ter entregado o Auto de Infração e demais documentos a “*preposto*” sem competência para tal ato, porque esse não seria representante legal da empresa, e que este Conselho e a “*justiça comum*” não reconheceriam o Contador como representante legal para ciência do Auto de Infração. Que “*as notas fiscais de entradas, entregues a autuante, até a presente data não foram devolvidas o recorrente.*”

Discorre sobre o direito constitucional de garantia à ampla defesa e ao contraditório, diz que o Fisco teria baseado a autuação em “*peças emitidas pela internet denominadas de “arquivos xml,”*”; que a autuação e a informação fiscal estariam baseadas em “*elementos equivocados*”; que as notas fiscais do período de janeiro a março de 2010 estariam escrituradas e que “*as mesmas foram juntadas aos autos, porém, o recorrente deixou de juntas os termos de abertura e de encerramento, o que o faz agora nesta oportunidade, para fazer valer o princípio da verdade material(...).*”

Afirma que apesar de o Relator, em seu voto proferido no Acórdão objeto do Recurso, ter dito que os registros fiscais foram realizados após “*epigrafado na inicial deste Recurso, os lançamentos constantes no Livro de Registro de Entradas de Janeiro a Março de 2010 não foram lançados após o inicio da ação fiscal. Aquela data impressa no cabeçalho das folhas 565 a 573, Eminentas Julgadoras, representa a data em que o livro foi impresso ou reimpresso.*”

Prosegue expondo que tendo já apresentando o seu livro, o reapresenta em sede de Recurso, juntamente com os termos de abertura e encerramento.

Que quanto a “*demais*” notas fiscais supostamente não escrituradas no seu livro Registro de Entradas, estas referir-se-iam a operações sem incidência de tributos, e que estes seriam produtos para o uso, consumo ou brindes, a exemplo de aquisição de gás, gasolina, óleo diesel, fardamentos e brindes, e a sua omissão de escrituração no livro Registro de Entradas não teria implicado falta de recolhimento de tributo.

Diz que o Fisco, ao atender a diligência solicitada pela JJF, anexou “*arquivos de *XML*”, e não notas fiscais, e que tais “*arquivos*” não serviriam como prova.

Que em razão de o Fisco não ter devolvido as notas fiscais de entradas da empresa, e também não as juntou aos autos, teria havido “*equivoco do indeferimento da impugnação.*”

Alega que o Relator de primeira instância entendeu que falta de devolução das notas fiscais de entrada seria uma irregularidade perpetrada pela autuante, porém alegara que o cumprimento da diligência acabou por suprir a omissão da fiscalização, ao acostar cópias de todos os documentos listados pela auditoria, mas que este posicionamento não poderia prosperar, diante da garantia constitucional do direito ao contraditório e à ampla defesa. Que se houve juntada de documento novo aos autos, é dever da Administração oportunizar a ele, autuado, o direito ao contraditório, sob pena de invalidação dos seus próprios atos.

Diz que ele, autuado, revendo a relação das notas fiscais ditas como não lançadas, percebe que muitas delas, talvez noventa por cento, seriam notas fiscais emitidas por ele, recorrente, em seu *"favor"*, tendo sido registradas no livro Registro de Saídas conforme previsto no artigo 565 do RICMS/BA/97. Que trata-se da remessa de brindes que eram disponibilizados para seus consumidores, sem custo para os seus clientes, sendo uma forma de atrair consumidores.

Que a mesma sistemática foi consagrada no RICMS/BA/2012, conforme previsto em seus art. 388 e seguintes e não haveria que se falar em omissão propriamente dita.

Que quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa, o Relator determinou que não há evidências quanto a que a conduta infratora tenha pautado por ausência de má-fé, e que a dúvida não favorece o autuado. Discorre a respeito, e fala no princípio da presunção da inocência, citando texto de jurista. Afirma que teria agido de boa-fé, sem dolo, fraude, ou simulação, e ainda sem falta de recolhimento de tributo, e que a multa imposta pelo descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida, ou cancelada, por este Conselho, sendo o que pede, por justiça.

Cita ser empresa optante pelo Simples Nacional e que, desse modo, suas operações estão acobertadas pela simplificação prevista na LC 123/2006, *"o que descaracteriza o simples destaque do imposto nos documentos fiscais, o que pode ocorrer simplesmente por questões formais."*

Afirma que pelo que expôs a autuação não mereceria prosperar porque, mesmo que não tenham ocorrido alguns registros de compras no livro registro de entradas, seria imperioso referendar a sua boa-fé porque levou a conhecimento do Fisco e teria entregue todas as suas Notas Fiscais de compras de mercadorias do período de 2010 e 2011, inclusive as de janeiro a março de 2010.

Em seguida aduz que a autuação foi pautada no artigo 322 do RICMS/BA/97 e este dispositivo foi revogado pelo RICMS/BA/2012, pelo que deveria ser aplicada a norma posterior aos fatos que favoreça a empresa autuado. Cita o artigo 106, II, e alíneas, do CTN.

O contribuinte afirma *"em nome do princípio da legalidade, da boa-fé, da verdade material e da equidade, constatada a ausência de dolo, fraude ou simulação, bem como comprovado está, que não houve falta de recolhimento de tributos, o fundamento mais justo para a autuação seria aquele que tem como base, a falta ou atraso na escrituração fiscal, conforme dispõe o art. 915, XV, "d" do RICMS/97, Decreto nº 6.284/97. O que ensejaria em uma multa menor pelo descumprimento da obrigação acessória."*

Aduz que se não acolhido este seu pleito, então, pede seja aplicado o teor do artigo 158 do RPAF/99.

O recorrente pede que seu Recurso seja aceito e recebido; pugna pela juntada, aos autos, da cópia do registro de entradas do período de janeiro a março de 2010, juntamente com os relatórios de abertura e encerramento; requer o reconhecimento quanto a que teria havido ação ilícita e ilegal da autuante, com a anulação da autuação; outrossim, caso o julgamento seja pela legalidade da autuação, que seja cancelada, ou reduzida, a multa, sob o fundamento trazido pelo artigo 158 do RPAF/99, observando o *"princípio da equidade"*, tendo em vista *"a ignorância com relação a interpretação da legislação"*.

Conclui aduzindo que demonstrada a verdade material e a boa-fé da impugnante, solicita o deferimento do Recurso.

O contribuinte juntou, às fls. 610 a 620, cópia de documento que intitula de *"REGISTRO DE ENTRADA NÚMERO DE ORDEM 001"* com Termos de Abertura e de Encerramento assinados e

datados de 01/03/2010, respectivamente às fls. 610 e 620, e data de impressão das folhas intituladas como “*LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS (RE) – MODELO P1*” com os dados de escrita fiscal do período de janeiro/2010 a março/2010 em 05/11/2014 às 10 horas e 33 minutos (fls. 611 a 619). E mídia CD à fl. 621 contendo arquivo com o texto do Recurso interposto. Às fls. 626 a 629 juntou nova Procuração e mídia CD contendo arquivos relativos a esta nova Procuração.

Não houve emissão de Parecer técnico-jurídico da PGE/PROFIS em razão de não ter sido atingido o limite estabelecido no item 3 da alínea “b” do inciso III do artigo 136 do RPAF/99.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1^a Instância.

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas na data da cientificação a lavratura do Auto de Infração e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo.

Ressalto que embora o contribuinte afirme que teria entregado ao Fisco notas fiscais de entradas, e estas não lhe teriam sido devolvidas, esta afirmação colide frontalmente com o conteúdo do Termo de Arrecadação acostado pelo Fisco à fl. 08, conforme consta esmiuçadamente exposto no Relatório que antecede este meu voto. Não foi arrecadada qualquer nota fiscal de entradas, na ação fiscal em análise.

Em verdade, a teor da documentação dos autos deste processo, o contribuinte sequer foi intimado (fl. 07) a apresentar tais notas fiscais de entradas.

Também em verdade, foi o Fisco que entregou ao contribuinte os dois Relatórios emitidos pelo sistema informatizado desta SEFAZ, constantes às fls. 16 a 35, nos quais consta a listagem das notas fiscais de entradas, que são Notas Fiscais eletrônicas – NFes, enviadas ao autuado por seus fornecedores nos exercícios de 2010 e de 2011, conforme recibos que o contribuinte assina na mesma data de ciência do Auto de Infração. Em verdade ainda, trata-se de notas fiscais eletrônicas, por conseguinte o contribuinte tem acesso às mesmas por via eletrônica, utilizando a sua chave de acesso, pelo que se porventura houvesse o Fisco arrecadado tais notas fiscais de entradas na ação fiscal objeto da lide – que comprovadamente não arrecadou – a falta de sua devolução ao contribuinte não implicaria qualquer cerceamento de direito de ampla defesa, ou de contraditório.

Assinalo que embora em sede de instrução a Junta de Julgamento Fiscal tenha solicitado a juntada de cópia das notas fiscais objeto da exação aos autos (fl. 183, volume I), esta medida, embora em nada tenha prejudicado o contribuinte, mostra-se dispensável na situação objeto da lide, vez que os demonstrativos que lastreiam a imputação são relativos a notas fiscais eletrônicas, tendo sido completamente discriminadas para o contribuinte, pelo Fisco, as chaves de acesso de tais notas fiscais, com as quais o contribuinte pode, a qualquer tempo, examinar todos os dados de tais documentos, bastando para tanto que assim o decida. Por conseguinte, para efeito de defesa do contribuinte, anexar tais cópias ao processo foi irrelevante para o deslinde da questão porém, por outro lado, oportunizou ao autuado novo prazo para manifestação, e facilitou o acesso ao teor da documentação fiscal para efeito de análise por este Contencioso Administrativo.

Observo que a alegação do contribuinte quanto a que o Fisco não teria atendido de forma eficaz a solicitação de diligência porque teria anexado “arquivos” aos autos, não encontra guarida na razoabilidade, porque em se tratando de Nota Fiscal eletrônica - NFe, apenas pode ser impresso, como o foi pelo Fisco, o Documento Auxiliar da Nota Fiscal eletrônica – DANFe, posto que a nota fiscal, em si, é exatamente um arquivo eletrônico, ou seja, algo que por sua natureza nunca poderá ser impresso, embora possa gerar um demonstrativo que, este, pode ser impresso, como foi providenciado pelo Fisco.

Ressalto que o contribuinte nunca afirmou, nos autos deste processo, que não teria recebido as mercadorias objeto das notas fiscais objeto da exação, mesmo de posse dos mencionados relatórios que discriminam os dados de tais documentos fiscais.

Porém, pontuo, pertencentes ao autuado o livro registro de Entradas, volumes 03 e 04, respectivamente relativos aos exercícios de 2010 e de 2011, estes foram de fato arrecadados pelo Fisco, e devolvidos, conforme o recibo assinado pelo contribuinte.

Em relação ao Procurador do contribuinte que assinou o Auto de Infração, o recibo de devolução de toda a documentação arrecadada para a realização da ação fiscal, bem como também assinou todos os demonstrativos fiscais e Relatórios que lhe foram entregues pelo Fisco nada data da ciência do Auto de Infração, observo que a mesma Sócia-Administradora que assina o livro Registro de Entradas é uma das dois signatários da Procuração que outorga poderes ao mencionado signatário da ciência do Auto de Infração. Na Procuração de fl. 169 dos autos conta, expressamente, o poder para receber Auto de Infração em nome do contribuinte.

Portanto, ainda que o profissional de Contabilidade, e Advogado, a quem foi outorgado o poder de representar a empresa autuado junto a esta SEFAZ, nos limites da multicitada Procuração, não fosse, ou não seja, empregado da empresa, a Procuração o qualifica de forma explícita para receber o Auto de Infração e para praticar os atos de representação do contribuinte junto a esta Secretaria da Fazenda/BA, além de conferir-lhe de forma ampla diversos outros poderes para representação administrativa do contribuinte também em outras esferas de atuação.

Por conseguinte, resta rejeitada a arguição de nulidade do Auto de Infração.

No mérito, em parte merece reparo a Decisão recorrida, especificamente quanto à infração 1.

Trata-se de acusação de falta de escrituração de notas fiscais de entradas, e não de notas fiscais de saídas, pelo que correto e suficiente o enquadramento normativo citado no Auto de Infração.

Impossível aplicar o teor do artigo 106 do CTN ao caso concreto, posto que o caso concreto não se subsume a qualquer das hipóteses ali consignadas. A rigor, carece de base fática, jurídica, lógica e razoabilidade tal pedido do contribuinte.

Quanto às listagens que o contribuinte anexa posteriormente à sua impugnação originária ao lançamento de ofício, e denomina de impressões de seu livro Registro de Entradas, observo que as cópias impressas e anexadas após a autuação, pelo contribuinte, trazem dados divergentes do livro Registro de Entradas, volumes 03 e 04, apresentados ao Fisco pelo contribuinte no curso da ação fiscal, o que denota alteração da escrita fiscal, pelo contribuinte que, com tal modificação irregular em sua escrita tenta elidir a acusação de falta de registro de notas fiscais em seu livro Registro de Entradas.

Estas reimpressões modificando dados da escrita fiscal apenas comprovam o acerto do procedimento fiscal ao exigir do contribuinte a apresentação do livro Fiscal e anexar aos autos cópia deste livro, para assim comprovar a falta de escrituração dos documentos que são o alvo da autuação.

Observo que a norma relativa à obrigatoriedade da escrituração do livro Registro de Entradas existia à época de ocorrência dos fatos geradores objeto da exação, e continua existindo hoje, a despeito de modificação do texto normativo que aprova o Regulamento do ICMS da Bahia:

RICMS/BA/97:

Art. 322. O livro Registro de Entradas, modelos 1 e 1-A (Anexos 38 e 39), destina-se à escrituração (Conv.

SINIEF de 15/12/70, Conv. SINIEF 06/89 e Ajustes SINIEF 1/80, 1/82 e 16/89):

I - das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento;

Porém compulsando os autos, em específico o demonstrativo do levantamento fiscal às fls. 09 a 15, as Relações de Notas Fiscais eletrônicas de fls. 16 a 24, e as cópias de DANFes acostados às fls. 185 e seguintes, constato, em relação exclusivamente à imputação 01, que parte das notas fiscais objeto da exação foi, de fato, emitida pelo contribuinte nos termos do artigo 565, inciso II, do RICMS/BA/97 e, assim, cabia ao ora autuado a sua escrituração no livro Registro de Saídas, e não no livro Registro de Entradas, pelo que em relação a estes documentos fiscais não prospera a autuação, que refere-se a escrituração no livro Registro de Entradas, e não no livro Registro de Saídas. Assim prevê o artigo 565 do RICMS/BA/97, citado pelo contribuinte em seu apelo recursal, ao tratar da escrituração de notas fiscais relativas a brindes:

RICMS/BA/97:

Da Distribuição de Brindes por Conta Própria

Art. 565. O contribuinte que adquirir brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final deverá:

I - lançar a Nota Fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas, com direito a crédito do imposto destacado no documento fiscal;

II - emitir, no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento, Nota Fiscal com lançamento do imposto, incluindo no valor da mercadoria adquirida o IPI eventualmente lançado pelo fornecedor e fazendo constar, no local destinado à indicação do destinatário, os mesmos dados do emitente da nota fiscal, bem como a seguinte expressão no corpo do documento fiscal: "Emitida nos termos do art. 565 do RICMS-BA";

III - lançar a Nota Fiscal referida no inciso anterior no Registro de Saídas, na forma regulamentar.

(...)

(destaques nossos)

Esta inclusão indevida de notas fiscais de saídas emitidas nos termos do inciso II do artigo 565 do RICMS/BA/97 ocorre apenas em relação à imputação 01.

Tais documentos fiscais, incluídos indevidamente no levantamento fiscal de fls. 09 a 15, nos meses de junho a outubro/2010, e nos meses de janeiro a abril, junho a setembro, e novembro/2011, são as Notas Fiscais de nºs 983, 984, 1154, 1227, 1385, 1648, 1731, 1868, 1868, 2421, 2422, 2423, 2719, 2720, 2728, 3508, 4170, 4171, 4172, 4173, 4174, 4251, 4252, 4253, 4589, 4979, 4980, 4981, 5450, 5958, 5959, 5960, 5961, 6370, 6771, 6789, 6800, 6850, 6916, 6917, 6918, 7450 e 7821 (fls. 290 e seguintes). As outras notas fiscais objeto da exação não foram emitidas pelo ora autuado para si mesmo, e sim emitidas pelos fornecedores com inscrições estaduais diversas, situados nesta e em outras Unidades da Federação, conforme demonstrativos do levantamento fiscal acostados às fls. 09 a 16, e Relatórios de fls. 16 a 24, pelo que nos demais meses mantém-se incólume a autuação.

Ressalto, quanto à NF-e nº 6370, emitida em 08/08/2011, cuja cópia de DANFe foi acostada pelo Fisco às fls. 438 e 439, e consta na relação de notas fiscais emitida pelo sistema informatizado da GETRA/SEFAZ, que embora no levantamento fiscal, à fl. 13 do autos deste processo, esteja indicado outro fornecedor como emitente, e não o contribuinte ora autuado, em verdade trata-se de nota fiscal eletrônica emitida pelo contribuinte nos mesmos moldes das demais listadas para efeito de exclusão do levantamento fiscal, conforme dados relativos a emitente, destinatário, e natureza da operação, no mencionado documento fiscal.

Por outro lado, observo que o contribuinte, enquanto optante pelo regime denominado Simples Nacional, encontra-se obrigado à escrituração do livro Registro de Entradas, conforme artigo 26, §4º, da Lei Complementar nº 123/2006 c/c artigo 61, III, da Resolução nº 94 do Comitê Gestor do Simples Nacional, não subsistindo sua alegação em contrário.

Pelo exposto, a imputação 1 resta parcialmente procedente no valor de R\$51.107,26, conforme tabela que elaboro a seguir:

INFRAÇÃO 1	
DATA OCORRÊNCIA	MULTA
31/01/2010	9.303,70
28/02/2010	9.222,14

31/03/2010	4.253,48
30/04/2010	316,96
30/06/2010	161,04
31/07/2010	695,63
31/08/2010	829,06
30/09/2010	845,87
30/10/2010	3.569,94
30/11/2010	10.462,54
31/12/2010	206,98
31/01/2011	1.112,30
28/02/2011	971,52
31/03/2011	379,51
30/04/2011	1.638,91
31/05/2011	1.570,32
30/06/2011	0,00
31/07/2011	251,98
31/08/2011	1.709,17
30/09/2011	139,29
30/10/2011	15,23
30/11/2011	584,41
31/12/2011	2.867,28
TOTAL	51.107,26

Quanto ao pedido para redução, ou cancelamento, a multa aplicada, observo que a prática infracional compõe à aplicação da multa prevista na legislação. A dispensa, ou redução, de imposição de penalidade que se encontra prevista no §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, exige do sujeito passivo a comprovação de que as infrações teriam sido praticadas sem dolo, fraude, ou simulação, e que não houvessem implicado falta de recolhimento do ICMS.

Portanto, da conduta infracional decorre a aplicação da multa, e nos termos do §2º do artigo 40 da mesma Lei está previsto que independe, tal sanção, da comprovação da ocorrência de dolo.

Contudo, para que ocorra a dispensa da aplicação de multa é que se faz necessária a comprovação da falta de dolo. Pontuo que o fato de a cobrança de imposto não ter sido realizada neste Auto de Infração não prova que inexiste descumprimento de obrigação principal.

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida, julgando assim PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, no valor histórico total de R\$51.623,03.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 210728.0042/13-7, lavrado contra **XITO S INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (XITO'S SALGADOS)-ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$51.623,03**, previstas no art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS