

A. I. N° - 055862.0040/13-4
AUTUADO - DERALDINO DOS SANTOS MELO - ME
AUTUANTE - EREMITO GONÇALVES DE ROMA
ORIGEM - INFAC JACOBINA
INTERNET - 10.02.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0019-05/15

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Razões de defesa não elidem a autuação. Refeitos os cálculos da multa, extraíndo do demonstrativo as notas fiscais com tributação encerrada, em que a multa aplicada, por falta de registro no livro fiscal, é de 1%. Recomendado a renovação do procedimento fiscal, na forma do art. 156 do RPAF, para cobrança do valor da multa aplicada de 1% (art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96) sobre as notas fiscais eletrônicas relacionadas às mercadorias com fase de tributação encerradas na forma do demonstrativo de fls. 278-279. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 28/06/2013, foi atribuído ao sujeito passivo o cometimento de irregularidade concernente à legislação do ICMS de ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Foi elaborado o demonstrativo de mercadorias tributadas não escrituradas no livro registro de entradas dos anos de 2008, 2009, 2010, 2011 e 2012 (fls. 08-24) e entregues ao contribuinte via postal, através do Correio, por meio de AVIS CN07, mediante recibo à fl. 26 dos autos.

Multa lançada de R\$49.905,58 corresponde a 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal, conforme previsto no art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 30 a 35, com documentos anexos, acostados aos autos, salientando que a exigência fiscal é nula nos termos que passo a expor.

Primeiramente diz que o autuante não apresenta qualquer prova que fundamente a ação fiscal, o que argüi o cerceamento do direito de defesa. Diz que o autuante não apresenta as notas fiscais que relacionou em seu demonstrativo denominado “Notas Fiscais Não Registradas no Livro Registro de Entradas”. Aduz que o ilustre autuante imputa à autuada a prática de infração à legislação tributária sem apresentar as provas pertinentes à infração, conforme determina o RPAF, Decreto n.º 7.629/99, em seu artigo 41, II, que o destaca.

Observa que, como o autuante deixou de apresentar provas necessárias à demonstração do fato argüido, não se pode contestar a imputação de infração realizada pelo autuante. Dessa forma, diz que contraria o dispositivo legal supra-referido. Tais documentos são peça fundamental para se comprovar a suposta infração imputada a autuada, ou seja, peça discriminativa das mercadorias que teriam presumivelmente sido adquiridas e comercializadas sem o devido recolhimento.

Tal procedimento, deixando de apresentar os documentos que "supostamente" poderiam comprovar as infrações argüidas pelo digno autuante, diz que o impede de exercer plenamente seu direito de defesa, posto que tão somente se refere as notas fiscais, sem anexá-las e assim possibilitar ao contribuinte impugná-las. Assim, questiona-se: tais notas fiscais relacionadas foram efetivamente destinadas a autuada?

Apresentando outros destaques de ordem processual, associando ao destaque de alguns Acórdãos de Julgamento em 1^a instância deste foro de julgamento, tais como JJF nº 0379/03 e 0012-02/11 de decisões improcedente e nulo, respectivamente, pede deste Egrégio Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF a total nulidade do Auto de Infração em apreço.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 48-49 dos autos, salienta que o autuado argumenta que a ação fiscalizadora não anexou ao PAF às cópias das Notas Fiscais que fundamentaram a infração cometida, que diz respeito a falta de registro na escrita fiscal de mercadorias sujeitas a tributação, por este motivo, não pode se defender do supracitado auto de infração, tendo o seu direito de defesa cerceado.

Diz que, às fls. 08 a 24 do PAF estão identificadas e relacionadas às Notas Fiscais Eletrônicas, nas quais consta a identificação e demais dados do emitente e destinatário, sejam: "CNPJ", "inscrição estadual", "data de emissão", "número da NFe", "unidade da Federação", "valor total da NFe" e o dado mais importante nesse caso "a Chave de acesso a NFe", em que lhe foi entregue cópias juntamente com o auto de infração que está fazendo a contestação, quando do seu comparecimento a INFRAZ/Jacobina por força de AR para tomar ciência do auto de infração.

Conclui, então, afirmando que não houve o cerceamento do direito de defesa questionado pelo contribuinte. Diz que a intenção do defendanté é protelar o pagamento da multa devida.

Às fls 69-78 dos autos, o sujeito passivo apresenta manifestação à Informação Fiscal, onde, em primeiro plano destaca o art. 2º RPAF-BA, aduzindo que se requer, na apreciação dos autos, o aspecto do cerceamento do direito de defesa pela falta de apresentação das provas em que se baseia a imputação da infração.

Diz que, em que pese o ilustre autuante em tentar justificar, que o demonstrativo e a relação de notas fiscais por ele elaborados, substituem as cópias das notas fiscais objeto da imputação, a falta de tais documentos, impede a autuada de se defender. Isto porque sem tais notas fiscais não se pode ter certeza se as mercadorias ali constantes foram pedidas pela autuada. É imperioso de que o ato jurídico administrativo seja devidamente fundamentado, o que implica em que o fisco está obrigado a oferecer prova concludente, qual seja, as notas fiscais de entrada relacionadas em seus demonstrativos.

Volta a destacar Acórdãos de Julgamento em 1^a instância deste foro de julgamento, relativos a decisões improcedentes e nulas, agora associadas a alguns posicionamentos de estudiosos sobre aspectos de nulidade em relação ao suporte fático da imputação do Auto de Infração em apreço, para em seguida pedir que seja julgado nulo por este Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF

Às fls. 82-83 dos autos, o autuante, também, manifesta destacando que em nenhum momento, o defendanté, afirmou que não recebeu as notas fiscais ou as mercadorias, limitou-se apenas a arguir irregularidade formal, para requerer a nulidade do processo.

Diz que foi entregue ao contribuinte, quando da ciência do Auto de Infração, relação das notas fiscais sob exame, contendo a chave de acesso de cada uma delas. Neste sentido, diz que, o autuado ao requerer a nulidade por cerceamento do direito de defesa, pela falta da juntada das notas fiscais, esquece que a Nota Fiscal Eletrônica – Nfe é virtual e o fornecimento da "chave de acesso" lhe possibilita obter todas as informações sobre as mesmas, junto ao Portal da Nota Fiscal Eletrônica, que é de acesso público, não necessitando, sequer, de senhas.

Em sendo assim, entende que descaracteriza plenamente a pretensão de nulidade da autuada, destacando que não houve qualquer cerceamento ao seu direito de defesa, ao tempo que pugna pelo pronto julgamento do processo.

Diante do exposto, considerando que os demonstrativos acostados aos autos às fls. 08 a 24 não são suficientes para comprovar que efetivamente o autuado *deu entrada dessas mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal*, em sessão suplementar do dia 29/03/2013, a 6ª JJF deliberou pela conversão do presente processo em diligência ao Fiscal Autuante para atender a seguinte solicitação:

1. Juntar aos autos cópia das folhas do livro Registro de Entradas, ou no caso do contribuinte estar obrigado à entrega da escrita fiscal em meio magnético, juntar aos autos o arquivo eletrônico na forma de CD, em que se possa demonstrar efetivamente a falta de registro na escrita fiscal das Notas Fiscais Eletrônicas na forma da acusação.

Juntado aos autos cópia das folhas do livro Registro de Entradas, ou no caso do contribuinte estar obrigado à entrega da escrita fiscal em meio magnético, o arquivo eletrônico na forma de CD, que resultou a presente autuação, pelo Fiscal Autuante, conforme acima solicitado, o órgão competente da INFRAZ deve dar ciência ao autuado, mediante intimação, do resultado da nova informação fiscal, com entrega dos documentos acostados aos autos, conforme depreende os termos do § 7º do art. 127 do RPAF/BA, c/c § 1º, do art. 18, do mesmo diploma legal, com a indicação de 30 (trinta) dias para se manifestar, querendo

Após as providências solicitadas, os autos deverão ser devolvidos ao CONSEF para julgamento.

À fls. 87 o Fiscal Autuante faz a juntada ao PAF das cópias dos Livros de Entradas dos anos de 2008, 2009, 2010, 2011 e 2012 à fls. 88-260, com recomendação para dar ciência ao interessado, concedendo-lhe prazo de 30 dias para se pronunciar, querendo, conforme os termos do pedido de diligência acima citado.

Às fls. 264-270 o sujeito passivo oferece manifestação à nova Informação Fiscal, decorrente do pedido de diligência da 6ª JJF, onde preliminarmente parabeniza a Emérita Junta de Julgamento Fiscal, pelo zelo e respeito com que desenvolve os trabalhos fiscalizatórios no sentido de aplicar o direito de forma imparcial, ao atuar em conformidade com princípios constitucionais, quando respeita os direitos do contribuinte assegurados constitucionalmente.

Diz então, que, embora o autuante traga aos autos cópias das folhas do livro de entradas de mercadorias, apenas ratifica o quanto já alegado acima, qual seja, que as diversas notas fiscais relacionadas pela fiscalização não provam a entrada no estabelecimento da autuada, fato que para ser provado, teria que apresentar comprovante de pedido das mercadorias pela autuada, carimbo na nota fiscal de entrada no posto de fronteira da Bahia, destaque do canhoto da nota fiscal, registro da nota fiscal no sistema CFAMT, onde ficam registradas todas as compras da empresa, arquivamento da via da nota fiscal no Dossiê da empresa na SEFAZ, entre outras formas de comprovar que a empresa, efetivamente, adquiriu as mercadorias.

Neste sentido, diz que não basta a mera juntada de cópia de nota fiscal ou mesmo listagens do CFAMT, SINTEGRA, NF-E, etc., tendo como destinatária a autuada, vez que qualquer pessoa mal intencionada poderia adquirir as mercadorias com os dados cadastrais da autuada, fazendo-se passar pela mesma, sem, contudo, esta ter adquirido as mesmas, porque não há qualquer documento que prove a entrada no estabelecimento da autuada, razão porque deve ser declarado o cerceamento do direito de defesa pela falta de apresentação das provas em que se baseia a imputação de infração.

Portanto, sem apresentar qualquer elemento de prova do não cometimento da infração, exceto quanto a traçar novos e ou repetidos comentários sobre a necessidade de apresentar, ainda, outras provas, para comprovar o fato argüido de que teria adquirido mercadorias sem os devidos

registros no livro fiscal competente, o sujeito passivo pede do Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF que declare a total nulidade do Auto de Infração em tela.

Por fim, o Fiscal Autuante, em nova Informação Fiscal às fls. 275-276, diz que a ação fiscal traz aos autos 537 (quinhentos e trinta e sete) cópias de notas fiscais eletrônicas e DANFEs movimentados com regularidades, pelo contribuinte autuado, junto a diversos fornecedores, inclusive fornecedores estabelecidos na própria cidade em que está situada (DIBEC), bem assim no município de Salvador, por exemplo, a companhia fabricante de cigarros Souza Cruz; além de outros fornecedores atacadistas, com concentração muito grande no município de Feira de Santana.

Diz, então, que o Contribuinte Autuado precisa comprovar na sua defesa, quando destaca que não foi ele quem efetuou as compras levantadas na ação fiscal, como pode uma empresa ter usado o nome de sua empresa, com tamanha freqüência, inclusive na cidade em que está estabelecida, sem que tivesse conhecimento!

Associado a essas considerações, diz que, em função do material apenso ao PAF, desenvolveu uma separação dos valores de notas fiscais provenientes dos diversos fornecedores de mercadorias tributadas, das mercadorias com fase de tributação encerrada, gerando novos demonstrativos de débito, com aplicação dos percentuais de multas 10% e 1%, respectivamente, conforme os objetos das mercadorias, na forma dos relatórios às fls. 277 (R\$1.382,53) e 278/279 (R\$4.159,02).

Diz, também, que foram excluídas notas fiscais do demonstrativo original, por não se prestarem ao tipo de levantamento. Em seguida pede para a INFRAZ dar ciência ao Contribuinte Autuados para receber as cópias das notas fiscais, Danfes, e demais demonstrativos que alteraram os valores do auto de infração, dando-lhe 10 (dez) dias para que se pronuncie, querendo.

Às fls. 893 a 895 volta a manifestar nos autos, mantendo sua argüição de nulidade do Auto de Infração em apreço, sem tampouco trazer qualquer elemento que contrapõe a acusação de ter adquirido mercadorias sem os devidos registros no livro fiscal competente, em relação aos novos demonstrativos acostados às fls. 277 a 279 dos autos.

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal esta revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoantes os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Versa a autuação sobre lançamento de multa decorrente de descumprimento de obrigação acessória por falta de registro, no livro de entrada, de mercadorias adquiridas sujeita a tributação, com enquadramento no art. 322, incisos e parágrafos, do RICMS/BA aprovado pelo Decreto 6.284/97, em relação aos exercícios de 2008, 2009, 2010, 2011 e 2012 até o mês de março; e nos arts. 217 e 247 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto 13.780/12, quanto aos demais meses de 2012; porém todo o período com multa aplicada na forma do art. 42, inciso IX, da lei nº 7.014/96.

Alega o sujeito passivo, que, embora o autuante traga aos autos cópias das folhas do livro de entradas de mercadorias, em que não se vê qualquer registro das notas fiscais relacionadas no demonstrativo de débito da autuação, apenas ratifica o quanto já alegado até então, qual seja, que as diversas notas fiscais relacionadas pela fiscalização não provam a entrada no estabelecimento da autuada, fato que para ser provado, teria que apresentar comprovante de pedido das mercadorias pela autuada, carimbo na nota fiscal de entrada no posto de fronteira da Bahia, destaque do canhoto da nota fiscal, registro da nota fiscal no sistema CFAMT, entre outras formas de registro, para confirmar que a empresa, efetivamente, adquiriu as mercadorias.

Diz, portanto, sem apresentar qualquer elemento de prova do não cometimento da infração, que não basta a mera juntada de cópia de nota fiscal ou mesmo listagens do CFAMT, SINTEGRA, NF-E,

etc., tendo como destinatário o sujeito passivo, vez que qualquer pessoa mal intencionada poderia adquirir as mercadorias com seus dados cadastrais, fazendo-se passar pelo mesmo, sem, contudo, este ter adquirido as mercadorias relacionadas no demonstrativo de débito da autuação.

Por sua vez, o Fiscal Autuante, em sede de informação fiscal (fls. 275-276), diz que a ação fiscal traz aos autos 537 (quinquzentos e trinta e sete) cópias de notas fiscais eletrônicas e DANFEs movimentados com regularidades, pelo contribuinte autuado, junto a diversos fornecedores, inclusive fornecedores estabelecidos na própria cidade (Jacobina), em que está situada o sujeito passivo; bem assim, por conta de solicitação de diligencia expedida pela 6ª JJF, em sessão suplementar do dia 29/03/2013 (fl. 85), faz a juntada ao PAF, das cópias dos livros de entradas do sujeito passivo (fls. 88-260), onde de fato comprova a não escrituração de nenhuma das notas fiscais relacionadas no demonstrativo de débito da autuação, objeto em análise.

Acrescenta ainda, o Fiscal Autuante, que o sujeito passivo precisa comprovar na sua defesa, que não adquiriu as mercadorias relacionadas no demonstrativo de débito acostado às fls. 8-24 dos autos, elemento motivador do Auto de Infração em tela. Neste contexto, cabe destacar os termos do art. 322, incisos I e II, do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, conforme a seguir:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Quanto ao fato constitutivo do lançamento fiscal (art. 333, I), o Fiscal Aututante acosta aos autos a relação das notas fiscais eletrônicas (fls. 8-24), com a juntada dos seus espelhos (fls. 356-889), em que se comprova que o destinatário das mercadorias de fato é o sujeito passivo, onde se vê, com as cópias do livro fiscal de entrada acostados às fls. 88-260, a falta dos registros na sua escrita fiscal.

Entretanto, o que se observa do sujeito passivo, de alegação defensiva (art. 333, II), sem apresentar qualquer elemento de prova, é que não basta a mera juntada de cópia de nota fiscal ou mesmo listagens do CFAMT, SINTEGRA, NF-E, etc., tendo ele como destinatário, vez que, à luz do seu entendimento, qualquer pessoa mal intencionada poderia adquirir as mercadorias com os dados cadastrais da autuada.

Nesse aspecto registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação da autuação, devendo os termos da defesa ser acompanhada das provas que o autuado tiver, inclusive levantamento e documentos, referente à sua alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no artigo 143, do mesmo regulamento.

Saliento que, a multa estabelecida na norma para ocorrência da citada infração, está posta no art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96, que a seguir transcrevo:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

IX - 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Considero, portanto, assertivo a exigência fiscal, objeto em análise, com a alteração do valor constante do demonstrativo de débito original de R\$49.905,58 (fls.4-6) para o valor de R\$1.382,53 (fl.277), pela assunção de erro cometido pelo Fiscal Autuante, quando da constituição do lançamento fiscal, em inserir, equivocadamente, no demonstrativo de débito da autuação, notas fiscais eletrônicas relacionadas a mercadorias com fase de tributação encerrada, em que a multa devida é de 1% (art. 42, inciso XI) e não tão somente notas fiscais de mercadorias tributadas, na forma da acusação fiscal, onde a multa é de 10% (art. 42, inciso IX), como bem destaca o autuante em sede de informação fiscal às fls. 275-276 dos autos.

Por outro lado, em relação ao novo demonstrativo (fl. 278-279), elaborado pelo Fiscal Autuante, em sede de informação fiscal, correspondente ao valor de R\$4.159,02, que diz respeito à multa aplicada de 1% (art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96) sobre as notas fiscais eletrônicas relacionadas às mercadorias com fase de tributação encerradas, expurgadas do demonstrativo de débito original da infração (fls. 4-6), em que pese não haver um agravamento do Auto de Infração, há de se observar que há a necessidade de lavratura de outro Auto de Infração por mudança de fulcro da autuação.

Com base no art. 156, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), represento à autoridade fazendária competente no sentido verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, para cobrança do valor da multa aplicada de 1% (art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96) sobre as notas fiscais eletrônicas relacionadas às mercadorias com fase de tributação encerradas na forma do demonstrativo de fls. 278-279.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela no valor de R\$1.382,53.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **055862.0040/13-4**, lavrado contra **DERALDINO DOS SANTOS MELO- ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$1.382,53**, previstas no art. 42, incisos IX , da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de janeiro de 2015

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR