

A. I. N° - 279196.3004/16-5
AUTUADO - AULIK INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTES - RICARDO TABCHOURY DE BARROS SANTOS e JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 25/10/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0190-03/17

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada. Exclusões de notas fiscais do levantamento fiscal, feitas pelos autuantes em sede de informação fiscal, reduz o valor originalmente lançado. Infrações parcialmente caracterizadas. Não acatado pedido de nulidade. Indeferido realização de diligência. Negado pedido de redução ou cancelamento das multas aplicadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 14/12/2016, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$105.507,20, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

Infração 1 – 16.01.01 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2014, sendo aplicada multa de 1% do valor de cada nota fiscal não escriturada, totalizando R\$83.805,03;

Infração 2. - 16.01.02. - deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2011, a dezembro de 2014, sendo aplicada multa de 1% do valor de cada nota fiscal não escriturada, totalizando R\$21.702,17.

O autuado, através de advogado, procuração fls.214/215, impugna o lançamento às fls.218/233. Contesta a autuação dizendo da tempestividade da sua defesa administrativa. Repete as irregularidades que lhe foram imputadas. Requer sejam os atos processuais de comunicação dirigidos, também, ao patrono do Sujeito Passivo (e-mail: fabio@mblaw.com.br), signatário da presente, através de mensagem eletrônica e carta registrada com Aviso de Recebimento para o endereço indicado no rodapé da petição, sob pena de nulidade, por manifesto cerceamento ao direito de defesa do contribuinte. Reproduz o enquadramento legal.

Afirma que pelo que se extrai dos comandos normativos, as sanções impostas em desfavor do Contribuinte exigem, para a sua incidência, que sejam comprovados dois fatos distintos a saber: a) a efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento; e b) a falta de escrituração dessa entrada de mercadorias, nos livros fiscais próprios. Em se tratando de operação com mercadorias não tributadas ou com fase de tributação encerrada, exige-se ainda que tais mercadorias tenham sido adquiridas pelo Sujeito Passivo.

No caso concreto, as acusações fiscais encontram-se embasadas, exclusivamente em notas fiscais eletrônicas informadas pelos emitentes ao Fisco, por intermédio de arquivos igualmente eletrônicos, não tendo sido apresentada, pela autoridade fiscalizadora, qualquer prova da efetiva aquisição das mercadorias, muito menos do seu ingresso no estabelecimento autuado.

Em casos que tais, diz que o Conselho de Contribuintes da Bahia já firmou o entendimento de que a exigência fiscal é nula de pleno direito, consoante se observa dos precedentes, a seguir reproduzidos: *Acórdão C/JF N° 0214-13/13*, *Acórdão C/JF N° 0255-12/11*, *Acórdão C/JF N° 0274-12/11*, *Acórdão C/JF N° 0270-12/11*.

Registra que a prova a respeito da aquisição e do efetivo ingresso das mercadorias concerne à materialidade da própria conduta infracional atribuída ao Sujeito Passivo, daí porque seu ônus é do Fisco, consoante estabelece o art. 41, II, do RPAF/99. Sem tais provas, as exigências são nulas de pleno direito, por insegurança quanto à ocorrência do ilícito, conforme previsão normativa do art. 18, IV, "a", também do RPAF/99.

Entende que o Fisco não pode presumir, a partir da simples emissão de notas fiscais constando o Contribuinte como destinatário, que este efetivamente adquiriu e recebeu as mercadorias tratadas na autuação, primeiro porque inexistente lei estabelecendo tal presunção, o que é essencial de acordo com as regras básicas do direito tributário; e depois, porque são do conhecimento de todos as inúmeras fraudes que vem sendo praticadas por estelionatários e sonegadores de impostos, no sentido de formular aquisições utilizando-se indevidamente dos dados cadastrais de terceiros.

Nesse contexto, diz que os documentos que instruem a autuação não demonstram a aquisição das mercadorias por parte do Contribuinte e muito menos a posterior circulação e ingresso dessas mesmas mercadorias em seu estabelecimento. Afirma ser forçoso reconhecer que não há elementos probatórios suficientes a caracterizar, com segurança, o ilícito tributário em foco, pelo que deve ser decretada a nulidade deste Auto de Infração, com esteio no art. 18, IV, "a", do RPAF/99.

Diz ser oportuno registrar logo de início, que a empresa Autuada não reconhece as operações materializadas por boa parte das notas fiscais tratadas neste Auto de Infração. A despeito de inúmeras pesquisas, afirma que não localizou o registro da maior parte das operações (pedido, recebimento etc.), cabendo, assim, ao Fisco Estadual, adotar as providências pertinentes no sentido de instar os remetentes a apresentar as provas que demonstrem a efetiva entrega das mercadorias.

Em reforço à necessidade de o Fisco promover as diligências necessárias à elucidação dos fatos, chama a atenção para a existência de diversas notas fiscais emitidas pela empresa Hermes S.A. (outras saídas e operações de devolução de compra para comercialização). Aduz que a estranheza se dá, porque o Grupo Econômico Hermes S.A. está, já há alguns anos, enfrentando processo de recuperação judicial, não se sabendo ao certo o motivo pelo qual se deu a emissão de tantas notas fiscais em nome da Autuada. Relaciona as referidas notas fiscais.

Nesse contexto, assevera que compete ao Fisco, no exercício legal de suas prerrogativas e poderes, exigir a apresentação dos documentos necessários à demonstração das operações em questão, sob pena de restar confirmada a nulidade da exigência por absoluta ausência de lastro probatório, já arguida em preliminar ou, subsidiariamente, decretar a improcedência da autuação sob o mesmo fundamento. A par disso, há questões que tocam especificamente a cada uma das infrações que passam a ser abordadas a seguir.

No item 01, acusa-se o Sujeito Passivo de dar entrada no estabelecimento de mercadoria, bem ou serviço sujeito a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Observa numa primeira análise dos documentos listados pela fiscalização, que alguns documentos fiscais foram cancelados pelo próprio emitente, não se podendo exigir, portanto, que a Autuada tivesse feito o registro do ingresso das respectivas mercadorias. Relaciona as referidas notas fiscais. Além disso, afirma que há diversos documentos fiscais que, ao contrário do informado pela fiscalização, foram efetivamente registrados pela empresa Autuada. Relaciona os citados documentos.

Frisa que as penalidades relativas a tais notas fiscais devem ser excluídas do lançamento, reservando-se a Autuada o direito de apresentar outras informações/elementos probatórios posteriormente, dado o grande número de notas fiscais envolvidas na autuação.

Observa que foram incluídas na exigência de multa por falta de registro de notas fiscais na Infração 01, operações com os seguintes CFOP: (a) 5.202 - Devolução de compra para comercialização; (b) 5.411 - Devolução de compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária; (b) 5.910 - Remessa em bonificação, doação ou brinde; (c) 5.911 - Remessa de amostra grátis; (d) 5.915 - Remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo; (e) 6.202 - Devolução de compra para comercialização; (f) 6.209 - Devolução de mercadoria recebida em transferência para comercialização; (g) 6.910 - Remessa em bonificação, doação ou brinde; (h) 6.913 - Retorno de mercadoria ou bem recebido para demonstração; e (j) 6.915 - Remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo.

Comenta que essas operações são desoneradas, havendo o destaque do imposto em algumas delas apenas para fins de anulação do crédito de quem adquiriu os produtos. Conclui que as operações indicadas não podem ser consideradas como sujeitas à tributação, devendo, portanto, ser excluídas dessa infração 01, conforme planilha que anexa (planilha gravada em CD - Rom).

Sobre a infração 02, diz que por aquisição compreende-se a operação de compra e venda propriamente dita, o que exclui as hipóteses de remessa de mercadoria a título diverso. Sucede que, no Auto de Infração ora defendido, a maior parte das notas fiscais cujo ingresso teria deixado de ser registrado pela Autuada referem-se a operações que não retratam aquisições realizadas pela empresa e, assim, não podem ser alvo da penalidade aplicada. Relaciona as diversas operações com CFOP (que não se referem a operações de vendas de mercadorias/serviços tributados pelo ICMS): (a) 5.202 - Devolução de compra para comercialização; (b) 5.411 - Devolução de compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária; (c) 5.554 - Remessa de bem do ativo imobilizado para uso fora do estabelecimento; (d) 5.603 - Ressarcimento de ICMS retido por substituição tributária; (e) 5.906 - Retorno de mercadoria depositada em depósito fechado ou armazém geral; (f) 5.915 - Remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo; (g) 5.922 - Lançamento efetuado a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura; (h) 5.927 - Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração; (i) 5.929 - Lançamento efetuado em decorrência de emissão de documento fiscal relativo a operação ou prestação também registrada em equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF; (j) 5.933 - Prestação de serviço tributado pelo ISSQN; 5.949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado; (k) 6.202 - Devolução de compra para comercialização; (m) 6.411 - Devolução de compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária; (n) 6.657 - Remessa de combustível ou lubrificante adquirido ou recebido de terceiros para venda fora do estabelecimento; (o) 6.603 - Ressarcimento de ICMS retido por substituição tributária; (p) 6.915 - Remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo; (q) 6.916 - Retorno de mercadoria ou bem recebido para conserto ou reparo; (r) 6.920 - Remessa de vasilhame ou sacaria; (s) 6.921 - Devolução de vasilhame ou sacaria; (t) 6.929 - Lançamento efetuado em decorrência de emissão de documento fiscal relativo a operação ou prestação, também registrada em equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF; (u) 6.933 - Prestação de serviço tributado pelo ISSQN; e (v) 6.949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado.

Comenta que no caso dos CFOP 5.603, 5.922, 5.927, 5.929, 5.933, 6.603, 6.929 e 6.933, é ainda mais evidente o equívoco cometido na autuação, porquanto tais operações sequer refletem ingresso de mercadorias ou serviços tributados pelo ICMS no estabelecimento Autuado, muito menos operações de aquisição.

Frisa que é vedada qualquer interpretação extensiva no caso em apreço ou mesmo o uso da analogia *in malam partem*. Na verdade, o CTN, em seu art. 112, estabelece justamente o contrário - que, em havendo dúvida, a interpretação deve ser a mais favorável possível ao contribuinte.

Assinala que como o Autuado não adquiriu as mercadorias objeto deste Auto de Infração, a exigência deve ser julgada improcedente com relação às operações indicadas.

Assevera estar está convicta de que não cometeu o ilícito tributário que lhe está sendo atribuído.

Contudo, em atenção ao princípio da eventualidade, vem requerer a redução ou cancelamento da multa aplicada, nos termos da lei. Invoca o § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, que confere ao sujeito passivo o direito de obter a redução ou o cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória, *"desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto"*.

No caso em apreço, entende ser patente a inexistência de dolo, fraude ou simulação, até mesmo porque a fiscalização jamais atribuiu - muito menos comprovou - ao Sujeito Passivo qualquer conduta de má-fé, que, por regra jurídica elementar, não pode, ser presumida, mas apenas provada.

Quanto ao segundo requisito, encontra-se igualmente comprovado mediante o próprio Auto de Infração, já que o autuante, durante a auditoria, teve amplo acesso aos livros e documentos fiscais do contribuinte e nada lançou a título de imposto relacionado às operações tratadas nesta autuação, tendo sido exigida exclusivamente a multa por falta de registro de notas fiscais de entradas, que, como já demonstrado, não poderá subsistir. Logo, o suposto ilícito tributário cometido pela Autuada, ainda que fosse confirmado, não teria implicado falta de recolhimento de tributo, restando cumprido o segundo requisito para a obtenção da redução ou cancelamento da penalidade.

Por derradeiro, comenta que sempre buscou cumprir com rigor suas obrigações tributárias, nada obstante os elevados custos que essa conduta de regularidade venha a lhe gerar. Assim, mais do que legal, é justa a redução ou cancelamento da penalidade.

Requer a) sejam os atos processuais de intimação dirigidos, também, ao patrono do sujeito passivo, signatário da presente, através de mensagem eletrônica (fabio@mblaw.com.br) e carta registrada com Aviso de Recebimento remetida ao endereço indicado no rodapé, sob pena de nulidade, por manifesto cerceamento ao direito de defesa do contribuinte; b) o acolhimento da preliminar de nulidade da autuação; c) acaso superada a prefacial, no mérito, que sejam acolhidas as razões de defesa, para julgar improcedente este Auto de Infração, ou, sucessivamente, deferir o pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada, nos termos do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96.

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, requerendo, desde já, a realização de diligência, a juntada posterior de documentos e outros que se fizerem necessários no curso deste processo.

Os autuantes prestam a informação fiscal fls. 249/252. Repetem as irregularidades apontadas no auto de infração. Sintetizam os termos da defesa. Dizem que inicialmente, a defendente elenca alguns julgados do CONSEF, mas não de situações semelhantes à que ora se encontra *sub judice*. Transcreve decisões desfavoráveis ao Fisco em casos de apuração via CFAMT, em que o autuante não colacionou as notas fiscais ao processo e pede a nulidade do auto de Infração.

Sobre a Infração 01, dizem que a autuada alega que determinadas notas fiscais não deveriam constar do demonstrativo de débito do auto de infração, na seguinte ordem: - Notas fiscais emitidas pela Sociedade Comercial e Imp. Hermes S/A; - Notas fiscais 5161 e 1991 emitidas por Makro Atacadista S/A, que se encontram canceladas; - 53 notas fiscais presentes em tabela às folhas 225 a 227, que, alega, estariam escrituradas. Requer, ainda, a autuada (final da fl. 227 e início da 228), que as notas fiscais referentes a determinados CFOP que elenca não deveriam constar do demonstrativo de notas sujeitas à tributação, porquanto *"o destaque de imposto em algumas delas"* seria *"apenas para fins de anulação de crédito de quem adquiriu os produtos"*.

Observam nas contrarrazões, acolher parte de tais alegações e retiram valores do demonstrativo original.

Sobre a infração 02, afirmam que a impugnante não apontou qualquer nota fiscal que não devesse constar do demonstrativo. Deteve-se, apenas, a defender que a lei que prevê a multa para os casos de falta de registro de nota fiscal de entrada o faz *“apenas nas hipóteses de operação de Aquisição”*, e expõe seu entendimento de que *“por aquisição compreende-se a operação de compra e venda propriamente dita, o que exclui as hipóteses de remessa de mercadoria a título diversos”*, afirmando que não deveriam constar do demonstrativo, as notas fiscais referentes aos CFOPs que elenca às fls. 229 e 230, porquanto não se referem a *“operações de vendas de mercadorias”*.

Dizem que acolhem a alegação da autuada para retirar do demonstrativo as notas fiscais 5161 e 1991 emitidas por Makro Atacadista S/A, porquanto, de fato, encontram-se canceladas. Como ambas datam do mês de janeiro de 2011, entendem os autuantes, que a base de cálculo da multa do referido mês deve ser reduzida no montante de $R\$249,17 + R\$224,34 = R\$473,51$, passando dos originais R\$31.441,65 para R\$30.968,14. Da mesma forma, a multa relativa ao mês de janeiro de 2011 deverá ser reduzida de $R\$2,49 + R\$2,24 = R\$4,73$, passando dos originais R\$314,42 para R\$309,69.

Quanto à alegação de que a Sociedade Comercial Imp. Hermes S/A *“está, há alguns anos, enfrentando processo de recuperação judicial”*, não veem os autuantes razão para retirar do demonstrativo as notas fiscais emitidas pelo grupo. Acrescentam ainda, que tais notas remontam a cinco anos atrasados, sendo apenas uma nota fiscal de quatro anos atrás.

Em relação às 53 notas fiscais presentes em tabela às folhas 225 a 227, a autuada tanto sabe que não as escriturou que sequer foi capaz de indicar em qual linha, de qual arquivo da EFD, estaria cada nota lançada.

Por fim, discordam os autuantes de que determinados CFOP que a autuada elenca não deveriam constar do demonstrativo de notas sujeitas à tributação, porquanto *“o destaque de imposto em algumas delas”* seria *“apenas para fins de anulação de crédito de quem adquiriu os produtos”*.

Pugnam, os Autuantes, pela procedência parcial da infração 01, de modo que a base de cálculo da multa de janeiro de 2011 se reduza de R\$31.441,65 para R\$30.968,14 e que a multa se reduza de R\$314,42 para R\$309,69 no referido mês.

Sobre a Infração 02, especificamente em relação ao demonstrativo de débito, afirmam que a autuada não apontou qualquer nota fiscal que não devesse dele constar.

Registram que discordam da interpretação que faz a autuada da palavra *“aquisição”*, assim como do entendimento de que não deveriam constar do demonstrativo as notas fiscais referentes aos CFOP que elenca às fls. 229 e 230, porquanto não se refeririam a *“operações de vendas de mercadorias”*. Pugnam pela procedência da infração 02.

Afirmam que tendo se manifestado fundamentadamente sobre cada aspecto da defesa, e considerando que esta não traz qualquer substrato capaz de elidir a autuação fiscal ou de apontar, de forma objetiva, qualquer vício no auto de infração, que pudesse ensejar sua nulidade ou improcedência (exceto nos casos em que deram acolhida às alegações da autuada), opinam pela procedência parcial, com alterações de valores da infração 01 relativas unicamente a janeiro de 2011, e com manutenção do demonstrativo de débito original da infração 02.

Considerando que na informação fiscal não foram aduzidos fatos novos, nem foram anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, salvo a redução de débito necessária por acatar parte das alegações da impugnante relativas à Infração 01, sugerem encaminhamento do PAF para o CONSEF.

Ao tomar ciência da informação fiscal o Autuado volta a se manifestar 258/263. Repete as premissas trazidas em sua impugnação inicial. Diz que o Autuante não enfrentou nenhum dos argumentos levantados pelo Sujeito passivo, em sua defesa, na preliminar de nulidade do Auto

de Infração. Afirma que por força do art.140, do RPAF/99, deve ser admitida como verídica a premissa fática da defesa, nesse ponto, no sentido de que o Auto de Infração ressente-se de provas quanto ao efetivo ingresso das mercadorias.

Reitera todos os argumentos defensivos da inicial. Sobre a infração 01 afirma que nesse item, o fiscal acolheu a exclusão das notas fiscais do MAKRO. Contudo, recusou-se a analisar a listagem das notas fiscais que, segundo o Sujeito Passivo, foram devidamente registradas, ao argumento de que não foi indicada em qual linha de qual EFD estaria cada nota lançada.

Assevera que indicou em sua planilha, todos os dados necessários para que fossem feitas as verificações devidas, inclusive a data de entrada das mercadorias; não há, em nenhum dispositivo legal, a obrigação vislumbrada pelo Autuante, como requisito para acatamento de sua tese.

Reafirma o seu pedido de que sejam feitas as verificações devidas a respeito das operações apontadas, uma vez que constam dos registros da empresa como sendo referentes a notas fiscais de entradas efetivamente escrituradas.

No que concerne às operações desoneradas, frisa que o Autuante não impugnou validamente os argumentos defensivos, que ficam reiterados nesta oportunidade.

Sobre a infração 02, afirma que também, a informação fiscal é genérica e não enfrenta o mérito da argumentação defensiva.

Reitera mais uma vez os termos da defesa, requer o acolhimento da preliminar de nulidade da autuação ou, acaso superada a prefacial, no mérito, que sejam acolhidas as razões de defesa, para julgar improcedente este Auto de Infração, ou, sucessivamente, deferir o pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada, nos termos do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96.

Em nova informação fiscal fl.268, os autuantes afirmaram que considerando que na manifestação do autuado não foram aduzidos fatos novos, nem foram anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o PAF deveria ser encaminhado para julgamento.

VOTO

A defesa, em preliminar, suscitou a nulidade do Auto de Infração alegando que as acusações fiscais encontram-se embasadas, exclusivamente, em notas fiscais eletrônicas, não tendo sido apresentada pela autoridade fiscalizadora, qualquer prova da efetiva aquisição das mercadorias, muito menos do seu ingresso no estabelecimento autuado. Afirmou que sem tais provas, as exigências são nulas de pleno direito, por insegurança quanto à ocorrência do ilícito, conforme previsão normativa do RPAF/99. Sobre a matéria cita Decisões do CONSEF.

Não acato esta alegação. É consenso neste CONSEF que as notas fiscais eletrônicas, armazenadas no banco de dados da SEFAZ, sem qualquer restrição feita pelo contribuinte são provas documentais suficientes da realização das operações e de suas aquisições pelo destinatário, pois evidenciam, inequivocamente, a realização das operações mercantis dos produtos entre os fornecedores e o adquirente, salvo provas em contrário, as quais devem ser produzidas pelo contribuinte, no sentido de desconstituir os documentos fiscais existentes nos autos.

Quanto ao argumento do autuado de que não adquiriu as mercadorias e que, possivelmente, teriam utilizado sua inscrição estadual para realizar tais aquisições, os emitentes dos documentos fiscais objeto da autuação podem ser identificados por meio dos DANFES e respectivas chaves de acesso. Concordo com o posicionamento dos autuantes de que se houve utilização indevida de dados cadastrais pelo fornecedor, o destinatário poderia acionar judicialmente este fornecedor para que apresente as provas de que dispõe.

A acusação fiscal está lastreada em documentos fiscais de compras realizadas pela empresa autuada, junto aos seus fornecedores localizados em diverso estados membros da Federação, através de notas fiscais eletrônicas, consignando mercadorias que são da atividade do estabelecimento autuado, devidamente autorizadas pelas Secretarias de Fazenda de origem das

mesmas, conforme respectivas chaves de acesso, códigos de segurança e protocolos de autorização de uso, sendo as mesmas legítimas e idôneas.

Quanto aos Acórdãos deste CONSEF invocados pelo Autuado, considero que eles não se prestam como paradigmas para o caso em lide, pois são referentes a situações específicas de cada processo, sendo diferentes das questões fáticas ora em análise.

Não vislumbro na autuação, qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, que foi exercida plenamente, haja vista que o sujeito passivo demonstrou perfeito conhecimento das infrações, as quais foram fundamentadas em demonstrativos analíticos e documentos fiscais, cujas cópias foram fornecidas ao contribuinte, inexistindo o alegado cerceamento do direito de defesa, por falta de fundamentação legal da autuação. Em verdade, os dispositivos do regulamento considerados infringidos pelo contribuinte foram indicados claramente no Auto de Infração, bem como os dispositivos legais referentes às multas indicadas.

Ademais, a descrição das infrações permite, claramente, identificar do que está sendo acusado o contribuinte, incorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício. Nesse sentido, não acolho a nulidade argüida.

O defendente arguiu a necessidade de realização de diligência para a elucidação dos fatos, considerando a existência no levantamento, de notas fiscais emitidas pela empresa Hermes S.A., considerando que este Grupo estaria em processo de recuperação judicial, não sabendo ao certo, o motivo pelo qual se deu a emissão de tantas notas fiscais em nome da Autuada.

Em relação à solicitação de diligência, cabe de plano, consignar que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, cabendo ao autuado demonstrar suas alegações, sendo inadmissível realização de diligência, quando destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia, simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos. Assim, no presente caso, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem requeridas de ofício para o convencimento dos julgadores. Portanto, fica indeferido o pedido de diligência com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99.

No mérito, a acusação fiscal diz respeito ao Autuado ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação, (infração 01) e não tributáveis (infração 02), sem o devido registro na escrita fiscal.

O defendente alegou que numa primeira análise dos documentos listados pela fiscalização, observou que alguns documentos fiscais foram cancelados pelo próprio emitente, não se podendo exigir que tivesse feito o registro do ingresso das respectivas mercadorias. Além disso, afirmou a existência de diversos documentos fiscais que, ao contrário do informado pela fiscalização foram efetivamente registrados pela empresa.

Em sede de informação fiscal, os Autuantes esclareceram que sobre a Infração 01, o defendente contestou no levantamento fiscal as seguintes notas fiscais: a) emitidas pela Sociedade Comercial e Imp. Hermes S/A; b) notas fiscais 5161 e 1991 emitidas por Makro Atacadista S/A, que se encontram canceladas; c) 53 notas fiscais presentes em tabela às folhas 225 a 227, que estariam escrituradas; d) notas que apenas destacavam o imposto, para fins de anulação do crédito de quem adquiriu os produtos. (final da fl. 227 e início da 228).

Sobre a infração 02, disseram que a impugnante não apontou qualquer nota fiscal que não devesse constar do demonstrativo.

Informaram a acolhida da alegação defensiva para retirar do demonstrativo as notas fiscais 5161 e 1991 emitidas por Makro Atacadista S/A, porquanto de fato, encontram-se canceladas. Sobre as notas fiscais emitidas pela Sociedade Comercial Importadora Hermes S/A, afirmaram que a multa é devida, porquanto o fato da empresa se encontrar em *processo de recuperação judicial*, em nada repercute na obrigação do autuado de escriturar-las.

Em relação às 53 notas fiscais relacionada às folhas 225 a 227, aduziram que a autuada não provou a sua efetiva escrituração na EFD. No que diz respeito a alegação defensiva, de que existiriam notas fiscais que destacavam o imposto, para anular o crédito fiscal de quem adquiriu os produtos, não foram apresentados documentos que comprovassem esta alegação.

O defendente ainda alegou, que foram incluídas na exigência fiscal de multa por falta de registro de notas fiscais da Infração 01, operações com CFOPs que descrevem mercadorias desoneradas do ICMS, que não estão sujeitas à tributação, devendo portanto, serem excluídas da autuação. Na infração 02, insistiu que haveriam notas fiscais que não retratam operações de compra e venda propriamente dita, portanto não seriam aquisições realizadas pela empresa e assim, não poderiam ser alvo da penalidade aplicada.

Examinando as alegações defensivas, observo que estes argumentos não podem prosperar. Ressalto que no presente lançamento de ofício, não se está a exigir o ICMS, portanto descabe se perquirir, se os documentos fiscais arrolados descrevem mercadorias desoneradas do ICMS, que não estão sujeitas à tributação. O crédito tributário aqui discutido, se refere a aplicação de penalidade ao contribuinte por descumprimento de obrigação acessória, ou seja pela falta de escrituração de documentos fiscais.

Observo que não se deve perder de vista, a previsão normativa estampada nos arts. 217 e 247 do RICMS/2012, sobre a obrigatoriedade de escrituração de todos os documentos fiscais de entradas no livro Registro de Entradas do contribuinte.

Sobre a alegação do defendente de que existiriam notas fiscais devidamente escrituradas que não foram analisadas pelos Autuantes, verifico que não foi realizada esta prova.

Compulsando os autos, identifico que o defendente limitou-se a relacionar algumas notas fiscais indicando as datas em que teriam entrado em seu estabelecimento fls.225/227, sem apresentar o livro fiscal (EFD) onde tais notas estariam escrituradas.

Observo ainda, que o defendente alegou fazer parte do levantamento fiscal, notas fiscais consignando prestação de serviços, portanto sujeitas ao ISSQN – imposto de serviços de qualquer natureza. Entretanto, mais uma vez, não traz à luz deste processo os citados documentos fiscais.

Assim, o procedimento adotado pelos Autuantes está amparado nas disposições contidas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, a seguir transcrito, onde se verifica a inexistência de qualquer excepcionalidade ou atenuante para as entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, de mercadorias adquiridas com ou sem tributação, ou ainda com a fase de tributação encerrada.

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

[...]

IX - 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida com tributação, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;

XI - 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;

Em atenção ao princípio da eventualidade, o defendente requereu a redução ou cancelamento da multa aplicada, nos termos do § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Apresentou entendimento que não houve prejuízo ao erário e que não se comprovou nos autos que no seu procedimento teria havido dolo, fraude ou simulação.

Não comungo com a alegação defensiva de que a falta de registro da circulação de mercadorias, por tratar-se em sua maioria de operações sem a incidência do imposto não causaram prejuízo ao erário, tendo em vista que não se pode assegurar de forma inequívoca esta asserção.

Ao preconizar a exigência de registro na escrita fiscal de toda e qualquer entrada no estabelecimento culminando com a sanção através da multa de 1%, entendo que a pretensão da legislação é de se manter o controle de todo o fluxo e movimentação das mercadorias desde o ingresso até as saídas dos estabelecimentos. Portanto, mesmo com relação às mercadorias originalmente ingressadas na empresa, não destinadas à comercialização ou sob a hipótese de não incidência do imposto, não se pode garantir a manutenção dessa situação pelo estabelecimento, sem um controle sistemático de suas entradas e saídas. Ademais, somente a aplicação de um roteiro específico de auditoria para tais operações - movimentação de entradas e saídas de mercadorias - poderia se aquilatar, se a falta de registro das entradas não destinadas à comercialização teria causado, ou não, qualquer prejuízo ao erário estadual. Saliento que o roteiro aplicado na presente ação fiscal destinou-se, tão-somente, à apuração do efetivo registro na escrita fiscal de operações realizadas pelo contribuinte.

Analizando os elementos que compõem o presente PAF, em especial a impugnação e a informação fiscal, acolho as conclusões dos Autuantes, visto que se sustentam nos documentos fiscais apresentados e na EFD do contribuinte e estão em conformidade com a legislação vigente.

Dessa forma, concluo pela procedência parcial da infração 01 que remanesce em R\$83.800,30, ficando a multa aplicada no mês de janeiro de 2011 reduzida de R\$314,42 para R\$309,69. A infração 02 é integralmente procedente.

Quanto ao pedido de que doravante, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam dirigidos, também, ao patrono do Sujeito Passivo (e-mail: fabio@mblaw.com.br), signatário da defesa, através de mensagem eletrônica e carta registrada com Aviso de Recebimento para o endereço indicado no rodapé da petição, registro que não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso II do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável e a forma de intimação e ciência da tramitação de processos ao sujeito passivo se encontra prevista nos artigos 108 e 109 do RPAF/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

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 279196.30004/16-5, lavrado contra **AULIK INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$105.502,47**, previstas no art. 42, incisos IX e XI do citado diploma legal e dos acréscimos moratórios, previstos pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2017.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR