

| | |
|------------|---|
| PROCESSO | - A. I. Nº 279196.3004/16-5 |
| RECORRENTE | - AULIK INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. |
| RECORRIDA | - FAZENDA PÚBLICA ESTDAUAL |
| RECURSO | - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0190-03/17 |
| ORIGEM | - IFEP INDÚSTRIA |
| PUBLICAÇÃO | - INTERNET 10.10.2024 |

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0233-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada. Exclusões de notas fiscais reduziram o valor julgado na instância de origem. Não acatado o pedido de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 0190-03/17 proferido pela 3ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 14/12/2016 no valor histórico de R\$ 105.507,20, abordando as seguintes infrações:

Infração 01 – 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 02 – 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.

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

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 ação 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 diversos 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, inociando 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 arguida.

O defendente arguiu a necessidade de realização de diligencia 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 à 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 escritura-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.

Analiso 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.

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Inicialmente, argui a nulidade da autuação por ausência de provas quanto ao efetivo ingresso das mercadorias por entender que a autuação se embasa exclusivamente em notas fiscais eletrônicas informadas pelos emitentes, sem apresentar qualquer prova da efetiva aquisição das mercadorias e do seu ingresso no estabelecimento, requisitos que considera essenciais para a incidência da sanção.

Sustenta que o CONSEF já firmou entendimento de que a exigência é nula de pleno direito em casos como este, citando os Acórdãos CJF nºs 0214-13/13, 0255-12/11, 0274-12/11 e 0270-12/11. Observa que a prova da aquisição e do respectivo ingresso representam a materialidade da própria conduta infracional, motivo pelo qual seu ônus é do Fisco, pois, sem tais provas as exigências são nulas, por insegurança quanto à ocorrência do ilícito.

Diz que a fiscalização não pode presumir, da simples emissão das notas fiscais constando a recorrente como destinatária que as mercadorias foram adquiridas e recebidas, primeiro por inexistir lei estabelecendo essa presunção e também porque são conhecidas as fraudes praticadas por estelionatários e sonegadores que formulam aquisições utilizando dados cadastrais de terceiros, o que torna evidente que os documentos que instruem a autuação não demonstram a aquisição das mercadorias pela recorrente e muito menos seu ingresso em seu estabelecimento.

No mérito, informa não reconhecer as operações referentes a boa parte das notas tratadas no Auto de Infração, as quais não localizou o registro, a despeito de inúmeras pesquisas, cabendo ao Fisco adotar as providências para exigir dos remetentes as provas que demonstrem a efetiva entrega, chamando a atenção para a existência de diversas notas emitidas pela Hermes S.A., que se encontra há alguns anos em processo de recuperação judicial, de modo que desconhece o motivo da emissão de tantas notas fiscais em seu nome, exemplificadas abaixo:

| INFRAÇÃO 01 | DATA | Nº DOC. | EMITENTE | CFOP | OPERAÇÃO |
|-------------|----------|----------|-----------------------------------|------|-----------------------------------|
| TIBUTADAS | 16/04/11 | 7573133 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 17/06/11 | 10637152 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 17/06/11 | 10637152 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 16/09/11 | 14748029 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 16/09/11 | 14748042 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 16/09/11 | 14748045 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 16/09/11 | 14748101 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 19/09/11 | 14839205 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 28/11/11 | 17795087 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 28/11/11 | 17795087 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 28/11/11 | 17798177 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 28/11/11 | 17798177 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 28/11/11 | 17798221 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 30/12/11 | 19265221 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 01/03/12 | 21768936 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 01/03/12 | 21768941 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 10/07/12 | 27555656 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 10/07/12 | 27555656 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 27/07/12 | 28374899 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 27/07/12 | 28374904 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 27/07/12 | 28374985 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 14/09/12 | 30511870 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6949 | OUTRAS SAÍDA |
| TIBUTADAS | 12/04/13 | 39126818 | SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A | 6202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO |

Ressalta competir ao Fisco exigir a apresentação dos documentos aptos a comprovar as operações em questão, sob pena de nulidade por ausência de lastro probatório ou decretar a improcedência da autuação pelo mesmo fundamento.

Especificamente sobre a infração 01 relata que há diversos documentos fiscais que, ao contrário do informado na autuação, foram efetivamente registrados pela recorrente, conforme relação a seguir:

| D.EMISSÃO | Nº DOC. | EMITENTE | CFOP | OPERAÇÃO | Nº INTERNO | D.ENTRADA |
|-----------|---------|---|------|---|------------|-----------|
| 12/01/11 | 46209 | MAGAZINE LUIZA S/A | 6202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 58447 | 15/07/11 |
| 24/01/11 | 905 | ARTHUR LUNDGREN TECIDOS S A CASAS PERNAMBUCANAS | 6202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 56315 | 14/04/11 |
| 17/02/11 | 182882 | MAGAZINE LUIZA S/A | 6202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 58105 | 14/07/11 |
| 21/02/11 | 1338 | AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA | 5152 | TRANSFERENCIA DE MERC. ADQUIRIDA DE TERC. | 54574 | 21/02/11 |
| 28/02/11 | 121098 | MAGAZINE LUIZA S/A | 6202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 58449 | 15/07/11 |
| 11/03/11 | 47167 | NORDESTE PARTICIPACOES SA | 6202 | DEV. DE COMPRA P/ | 58635 | 21/07/11 |

| | | | | | | |
|----------|---------|--|------|---|-------|----------|
| | | | | COMERCIALIZAÇÃO | | |
| 29/04/11 | 5030 | ATUAL MOVEIS ELETRODOMESTICOS LTDA EPP | 6411 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO C/ MERC. SUJEITA A ST | 57341 | 06/06/11 |
| 03/05/11 | 28803 | MOVEIS ROMERA LTDA | 6202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 57024 | 20/05/11 |
| 03/05/11 | 28804 | MOVEIS ROMERA LTDA | 6202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 57021 | 20/05/11 |
| 03/05/11 | 28805 | MOVEIS ROMERA LTDA | 6202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 57026 | 20/05/11 |
| 26/05/11 | 5010 | MAKRO ATACADISTA S/A | 6202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 61635 | 07/11/11 |
| 26/05/11 | 5010 | MAKRO ATACADISTA S/A | 6202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 61635 | 07/11/11 |
| 26/05/11 | 5010 | MAKRO ATACADISTA S/A | 6202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 61635 | 07/11/11 |
| 28/05/11 | 3573 | MAKRO ATACADISTA S/A | 6202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 60471 | 21/09/11 |
| 30/05/11 | 3965 | MAKRO ATACADISTA S/A | 6202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 59988 | 05/09/11 |
| 24/06/11 | 8556 | MAKRO ATACADISTA S/A | 6202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 59109 | 04/08/11 |
| 23/08/11 | 8583 | MAKRO ATACADISTA S/A | 6101 | VENDA DE PRODUÇÃO DO ESTABELECIMENTO | 59716 | 25/08/11 |
| 31/08/11 | 4349 | MAKRO ATACADISTA S/A | 6202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 61591 | 04/11/11 |
| 31/08/11 | 4349 | MAKRO ATACADISTA S/A | 6202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 61591 | 04/11/11 |
| 01/09/11 | 4353 | MAKRO ATACADISTA S/A | 6202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 60158 | 09/09/11 |
| 01/09/11 | 4353 | MAKRO ATACADISTA S/A | 6202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 60158 | 09/09/11 |
| 14/09/11 | 6707 | MAKRO ATACADISTA S/A | 6202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 62786 | 14/12/11 |
| 07/11/11 | 17699 | NOVA CASA BAHIA S/A | 6913 | RETORNO DE MERC. RECEBIDO EM DEMONSTRAÇÃO | 62318 | 28/11/11 |
| 07/11/11 | 17699 | NOVA CASA BAHIA S/A | 6913 | RETORNO DE MERC. RECEBIDO EM DEMONSTRAÇÃO | 62318 | 28/11/11 |
| 07/11/11 | 17699 | NOVA CASA BAHIA S/A | 6913 | RETORNO DE MERC. RECEBIDO EM DEMONSTRAÇÃO | 62318 | 28/11/11 |
| 07/11/11 | 17699 | NOVA CASA BAHIA S/A | 6913 | RETORNO DE MERC. RECEBIDO EM DEMONSTRAÇÃO | 62318 | 28/11/11 |
| 10/05/12 | 3383 | AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA | 5152 | TRANSFERENCIA DE MERC. ADQUIRIDA DE TERC. | 64721 | 10/05/12 |
| 10/05/12 | 3383 | AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA | 5152 | TRANSFERENCIA DE MERC. ADQUIRIDA DE TERC. | 64721 | 10/05/12 |
| 10/05/12 | 3383 | AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA | 5152 | TRANSF DE MERC. ADQUIRIDA DE TERC. | 64721 | 10/05/12 |
| 18/05/12 | 3426 | AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA | 5152 | TRANSFERENCIA DE MERC. ADQUIRIDA DE TERC. | 64847 | 18/05/12 |
| 18/05/12 | 3426 | AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA | 5152 | TRANSFERENCIA DE MERC. ADQUIRIDA DE TERC. | 64847 | 18/05/12 |
| 18/05/12 | 3426 | AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA | 5152 | TRANSFERENCIA DE MERC. ADQUIRIDA DE TERC. | 64847 | 18/05/12 |
| 18/05/12 | 3426 | AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA | 5152 | TRANSFERENCIA DE MERC. ADQUIRIDA DE TERC. | 64847 | 18/05/12 |
| 18/05/12 | 3426 | AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA | 5152 | TRANSFERENCIA DE MERC. ADQUIRIDA DE TERC. | 64847 | 18/05/12 |
| 18/05/12 | 3426 | AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA | 5152 | TRANSFERENCIA DE MERC. ADQUIRIDA DE TERC. | 64847 | 18/05/12 |
| 18/05/12 | 3426 | AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA | 5152 | TRANSFERENCIA DE MERC. ADQUIRIDA DE TERC. | 64847 | 18/05/12 |
| 18/05/12 | 3426 | AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA | 5152 | TRANSFERENCIA DE MERC. ADQUIRIDA DE TERC. | 64847 | 18/05/12 |
| 18/05/12 | 3426 | AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA | 5152 | TRANSFERENCIA DE MERC. ADQUIRIDA DE TERC. | 64847 | 18/05/12 |
| 18/05/12 | 3426 | AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA | 5152 | TRANSFERENCIA DE MERC. ADQUIRIDA DE TERC. | 64847 | 18/05/12 |
| 27/07/12 | 47790 | LOJAS VOLPATO LTDA. | 6202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 66116 | 23/08/12 |
| 09/08/12 | 1159083 | MARTINS COM. SERV. DISTRIB. S/A | 5202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 65994 | 16/08/12 |
| 09/08/12 | 1159083 | MARTINS COM. SERV. DISTRIB. S/A | 5202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 65994 | 16/08/12 |
| 09/08/12 | 1159083 | MARTINS COM. SERV. DISTRIB. S/A | 5202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 65994 | 16/08/12 |
| 09/08/12 | 1159083 | MARTINS COM. SERV. DISTRIB. S/A | 5202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 65994 | 16/08/12 |
| 09/08/12 | 1159083 | MARTINS COM. SERV. DISTRIB. S/A | 5202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 65994 | 16/08/12 |
| 09/08/12 | 1159083 | MARTINS COM. SERV. DISTRIB. S/A | 5202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 65994 | 16/08/12 |
| 09/08/12 | 1159083 | MARTINS COM. SERV. DISTRIB. S/A | 5202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 65994 | 16/08/12 |
| 09/08/12 | 1159083 | MARTINS COM. SERV. DISTRIB. S/A | 5202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 65994 | 16/08/12 |
| 09/08/12 | 1159083 | MARTINS COM. SERV. DISTRIB. S/A | 5202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 65994 | 16/08/12 |
| 09/08/12 | 1159083 | MARTINS COM. SERV. DISTRIB. S/A | 5202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 65994 | 16/08/12 |
| 09/08/12 | 1159083 | MARTINS COM. SERV. DISTRIB. S/A | 5202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 65994 | 16/08/12 |

| | | | | | | |
|----------|---------|------------------------------------|------|--|-------------------------------------|----------|
| 09/08/12 | 1159083 | MARTINS COM. SERV. DISTRIB. S/A | 5202 | DEV. DE COMPRA P/ COMERCIALIZAÇÃO | 65994 | 16/08/12 |
| 20/03/13 | 3533 | AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA | 6152 | TRANSFERENCIA DE MERC. ADQUIRIDA DE TERC. | NOTA FISCAL COMPL. DA NF 3493 | 14/03/13 |
| 20/03/13 | 3533 | AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA | 6152 | TRANSFERENCIA DE MERC. ADQUIRIDA DE TERC. | NOTA FISCAL COMPL. DA NF 3493 | 14/03/13 |
| 20/03/13 | 3533 | AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA | 6152 | TRANSFERENCIA DE MERC. ADQUIRIDA DE TERC. | NF COMPL. DA NF 3493 | 14/03/13 |
| 20/03/13 | 3533 | AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA | 6152 | TRANSFERENCIA DE MERC. ADQUIRIDA DE TERC. | NOTA FISCAL COMPL. DA NF 3493 | 14/03/13 |
| 20/03/13 | 3533 | AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA | 6152 | TRANSFERENCIA DE MERC. ADQUIRIDA DE TERC. | NOTA FISCAL COMPL. DA NF 3493 | 14/03/13 |

Também relata que foram incluídas na exigência operações com os seguintes CFOPs:

- 5.202 - Devolução de compra para comercialização;
- 5.411 - Devolução de compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária;
- 5.910 - Remessa em bonificação, doação ou brinde;
- 5.911 - Remessa de amostra grátis;
- 5.915 - Remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo;
- 6.202 - Devolução de compra para comercialização;
- 6.209 - Devolução de mercadoria recebida em transferência para comercialização;
- 6.910 - Remessa em bonificação, doação ou brinde;
- 6.913 - Retorno de mercadoria ou bem recebido para demonstração; e
- 6.915 - Remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo.

Destaca que são operações desoneradas, que contam com destaque do imposto em alguns casos apenas para anulação do crédito de quem adquiriu os produtos, de modo que é necessário concluir que não podem ser consideradas sujeitas à tributação, devendo ser excluídas da infração 01.

Sobre a infração 02, aponta que o inciso XI, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 se refere às hipóteses de aquisição, quando a nota deixe de ser registrada. Todavia, a maior parte das notas fiscais relacionadas se referem a operações que não refletem aquisições, motivo pelo qual não podem ser alvo da penalidade.

Aponta que existem centenas de operações com os seguintes CFOPs:

- 5.202 - Devolução de compra para comercialização;
- 5.411 - Devolução de compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária;
- 5.554 - Remessa de bem do ativo imobilizado para uso fora do estabelecimento;
- 5.603 - Ressarcimento de ICMS retido por substituição tributária;
- 5.906 - Retorno de mercadoria depositada em depósito fechado ou armazém geral;
- 5.915 - Remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo;
- 5.922 - Lançamento efetuado a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura;
- 5.927 - Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração;
- 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;
- 5.933 - Prestação de serviço tributado pelo ISSQN; 5.949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado;
- 6.202 - Devolução de compra para comercialização;
- 6.411 - Devolução de compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária;

- 6.657 - Remessa de combustível ou lubrificante adquirido ou recebido de terceiros para venda fora do estabelecimento;
- 6.603 - Ressarcimento de ICMS retido por substituição tributária;
- 6.915 - Remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo;
- 6.916 - Retorno de mercadoria ou bem recebido para conserto ou reparo;
- 6.920 - Remessa de vasilhame ou sacaria;
- 6.921 - Devolução de vasilhame ou sacaria;
- 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;
- 6.933 - Prestação de serviço tributado pelo ISSQN; e
- 6.949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado.

Ressalta que, no caso dos CFOP 5.603, 5.922, 5.927, 5.929, 5.933, 6.603, 6.929 e 6.933 o erro é ainda mais evidente porque sequer refletem ingresso de mercadorias ou serviços tributados pelo ICMS, muito menos operações de aquisição, não cabendo qualquer interpretação extensiva nesse caso ou uso da analogia. Defende que a exigência deve ser julgada improcedente, já que não adquiriu as mercadorias autuadas.

Pede ainda a redução ou cancelamento da multa, com base no § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, por inexistir dolo, fraude ou simulação, até porque tais condutas lhe foram atribuídas, muito menos provadas. Indica ainda que o suposto ilícito cometido não teria implicado em falta de recolhimento, reforçando o cumprimento dos requisitos para redução ou cancelamento da penalidade.

Conclui requerendo que seja acolhida a preliminar de nulidade ou reformada a decisão para julgar improcedente a autuação. Sucessivamente, pede a redução ou cancelamento da multa.

Os autos foram distribuídos para o I. Cons. Carlos Antonio Borges Cohim Silva e a 1ª CJF converteu o feito em diligência para o autuante, na sessão de 04/07/2018, a fim de que confrontasse a escrituração fiscal com as planilhas apresentadas pela recorrente para excluir as operações que foram efetivamente registradas, considerando as notas fiscais apresentadas e os CFOPs que não refletiram ingressos de mercadorias ou serviços tributados.

Às fls. 320-323, os autuantes apresentaram manifestação acusando a recorrente de tentar ludibriar os julgadores, adotando como tática a alegação de que registrou determinada nota fiscal, porém, recusando informar a linha do arquivo EFD na qual pode ser constatado o registro. Tomando como exemplo a Nota Fiscal nº 1338 indicada como exemplo na determinação da diligência, afirmam que não localizaram a chave da referida nota dentre os 828 registros da EFD, por meio de busca computadorizada.

Sugerem que a recorrente provavelmente se confia no registro C100 para sustentar a alegação, contudo, relatam que o campo 09 do mesmo está em branco, sendo este o campo de preenchimento obrigatório para identificar a nota fiscal, mediante chave de sequência numérica única. Concluem, assim, pelo não cabimento da retirada de qualquer nota fiscal dos demonstrativos.

Devidamente intimado, a recorrente manifestou-se às fls. 327-328 informando que efetivamente escriturou as notas relacionadas, porém no arquivo SPED ICMS IPI tais notas foram escrituradas como modelo 01, que não informa chave de acesso, quando o correto seria modelo 55. Para facilitar as verificações, junta planilha contendo as linhas dos arquivos eletrônicos em que a informações dos registros podem ser encontradas bem como os arquivos contendo os SPEDS 2011, 2012 e 2013 (mídia de fl. 329).

Os autuantes manifestaram ciência da manifestação à fl. 332, contudo, reiteraram as informações prestadas na diligência.

Incluído na pauta suplementar do dia 26/04/2019, a 1ª CJF aprovou nova diligência à INFRAZ DE

ORIGEM para analisar a planilha e a escrituração fiscal apresentada, a fim de verificar se as operações foram efetivamente escrituradas; excluir, da infração 01 as operações cujos CFOPs indiquem se tratar de operações não sujeitas à tributação e excluir as operações cujos CFOPs não retratam aquisições realizadas pela empresa, considerando que a penalidade prevista na legislação é aplicada sobre o valor comercial da mercadoria adquirida.

Em seguida, os autuantes juntaram os autos os novos demonstrativos, conforme manifestação de fl. 342.

Ocorre que, após intimada, a recorrente apresentou nova manifestação indicando que a diligência não cumpriu corretamente a diligência, pois as planilhas que deram origem se referem apenas à infração 01 e ainda consideram operações não sujeitas à tributação, citando como exemplo os CFOPs 6949 e 5915.

Relatou que não há evidências de que os documentos e informações que prestou foram analisados, em relação à alegação de que as operações escrituradas, ainda que de forma equivocada. Aponta ainda a inexistência de evidências de cumprimento do item 3 da diligência. Acrescenta ter conseguido junto a alguns de seus fornecedores, notas fiscais demonstrando que operações autuadas não chegaram a ser realizadas pelos remetentes, o que justificaria algumas ocorrências de falta de registro, já que sequer recebeu as notas fiscais, juntando nova mídia (fl. 418). Pede, por fim, a determinação de diligência pela ASTEC, envolvendo ambas as infrações e considerando as notas fiscais que apresenta.

Os autos retornaram aos autuantes que reconheceram razão da recorrente no sentido de que não foram gerados novos relatórios para todos os exercícios fiscalizados, faltando 2014 e que nem todas as providências determinadas foram contempladas nos relatórios anteriormente apresentados, conforme manifestação de fls. 420-421, juntando ainda demonstrativos que substituem por completo os anexos originais das infrações 01 e 02.

Destacaram ainda a realização dos seguintes ajustes:

- Exclusão dos demonstrativos de 53 notas fiscais elencadas pelo contribuinte às fls. 225-227 ou 260-262;
- Exclusão dos demonstrativos de todas as notas fiscais correspondentes aos CFOPs 5603, 5915, 5916, 5922, 5927, 5929, 5933, 6603, 6915, 6929 e 6933;
- Exclusão dos demonstrativos de todas as notas emitidas pela SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A.

Em nova manifestação (fls. 606-609), a recorrente afirma que mesmo após as novas planilhas apresentadas somente o item 1 da diligência teria sido cumprido, apontando que ainda subsistem operações com os CFOPs 5202, 5411, 5910, 5911, 6202, 6209, 6010, 6913, referentes à infração 01 e, 5202, 5411, 5554, 5906, 6202, 6411, 6657, 6916, 6920, 6921, 6933, e 6949, referentes à infração 02, além de não terem sido examinadas as notas fiscais juntadas com sua manifestação anterior, embora a diligência não tenha determinado esta verificação.

À fl. 643, os autuantes manifestaram ciência e reiteraram as informações prestadas na última diligência.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

O processo foi incluído na pauta de 11/06/2021, contudo, em sessão, observou-se que as notas fiscais apontadas como excluídas pelos autuantes na manifestação de fls. 420-421 não contemplavam os CFOPs indicados pela recorrente desde a sua impugnação como incorretos porque o confronto dos códigos indicados pelos autuantes com aqueles apontados, por amostragem, na determinação de diligência de fls. 336-337 permite compreender que os autuantes praticamente só excluíram as operações com os CFOPs expressamente relatados por esta 1ª CJF ou correspondentes às notas fiscais ali referidas, com exceção do código 5915, ali não mencionado.

Mas, como a diligência não se restringiu aos códigos expressamente referidos, determinando a exclusão das operações passíveis de serem reconhecidas como não sujeitas à tributação, de acordo com o CFOP, e também orientou os autuantes a verificar as operações que foram efetivamente escrituradas, ainda que de forma equivocadas e estes se limitaram a excluir dos demonstrativos apenas as 53 notas expressamente apontadas na tabela constante do Recurso Voluntário, bem como nada informaram acerca do item 3 da diligência, o feito foi convertido novamente em diligência para cumprimento integral daquela de fls. 336-337.

Os autuantes em atenção à diligência, apresentaram os novos demonstrativos de fls. 655-670, nos quais a infração 01 foi reduzida de R\$ 83.805,03 para R\$ 750,11 e a Infração 02, reduzida de R\$ 21.702,17 para R\$ 2.399,39. A recorrente se manifestou às fls. 675-676 afirmando que o resultado corrobora a sua tese de defesa de que não promove aquisição ou venda de mercadorias sem a efetiva emissão dos documentos fiscais.

Diz ainda que, embora tenha certeza que, no pequeno universo de ocorrências remanescentes, sua maioria – senão todas – ainda diz respeito a operações regulares, em função do lapso temporal, da dificuldade de verificação junto a clientes e do custo/benefício dessa tentativa, entende que deve ser acatado o resultado apresentado pelos autuantes, motivo pelo qual não se opõe à procedência parcial do Auto de Infração nos valores alcançados na última diligência.

Em seguida, os autos retornaram para julgamento e foram novamente convertidos em diligência para que os autuantes esclarecessem/fundamentassem a exclusão das notas fiscais emitidas pela SOCIEDADE COML. E IMP. HERMES S/A; se foram excluídas todas as notas eventualmente escrituradas incorretamente da infração 01 ou se somente aquelas expressamente relacionadas pela recorrente; se foram excluídas da infração 01 as notas fiscais que a recorrente alega ter destacado o imposto para anular crédito e se as operações *não tributadas* da infração 01 também constam da infração 02, elaborando novos demonstrativos com os ajustes que entender necessários, além e anexar ao PAF os demonstrativos em mídia eletrônica.

O autuante atendeu à diligência (fls. 692-694) esclarecendo (I) que a exclusão das notas fiscais emitidas pela HERMES S/A ocorreu equivocadamente porque não se encontram com status de canceladas na base de dados; (II) que a atual diligência excluiu do demonstrativo todas as notas fiscais que, embora irregularmente escrituradas (sem chave de identificação), integram o CD fornecido pelo contribuinte (fl. 329); (III) não foram excluídas da infração 01 todas as notas que a recorrente alega ter destacado imposto para anular o crédito porque o motivo que levou ao destaque do imposto não altera a penalidade imposta, vinculada ao descumprimento da obrigação de escriturar regularmente as entradas; (IV) que uma mesma nota fiscal não registrada pode repercutir tanto na infração 01 como na infração 02, mas sem duplidade, pois os itens da nota com destaque figuram na infração 01 e os itens sem destaque na infração 02.

Trouxe ainda novos demonstrativos em excel, contemplando um Cenário 1, onde as notas fiscais figuram no demonstrativo independentemente de CFOP, considerando a previsão legal de pena pelo descumprimento da obrigação acessória de registrar toda e qualquer entrada e um Cenário 2, onde são excluídos alguns CFOPS para abranger a tese de defesa de que algumas operações não correspondem ao conceito de mercadoria adquirida, autorizando a omissão de registro na escrituração fiscal.

No Cenário 1, persistiriam 2297 notas não escrituradas, e a infração 01 reduziria de R\$ 83.805,03 para R\$ 82.586,10 e a infração 02 reduziria de R\$ 21.702,17 para R\$ 12.127,04. No Cenário 2, remanesceriam 123 notas não escrituradas e a infração 01 teria o valor de R\$ 890,15 e a infração 02 o valor de R\$ 2.536,39.

Intimada, a recorrente se manifestou (fls. 915-916) apontando que não há dúvidas sobre a ilegalidade da imposição de multa sobre operações efetivamente escrituradas, ainda que de forma equivocada, operações com CFOPs referentes a circulação de mercadorias não sujeitas à tributação e ingressos de mercadorias que não retratem aquisições realizadas pela empresa, já que a multa recai sobre o valor da mercadoria adquirida.

Diz que os Anexos 01 e 02 que compõem o Cenário 1 elaborado pelos autuantes não podem embasar a exigência fiscal pela falta do adequado enquadramento do suposto ilícito com a norma punitiva já que não se teria demonstrado objetivamente qual norma punia o contribuinte, à época dos fatos geradores, pela falta de registro de toda e qualquer entrada na sua escrituração fiscal.

Pede que, caso não seja acolhida a improcedência integral da autuação, prevaleça o Cenário 2, materializado pelos Anexos 3 e 4 da diligência, que representam um resultado muito mais próximo do que é permitido pela legislação.

Os autos retornaram para apreciação.

Em seguida, os membros da 1ª CJF converteram o feito em diligência à PGE para que se manifestasse sobre a aplicação das penalidades sugeridas no lançamento, considerando que as infrações listam operações não tributadas ou que não refletiriam efetiva aquisição de mercadorias, aparentemente.

No parecer PGE/PROFIS de fls. 931-932v, acolhido pela Procuradora Assistente (fl. 933), o Ilmo. Dr. José Augusto Martins Junior sustenta, em síntese, que o termo “adquirida” utilizado pela legislação, numa visão ampla, deve ser compreendido como qualquer entrada no estabelecimento, alcançando as hipóteses de “aquisições” não derivadas de uma compra e venda.

A recorrente foi intimada do parecer, conforme AR de fl. 937, contudo, não se manifestou.

Os autos retornaram para apreciação.

VOTO (Vencido quanto à infração 1 e 2)

Inicialmente, aprecio a preliminar de nulidade. Os Acórdãos CJFs nºs 0255-12/11, 0274-12/11 e 0270-12/11 refletem realidade completamente distinta aos presentes autos, se reportando a lançamentos cuja prova carreada foram as vias físicas das notas fiscais. Por sua vez, embora a ementa do Acórdão CJF nº 0214-13/13 faça referência ao SINTEGRA, o seu inteiro teor revela que se fundamentou no já mencionado Acórdão CJF nº 0255-12/11.

Portanto, não se prestam a sustentar a alegada nulidade.

Ademais, como se sabe, a Escrituração Fiscal Digital é uma das partes do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), por meio do qual ocorre a recepção, validação, armazenamento e autenticação dos livros e documentos integrantes da escrituração contábil e fiscal dos contribuintes (arts. 10 e 11 da Medida Provisória 2.200-2/2001 c/com o art. 2º do Decreto Federal nº. 6.022/2007 c/com o § 1º do art. 2º da Instrução Normativa DREI nº 82, de 19 de fevereiro de 2021), gozando de *presunção legal* de veracidade, nos termos do art. 10, § 1º da MP 2200-2/2001 c/com arts. 219 e 1.177 do Código Civil.

Logo, é válido o lançamento efetivado com base nas informações prestadas por meio do SPED, pelos próprios contribuintes, sem que se possa falar em “lançamento por presunção”, na forma comumente compreendida, já que, neste caso, trata-se de hipótese de *presunção legal* que recai sobre as declarações do próprio contribuinte e que, portanto, demanda atividade probatória própria – **e que compete ao sujeito passivo** – para sua desconstituição.

Rejeitada a preliminar.

No mérito, entendo que a pretensão da recorrente merece prosperar, ao menos em parte.

Infração 01

O primeiro ponto abordado pelo recurso diz respeito às notas fiscais emitidas por pessoa jurídica do Grupo Hermes S.A., sabidamente em recuperação judicial. Ocorre que o procedimento regulado pela Lei nº 11.101/2005 não impede as sociedades recuperandas de realizarem sua atividade econômica.

Pelo contrário, o intuito da recuperação judicial é possibilitar o soerguimento empresarial,

suspendendo-se medidas que podem influenciar no desenvolvimento regular da atividade para que possam ser equacionados e estruturados os débitos que comprometem o futuro da sociedade empresária.

Em outras palavras, estar em recuperação judicial não impede a prática de negócios que justificariam a emissão dos referidos documentos fiscais. Consequentemente, cabia à recorrente adotar os procedimentos previstos nos §§ 16 e 17 do art. 89 do RICMS/BA, se entendesse cabível. Contudo, não trouxe aos autos prova neste sentido, motivo pelo qual o lançamento deve ser mantido neste ponto.

Os outros questionamentos pertinentes à infração 01 dizem respeito aos documentos fiscais considerados na autuação, mas que teriam sido registrados, ainda que com eventual equívoco. Além disso, a recorrente sustenta que a infração abrange situações cujo CFOP revela que corresponde a operações não sujeitas à tributação e que, em determinados casos, houve destaque do ICMS tão somente para anular o respectivo crédito.

Neste ponto, entendo que o recurso deve ser provido para excluir do lançamento essas operações. Entretanto, ao contrário do que os autuantes sugerem na informação fiscal da última diligência (fls. 692-695) não se está aqui concordando que estaria “*autorizada a omissão de registro na escrituração fiscal do destinatário*” (fl. 692), tampouco admitindo “*excepcionalidades que vedem a aplicação plena do art. 42 da Lei nº 7.014/96*” (fl. 693).

A exclusão é devida em razão do **erro no lançamento** pois, se a empresa escriturou equivocadamente as mercadorias, não se trata de “omissão de entrada” por falta de escrituração. Do mesmo modo, se as operações se referem a mercadorias não sujeitas à tributação, não poderiam ser incluídas na infração pertinente às tributáveis.

Ocorre que não é possível incluir no lançamento, neste instante, a meu ver, a sanção por escrituração irregular ou mesmo transferir da infração 01 para a infração 02 as mercadorias não tributáveis, sob pena de alterar o fulcro da autuação. Por este motivo, dou Provimento ao Recurso Voluntário, acolhendo como demonstrativo da Infração 01 o Anexo 03 da última diligência (fl. 883-891), que reduz a infração 01 para R\$ 890,15.

Infração 02

No que diz respeito à infração 02, a recorrente sustenta apenas que a acusação fiscal não se subsumiria corretamente com a penalidade aplicada, pois, à época dos fatos geradores, o inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96 se reportava expressamente à “mercadoria adquirida”, o que não seria o caso das operações objeto do lançamento, conforme os respectivos CFOPs.

Neste ponto, penso que a recorrente está correta apenas em parte. Novamente, ao contrário do que pensam os autuantes, não cabe a este Conselho criar excepcionalidades à aplicação da lei ou restringir injustificadamente a aplicação de penalidades. Em contrapartida, **não cabe a este conselho ignorar a devida aplicação da legislação, especialmente conforme a Teoria Geral do Direito Tributário**.

Outrossim, ainda que concorde em parte com o parecer PGE/PROFIS de fls. 931-932vº, entendo que a recorrente tem razão quando sustenta que a previsão do inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96 não se aplica perfeitamente à hipótese aqui discutida, especialmente. Tanto é assim que a Lei nº 13.816/2017 revogou o inciso XI e alterou a redação do inciso IX para contemplar corretamente a hipótese com outra redação.

Mas, isso não significa, como pretende a recorrente, a improcedência da autuação porque, em se tratando de sanção, de acordo com o art. 142 do CTN, a autoridade administrativa competente para o lançamento apenas propõe a penalidade cabível, que pode ser alterada no curso do procedimento de constituição definitiva do crédito tributário, como é o caso.

Sendo assim, entendo que ser dado Provimento ao Recurso Voluntário, nos termos da diligência de fls. 692-694, porém, modificada a penalidade aplicada na infração 02 para a prevista no inciso

XXII do art. 42 da Lei nº 7.014/96, correspondente a “R\$ 460,00 (*quatrocentos e sessenta reais*), em caso de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente nesta Lei”.

Assim, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário interposto.

VOTO VENCEDOR (Quanto à infração 1 e 2)

A infração 01 do presente PAF traz a seguinte acusação:

“Infração 01 – 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; (...).”

Peço licença para divergir do eminentíssimo relator no que toca ao argumento de que a infração abrange situações cujo CFOP revela que corresponde a operações não sujeitas à tributação e que, em determinados casos, houve destaque do ICMS tão somente para anular o respectivo crédito.

Neste ponto, entendo que o recurso não deve ser provido para excluir do lançamento essas operações, pois assim, como disseram os autuantes na informação fiscal da última diligência (fls. 692-695) estaria de fato “*autorizada a omissão de registro na escrituração fiscal do destinatário*” (fl. 692), além de admitidas “*excepcionalidades que vedem a aplicação plena do art. 42 da Lei nº 7.014/96*” (fl. 693).

Acolho o demonstrativo do CD anexo à diligência elaborada pelos autuantes às fls. 692-694, relativo ao assim chamado “*Cenário 1*”, no qual persistiram 2.297 notas não escrituradas, com a imputação 01 reduzida de R\$ 83.805,03 para R\$ 82.586,10.

A infração 02 cuida da seguinte acusação:

“Infração 02 – 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.”

No que diz respeito à infração 02, foi alegado no Recurso, equivocadamente, que a acusação fiscal não se subsumiria corretamente com a penalidade aplicada, pois à época dos fatos geradores o inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96 se reportava expressamente à “*mercadoria adquirida*”, o que não seria o caso das operações objeto do lançamento, conforme os respectivos CFOPs.

Concluo que o sujeito passivo não tem razão ao alegar que a previsão do inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96 não se aplica perfeitamente à situação em enfoque. A Lei nº 13.816/2017 revogou o inciso XI e alterou a redação do inciso IX para contemplar a hipótese do antigo inciso XI.

Não existe improcedência da autuação porque, como bem disse o i. relator do voto vencido:

“(...) em se tratando de sanção, de acordo com o art. 142 do CTN, a autoridade administrativa competente para o lançamento apenas propõe a penalidade cabível, que pode ser alterada no curso do procedimento de constituição definitiva do crédito tributário, como é o caso.”

Acolho o demonstrativo do CD anexo à diligência elaborada pelos autuantes às fls. 692-694, relativo ao assim chamado “*Cenário 1*”, com a imputação 02 reduzida de R\$ 21.702,17 para R\$ 12.127,04.

Voto pelo Provimento Parcial das infrações 1 e 2 do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, quanto a infração 1, e em decisão não unânime, quanto a infração 2, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário para modificar a

Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279196.3004/16-5, lavrado contra **AULIK INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$ 94.713,14**, previstas no art. 42, incisos IX e XI do citado diploma legal e dos acréscimos moratórios, previstos pela Lei nº 9.837/05.

INFRAÇÃO 1

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes, José Adelson Mattos Ramos e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Anderson Ítalo Pereira, Antonio Dijalma e Rafael Benjamin Tome Arruty

INFRAÇÃO 2

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes, José Adelson Mattos Ramos, Antonio Dijalma, Rafael Benjamin Tome Arruty e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Anderson Ítalo Pereira

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Quanto à Infração 1 e 2)

PAULO DANILLO REIS LOPES - VOTO VENCEDOR (Quanto à Infração 1 e 2)

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS