

A. I. N° - 279757.0030/20-8
AUTUADO - BAMAQ S. A. BANDEIRANTES MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e NÉLSON LIMA GARCEZ MONTENEGRO
ORIGEM - DAT METRO / INFAS ATACADO

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0235-02/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. PRESUNÇÃO DE SAÍDAS ANTERIORES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A empresa autuada não trouxe qualquer elemento de prova no sentido de descaracterizar a autuação, razão pela qual, fica a mesma mantida. Não acolhidas as questões preliminares. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado, foi lavrado em 26 de julho de 2020, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$74.916,34, além de multas de 60% e 100%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **04.05.08.** Falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2015), no valor de R\$43.657,15, multa de 100%.

Infração 02. **04.05.09.** Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado (2015), totalizando R\$ 31.259,19, multa de 60%.

Tempestivamente, a autuada, por seus advogados, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 52 a 58, onde, após registrar o efeito suspensivo de prazo, determinado pelo Decreto 7.626/99, bem como o artigo 115 do CTN, requer seu reconhecimento, em observância à garantia de sua ampla defesa.

Após breve síntese dos fatos, a título de preliminar, invoca a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento do direito de defesa, nos termos dos artigos 38 e 39 do RPAF/99, uma vez que, ao seu entender, o relato da infração não indicou de forma clara e precisa o fato motivador da infração, bem como as circunstâncias em que teria sido praticado, não havendo comprovação inequívoca da prática atribuída, nem indicação das mercadorias que teriam a entrada omitida pela empresa, bem como aquelas que não teriam suas notas fiscais correspondentes.

Por tal razão, requer a nulidade do lançamento, diante da ausência de elementos, o que cercearia seu direito de defesa.

No mérito, após detalhar a infração, e o dispositivo de multa aplicado, com transcrição do artigo 42, inciso III, da Lei 7.014/96, esclarece que analisando o material indicado pelos Anexos do Auto de Infração, verifica que, em verdade, as divergências apontadas nos quantitativos de estoque estão relacionadas a notas fiscais de remessa emitidas corretamente, não havendo entrada de mercadorias sem nota fiscal, o que pode ser comprovado pelos documentos que garante anexar.

Esclarece realizar consertos e reparos em máquinas e tratores fora de sua oficina e, para remeter as peças para atendimento em campo, emite nota fiscal de simples remessa (CFOP 5949/6949), referente ao transporte das mercadorias, para acobertar o transporte das peças, partes, componentes e acessórios até o cliente, uma vez que tem o cuidado em circular mercadorias devidamente com nota fiscal.

Aduz que tal operação que faz parte de sua atividade fim, é meramente o “socorro” do equipamento, ora prestado como garantia e venda, vez não ser comum o cliente enviar uma máquina para as suas oficinas, sendo esta operação de atendimento *in loco* realizada com habitualidade.

Explicita que ao final do atendimento, emite nota fiscal de retorno (remessa com CFOP 1949/2949), faturando as peças que usou no atendimento, após o atendimento, diretamente para o cliente, emitindo, pois, duas notas fiscais de saída: a primeira, de remessa para fins de atendimento ao cliente, e a segunda, de venda.

No caso concreto, assevera ter havido emissão das duas notas, faltando “algumas” notas fiscais de retorno, motivo pelo qual a fiscalização entendeu, equivocadamente, que o saldo do estoque não seria suficiente para acobertar as saídas, concluindo, de forma equivocada, ter havido omissão de entradas de mercadorias.

Garante não ter adquirido mercadorias sem nota fiscal, apenas não cumprindo a obrigação acessória de emissão de nota fiscal de retorno (CFOP 1949/2949).

Arremata não ter havido de sua parte nenhuma prática ilícita, inexistindo substrato para a aplicação de qualquer penalidade em seu desfavor, diante dos esclarecimentos acima prestados, e que nenhum tributo deixou de ser recolhido, tampouco causou prejuízo aos cofres públicos.

Traz a seguir, decisões judiciais que afastariam a aplicação de multas em tais casos, requerendo a insubsistência do Auto de Infração em questão.

Pontua que caso se entenda que de sua parte houve alguma omissão ou lapso decorrente do volume de operações realizadas, resta apenas ao estado da Bahia avaliação no tocante ao descumprimento de obrigação acessória por falta de emissão de nota fiscal de retorno de remessa abarcada para atendimento a clientes *in loco*, ao passo que o tributo, *a priori*, em discussão, está devidamente quitado.

Menciona que tal cobrança por parte da Bahia, esbarra no princípio do *bis in idem* pois, restou evidenciado ter o mesmo ente cobrado tributo do mesmo contribuinte, sobre o mesmo fato gerador.

Fala que se entendendo pela eventual não emissão de nota fiscal, no caso concreto não há incidência da cobrança do ICMS, uma vez que não se creditou do ICMS-OP, e recolhe o ICMS-ST no momento da entrada da mercadoria em território baiano, quando o fornecedor não é responsável pelo destaque e retenção do ICMS-ST por força do Protocolo ICMS 41/08, combinado com o Anexo 1 do RICMS/12, sendo os recolhimentos aqui mencionados contendo os códigos de receita do DAE 1145 (ICMS Antecipação Tributária) são controlados pelo extrato que ora pode ser extraído do DT-E, o qual demonstra não possuir pendências junto ao Estado.

Reitera não ser a cobrança de ICMS devida, uma vez que o imposto está devidamente recolhido anteriormente por substituição tributária, como já dito anteriormente, tendo o sítio da receita estadual da Bahia disponibilizado todos os extratos do ano de 2015, evidenciando não possuir débitos e que todas as notas fiscais recebidas (notas de entradas) estão devidamente escrituradas no SPED fiscal, assim como na DMA.

Assim, nas operações subsequentes, encerrou-se a fase de tributação, conforme disposição do artigo 289, Capítulo XII, que trata das “Mercadorias Sujeitas a Substituição Tributária Por Antecipação” contidas no RICMS/BA.

Reforça o entendimento de insubsistência do lançamento tributário em questão.

Por fim, requer o conhecimento da peça de impugnação, e que preliminarmente seja declarada a sua nulidade, em razão da ausência de elementos essenciais ao completo exercício do seu direito de defesa, bem como, pelo fato de que o imposto reclamado consta como devidamente recolhido por substituição tributária no momento da entrada da mercadoria no Estado da Bahia.

No mérito, considerando não ter havido a prática de qualquer ilícito por sua parte, requer seja declarada a insubsistência do Auto de Infração, desconstituindo as cobranças de multa e de ICMS, por sua manifesta improcedência.

Registra se encontrar estabelecido no estado da Bahia desde 2006, sendo concessionário e representante da marca New Holland, não tendo a finalidade de lesar o estado com vistas a adquirir mercadorias sem nota fiscal, pois as diferenças no saldo quantitativo de estoque, são exatamente as notas de remessa.

Caso se entenda pela prática ilícita de sua parte, solicita a declaração de insubsistência do auto de Infração em questão, em relação à cobrança do ICMS, pois seu recolhimento ocorreu de forma regular, por substituição tributária, não havendo pendências com a Receita Estadual em relação a este tributo.

Pede que todas as publicações e intimações sejam realizadas exclusivamente em nome do seu patrono, de acordo com os dados apresentados.

Informação fiscal prestada pelos autuantes às fls. 83 a 89, aponta, quanto a preliminar de nulidade, não ter conseguido identificar nenhum dos dispositivos citados pela empresa autuada, especificamente os artigos 38 e 39 do RPAF/99, tanto assim que foram apresentados argumentos defensivos de forma clara, demonstrando, assim, ter entendido muito bem a acusaçãoposta.

Quanto às formalidades, aduzem que basta se examinar os autos e confirmar o atendimento de todos os pré-requisitos exigidos na legislação tributária, tendo como descabida a arguição de nulidade.

No mérito, esclarecem ter toda a ação fiscal sido realizada a partir da escrituração fiscal da empresa, salientando ser a mesma muito organizada, sendo obedecidos os ditames da Portaria 445/98, tendo considerado todas as operações respaldadas por notas fiscais que, efetivamente, movimentaram o estoque, sendo que nenhuma “movimentação simbólica” integra o levantamento.

Retificam a assertiva da autuada de que “*segundo relatado...*”, pois foi sim, apurada a omissão através de documentação fiscal apresentada pela empresa, quer sejam notas fiscais de entradas de mercadorias, notas fiscais de saídas de mercadorias, inventário declarado em 31/12/2014, e inventário declarado em 31/12/2015.

Ressaltam não se traduzir em “*suposta prática ilegal*”, e sim, em comprovada omissão, diante do levantamento realizado, estando a mesma comprovada às fls. 07 a 14, podendo também decorrer dessas “*notas fiscais de remessas que a Autuada emitiu corretamente*”, consideradas no levantamento fiscal, pois, efetivamente, movimentaram o estoque de mercadorias.

Indicam que o retorno das mercadorias como descrito na defesa, pode ocorrer de duas formas: na primeira, se o contribuinte emite nota fiscal de retorno dessas “*peças, partes componentes e acessórios*” para a empresa autuada, sob CFOP 1949 e 2949, está correto, devendo ser este o procedimento sob o risco de falta de registro das notas fiscais emitidas pelo sujeito passivo, na escrita fiscal do contribuinte destinatário serem autuadas sob a acusação de “*falta de registro de notas fiscais de entradas na escrita fiscal*”.

Já a segunda, em se tratando de contribuinte não inscrito no cadastro do ICMS, o retorno é acompanhado de nota fiscal entrada de emissão da própria autuada, sendo que tal procedimento não é aceito em operações interestaduais, hipótese na qual o destinatário se dirige a um posto de atendimento fazendário, no estado de execução do serviço, para solicitar emissão de “*nota fiscal avulsa*” para dar trânsito às referidas mercadorias.

Quando forem operações internas, dizem ser permitida emissão de nota fiscal de entrada em retorno às mercadorias anteriormente remetidas, desde que obedecidas as regras impostas pela legislação tributária.

Indicam que todas essas operações foram consideradas no levantamento fiscal por movimentarem, efetivamente, os estoques da autuada.

Apontam a possibilidade de que a mercadoria seja remetida para o contribuinte ou consumidor final sem o efetivo retorno, e também, sem o regular faturamento através dos CFOP 5405, 6405 (ou 6102, para o caso de ausência de Convênio ou Protocolo entre os entes federativos), nada impedindo, por exemplo, que seja concluída a transação através da quitação dos valores destacados nas notas fiscais grafadas com CFOP 5949 ou 6949, uma vez que o destinatário, efetivamente recebeu as “*peças, partes componentes e acessórios*” e estará acobertado das entradas dessas mercadorias com o registro da nota fiscal, seja com o CFOP 5949 ou 6949.

Lembram o fato de que as saídas promovidas pela empresa autuada, também são de transferências para outro estabelecimento filial, com CFOP 5409, em grande quantidade.

Registraram, ainda, o fato de embora ter trazido vários argumentos de defesa, não fez a empresa prova dos mesmos, ao contrário, confessa à fl. 56 ter deixado de emitir notas fiscais de retorno, o que culminou com o lançamento de imposto em R\$ 256.806,75.

Rebatem o argumento de ter havido “*algum lapso ou irregularidade formal*”, uma vez que as provas colhidas e demonstradas nos autos são veementes quanto a omissão de entradas de mercadorias, não havendo que se falar em “*irregularidade formal*”.

Aduzem se estar exigindo neste Auto de Infração, imposto não “*quitado*” a favor do estado da Bahia, exceto se a empresa tenha quitado o valor exigido neste Auto de Infração e não tenha apresentado a comprovação de tal recolhimento.

Quanto a não incidência do ICMS nas omissões apuradas na ação fiscal, por não ter utilizado o crédito fiscal, esclarecem que a origem das omissões apuradas pode ser entrada de outras unidades da Federação, entretanto, sem registro e recolhimento do ICMS-ST pela empresa, não sendo permitida a utilização de crédito fiscal nas entradas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, além do que os documentos acaso emitidos, não estão escriturados nos livros fiscais, em função do resultado do levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias.

Concluem, diante dos argumentos apresentados, pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O lançamento constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização, são objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através de Cientificação de Ação Fiscal postada em 06/07/2020 (fl. 05), através da mensagem 165.165 do DT-E, lida pelo contribuinte em 15/07/2020, ainda que científica em 13/07/2020.

A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 07 a 44, de forma impressa, e inserida na mídia de fl. 45.

Os autuantes, quando do lançamento, descreveram com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticada pelo contribuinte, e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão das multas sugeridas, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, os todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

A empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou o aspecto das infrações que entendia lhe amparar, trazendo

fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Registro que as peças processuais não foram reproduzidas em mídia, sequer encontrada pasta processual para o presente lançamento, o que implicou em cópia manual de suas peças, algo inimaginável nos dias de hoje, à vista dos progressos da informática.

Analizando as questões preliminares postas pela defesa, verifico que, contrariamente ao afirmado, as acusações são bastante claras e precisas, tanto assim que a peça de impugnação apresentada, abordou todos os aspectos do levantamento.

De igual modo, o demonstrativo de fls. 07 a 14, lista as mercadorias sobre as quais foram apuradas omissões, podendo citar como exemplo, acoplamento, amortecedor de aço, arruela de plástico, bucha de bronze, bico injetor completo, buzina, caçamba, cotovelo, filtro de óleo, junta de amianto, porca de aço, termostato, dentre outros. Além disso, o mencionado demonstrativo explicita os estoques inicial e final, as compras e devoluções, as saídas reais, as saídas com notas fiscais, as omissões verificadas, quer de entradas, quer de saídas, o preço médio, a MVA, os valores das omissões apuradas, a alíquota, os valores do ICMS devidos.

Logo, descebe se falar em qualquer cerceamento do exercício do direito de defesa, diante do fato de que os dados acima elencados são suficientemente claros e precisos, garantindo ao sujeito passivo a plena capacidade de entendimento das infrações, e a possibilidade de contraditá-las, o que concorre para o não acolhimento dos argumentos postos a tal respeito.

Adentrando no mérito, em relação ao qual, as infrações 01 e 02, objeto da contestação resultaram da aplicação de Levantamento Quantitativo Por Espécie de Mercadorias em Exercício Fechado, sendo apurada omissões de entradas no ano de 2015.

Tal procedimento de auditoria de estoques estava previsto na legislação vigente à época dos fatos geradores, e encontra-se disciplinado na Portaria nº 445/98 e tem como objetivo “*conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária*”.

Na forma da legislação e de acordo com o entendimento já sedimentado neste CONSEF, a constatação de omissão de saídas de mercadorias, seja real ou presumida, apurada mediante a aplicação do roteiro de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o lançamento dos valores correspondentes em sua escrita.

Assim, o procedimento fiscal que redundou no lançamento, pode ser resumido em uma fórmula das quantidades físicas de entradas e saídas de cada mercadoria no exercício, bem como daquelas existentes nos estoques inicial e final (estoque inicial + entradas – estoque final = saídas reais), sendo que o resultado da equação deve ser comparado com as quantidades da mesma mercadoria saídas do estabelecimento por meio de notas fiscais, a fim de se verificar a ocorrência, ou não, de diferenças nas entradas ou nas saídas de mercadorias.

Daí podemos ter três resultados. Se for zero, inexistem diferenças; se positivo, verifica-se omissão de saídas; caso negativo há omissão nas entradas de mercadorias. Esta última, é a situação das infrações apuradas.

A resolução da lide, em tal situação, depende apenas e tão somente de análise da verdade material, princípio basilar no processo administrativo fiscal, a qual foi buscada no feito.

Odete Medauar (A Processualidade do Direito Administrativo, São Paulo, RT, 2ª edição, 2008, página 131) entende que “*O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carregar para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos*

sujeitos. Assim, no tocante a provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF), a Administração detém liberdade plena de produzi-las”.

O doutrinador Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, *RT*, 16ª edição, 1991, Página 581) entende que “*O princípio da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o Juiz deve-se cingir às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até final julgamento, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela. Este princípio é que autoriza a reformatio in pejus, ou a nova prova conduz o julgador de segunda instância a uma verdade material desfavorável ao próprio recorrente*”.

Ressalte-se ainda, que tal princípio impõe à Administração Pública o dever de provar os fatos alegados, sendo regra a vedação de aplicar-se como verdadeiros fatos fictícios ou de mera presunção da ocorrência de sua hipótese de incidência, devendo, portanto, buscar-se a descrição concreta dos fatos ocorridos. A Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos LV e LXXVIII assegura ao cidadão litigante, quer em processo judicial quer em processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa e a razoável duração do processo.

Assim, percebe-se que a Carta Magna quis assegurar aos litigantes, garantias semelhantes tanto no processo judicial quanto no administrativo. Apesar disso, não se pode dizer que não existem diferenças entre eles, um dos mais expressivos elementos diferenciadores resulta da jurisdição.

Não se podem afastar, no processo administrativo fiscal, os diversos princípios informadores do processo judicial e garantias constitucionais do cidadão, entre eles os princípios da verdade material e do livre convencimento motivado do julgador.

Dessa forma, a valoração das provas à luz do princípio da verdade material deve obedecer aos princípios constitucionais e as normas atinentes ao processo, buscando-se a maior verossimilhança possível dos fatos alegados pelo agente responsável pelo lançamento, e permitindo ao contribuinte utilizar-se da produção de todas e quaisquer provas a ele admitidas por direito quando possíveis no caso concreto, sem qualquer restrição. E mais: o julgador deverá valorar as provas a ele apresentadas livremente, sempre buscando a verdade material dos fatos.

Nele, a produção de provas é de grande relevância, pois visa a obtenção da verdade, ou sua maior aproximação, visto que dificilmente se consegue descrever com exatidão como o fato realmente ocorreu. E é neste sentido, do maior grau de semelhança das ocorrências descritas nos atos formais realizados pelo agente administrativo, é que se reveste o princípio da verdade material.

O Processo Administrativo Fiscal busca a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários. Com status constitucionais, os princípios da ampla defesa e do contraditório serão garantidos ao sujeito passivo, que, querendo, apresentará contestação ao lançamento tributário, intervindo por meio de produção das provas.

A denominada verdade material funda-se na aceitação da teoria da verdade por correspondência, pressupondo a possibilidade de espelhar a realidade por meio da linguagem.

No processo existirão sempre três verdades: a) verdade descrita no lançamento pela autoridade fiscal; b) verdade descrita na impugnação do contribuinte; c) verdade do julgador.

Prevalece a verdade do julgador, para quem as provas terão papel fundamental na formação da sua convicção. A essa autoridade incumbe determinar ou não a realização das diligências, inclusive perícias, podendo indeferir-las se as tiver por prescindíveis ou impraticáveis.

São os princípios que norteiam o Processo Administrativo Fiscal e que definem os limites dos poderes de cognição do julgador em relação aos fatos que podem ser considerados para a decisão da situação que lhe é submetida.

Passo, pois, à análise dos argumentos defensivos de forma específica, uma vez que, como já afirmado, o exame, demanda apenas e tão somente, análise do aspecto material, vez se tratar de questão eminentemente fática, e consequentemente, necessitar da produção da necessária e essencial prova, registrando inicialmente, que em momento algum a empresa negou a existência das diferenças apuradas, se limitando a explicar e justificar as mesmas, como, aliás, bem pontuado na informação fiscal pelos autuantes.

Conforme já registrado anteriormente, a acusação fiscal se enquadra em uma das presunções previstas no artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

(...)

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas”.

Impende registrar que a presunção, é uma das poucas hipóteses no Direito Tributário na qual se inverte a regra do ônus da prova, cabendo ao acusado provar a não realização do ato tido como infracional.

Por outro lado, o RPAF/99 estabelece em seu artigo 123, ao abordar a defesa do contribuinte, que;

“Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

§ 2º A defesa poderá referir-se apenas a parte da exigência fiscal, assegurando-se ao sujeito passivo, quanto à parte não impugnada, o direito de recolher o crédito tributário com as reduções de penalidades previstas em lei.

§ 3º A depender da evidência de erros ou da complexidade da matéria em questão, a defesa poderá requerer a realização de diligência ou perícia fiscal, nos termos do art. 145.

§ 4º A petição de defesa será entregue preferencialmente na repartição fiscal do domicílio do sujeito passivo ou na repartição do local da ocorrência do procedimento fiscal.

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos”.

Quando da apresentação da defesa, a empresa não trouxe qualquer elemento concreto de prova, sequer se insurgiu contra os valores e quantidades apuradas, cingindo-se a enumerar argumentos que entendeu amparar o seu raciocínio, o que fragiliza a sua linha de argumentação.

De igual modo, a legislação, de acordo com o princípio da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*. Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o *“império da lei”* ou *“jus imperium”*.

No campo tributário, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que *“nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei”*. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja

competência do ente para que seja válida sua criação, competência que se encontra descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antônio Carrazza em seu livro Princípios Constitucionais Tributários. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que “*O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei*”.

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei nº. 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia).

Com a edição da Lei nº 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar 87/96, e conceitua, tipifica e determina as regras a serem aplicadas em relação ao ICMS, inexistindo ali, qualquer determinação de discricionariedade.

Ademais, o agente fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita a qualquer discricionariedade, senão da Lei, motivo para o não acolhimento do pedido do contribuinte autuado.

A legislação determina que as omissões apuradas em levantamentos como o realizado no presente Auto de Infração, devem ter o imposto lançado, o que, de plano, afasta a pretensão do contribuinte de ter apenas descumprido com obrigação acessória.

Desta maneira, descabe a imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória, tal como requerido, devendo ser mantida a cobrança do imposto, vez ter a mesma base legal.

Em relação aos documentos trazidos pela defesa, de ter recolhido imposto relativo às entradas regularmente escrituradas, esclareço que no presente caso, se apurou entradas de mercadorias sem registro fiscal, o que ensejou o lançamento do imposto, reitero, não tendo qualquer lógica o recolhimento anterior de imposto a título de substituição tributária, sequer o da inexistência de qualquer débito para com a Fazenda Pública, diante da falta de registro das operações.

De igual forma, não há que se falar em *bis in idem*, vez que, como são valores de imposto omitidos, não declarados pelo contribuinte, inexistiu qualquer recolhimento do imposto em momento anterior, sobre o mesmo fato gerador.

Também descabe qualquer argumento em relação a crédito fiscal, não somente por não ser a hipótese em tela, como, igualmente, pela peculiaridade das mercadorias, inexistir tal possibilidade.

Fato incontrovertido é o resultado do levantamento realizado, mero cálculo aritmético, se apresenta correto, perfeito e isento de qualquer mácula ou equívoco, o que, à falta de outros elementos contundentes de prova, deságua na manutenção integral do lançamento, e consequentemente, na sua procedência.

Finalmente, quanto à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos

ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do domicílio tributário eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127-D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato do processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder judiciário há algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido.

Assim, frente a adoção do DTE, as intimações por via postal ou outro meio perderam o sentido.

Ainda assim, os advogados da empresa poderão ser comunicados através de tal meio, na condição de “Perfil 3”, de procurador eletrônico, na qual o acesso será com e-CNPJ ou com e-CPF oportunidade na qual o sistema verificará a lista dos estabelecimentos escolhidos no momento da criação da Procuração.

Auto de Infração procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279757.0030/20-8, lavrado contra **BAMAQ S. A. BANDEIRANTES MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$74.916,34**, acrescido das multas de 60% sobre R\$31.259,19, e de 100% sobre R\$43.657,15, previstas no artigo 42, incisos II, alínea “d” e III da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR