

A. I. Nº - 276468.0003/20-9
AUTUADO - CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS S. A.
AUTUANTE - HEITOR PERRELLA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/04/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0055-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. b) MERCADORIA OU SERVIÇO TOMADO. A legislação autoriza a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, que no caso concreto, corresponde a 1% (um por cento) do valor comercial das mercadorias adquiridas, que adentraram no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Não foi comprovado o registro das notas fiscais listadas na autuação. Infrações mantidas. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado, foi lavrado em 29 de junho de 2020, e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$152.225,06, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **16.01.02.** Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, no montante de R\$25.626,73, para ocorrências nos meses de janeiro a novembro de 2017.

Infração 02. **16.01.06.** Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços sem o devido registro na escrita fiscal, no período de dezembro de 2017 a dezembro de 2019, totalizando R\$126.598,33

Tempestivamente, o autuado, por seus advogados, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 106 a 110, onde, firma, inicialmente, ser pessoa jurídica de direito privado, regularmente constituída sob a forma de sociedade limitada, dedicando-se à atividade de produção e venda nos mercados interno e externo de fibras, fios, tecidos, filmes e embalagens de todos os tipos e para diversos fins, conforme dispõe seu contrato social (doc. 01).

Aponta não terem sido apresentados os elementos de individualização da ocorrência das infrações apontadas, diante de vigorarem, sob a égide do Estado Democrático de Direito, princípios de proteção do cidadão frente ao Estado, inspirados, à evidência, na disparidade de forças existente nas relações travadas entre eles, dentre os quais, dois merecem especial destaque no procedimento de lançamento tributário: o princípio da segurança jurídica e o da ampla defesa.

Por força desses primados, juridicamente consagrados pela Constituinte de 1988, o Estado apenas está autorizado a restringir ou delimitar o patrimônio particular dos contribuintes se, e somente se, apresentar, com clareza e objetividade, sua pretensão, oportunizando, por consequência, o correlato direito à ampla defesa. É dizer, sendo a ampla defesa um dos mais importantes mecanismos de proteção dos direitos e garantias individuais, ela só será plenamente exercitável e respeitada se forem resguardados aos contribuintes a possibilidade de refutar os fatos e as infrações imputados contra si, arremata.

Lembra que o postulado da segurança jurídica decorre do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, garantindo a todos os brasileiros e estrangeiros residentes do País o primado da segurança,

ou seja, a garantia de que o Estado brasileiro não estorvará a sua liberdade pessoal ou os seus bens sem antes informar claramente a sua pretensão, respeitando, outrossim, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Assevera que, quando o agente estatal descumpre os primados de proteção, por exemplo, quando não informa claramente os métodos empregados na conformação do lançamento tributário (ou os informa equivocadamente), o respectivo ato administrativo deve ser extirpado do sistema, uma vez que representa, em si, notório desrespeito aos anseios e prescrições consagradas na Carta Magna.

Constata, transpondo tais preceitos ao caso em apreço, que o autuante descumpriu perante a impugnante o primado da segurança jurídica, cerceando, conseqüentemente, o seu direito à ampla defesa, na medida em que a capitulação da infração não fornece elementos suficientes para se identificar, com precisão, o objeto da acusação fiscal.

Rechaça o entendimento da possibilidade de que o vício apontado venha a ser, posteriormente, sanado. Isso porque tal providência se mostraria inviável, por implicar a necessidade de refazimento de todo o procedimento de fiscalização, entende.

Invoca o artigo 18 do Decreto 7.629, de 09 de julho de 1999, que regulamenta o processo administrativo fiscal no âmbito do Estado da Bahia, devidamente copiado, para pleitear a decretação de nulidade absoluta do presente Auto de Infração, tendo em vista os vícios insanáveis ora suscitados, em virtude da insegurança quanto à base de cálculo apontada, nos termos dos artigos 18, IV, “a”, 20 e 39, III, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (Decreto 7.629/99).

Ante todo o exposto, pleiteia pelo reconhecimento da nulidade deste Auto de Infração.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 154 e 155, após transcrever a acusação e as alegações defensivas apresentadas, registra, inicialmente, não ter o contribuinte contestado a materialidade dos fatos.

Informa, sobre as alegações de nulidade, ter o Auto de Infração cumprido todos os requisitos de validade, onde cada uma das infrações traz descrição completa e clara do fato imputável, demonstrativo e o enquadramento legal.

Aponta terem sido elaborados dois demonstrativos contendo individualmente cada um dos itens das notas fiscais não lançadas na escrita fiscal, seu valor, e o cálculo da multa.

Indica serem os mesmos o demonstrativo “Multa - Nota Fiscal de entrada não lançada – Resumo de débito” e “Multa – Nota Fiscal de entrada não lançada – Demonstrativo analítico”, entregues ao contribuinte conforme comprovado às fls. 100 e 101 dos autos, por meio da mensagem 173.196 do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE).

Ressalta que entre os anexos, estão ambos os demonstrativos no formato PDF, sendo que o demonstrativo analítico também foi apresentado em formato “Excel”, e assim, a base de cálculo foi exaustivamente demonstrada.

Diante do exposto, tem como evidenciada a total validade do ato, pugnano pelo conhecimento do Auto de Infração e sua total procedência.

VOTO

O presente lançamento, constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado, ainda que sob códigos diversos, apenas diferem quanto ao período autuado, e dizem respeito a falta de escrituração fiscal de documentos fiscais.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através de encaminhamento de Ciência de Início de Ação Fiscal postada através do DTE em 06/05/2020, mensagem 158.473, lida e cientificada na mesma data (fl. 06).

Além disso, pelo mesmo DTE foi o sujeito passivo intimado a apresentar livros e documentos e/ou prestação de informações, em 19/06/2020, através da mensagem 163.217, lida e cientificada na mesma data da postagem, a qual continha três anexos, com concessão de prazo de cinco dias para que fossem apresentados à fiscalização documentos relativos ao período de 2017 a 2019, solicitando a verificação quanto a notas fiscais apresentadas que não foram encontradas na EFD, a fim de ser informado pela empresa se teriam sido lançadas na escrituração fiscal, e em caso positivo, indicar no próprio relatório encaminhado.

Solicita, ainda, que para o esclarecimento de quaisquer dúvidas, a empresa poderia entrar em contato, por telefone ou e-mail.

A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 10 a 96, impressa, e em formato digital na mídia de fl. 97, sendo que os arquivos respectivos, relativos à autuação, e cópias daqueles, foram enviados para a empresa autuada através da Intimação para Tomar Ciência e Efetuar Pagamento de Auto de Infração ou Contestação, enviado pelo DTE em 26/08/2020, por meio da mensagem 173.214, lida e cientificada na mesma data pelo contribuinte.

Este compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso, é que abordou aspectos das infrações que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos, que ao seu entender, elidiriam a autuação, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, ainda que sob a forma da singela e objetiva peça de impugnação.

Não é, entretanto, este o entendimento da defesa, a se denotar pelos termos contidos na peça defensiva, em relação aos aspectos de nulidade do lançamento posto.

Inicialmente, entendo pertinente esclarecer, que diante do fato de tanto as comunicações quanto o encaminhamento das peças que suportaram o lançamento terem se dado por meio do domicílio tributário eletrônico (DTE), instrumento pelo qual, a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar tal 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:

“Art. 127-D. Fica instituída a comunicação eletrônica entre a Secretaria da Fazenda e o sujeito passivo de tributos estaduais por meio de portal de serviços na rede mundial de computadores, denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, sendo que:

I - a Secretaria da Fazenda utilizará a comunicação eletrônica para, dentre outras finalidades:

- a) cientificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos;*
- b) encaminhar notificações e intimações;*
- c) expedir avisos em geral;*

II - a comunicação eletrônica somente será implementada após credenciamento do sujeito passivo na forma prevista em regulamento;

III - ao sujeito passivo credenciado será atribuído registro e acesso ao DT-e com tecnologia que preserve o sigilo, a identificação, a autenticidade e a integridade das comunicações.

Parágrafo único. A comunicação eletrônica nos termos deste artigo será considerada pessoal para todos os efeitos legais, observando-se o seguinte:

I - considerar-se-á realizada no dia em que o sujeito passivo acessá-la;

II - nos casos em que o acesso se dê em dia não útil, será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte;

III - caso o acesso não seja realizado no prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de seu envio, será considerada realizada no dia útil seguinte ao término desse prazo;

IV - no interesse da Administração Pública, a comunicação com o sujeito passivo credenciado poderá ser realizada mediante outras formas previstas na legislação”.

Ou seja, 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 ser adotado pelo Poder Judiciário há

algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido, especialmente quanto a cerceamento do direito de defesa da parte.

Como anteriormente relatado, as comunicações entre o autuante e a empresa ocorreram se utilizando de tal mecanismo, inclusive o encaminhamento dos demonstrativos elaborados, e mais do que isso: em momento anterior ao da presente autuação, o sujeito passivo foi instado a se manifestar acerca de diversos documentos fiscais não registrados em sua EFD, sem que se encontre nos autos qualquer elemento probante no sentido de ter atendido tal intimação.

Da análise dos demonstrativos elaborados, constantes das fls. 11 a 96, devidamente impressos e encartados nos fólios processuais, se verifica que, contrariamente ao argumento defensivo apresentado, contêm os mesmos a data, número do documento fiscal, sua chave de acesso, CNPJ e unidade da Federação do emitente, CFOP, item, código, valor, percentual da multa e seu respectivo montante, totalizados mensalmente.

Tal fato, não confirma a assertiva defensiva, quanto a qualquer cerceamento do direito de defesa, ou de violação a qualquer outro princípio do processo administrativo fiscal, sequer trouxe qualquer prejuízo ao contribuinte, uma vez que o mesmo poderia impugnar o lançamento, de forma completa.

Ou seja: os elementos de individualização da ocorrência da infração se encontram presentes, fazendo com que a preliminar não possa ser acolhida.

De acordo com o artigo 123 do RPAF, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação, o que aconteceu no caso presente, razão inclusive, pela qual, se examina neste momento a impugnação apresentada.

Daí se infere, que o processo administrativo tributário, sob pena de nulidade, obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

No ensinamento de Hely Lopes Meirelles *“O essencial é que a peça inicial descreva os fatos com suficientes especificidades, de modo a delimitar o objeto da controvérsia e a permitir a plenitude da defesa. Processo com instauração imprecisa quanto à qualificação do fato e sua ocorrência no tempo e no espaço é nulo”*.

Além disso, a própria Constituição Federal tantas vezes nominada pela defendente, em seu artigo 5º, determina em seu inciso LV, que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Ainda leciona Hely Lopes Meirelles: *“defesa é garantia constitucional de todos os acusados, em processo judicial ou administrativo e compreende a ciência da acusação, a vista dos autos na repartição, a oportunidade para oferecimento de contestação e provas, a inquirição e repurgas de testemunhas e a observância do devido processo legal (due process of law). É um princípio universal nos Estados de Direito, que não admite postergação nem restrições na sua aplicação”*.

Dessa forma, conclui-se que a garantia da ampla defesa, seja qual for à natureza do objeto do processo, compreende não só o direito de ser informado, como de igual forma, o exercício do contraditório, além do direito à prova legitimamente obtida ou produzida. No caso presente, verifica-se ausente qualquer elemento de prova que venha a contradizer ou contrapor o lançamento realizado, ainda assim, houve a oportunidade de a defendente produzi-la. Logo, não pode a mesma arguir qualquer prejuízo à sua defesa.

Ao curso de toda a tramitação do feito, a empresa teve não só conhecimento de todos os atos processuais, como a oportunidade de exercer o contraditório, além do que o processo se encontra fartamente documentado no sentido de embasar a acusação fiscal, conforme já observado e explicitado.

A propósito do princípio da ampla defesa, oportuno citar Odete Medauar (A Processualidade no Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, páginas 105 e 106), quando se posiciona no sentido de que:

“(...) a Constituição Federal de 1988, alude, não ao simples direito de defesa, mas, sim à ampla defesa. O preceito da ampla defesa reflete a evolução que reforça o princípio e denota a elaboração acurada para melhor assegurar a observância. Significa, então, que a possibilidade de rebater acusações, alegações, argumentos, interpretações de fatos, interpretações jurídicas, para evitar sanções ou prejuízos, não pode ser restrita, no contexto em que se realiza. Daí a expressão final do inciso LV, com os meios e recursos a ela inerentes englobados na garantia, refletindo todos os desdobramentos, sem interpretação restritiva”.

Verifica-se, portanto, que o direito de ampla defesa não está vinculado somente à possibilidade de atuação do administrado no processo administrativo, por meio do contraditório, mas diretamente ligado a outras garantias que lhe possibilitam essa atuação. E pela análise do feito, percebe-se claramente, que todas as garantias que poderiam ser oferecidas à defendente, o foram de modo insofismável.

Assim, o princípio da ampla defesa, impõe que o julgador administrativo observe a fiel aplicação das normas processuais e de todos os princípios jurídicos incidentes sobre o processo, e atinentes ao direito de defesa do contribuinte, sendo que a não observância a tais princípios, implica nulidade da decisão por cerceamento de defesa. E, reitero, tal fato não ocorreu ao longo do processo em sua trajetória até o presente momento.

Dessa forma, não há de se falar em existência de qualquer elemento motivador para a decretação da nulidade do processo, sequer violação do teor do RPAF/99, exatamente pela obediência não somente aos ritos, como de igual forma, ao sagrado e constitucional direito do sujeito passivo de não só conhecer o inteiro teor da acusação fiscal, como, de igual forma, contraditá-lo.

E documento encaminhado para o contribuinte no sentido de que o mesmo, através de seu DTE apresentasse justificativa para a falta de registro dos documentos fiscais não encontrados pelo autuante registrados na EFD, é bastante esclarecedor.

Também não se pode argumentar que o lançamento tributário ofendeu o princípio da legalidade, vez que realizado ao amparo e em consonância com as normas legais, especialmente a Lei Complementar e a legislação estadual, inclusive, e sobretudo, a Lei 7.014/96.

De igual forma, o princípio da verdade material foi seguido rigorosamente.

Analisando o processo, verifico, pois, terem todos os direitos e garantias quanto ao exercício da ampla defesa sido observadas em seu curso, prova disso, é que nesse momento analisamos a argumentação apresentada pelo sujeito passivo, razão pela qual, também não se há de falar em violação a qualquer dos princípios do processo administrativo tributário.

Os argumentos utilizados pela defesa para impugnar o lançamento, carecem de qualquer fundamento, não estando presentes nenhum dos elementos motivadores de nulidade previstos na legislação, especialmente nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 por ela invocados, inexistindo, pois, motivação real para tal requerimento. Por tais razões, não acolho a preliminar levantada, rejeitando a nulidade do lançamento, e adentrando no seu mérito.

Em relação a este, observo, inicialmente, não ter sido abordado pela defesa.

O registro dos documentos fiscais na escrituração fiscal da empresa, se apresenta como obrigação acessória da mesma, sendo o seu cumprimento de extrema importância, ao registrar em sua escrituração fiscal todas as entradas de mercadorias, bens ou serviços, ocorridas no seu estabelecimento.

Por pertinência, esclareço que não se está cobrando imposto, mas apenas e tão somente, multa por descumprimento de obrigação acessória, pouco importando a situação tributária da operação ou da mercadoria contida em cada nota fiscal.

Tal falta dos registros das notas fiscais de entradas no livro fiscal respectivo, regulado no artigo 217 do RICMS/12, ou no registro C100 da EFD, conforme previsto no artigo 247 do RICMS/12, autoriza, como já explicitado, a aplicação da penalidade por descumprimento de obrigação acessória estatuída no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, como ocorrido no presente caso, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias adquiridas ou serviços prestados, que entraram no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, como descrito na autuação.

Constato que a lei não excepciona qualquer operação ou prestação, pois a falta da escrituração regular dos documentos fiscais, dificulta a fiscalização e a aplicação de diversos roteiros de auditoria, dentre outras implicações, sendo procedimento inaceitável para contribuintes, e irrelevante para a sua caracterização, o fato de as saídas de mercadorias serem ou não submetidas à incidência do ICMS, ou serem materiais de uso e consumo, ou para incorporação no ativo imobilizado.

Por este motivo, existe prejuízo para o Fisco, o que autoriza a imposição da sanção tributária.

Ressalto que para caracterização da infração, não há de ser considerada a natureza da operação ou qualquer outro elemento, e sim, o fato de notas fiscais relativas a tais operações não estarem escrituradas na EFD do contribuinte, não tendo vindo aos autos prova de tal escrituração.

O deslinde da matéria necessitaria da imprescindível prova, o que não veio aos autos, repito, além do que, em se tratando de documentos fiscais emitidos de forma eletrônica, o Fisco tem pleno conhecimento e controle das operações realizadas entre a empresa autuada e seus fornecedores, o que dificulta a omissão dos respectivos registros.

Além disso, como já firmado anteriormente, a autuada não esclareceu as razões de não ter registrados os documentos fiscais elencados em demonstrativo encaminhado pelo autuante em momento anterior ao da autuação, o que depõe contra seus argumentos.

Diante do fato de não terem sido apresentados elementos consistentes capazes de alterar o lançamento efetuado, tenho tais infrações como caracterizadas, sendo, pois, ambas tidas como procedentes.

Como sabido, o processo administrativo fiscal tem como objetivo maior, a busca da verdade material. Em sua curta e objetiva impugnação, o sujeito passivo argumenta em contrário ao lançamento, sem, contudo, adentrar na análise de mérito da autuação, todavia, não consegue carrear aos autos qualquer prova de terem sido os documentos fiscais enumerados nos demonstrativos elaborados pelo autuante, devidamente registrados na sua escrituração fiscal (EFD), o que me inclina a manter o lançamento, tal como inicialmente apontado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. **276468.0003/20-9**, lavrado contra **CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS S. A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$152.225,06**, prevista no artigo 42, inciso IX, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala de Sessões virtual do CONSEF, 23 de março de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR