

PROCESSO - A. I. Nº 210319.3009/09-0
RECORRENTE - PAULO SÉRGIO DE MOURA CORDEIRO DE FEIRA (PH PISCINAS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0034-04/11
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 02/05/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0083-12/13

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. b) PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Demonstrativos refeitos na revisão fiscal para desconsiderar operações de entrada cujos comprovantes não foram juntados ao processo. Reenquadramento da multa para o art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96. Infrações 1 e 2 parcialmente descaracterizadas. 2. SIMBAHIA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. a) MICROEMPRESA. b) EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Ilícitos tributários comprovados nos autos. Após a revisão fiscal, as infrações 3 e 4 restaram parcialmente descaracterizadas. 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Comprovado que o sujeito passivo informou compras, relativas a 2004 e 2005, em valores inferiores aos constatados nos documentos fiscais, no livro Registro de Entradas e no livro registro de Apuração do ICMS. Infração 5 caracterizada. 4. EMBARAÇO À AÇÃO FISCAL. FALTA DE ENTREGA DE LIVROS AO FISCO, NÃO OBSTANTE INTIMAÇÃO NESSE SENTIDO. O contribuinte justificou afirmando que foi vítima de atos ilícitos dolosos de terceiros, que teriam extraviado livros e documentos, mas não apresentou qualquer boletim de ocorrência policial ou comunicação à repartição fiscal competente, desobedecendo, portanto, o art. 146 do RICMS/BA. Infração 6 caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Decisão unânime. Rejeitada a arguição de decadência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a Decisão de 1º Grau, respaldado no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA.

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2009, exige ICMS, além de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, no valor histórico total de R\$ 54.757,06, em razão de terem sido constatadas as seguintes irregularidades à norma tributária deste Estado:

INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (março de 2004 a dezembro de 2005). Valor exigido de R\$ 37.759,16 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - Recolhimento a menor do ICMS por antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (agosto de 2005). Valor exigido de R\$ 713,30 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - Recolhimento a menor, na condição de microempresa, do tributo apurado de acordo com o Regime SimBahia (julho a setembro de 2004). Valor exigido de R\$ 415,00 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 3 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 - Recolhimento a menor, na condição de empresa de pequeno porte, do tributo apurado de acordo com o Regime SIMBAHIA (outubro de 2004 a dezembro de 2005). Valor exigido de R\$ 15.269,60 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 3 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 5 - Informações incorretas na DME (Declaração de Movimento Econômico de Microempresa, dezembro de 2005). Multa de R\$ 140,00, prevista no art. 42, XVIII, “c” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 6 - Falta de apresentação dos livros Razão, Caixa e Diário, embora regularmente intimado em 01/09/2009. A data de ocorrência registrada no corpo da peça inicial é de 31/12/2005 (fl. 02). Multa de R\$ 460,00, prevista no art. 42, XX da Lei nº 7.014/96.

Após análise e saneamento das peças processuais, da rejeição das nulidades arguidas, bem como a respeito dos prazos decadências, a 4ª JF prola a seguinte Decisão de mérito:

[...]

Após a diligência, os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbro equívocos ou dúvidas eventualmente remanescentes que ensejem a necessidade de qualquer esclarecimento técnico. Os levantamentos e documentos presentes no processo demonstram a autoria e a materialidade dos fatos.

Indefiro o pleito de exclusão ou redução das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias (infrações 05 e 06), posto que não existe a figura da “excludente de ilicitude” no processo administrativo fiscal, instituto pertencente ao direito penal. Igualmente, não está evidenciada a presença dos requisitos para que se defira tal requerimento, explicitados no art. 158 do RPAF/99.

No mérito, o defendente fundamentou a impugnação das infrações 01 e 02 na negativa de aquisição das mercadorias e na alegação de que as notas fiscais presentes no processo dizem respeito a operações de aquisição de ativo fixo ou material destinado ao uso e consumo.

Não é o que observo ao compulsar os documentos dos autos, pois, como informou a autoridade fiscal, a quase totalidade das notas tomadas nos levantamentos não se refere a documentos capturados pelo sistema CFAMT, mas sim às primeiras vias fornecidas pelo próprio sujeito passivo (fls. 56 a 476), várias com carimbos de lançamento contábil, de transportadoras e / ou de postos fiscais do trajeto (fls. 439, 461, 402, 422, 346, 375, 378, 353, 356 etc.).

Entre tais documentos, de fls. 56 a 476, constatei a presença de inúmeros conhecimentos de transporte, alguns nas suas primeiras vias, a exemplo daqueles de fls. 56, 60, 64 e 72, e outros nas quintas vias, como os de fls. 108, 115, 131, 210 e 248.

Também não procede a alegação de que as aquisições foram de bens destinados ao ativo fixo ou de materiais de uso e consumo. Primeiramente, o impugnante não indicou as notas fiscais que especificam essas operações, o que faz incidir o comando do art. 143, RPAF/99: “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”. Em segundo lugar, verifico que os produtos registrados nos documentos são de típica destinação à revenda na atividade empresarial do autuado, como piscina 500 litros, mini bote, banheira 300 litros (fl. 59), mesas, cadeiras (fl. 71), barrilha leve (fl. 101), bombas e filtros (fl. 132).

Na revisão fiscal, foi juntado ao PAF Demonstrativo de Compras com Ajustes (fls. 760 a 777), onde resta inserida a coluna COMPROVAÇÃO DE RECEBIMENTO E / OU DAS TRANSAÇÕES COMERCIAIS, inclusive com indicação de canhotos, lançamentos no livro Registro de Entradas e conhecimentos de transporte. A título de exemplo, cito as notas fiscais 89.104 (fls. 537 e 770), 190.410 (fls. 541 e 771) e 1.843 (fls. 543 e 772).

De acordo com o que já foi exposto no relatório acima, em atendimento à diligência de fl. 666, foram elaborados novos levantamentos para as cinco primeiras infrações, às fls. 746 a 777: Demonstrativo da Antecipação Parcial com Ajustes 2004/2005, Planilha de Cálculo para Recolhimento do ICMS de Empresas SIMBAHIA com Ajustes Exercício 2004, Planilha de Cálculo para Recolhimento do ICMS de Empresas SIMBAHIA com Ajustes Exercício 2005 e Demonstrativos de Compras Com Ajustes 2004/2005.

As planilhas sintéticas de fls. 780 e 781 indicam apenas parcialmente os montantes cobrados em cada infração, pois são relativas tão somente aos meses nos quais houve mudança no ICMS lançado após a revisão fiscal. A totalidade dos valores por cada ilícito tributário imputado encontra-se nos levantamentos de fls. 746 a 777.

Foram retiradas do lançamento as operações sem comprovantes, de modo que a infração 01 ficou reduzida de R\$ 37.759,16 para R\$ 36.169,30, e a 02 de R\$ 713,30 para R\$ 554,88 (fls. 780 e 781).

Acato os demonstrativos de fls. 746 a 757, elaborados pelo autuante, de forma que a infração 01 reste diminuída de R\$ 37.759,16 para R\$ 36.169,30, e a 02 de R\$ 713,30 para R\$ 554,88.

No caso concreto, por não haver previsão de multa específica para a falta de antecipação parcial, no período anterior a novembro de 2007, deve-se aplicar a multa de 60%, capitulada na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, prevista para todo e qualquer caso em que se configure infração diversa das expressamente previstas nos demais tópicos do art. 42, que importe descumprimento de obrigação tributária principal, caso não haja dolo.

Infrações 01 e 02 parcialmente elididas, com o re-enquadramento das multas para a alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado afirmou que as infrações 03 e 04 são conseqüências das anteriores, e que, portanto, são igualmente insubsistentes. No regime de apuração SIMBAHIA, no seu entendimento, não haveria motivos para recolher impostos além daqueles relacionados às devidas atividades de comércio.

As naturezas dos ilícitos são distintas. O contribuinte apurou o ICMS – SIMBAHIA com base na DME. O autuante refez a apuração considerando os documentos fiscais juntados ao PAF. Com relação às infrações 01/02 e 03/04, aquelas dizem respeito ao imposto devido por antecipação parcial, enquanto estas se relacionam com o ICMS exigido das entidades enquadradas no Regime SIMBAHIA. Importante frisar que este Regime de apuração foi observado pelo autuante nos levantamentos e é bastante simplificado, encontrando-se à margem de considerações pertinentes ao direito privado, como “atividades de comércio”, mesmo porque, data máxima vênua, tal expressão não mais se aplica na seara da ciência jurídica contemporânea, em razão da Teoria da Empresa ora preponderante.

O autuante, observando o que foi solicitado na diligência de fl. 666, revisou os cálculos, cujos demonstrativos analíticos encontram-se às fls. 758 e 759, de maneira que a infração 03 foi modificada de R\$ 415,00 para R\$ 270,00 (julho, agosto e setembro de 2004), e a 04 de R\$ 15.269,60 para R\$ 13.518,50 (outubro de 2004 a dezembro de 2005).

Acato os levantamentos de fls. 758 e 759, elaborados pelo autuante, restando diminuídos os valores das infrações 03 e 04: a 03 de R\$ 415,00 para R\$ 270,00 (julho, agosto e setembro de 2004), e a 04 de R\$ 15.269,60 para R\$ 13.518,50 (outubro de 2004 a dezembro de 2005).

Infrações 03 e 04 parcialmente descaracterizadas.

Conforme muito bem expôs o autuante na conclusão da diligência, a infração 05 reporta-se ao fato de o sujeito passivo ter declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais relativas à DME (Declaração de Movimento Econômico de Micro-Empresa). No Demonstrativo de Compras 2004/2005 (fls. 38 a 55) está comprovado que as aquisições nestes exercícios totalizaram, respectivamente, R\$ 425.141,27 e R\$ 487.919,22, de acordo com os documentos fiscais de fls. 56 a 476, sendo que foram declaradas nas DME (fls. 15 a 18) as quantias de R\$ 133.583,01 e R\$ 179.742,00. O contribuinte apresentou o livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 484 a 509) e o livro Registro de Entradas (fls. 510 a 553) com valores de compras nesses exercícios, respectivamente, de R\$ 432.258,70 e de R\$ 393.404,40, informações que divergem das constantes das DME de fls. 15 a 18.

A revisão fiscal em nada descaracteriza o descumprimento da obrigação acessória relativa a esta infração, motivo pelo qual reputo a mesma caracterizada.

Por fim, com referência à sexta e última infração, concluo que ficou demonstrada a falta de apresentação de livros fiscais. O impugnante tentou justificar afirmando que foi vítima de atos ilícitos dolosos de terceiros, que teriam extraviado livros e documentos, mas não apresentou qualquer boletim de ocorrência policial ou comunicação à repartição fiscal competente.

O art. 146 do RICMS/BA determina que nos casos de sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento de livros ou documentos fiscais, fica o contribuinte obrigado a comunicar o fato à Inspeção Fazendária, dentro de 08 dias, e a comprovar o montante das operações ou prestações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas, para efeito de verificação do pagamento do imposto, no mesmo prazo.

Uma vez que o contribuinte tomou ciência da terceira intimação no dia 1º de setembro de 2009, para efeito de corrigir os juros que incidirão sobre o valor lançado, é preciso que se corrija o campo “Data Ocorr.” da infração 06 para o dia 30/09/2009.

Caracterizada a infração 06.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no montante de R\$51.512,68.

Inconformado com a Decisão prolatada, a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 810/835). Aduz que, em 22 de outubro de 2009, viu-se surpreendida ao encontrar um envelope aberto e com alguns documentos extraviados entregue pelos Correios. Após minuciosa análise, descobriu que se tratava da intimação deste Auto de Infração, que havia sido entregue no dia 08 do referido mês.

No dia 05/11/2009, quando se dirigiu a “Unidade da SEFAZ em Feira de Santana” para ter vista do processo, constatou que os documentos recebidos se referiam apenas à folha de intimação e demonstrativo de infrações.

Diz desconhecer a suposta pessoa que recebeu a correspondência, que embora tenha subscrito no “AR” sobrenome comum ao do titular da empresa, é pessoa estranha a sua família e não consta como sua funcionária. Diz que no AR não consta dados obrigatórios e suficientes para identificar a pessoa recebedora da correspondência, portanto imprestável ao devido processo legal.

Nos dias 07 e 08 de outubro de 2009, o estabelecimento estava de portas fechadas, portanto seria impossível que fosse entregue no endereço qualquer correspondência com “AR”. Alega que o escasso tempo e o extravio de documentos afrontaram a garantia à ampla defesa e ao contraditório, prejudicaram o prazo e a produção das provas necessárias. Que na sua impugnação requereu a produção de provas durante a instrução processual, o que não ocorreu, *“pois nunca foi intimado para avaliar, se defender e provar suas alegações durante as diligências dos autos”*, pois as diligências levadas a efeito não lhe foram comunicadas, em *“absoluto desequilíbrio processual”*.

Aponta fato equivocado da JJF, quando diz que às fls. 784/787 a empresa foi devidamente cientificada, pois não recebeu qualquer *“intimação ou ciência do conteúdo da instrução processual e refazimento da ação fiscal”*.

Após tais considerações passa às preliminares do seu Recurso.

1. EXTINÇÃO/EXCLUSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA – sacando das determinações dos artigos, 173, 111 e 118, todos do CTN, diz que como o ICMS é imposto por homologação, a regra a ser seguida é aquela do art. 150, § 4º do referido Código, inclusive sendo assunto pacificado no poder judiciário. Em assim sendo, os fatos ocorridos no exercício de 2004 não poderiam mais ser exigidos.
2. NULIDADES DO AUTO DE INFRAÇÃO. FALTA DE JUSTA CAUSA – diz ser nulo o Auto de Infração em face da sua manifesta impropriedade, especialmente por inexistência de justa causa para a sua lavratura, por inocorrência de qualquer ilicitude. Sacando das determinações do art. 5º, II, da Constituição Federal, afirma que nunca desobedeceu os dispositivos legais ora acusados, nem, tampouco havia recebido qualquer Notificação Fiscal. Assim, o lançamento deve ser anulado desde seu nascedouro *“quer pela falta de justa causa para a instauração da ação fiscal, quer, sobretudo, pela impropriedade de que está revestido o ato formal, que direcionado no sentido da exigência, desamparada da indispensável garantia legal”*.
3. CERCEAMENTO DE DEFESA. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA SEGURANÇA JURÍDICA – neste item afirma que o fisco vulnerou o direito ao sigilo fiscal da empresa, já que tomou ciência da existência do auto no dia 22/10/2009, encontrando um envelope aberto, extraviado e faltando documentos de seu conteúdo. Em seguida, abordando o princípio da segurança jurídica apresenta os procedimentos legais para uma intimação e deságua na abordagem dos princípios da legalidade, do direito ao contraditório e a ampla defesa. Enfatizar de que ficou inquestionavelmente prejudicado, pois não mais dispôs (após receber a intimação) de tempo suficiente para levantar provas para exercer seu direito à ampla defesa, produção de provas e contraditório. Em assim sendo, o Auto de Infração e o Acórdão devem ser anulados.

4. NULIDADE DO AUTO POR ERRO ESSENCIAL DE FORMA E DE PROCEDIMENTO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO/INTIMAÇÃO PESSOAL VÁLIDA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (PARTE II). FRAGILIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA. VIOLAÇÃO DE SIGILO FISCAL – neste item aborda novamente todos os seus argumentos acima expostos, tendo em vista a forma e o momento em que recebeu a intimação para ciência do Auto de Infração. Em seguida, discorrendo sobre ato jurídico e ato administrativo e citando os artigos 46, 47 e 134, do RPAF/BA diz que a intimação não fora pessoalmente a ele entregue, não trazendo no seu bojo qualquer prova deste ato, assim como, a data específica de quando tomou a sua ciência. Diz que tal situação *“é requisito indispensável para a segurança jurídica e certeza do conteúdo da autuação por parte do impugnante, conforme já se pacificou nos entendimentos de julgados administrativos e judiciais”*. Afora que a pessoa que recebeu a intimação não está identificada com vínculo à empresa.

Prossegue com a sua argumentação afirmando que mesmo que tenha tomado conhecimento de algumas notificações anteriores, esta não é condição para se deduzir que tal pessoa de apenas nome subscrito no AR tenha nexo de responsabilidade com o estabelecimento. Além do mais, embora o sobrenome desta pessoa possa coincidir com o do proprietário do estabelecimento, entende que tal questão é matéria de verificação probatória. Volta a dizer que a fiscalização não faz prova da correta entrega do envelope, que a intimação pessoal é requisito indispensável para a validade do auto. Desta forma, o lançamento encontra-se eivado de nulidade absoluta, matéria que discorre.

5. HIPÓTESE DE INFRAÇÕES DIVERSAS. VEDAÇÃO LEGAL. AUTO DE INFRAÇÃO INVÁLIDO – sacando das determinações do art. 49, do RPAF/BA, entende que as seis infrações a ele imputadas diversas, embora algumas delas derivadas umas de outras. No entanto, a infração 06 não tem qualquer relação concreta com as demais, não podendo constar, conforme determina a norma, na autuação.

Passa para o que chamou de mérito, também itemizando seus argumentos.

1. NEGATIVA DO FATO GERADOR. INVALIDADE DA AUTUAÇÃO AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE VÁLIDA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL. A AUTUAÇÃO NÃO ADMITE DÚVIDAS, INCERTEZAS – discorrendo sobre ato administrativo ilegal e de lançamento fiscal contido no art. 142, do CTN afirma que o fisco *“valeu-se de ora de cópias de notas fiscais originadas de outros Estados da Federação, ora de demonstrativo de aquisição do estabelecimento, dissociados um do outro, sendo que tais “provas” não trazem o nexo da verdadeira aquisição, compra/venda, em muitas notas não comprovam o recebimento de tais mercadorias, das quais, confessa o preposto fiscal, sequer fora capturada pelo sistema CFAMT ou carimbadas pelo posto fiscal”*. E nesta esteira, passa a falar sobre o ônus da prova, que o lançamento está comprometido pela ilegalidade, fazendo análise minuciosa do art. 142, do CTN. Diz que não teve sequer a oportunidade de analisar a sua escrituração fiscal, que analisando as cópias de notas fiscais acostadas aos autos, pôde-se constatar que muitas dos documentos são imperfeitos, imprestáveis a provar qualquer transação comercial, passível de divergências quando submetidos a perícias e diligências. Em assim sendo pleiteia, a aplicação do que dispõe o art. 112, do CTN e prossegue discorrendo sobre a transgressão do fisco ao princípio da verdade material para desaguar na afirmativa de que *“o lançamento é nulo por cerceamento do direito de defesa, pois o autuante não demonstra como foi determinado o valor da base de cálculo do imposto”*. Concluiu tal item dizendo que conclama o seu direito amplo de produzir provas *“desde que tenha o paradigma da acusação primeiramente válido e provado”*. Afirma que o Auto de Infração deve ser julgado improcedente e reformado o Acórdão.
2. ICMS. CONSEQUÊNCIAS E DÚVIDAS ADVINDAS DAS NOTAS FISCAIS IMPUGNADAS. DECLARAÇÕES FISCAIS COERENTES. IMPUGNAÇÕES.
- a) Falta de incidência. Auto de Infração incorreto. Ausência de provas válidas – não existe fato gerador do imposto, já que a fiscalização não provou, sequer, se a transação está embutida de

caráter mercantil ou de qualquer outro meio de aquisição. As cópias das notas fiscais acostadas e demais alegações do autuante são imprestáveis à instrução do processo, por ser meras conjecturas unilaterais.

- b) Não incidência. Dúvidas do recolhimento e do sujeito passivo da obrigação – diz que os demonstrativos elaborados pela fiscalização são frágeis como prova material à autuação, apenas demonstrando suposta transação comercial entre si e algumas outras empresas situadas em diversas unidades da Federação, sem identificar o seu elemento principal, ou seja, as alíquotas a serem aplicadas. Também não se identifica o enquadramento da mercadoria, bem como, o real sujeito passivo da obrigação tributária. Nesta sua argumentação, afirma que a infração 5 consiste em conclusão equivocada já que desconhece as supostas compras a ele atribuídas. Se as desconhece, evidente que não poderiam constar na sua DME.
- c) Não incidência. Bens adquiridos para compor o ativo permanente. Autuado mero consumidor. Ausência de fato gerador – neste subitem discorre sobre a natureza mercantil do ICMS, para afirmar que as entradas de mercadorias destinadas ao ativo permanente ou ao consumo da empresa não geram direito ao crédito do imposto. Fala em seguida, da não cumulatividade do imposto, para firmar que: *i) não se mostra razoável que as entradas de mercadorias (com qualquer destinação) não vinculadas à atividade do contribuinte gere direito a crédito de ICMS, uma vez que as saídas não vinculadas a tal atividade não gera débito do imposto; ii) com relação aos créditos decorrentes da entrada de mercadorias destinadas ao ativo permanente ou consumo do contribuinte, também não se mostra razoável o raciocínio inverso, vale dizer, de que as entradas de mercadorias não vinculadas à atividade de comércio do contribuinte não gerariam direito ao crédito, mas as saídas não vinculadas integrariam o "valor total de saídas", para fins de fixação da proporcionalidade em que tais créditos serão utilizados; e iii) o mais razoável é que, de um lado, apenas as entradas de mercadorias destinadas ao ativo permanente do contribuinte e vinculadas à sua atividade mercantil gerem direitos a crédito do ICMS, e, de outro, somente as saídas de mercadorias vinculadas à atividade do contribuinte integrem o "valor total de saídas", para fins de fixação da dita proporcionalidade.*
- d) Imprecisão do auto. Não reconhecimento da alíquota incidente. Não identificação da operação realizada – neste subitem diz que como as operações não estão identificadas, não se pode aplicar uma determinada alíquota.
- e) Não subsistindo fato gerador da imputação atribuída; não subsiste sonegação fiscal – afirma que desconhecendo as transações comerciais que ora lhe são atribuídas, não poderia recolher o tributo. Em assim sendo, *“Se não houve tais aquisições, ou se algumas destas dispensa o contribuinte de recolher imposto, nítido que não há fundamento lógico para atribuir as imputações aludidas nas infrações 1, 2, 3, 4 e 5”*. E prossegue dizendo que *“as infrações 1 e 2, ora impugnadas, será amplamente discutida ao longo do presente processo”*. *Que as “infrações 03, 04 são consequências das anteriores, portanto igualmente insubsistentes. No regime de enquadramento para Apuração do impugnante – SIMBAHIA – não haveria motivos para recolher impostos além daqueles relacionados às devidas atividades de comércio”*. *E quanto á infração 5 é apenas o efeito material da balança comercial do estabelecimento, portanto imanente a realidade das aquisições e vendas. Tal infração, por certo, concatena os dispostos nos campos de infrações 1 e 2, razão pela qual igualmente fica impugnada... e que “ não poderia declarar na DEM dados de desconhece”*. E finaliza tal subitem afirmando que *“a anulação deve atingir todas as suas consequências e derivações, pelo que alcança todas as 06 (seis) infrações atribuídas ao estabelecimento”*.
3. NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. MOTIVO DE FORÇA MAIOR. EXCLUDENTE DE ILUCITUDE – afirma que por ter sido vítima de falcaturas por parte de alguns funcionários e pessoas que transitaram pelo estabelecimento, seus livros e documentos fiscais foram extraviados, não havendo intenção de ocultar informações ao fisco. Em assim sendo, não existe motivação para a imputação da infração 06. E concluiu tal item afirmando: *Quanto a*

questão da prova, esta foi devidamente requisitada na impugnação ora em Recurso. Devido ao pouco tempo para se defender, o recorrente requisitou que lhe fosse assegurado o direito de provar suas alegações durante a instrução processual, no entanto, em momento algum a autoridade responsável pela condução do processo providenciou a devida intimação para apresentação das provas. E nesta esteira, afirma que o refazimento do Auto de Infração ocorreu ao arrepio do seu conhecimento e do seu procurador, cerceando o seu direito de defesa e produção de provas. Que não é verdadeira a afirmativa da JJF de que fora intimado do resultado da diligência, conforme fls. 784/787, pois seu procurador somente tomou conhecimento da mesma após receber a intimação em seu endereço profissional do Acórdão recorrido.

4. DAS PROVAS. VIOLAÇÃO DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - neste item discorre longamente sobre as provas matérias que devem conter um lançamento fiscal e, novamente, afirma que as notas fiscais indicadas na autuação não dão sustentação à autuação. Nesta longa dissertação, afirma que o julgador, embora indique algumas folhas dos autos para seu convencimento, não apontou todas as provas e conclui: *“Quanto à afirmação de aquisições destinadas ao ativo permanente do estabelecimento, mais uma vez contata-se a intenção do agente fiscal em obstruir a ampla defesa e o contraditório. Cediço que os processos, em especial processos administrativos obedecem regras próprias. Ao interpor impugnação, o recorrente expôs devidamente suas razões, bem como deixou claro que seu prazo de defesa estava prejudicado face à violação do sigilo fiscal do estabelecimento, portanto, se reservando a comprovar suas alegações no curso da instrução processual, o que não ocorreu pois só agora seu procurador foi surpreendido com a intimação do acórdão hostilizado. Registre-se claramente que não houve qualquer intimação para que o recorrente acompanhasse o processo, bem como apresentasse suas provas e disponibilizasse o estabelecimento para verificação necessária, como de direito lhe assegura no curso da instrução processual, portanto, restando, em absoluto a nulidade do atacado acórdão, bem como toda instrução processual”*.
5. ICMS. TRIBUTO DE HOMOLOGAÇÃO. PROCEDIMENTO DE COBRANÇA: NOTIFICAÇÃO PARA PAGAMENTO QUE AFASTA PROCEDIMENTO PARA AUTUAÇÃO. PRECEDENTES. Afirma que o Poder Judiciário e o CONSEF, inclusive com Parecer favorável da PGE, já pacificaram entendimento que é caso de nulidade do Auto de Infração quando o lançamento/intimação não é feito pessoalmente ao autuado. Que as multas aplicadas através do Auto de Infração não é o procedimento legalmente exigido, uma vez que o art. 96 do RPAF/BA determina como procedimento a notificação fiscal direta para pagamento do débito ou a imediata remessa dos autos para inscrição da Dívida Ativa, comportamento este aqui não observado. Assim o Auto de Infração é nulo.
6. DO PERSISTENTE EXCESSO DE EXAÇÃO – entende que na forma como foi conduzido o processo (já fartamente explicitado) e como não foi notificado da diligência levada a efeito pela JJF diz que *“o preposto fiscal conduziu a produção de suas provas de maneira unilateral, se furtando à garantia da ampla defesa do recorrente. Um órgão da administração pública não pode a pretexto do seu poder de polícia, atuar ao arrepio da Lei e do Ordenamento Jurídico, agindo com paixão de seus dirigentes para, extrapolando as disposições da Lei Maior do País, impor sanções que se convertam em abuso de autoridade, excesso de exação, eivando sua conduta de nulidade relativa, quando não absoluta, parcial, quando não total de nenhum efeito na Ordem Jurídica tornando tais atos passíveis de decretação de nulidade pelo Poder Judiciário”*.

Nas suas conclusões, requer que seus pedidos sejam atendidos, a juntada de novas provas e requerimentos oportunamente como de direito e que seja intimado da Decisão proferida e demais ato do processo, via patrono, em endereço constante em rodapé, sob pena de nulidade.

Os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS (fl. 839) para análise e emissão de Parecer.

O Procurador do Estado Dr. José Augusto Martins Junior (fl. 842/843) emite o seguinte opinativo:

[...]

No que se refere à questão da suposta violação ao princípio da ampla defesa, em face do suposto não recebimento de intimação, não merece sufrágio a tese recursal, uma vez que, conforme se observa nos autos, o autuado foi devidamente cientificado de todos os atos atinentes a autuação, tendo sido a “intimação” do auto entregue no endereço do contribuinte e, ademais, à pessoa que assina todos os documentos intimatórios (fs. 09/12, 13 e 15).

Em relação ao argumento da decadência, na esteira do que vem sendo decidido no CONSEF, entendemos perfeitamente aplicável a regra prevista no COTEB, em que se define o marco temporal da contagem do prazo decadencial àquele referente ao exercício seguinte, tendo tal norma suporte no CTN (lei ordinária com status de Lei Complementar).

No que tange ao mérito do lançamento, não há como se oferecer abrigo às teses recursais, porquanto desprovidas de qualquer substrato jurídico ou fático, trafegando tão-somente na contestação inespecífica e genérica.

Ademais, quadra apontar, as infrações assacadas no presente lançamento desmerecem qualquer discussão jurídica, pois se trata de condutas atinentes apenas ao não recolhimento da antecipação parcial, sendo passíveis de refutação apenas com a apresentação do efetivo comprovante de recolhimento do imposto.

Opina pelo Improvimento do Recurso interposto.

VOTO

Preliminarmente quanto ao pedido do representante legal do recorrente de que cópias das intimações sejam encaminhadas ao seu escritório de advocacia, ressalto que no foro administrativo embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, nada obsta de que seu pleito seja atendido. O órgão competente desta Secretaria de Fazenda poderá enviá-lo comunicações sobre o andamento do presente processo, embora não obrigatória e não ensejando, sua falta, motivo para alegação de cerceamento de defesa, nem tampouco determinara a nulidade do lançamento fiscal, uma vez que a presente lide ainda se encontra na esfera administrativa, a empresa autuada tem endereço e, igualmente, seus sócios, não havendo previsão legal no RPAF/BA para tal comportamento. E, para não restar qualquer dúvida, relembro ao nobre patrono do recorrente de que, conforme determinações legais, as sessões de julgamento deste Colegiado são publicadas no Diário Oficial do Estado (art. 49 do Regimento Interno deste CONSEF) e no sítio da Secretaria da Fazenda.

O recorrente embora no seu extenso Recurso tenha apresentado preliminares de nulidade, de anulação do Acórdão recorrido e questões de mérito, no desenrolar da sua insurgência ao lançamento fiscal, as confunde uma com a outra. Por tal motivo, para que haja um melhor entendimento sobre as questões levantadas, as abordo em conjunto, apenas, deixando para o mérito em si, o que for a ele pertinente.

E, diante destas colocações feitas, trato, primeiramente da decadência arguida referente ao exercício de 2004.

Quando da edição da Súmula Vinculante nº 08 do STF, este fato gerou controvérsias no âmbito deste Conselho de Fazenda, que, e de ofício, provocou a Procuradoria Estadual para que este Órgão Jurídico se pronunciasse acerca da contagem inicial do prazo de decadência relativo ao ICMS.

A Procuradoria Geral do Estado, após exaustiva análise jurídica do quanto esposado na citada Súmula do STF e em relação ao ICMS neste Estado, opina de que os processos onde tal matéria se fizesse presente deveriam ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PGE/PROFIS, e, por consequência, por este Colegiado.

Desta maneira, afasto toda questão relativa aos prazos decadências e mantenho o posicionamento já reiterado por este Conselho de Fazenda Estadual.

Não podemos desconsiderar a interpretação sistemática da norma disposta no art. 150, § 4º, do CTN e sua interação com o que dispõe o seu art. 173, I. A incidência da regra do art. 150 e seu § 4º do CTN pressupõe as situações em que o sujeito passivo lança o valor do imposto ou antecipa o

pagamento. No presente caso, a empresa não lançou e nem recolheu o valor do imposto. Sendo assim, não se pode falar em lançamento por homologação, já que o pagamento do tributo exigido não foi antecipado. Foi ele lançado de ofício. Neste caso deverá ser observado o disposto no artigo 173, I do CTN, repetido pela Lei nº 3.956/81 (COTEB-BA) no seu art. 107-A. O nobre relator entendeu ter havido prazo decadencial da exigência do tributo cujos fatos geradores têm mais de 05 anos em relação à data da lavratura do Auto de Infração. Os lançamentos referem-se, entre outros, a ocorrências datadas do exercício de 2004. No caso específico, o prazo que tem o fisco começa a contar a partir de 01/01/2005 e se encerra em 31/12/2009. O Auto de Infração foi lavrado em 30/09/2009.

Por fim, sendo tal matéria já sedimentada na jurisprudência deste CONSEF, permito-me transcrever o voto da Cons. Sandra Urânia Silva Andrade, proferido no Acórdão nº 0130-11/11 da 1ª CJF que, entendo, açambarca todos os aspectos ora postos no presente voto:

Inicialmente, no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto aos períodos anteriores a julho de 2004, entendemos, comungando com a JJF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, in verbis:

“Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.” Grifos nossos

Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 01/07/2009, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2004, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2010 para efetuar o referido lançamento.

Registre-se que, embora o recorrente não tenha feito menção à Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DOE de 20/06/2008 – registro feito apenas pela PGE/PROFIS em seu opinativo, a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

No entanto, a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que, através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo a quo do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.

Desta forma, rejeito a preliminar de decadência suscitada.

Passo às questões de nulidade, de anulação do Acórdão recorrido e de mérito conforme apresentado na peça recursal.

Volto-me à legislação vigente quanto ao encaminhamento de um processo administrativo fiscal para apreciar o argumento exposto pelo recorrente de que a pessoa que recebeu a intimação para ciência do Auto de Infração não é pessoa legítima para recebê-la.

Uma citação, ou no caso do processo administrativo fiscal a intimação para ciência de atos no processo, é imprescindível ao estabelecimento e desenvolvimento válido da relação processual. É pela intimação que se estabelece o contraditório, cientificando-se o acusado da imputação que sobre ele pesa e propiciando-lhe fazer sua defesa, da maneira mais ampla possível (art. 5º, LV,

CF). Entretanto, para que não seja usada como meio para procrastinar o processo, a jurisprudência dos tribunais pátrios têm atenuado a rigidez (através do "princípio da aparência", que tem suporte em outro princípio, o da instrumentalidade das formas, prescrito no art. 154 do CPC) contida no Parágrafo único do art. 223, do Código de Processo Civil – CPC quando determina (ele) que a entrega da correspondência enviada, via postal, será válida quando entregue a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração, como se denota das seguintes decisões:

REsp 1.094.308-RJ. Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 19/3/2009

A matéria cinge-se em saber se, para a intimação prevista no § 1º do art. 267 do CPC, em se tratando de pessoa jurídica, a carta registrada devidamente enviada ao endereço constante da inicial e do contrato social da empresa, ainda que não recebida por representante legal, supre a exigência constante do referido dispositivo legal. Inicialmente, destacou o Min. Relator que este Superior Tribunal, de forma a privilegiar a teoria da aparência, considera válida a citação, bem como a intimação (em geral) na pessoa de quem se apresente perante o oficial de justiça sem manifestar qualquer ressalva quanto à inexistência de poderes para representá-la. Assim, se, para a citação, principal ato de comunicação no processo, que tem o condão de efetivamente constituir a relação processual entre as partes, quando realizada pela via postal, admite-se, em se tratando de pessoa jurídica, o recebimento da carta registrada (corretamente endereçada) por funcionário ou preposto, não há razão para não aplicar tal entendimento à presente hipótese. Assim, partindo-se do pressuposto de que é válida a intimação pela via postal a fim de cientificar o autor da necessidade de promover o prosseguimento do feito, desde que atinja tal propósito, e considerando não se mostrar crível que a carta devidamente encaminhada ao endereço da empresa autora constante de seu estatuto social e da petição inicial, ainda que não recebida por seus representantes legais, não tenha chegado ao conhecimento destes, tem-se por atendida a exigência prevista no artigo 267, § 1º, do CPC. Reputando-se válida a intimação e remanescendo inerte a autora da ação, a extinção do feito, em que não restou conformada a relação processual com o ora recorrido, era mesmo a medida de rigor. Ressalte-se, ainda, que, em se tratando de ação de busca e apreensão em que o réu não foi citado, a extinção do feito de ofício pelo magistrado prescinde da manifestação do réu. Afasta-se, por isso, a incidência na espécie do enunciado n. 240/STJ. Precedentes citados: AgRg no Ag 547.864-DF, DJ 19/4/2004; REsp 190.690-RJ, DJ 20/3/2000; Ag 441.507-RJ, DJ 22/4/2003, e AgRg no Ag 736.583-MG, DJ 20/9/2007

PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. TEORIA DA APARÊNCIA. RECEBIMENTO QUE SE APRESENTA COMO REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA. Em consonância com o moderno princípio da instrumentalidade processual, que recomenda o desprezo a formalidades desprovida de efeitos prejudiciais, é de se aplicar a TEORIA da APARÊNCIA para reconhecer a validade da CITAÇÃO da PESSOA JURÍDICA realizada em quem, na sua sede, se apresenta como sua representante legal e recebe a CITAÇÃO sem qualquer ressalva quanto à inexistência de poderes para representá-la em Juízo. - Embargos de Divergência conhecidos e acolhidos. Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: ERESP - EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL – 156970. Processo: 1999.00.15803-2. Relator: Vicente Leal." (g.n)

PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO POSTAL. PESSOA JURÍDICA. CABIMENTO. REVELIA. EFEITOS. OMISSÃO. EMBARGOS. DECLARATÓRIOS. SÚMULA 211/STJ. 1. Na linha do entendimento das Turmas integrantes da Segunda Seção do STJ é válida a citação de pessoa jurídica por via postal, quando implementada no endereço onde se encontra o estabelecimento do réu, sendo desnecessário que a carta citatória seja recebida e o aviso de recebimento assinado por representante legal da empresa. 2. Recurso especial não conhecido." (REsp 582.005/ BA, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJ 05.04.2004, Quarta Turma).

PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO PELO CORREIO. ART. 223, PAR. ÚNICO" CITAÇÃO . Citação pelo correio. Pessoa jurídica. Assinatura de preposto.- É suficiente, para que se cumpra a citação pelo correio, a entrega da correspondência na sede do estabelecimento do réu, recebida por um preposto que se presume autorizado para tanto. Mesmo porque não é comum dispor-se o diretor do banco a receber os carteiros, sendo de presumir-se que o empregado colocado nessa função tenha a responsabilidade de dar à correspondência recebida o devido encaminhamento. Recurso conhecido pela divergência, mas improvido." (REsp 234.303/ MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ 27.03.2000, Quarta Turma).

Em socorro a este entendimento, a Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80), no seu art. 8º, I determina de que a citação em um processo de execução fiscal será feita pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer de outra forma, e que a sua efetivação se concretiza na data da entrega da intimação no endereço do executado (inciso II, do citado artigo).

E o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal deste Estado – RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) assim dispõe:

Art. 108. *A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem:*

[...]

II - *mediante remessa, por via postal ou qualquer outro meio ou via, com aviso de recebimento (“AR”) ou com prova de entrega, ao sujeito passivo ou interessado, de cópia do instrumento ou de comunicação de Decisão ou circunstância constante de expediente;*

Art. 109. *Considera-se efetivada a intimação:*

[...]

II - *quando por remessa, na data do recebimento, sendo que, se for omitida a data, a intimação considera-se feita:*

a) se remetida por via postal, na data em que for devolvido o comprovante de recebimento ao órgão encarregado da intimação;

b) se enviada por qualquer outro meio ou via, 3 (três) dias após a data da expedição;

Diante da legislação posta, a intimação recebida no dia 08/10/2009 e assinada pela Sra. Kátia de Moura Cordeiro (fl. 593) é válida para todos os efeitos legais, pois entregue no estabelecimento autuado via “AR”, não tendo pertinência legal o argumento do recorrente de que a intimação para ciência da autuação somente poderia se dar pessoalmente ao proprietário do estabelecimento, muito menos que o poder judiciário, este CONSEF e a PGE/PROFIS têm entendimento contrário e alinhado ao que expôs. Saliento, nesta oportunidade, que a Sra. Kátia de Moura Cordeiro é a mesma pessoa que recebeu a 2ª Intimação da fiscalização para apresentação de livros e documentos fiscais em 19/05/2009 (fl. 13), inclusive apondo o seu telefone. Por fim, como o sobrenome da referida senhora (Moura Cordeiro) é o mesmo do proprietário do estabelecimento comercial, este fato, embora não seja prova contundente, corrobora toda a situação posta.

Quanto a alegação de que nos dias 07 e 08 de outubro de 2011, a empresa encontrava-se com suas portas encerradas, presumindo-se com tal afirmativa de que não havia qualquer pessoa neste endereço, esta é questão de prova que o recorrente deveria trazer aos autos, conforme determinações do art. 123, do RPAF/BA, inclusive provando que a Sra. Kátia de Moura Cordeiro, quem assinou a correspondência, lá não se encontrava. E, observo, somente com tal prova pode a Secretaria de Fazenda tomar alguma atitude contra a Empresa Brasileira dos Correios e Telégrafos - EBCT.

Em assim sendo, teve o recorrente o prazo de 30 dias para se defender, inclusive como realizado, pois apresentou sua defesa em 09/11/2009 já que os dias 07 e 08 de novembro foram um sábado e domingo, respectivamente.

Por fim, se acaso tal argumento fosse comprovado, não seria caso de nulidade do lançamento fiscal e sim de anulação de todos os atos a ele posteriores.

E nesta esteira de que não recebeu as intimações para tomar conhecimento das peças processuais, diz o n. recorrente de que como o seu patrono não tomou conhecimento da diligência levada a efeito pela JJF, houve cerceamento do seu direito de defesa, tornando, por consequência o Auto de Infração nulo. Este é outro equívoco que não pode ser levado em consideração. Como acima dito, em um processo administrativo não é obrigatório de que a comunicação de intimações e decisões seja encaminhada ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide. No caso, foi expedida intimação aos representantes da empresa, das quais uma foi pessoalmente recebida, conforme consta provado às fls. 786/787 dos autos. Assim, falece de base legal o argumento recursal.

Diz, ainda, o recorrente de que somente tomou conhecimento da intimação dias depois da sua entrega e assim mesmo a correspondência se encontrava violada, com “extravio” de documentos contidos na correspondência. Como dito, a correspondência foi entregue pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos à empresa. Se, acaso, após recebimento alguma pessoa dentro do estabelecimento autuado a violou, ou mesmo retirou documentos que ela continha, como afirmado, entendo que é questão dele buscar, inclusive judicialmente, o responsável por este ato

e não, como pretende, imputar tal responsabilidade à Secretaria de Fazenda, que em nada interfere nas atividades cotidianas do estabelecimento autuado. E, mais uma vez, somente com a prova de que a EBCT violou a correspondência pode a Secretaria de Fazenda tomar alguma atitude contra a mesma.

Em assim sendo, toda a argumentação apresentada pela empresa e que constam do preâmbulo do Recurso e dos itens 2.3 e 2.4 e parte do 3.5 (itens 3 e 4 e 5 (do mérito) do relatório do presente Acórdão) não podem ser acolhidas, inclusive toda a argumentação posterior e que permeia as questões de mérito apresentadas.

Outra questão levantada pela empresa é que o Auto de Infração não se encontra embasado em “justa causa” já que nunca foi autuado e nunca violou os dispositivos legais embasadores do lançamento fiscal. No direito tributário não existe “justa causa” e sim a obrigação, por dever, a obediência à norma tributária vigente. Sendo descumprida, cabe ao fisco, também, por dever, lançar o tributo de ofício, cabendo ao contribuinte apresentar as provas em contrário (art. 123, do RPAF/BA) visando a desconstituição do mesmo, em processo administrativo formal e legal, quando são obedecidos todos os princípios constitucionais da “*oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito*” (art. 2º, do RPAF/BA). Todos eles, no presente processo foram estritamente obedecidos.

Mais uma vez as questões abordadas pelo recorrente não podem ser acolhidas (item 2.2. do Recurso e 2 do presente relatório)

No item 2.5 e parte do item 3.5 (item 5 do relatório (nulidade e mérito) do Recurso, o n. patrono da empresa confunde Notificação Fiscal com Auto de Infração, instrumentos diversos um do outro, e com objetivos de lançar, de ofício, o tributo devido. Todos os artigos do RPAF/BA apresentados dizem respeito a uma Notificação Fiscal, e que seria lavrada nos casos previstos no art. 48 como indicados à época da auditoria fiscal. Neste caso, de fato, somente poderia ser ela lavrada para a exigência de uma única infração (art. 49 da norma regulamentar citada). Entretanto, no presente caso foi lavrado Auto de Infração, após a realização de uma auditoria fiscal. Neste caso a norma a ser seguida são aquelas contidas nos art. 38 a 47 do RPAF/BA, sendo que a única vedação diz respeito a lavratura de um mesmo Auto de Infração relativo a tributos diversos (art. 43). Mais uma vez tal argumentação não pode ser acolhida por este Colegiado, nem tampouco, o pedido de nulidade específica em relação à infração 6.

Embora trazido como questão de mérito, o recorrente requer a nulidade do lançamento fiscal por ausência de validade dos documentos fiscais objeto da autuação. No seu argumento diz que a autuação se valeu ora de cópias de notas fiscais originadas de outros Estados da Federação, ora de demonstrativo de aquisição do estabelecimento, dissociados um do outro, não trazendo “*nexo da verdadeira aquisição*”, em muitas notas não existe o recebimento das mercadorias, e que sequer fora capturada pelo sistema CFAMT ou carimbadas pelo posto fiscal. E nesta esteira, diz que constatou que muitas das tais notas são imperfeitas, imprestáveis a provar qualquer transação comercial, passível de divergências quando submetidas a perícias e diligências. Requer a aplicação das determinações do art. 112, do CTN. Afirma, ainda, que não foi considerado de que muitas aquisições tiveram como objetivo integrar seu ativo imobilizado e material de usos e consumo.

Primeiramente é necessário pontuar que as cópias das notas fiscais acostadas aos autos (fls. 96/475) são cópias legíveis, perfeitas, trazendo no seu bojo o seu emitente, destinatário, identifica as mercadorias, suas quantidades, valores, alíquota aplicada, transportador, endereço de entrega. Assim tal argumento recursal não procede.

No mais, a grande maioria das cópias dos documentos são 1ª vias (quase a totalidade), ou seja, entregues pela própria empresa, que possui o seu original e sendo a detentora e proprietária dos mesmos. São documentos fiscais que provam contundentemente as aquisições realizadas.

No universo destes documentos alguns foram capturados junto ao CFAMT, outros (em pequena monta) junto aos remetentes das mercadorias.

Ressalto ser posicionamento deste Colegiado de que as notas fiscais colhidas junto aos postos de fronteiras desta Secretaria da Fazenda (CFAMT) são documentos de prova para constatação da irregularidade em questão, pois colhidas pelo próprio fisco estadual quando do trânsito das mercadorias. Além do mais, provado que os documentos estão revestidos de todas as formalidades legais, o destinatário é o autuado, e os seus emitentes são seus fornecedores regulares de operações mercantis e de operações de serviço de transporte como se pode observar pela análise dos documentos fiscais. Diante desses fatos, entendo que as notas fiscais acostadas ao PAF constituem prova bastante da existência de operações comerciais realizadas pelo contribuinte.

Também tem este Colegiado se posicionado de que notas fiscais colhidas junto aos fornecedores, a princípio é indício de uma operação comercial. Neste caso necessita de outras provas para comprovar a operação. Ao analisar as peças processuais, a JJF solicitou ao autuante e em relação às infrações 1, 2, 3, 4 e 5 que considerasse, para aquelas operações interestaduais, apenas os documentos fiscais nesta condição colhidos que tivessem provas inequívocas das operações (fl. 666). O autuante solicitou aos fornecedores a comprovação da operação comercial, sendo parcialmente atendido, inclusive com informações contábeis e sobre devolução de mercadorias. Com tais dados, refez o Demonstrativo de Compras (fls. 39/55) fazendo os referidos ajustes de exclusão dos documentos que não foram comprovadas as aquisições (fls. 760/777). Neste demonstrativo indicou nota fiscal a nota fiscal, indicando que a quase totalidade dos documentos se encontram registradas no livro Registro de Entradas do contribuinte – 1ª vias (fls. 510/553), aquelas que possuíam assinatura no canhoto de entrega, as que os fornecedores comprovaram a operação comercial. Excluíram as devoluções de compras e aquelas que restaram sem comprovação. Em seguida, foram refeitos todos os demonstrativos de débitos (fls. 746/759) de maneira clara, específica e legal, com todas as alíquotas constantes nos documentos fiscais (7% ou 12% a depender da região) diminuindo, inclusive, o valor do ICMS exigido. Todos estes documentos foram entregues á empresa, conforme acima já explicitado. A JJF acatou tal resultado e julgou o Auto de Infração procedente em parte.

Quanto ao fato de ter havido aquisições referente ao ativo imobilizado da empresa e material de uso e consumo, esta é afirmativa que deveria o recorrente provar, conforme determinações do art. 123, do RPAF/BA. No mais, em uma análise breve destas aquisições são mercadorias como: piscinas pré-fabricadas, produtos utilizados na conservação e limpeza de piscinas, filtros, espreguiçadeiras, cadeiras, kit de reparos para infláveis, bar flutuante, etc., produtos inerentes á sua atividade comercial.

Diante de tudo exposto e com as claras e expressas comprovações existentes nos autos, queda sem qualquer pertinência toda a discussão do recorrente na sua extensa argumentação referente aos itens 3.1, 3.2 (com os seus subitens a, b, c, d, e) e 3.4 – itens 2 e 4 do relatório (mérito), não tendo qualquer pertinência serem aqui aguidas as determinações do art. 112, do CTN.

No item 3.3 (3 do relatório – mérito) do Recurso o n. patrono da empresa alega que não apresentou documentos ao fisco por motivo de “força maior” e neste caso, referiu-se, especificadamente a infração 6. Diz que foi vítima de falctruas por parte de seus funcionários e de pessoas que transitam em seu estabelecimento. Assim, houve o extravio de livros e documentos fiscais. Que o fisco não lhe deu tempo para buscar provas, conforme requereu, sendo que a JJF lhe negou tal pedido. E nesta esteira de argumentação volta a dizer que seu patrono não foi cientificado da diligência levada a efeito.

Em primeiro analisando a impugnação inicial (fl. 611) em qualquer momento houve pedido formal da empresa sobre esta matéria. Em segundo, teve o recorrente tempo mais do que suficiente de produzir provas que pudessem embasar a sua argumentação. Em terceiro, aqui não se pode falar em “força maior” e sim em obediência aos ditames legais. Por exemplo, se os livros

de Inventário, e todos aqueles contábeis (Razão, Diário e Caixa) foram extraviados, conforme afirma, deveria ter comunicado o fato à Secretaria de Fazenda na forma que manda a legislação (art. 146, do RICMS/97). Não o fazendo, queda inerte o argumento recursal. E, por fim, quanto a cientificação do patrono da empresa do resultado da diligência levada a efeito pela JJF (que não tem qualquer nexo com o primeiro argumento) este assunto já foi objeto de análise anterior deste voto.

No mais, é bom lembrar que a infração 06 não trata de extravio de livros fiscais e sim da falta de apresentação ao fisco, quando intimado, dos livros fiscais.

Por fim e diante de tudo ora exposto, e ainda em homenagem aos argumentos recursais, não existe no presente lançamento fiscal qualquer excesso de exação, mas sim a aplicação de toda a norma legal vigente.

No mérito, as infrações 1 e 2 do Auto de Infração tratam da falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação parcial. Ao contrário do que entende o recorrente, as microempresa e empresas de pequeno porte estão obrigadas ao seu recolhimento (art.12-A, da Lei nº 70.14/96 e art. 353-A, do RICMS/97). Após os devidos ajustes realizados pelo próprio autuante e acatado pela JJF (conforme já indicado neste voto) a infração 1 passou de R\$ 37.759,16 para R\$ 36.169,30, e a 2 de R\$ 713,30 para R\$ 554,88. E, alinhada com o entendimento deste Colegiado, a JJF aplicou a multa de 60%, capitulada na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, prevista para todo e qualquer caso em que se configure infração diversa das expressamente previstas nos demais tópicos do art. 42, que importe descumprimento de obrigação tributária principal, caso não haja dolo.

As infrações 3 e 4 tratam do recolhimento a menos do ICMS por empresa enquadrada no SimBahia. Na infração 3 foi calculado o imposto devido pelo recorrente quando ele se encontrava como microempresa e na infração 04 quando seu enquadramento era de empresa de pequeno porte. E, ao contrário da posição externada pela empresa, estas infrações não são consequência das infrações 1 e 3. Possuem naturezas diversas, sendo as duas primeiras a exigência da antecipação parcial e estas duas do recolhimento a menor do imposto quando da apuração mensal do imposto com base na receita que havia sido omitida. De igual forma, após saneamento, houve diminuição do imposto exigido que passou de R\$ 415,00 para R\$ 270,00 (julho, agosto e setembro de 2004), e de R\$ 15.269,60 para R\$ 13.518,50 (outubro de 2004 a dezembro de 2005), para as infrações 3 e 4, respectivamente.

No que se refere à infração 5, declaração incorreta dos dados nas informações econômico-fiscais relativas à DME (Declaração de Movimento Econômico de Microempresa), todas as considerações, inclusive atestadas pelos números apresentados, da JJF são aqueles com que me alinho, não havendo qualquer necessidade de repeti-los já que constam do relatório do presente Acórdão.

E, finalmente, em relação infração 6 – falta de apresentação ao fisco, quando intimado, dos livros fiscais e contábeis (Inventário e livros contábeis) o próprio recorrente confirma a infração ao alegar que houve extravio dos mesmos. A multa aplicada encontra-se posta na Lei nº 7.104/96.

Por tudo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso interposto, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência e afastamento das multas infração 1 e 2)

Peço vênua a ilustre Relatora para discordar da sua decisão quanto à matéria que envolve a decadência dos lançamentos tributários oriundos dos fatos geradores anteriores a 30/09/2004.

Ainda em sede de preliminar, entendo que há de ser discutida a matéria motivadora da diligência dirigida à PGE/PROFIS, com vistas à emissão de parecer sobre eventual decadência das operações ocorridas anteriormente a 30/09/2004, à luz da decisão do STF, expressa na Súmula Vinculante nº 08.

Derredor desta matéria, entendo que devo me manifestar a respeito do Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, Dr. Rui Moraes Cruz, cuidando da decadência do lançamento tributário.

Diz a Súmula Vinculante nº 08 editada pelo STF:

“são inconstitucionais os parágrafos único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Entendo, em uma análise rápida e rasa, que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial viaja em rota de colisão com o quanto disposto no CTN e com o quanto estabelecido pela Súmula Vinculante nº 08 editada pelo STF. Da leitura dos votos que embasaram e desvendam a questão por trás do breve texto da Súmula Vinculante nº 08 (RE's 559943-4, 559882-9, 560626-1, 556664-1, dentre outros), percebe-se que o STF concluiu que a prescrição e decadência só poderiam ser disciplinados por lei complementar, vez que a matéria envolve institutos gerais do direito tributário.

Nessa mesma esteira, me parece claro que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal por via da Súmula Vinculante nº 08, é no sentido de que somente o CTN poderá prever prazos prescricionais e decadências em torno de matéria tributária, e desse modo, a princípio, não poderia o COTEB tratar da matéria em questão.

Nesse contexto, me permito lembrar que uma Súmula Vinculante tem poder impositivo, tudo em razão do seu caráter e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração Pública direta e indireta, em todas as esferas de poder. Ou seja, me parece inapropriada, quiçá impossível, a utilização do COTEB como ferramenta de condução da questão de definição do marco inicial do prazo decadencial.

Por outra banda, a afirmativa do preclaro Procurador Geral do Estado de que *“...deve o presente expediente retornar à PROFIS para que seja elaborada minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, § 5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN”*, salvo melhor inteligência, indica com grande clareza e veemência a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que robustece a minha tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional e corroborado pela Súmula Vinculante nº 08, ou seja, cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Diante do exposto, pelos motivos acima alinhavados, entendo que as operações ocorridas anteriormente a 30/09/2004, não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, alcançada pela decadência.

Quanto ao mérito, na esteira de divergência acima exposta, configurada pela decadência dos lançamentos anteriores a 30/09/2004, e ultrapassada a preliminar de mérito cujo voto por mim proferido foi vencido, entendo que a discussão derredor do fulcro da autuação, referente às operações alcançadas pela decadência são absolutamente improcedentes, na media em que não se poderia exigir imposto sobre tais operações, em razão da inexistência de fato gerador.

Pelo exposto, voto no sentido de ACOLHER a preliminar de decadência que abarca as operações anteriores a 30/09/2004 e, no mérito, voto no sentido de tornar IMPROCEDENTE as operações alcançadas pela decadência.

Mais uma vez devo pedir vênias à ilustre Conselheira, Relatora deste PAF, para discordar da sua decisão que mantém a multa aplicada pelo autuante e mantida pela JJF, referentemente às infrações 1 e 2.

A infrações em questão tratam de falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial e recolhimento a menor do ICMS por antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Quando da instituição da chamada “antecipação parcial” na norma tributária deste Estado em 2004, a Lei nº 7014/97 não a especificou, inicialmente, no seu capítulo que se refere às penalidades aplicáveis às infrações tributárias. Isso somente aconteceu com a alteração introduzida no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 10.847/07, com efeitos a partir de 28/11/2007, quando foi acrescentada a expressão “inclusive por antecipação parcial”. Este fato gerou inúmeras controvérsias (interpretação a ser dada ao instituto da antecipação parcial), no âmbito deste Conselho de Fazenda, que, e de ofício, provocou a Procuradoria Estadual para que ela se pronunciasse acerca desta penalidade a ser aplicada. Com a intervenção do Supremo Tribunal Federal – STF na ADIN nº 33203-8/2004, a matéria foi pacificada, ou seja, hoje se distingue as figuras da antecipação parcial, da chamada antecipação propriamente dita e da antecipação por substituição tributária, tendo em vista que a primeira não encerra a fase de tributação e por tal situação, não pode ser aplicada às mercadorias enquadradas no regime da antecipação ou substituição tributária (§ 1º, III, do art. 352-A, do RICMS/97).

Diante deste quadro, a multa de 60%, com arrimo no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, não pode ser aplicada aos lançamentos cujos fatos geradores ocorreram antes da alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.847/07, já que o dispositivo normativo não açambarcava a figura da antecipação parcial, dizendo respeito ao instituto à substituição/antecipação tributária. De igual sorte, a multa de 50% com base nas determinações do art. 42, I, “b”, 1 da referida lei, pois ela trata de infrações concernentes a falta de recolhimento do imposto por antecipação/substituição tributária pelas microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, tudo conforme acima explicitado.

Todavia, já se encontrava previsto no ordenamento jurídico tributário estadual, à época da ocorrência dos fatos geradores, a norma tributária-penal, inserida no art. 42, II, alínea “f”, que nos remete à possibilidade de aplicação da multa de 60% para as hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial, para todas as categorias de contribuintes, uma vez que a forma conceitual aberta do referido dispositivo apregoa a aplicação de sanção quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas especificadamente no art. 42 da Lei nº 7.014/96, que importe em descumprimento de obrigação principal. E, ressaltado, para o específico caso não se pode aventar ofensa ao princípio da irretroatividade das normas de conteúdo sancionatório, já que os fatos são regidos pelas normas vigentes à época da sua ocorrência. Assim, seguindo esta linha de entendimento, mostra-se juridicamente possível o reenquadramento da infração originalmente imputada, conforme autoriza o art. 142 c/c o art. 149 do Código Tributário Nacional (CTN) ao disciplinar o ato de lançamento tributário. No caso presente, houve equivocada enquadramento do fato infracional apurado nas infrações 1 e 2 no art. 42, inc. I, “b”, 1, quando o correto seria o art. 42, inc. II, letra “f”. Todavia, esse equívoco não implicou em modificação do núcleo da exigência fiscal, que remanesce inalterada e circunscrita à cobrança do ICMS da antecipação parcial.

Pelo exposto, voto no sentido de afastar a aplicação da multa incidente cominada às infrações 1 e 2, pois, relativamente aos fatos geradores anteriores à edição da Lei nº 10.847/07, pela mais absoluta falta de previsão legal, não pode ser exigida.

Relativamente à infração 6, reiterando as minhas escusas, divirjo do entendimento da nobre Relatora.

A infração de nº 6, acusa o Recorrente de falta de apresentação dos livros Razão, Caixa e Diário, embora regularmente intimado em 01/09/2009.

Pois bem, considerando que a conduta, mesmo típica, não representou qualquer prejuízo ao erário, nem mesmo provocou qualquer possibilidade de fraude quando do cometimento da infração nem em momento futuro, pois o Livro de apuração do ICMS consigna falta de movimentação, entendo que devo adotar posicionamento reiterado no sentido de que a multa com o caráter acima descrito é excessivamente alta e desproporcional. Não por menos, com

permissivo legal contido no art. 158 do RPAF/99, tenho, em casos análogos, reduzido a multa aplicada.

O referido art. 158 diz que “*as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo*”. Ainda que reste absolutamente demonstrado o cometimento da infração, como é o caso, à luz dos fólios deste PAF, entendo que não resta caracterizada a conduta dolosa, fraudulenta ou simulada por parte da recorrente. Ademais, considerando por princípio fundamental de direito, que a boa-fé é presumida, teria o fisco que demonstrar que a conduta do sujeito passivo foi deliberada.

Por tudo isso, considerando a condição de microempresa e a inexistência de qualquer prejuízo ao erário, pela prerrogativa dada a este julgador, voto no sentido de afastar a multa aplicada em sua totalidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210319.3009/09-0**, lavrado contra **PAULO SÉRGIO DE MOURA CORDEIRO DE FEIRA (PH PISCINAS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$50.512,68**, acrescido das multas de 60% sobre R\$36.724,18 e 50% sobre R\$13.788,50, previstas no art. 42, incisos II, “f” e I, “b”, item 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$600,00**, previstas no art. 42, incisos XVIII, “c” e XX, da citada Lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência e afastamento das multas infração 1 e 2) - Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Denise Mara Andrade Barbosa e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência e afastamento das multas infração 1 e 2) - Conselheiro(s): José Antonio Marques Ribeiro, Carlos Henrique Jorge Gantois e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões CONSEF, 01 de abril de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ ANTONIO MARQUE RIBEIRO – VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência e afastamento das multas infração 1 e 2)

ROSSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS