

PROCESSO - A. I. Nº 210577.0018/12-0
RECORRENTE - FRAGA CORDEIRO DISTRIBUIDORA DE TECIDOS LTDA. (FRAGA CORDEIRO)-ME.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0149-05/14
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 18/08/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0212-12/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. O sujeito passivo não atendeu à diligência no sentido de carrear ao processo as provas que afirmou dispor a favor de seus argumentos defensivos. Infrações não elididas. Não acolhidas as preliminares. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, exigindo do autuado imposto no valor total de R\$136.371,22, acrescido das multas de 50% e 60%, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 28/09/2012 decorre de duas acusações fiscais, abaixo transcritas, todas motivadoras do Recurso Voluntário que se apreciará, como segue:

***Infração 1.** Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de janeiro a março, maio a julho, setembro e outubro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, totalizando R\$134.499,19, além da multa de 60%.*

***Infração 2.** Recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, ocorrência verificada no mês de abril de 2009.*

Da apreciação dos argumentos defensivos, bem como das contra razões do autuante, a 5ª JJF, à unanimidade, decidiu pela total Procedência da autuação, tudo com substância no voto do Relator de primeiro grau abaixo transcrito:

VOTO

O lançamento constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização que podem ser sintetizadas em um único fato: Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, quer total (infração 1), quer parcial (infração 2).

Analisei, inicialmente, as preliminares levantadas na defesa. 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 defesa 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 reperguntas 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 do recorrente produzi-la. Logo, não pode a mesma argüir 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 encontra-se fartamente documentado no sentido de embasar a acusação fiscal.

A propósito do princípio da ampla defesa, oportuno citar Odete Medauar, 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”. (A processualidade no Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, páginas 105 e 106).

Verifica-se, portanto, que o direito de ampla defesa não está vinculado somente na 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 Recorrente, o foram de modo insofismável.

Por outro lado, 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, repita-se, tal fato não ocorreu ao longo do processo em sua trajetória até o presente momento.

Não pode prosperar a tese defensiva de que inexistia previsão na Lei para a cobrança efetuada, vez que, inicialmente, a ninguém é dado desconhecer a Lei. Por outro lado, uma simples leitura da Lei do ICMS do Estado da Bahia (7.014/960), especialmente no seu artigo 12-A permite concluir que tal alegação não tem qualquer procedência, diante da determinação explícita de cobrança da antecipação parcial, nele contida.

Igualmente, a penalidade aplicada, também possui a devida previsão legal, (artigo 42), o que demonstra a fragilidade de tal raciocínio esposado pelo defendente, razão pela sua rejeição.

Ainda que o autuante tenha invocado dispositivo regulamentar, isso não significa que haja qualquer ilegalidade em tal prática, à vista da disposição contida na norma processual baiana (RPAF/99), a qual estatui em seu artigo 19 que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Dessa forma, não há de se falar em existência de qualquer elemento motivador para a decretação da nulidade do processo, exatamente pela obediência não somente aos ritos, como de igual forma, ao sagrado e constitucional direito do sujeito passivo de não só conhecer o teor da acusação fiscal, como, de igual forma, contraditá-lo, bem como diante da previsão legal para a cobrança efetivada.

Por isso, 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 nº 7.014/97. De igual forma, o princípio da verdade material foi seguido rigorosamente até o presente momento, o que, inclusive, motivou a realização de diligência solicitada e não atendida pelo sujeito passivo. E há de se perquirir: com que objetivo? A resposta é óbvia: na busca da verdade material.

Além do Princípio da Legalidade estabelecido genericamente no artigo 5º, inciso II, da Carta Magna, em nosso ordenamento jurídico podemos falar da estrita legalidade tributária, sendo importante frisar que o verdadeiro conteúdo do Princípio da Legalidade Tributária ultrapassa a simples autorização do Legislativo para o Estado cobrar um tributo e deve ser entendido de forma a açambarcar dois prismas distintos: legalidade formal e

material. No tocante à legalidade formal, podemos dizer que toda regra tributária precisa se inserir no ordenamento jurídico de acordo com as regras de processo legislativo e, também, ser formulada por órgão com poder para elaborar tais normas.

Quanto à legalidade material, torna-se indispensável que sejam estabelecidos todos os aspectos relevantes para que no caso concreto se possa determinar as obrigações tributárias, não bastando apenas a exigência de lei, como fonte de produção jurídica específica. Mais que isso, necessita-se a fixação, de todos os critérios de Decisão, sem qualquer margem de liberdade ao administrador.

Além do texto constitucional, o princípio da legalidade tributária também está previsto no artigo 97 do Código Tributário Nacional. E o autuante, ao realizar o lançamento, nada mais fez do que obedecer a tal preceito.

Analizando o processo, verifico que todos os direitos e garantias quanto ao exercício da ampla defesa foram observadas em seu curso, prova disso é que nesse momento analisamos a argumentação recursal do 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 defendente para tal 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, inexistindo, pois, motivação real para tal requerimento. Por tais razões, não acolho as preliminares levantadas, rejeitando a nulidade do lançamento, e adentrando no seu mérito.

Quanto a este, como visto, trata-se de falta de recolhimento da antecipação parcial, pela aquisição em operação interestadual, de mercadorias destinadas a comercialização.

A respeito, pertinente esclarecer-se que a legislação tributária do Estado, estabelece como regra geral, que nas entradas de mercadorias no território da Bahia, os contribuintes possuem a obrigação de recolher a título de antecipação tributária, o ICMS. Esta regra está insculpida no artigo 12-A da Lei nº 7.014/96:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”.

Por outro lado, o artigo 17 da mesma Lei, determina que a base de cálculo para o recolhimento do imposto é o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, bem como o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição; frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado, e em relação ao IPI, o parágrafo 2º do mencionado artigo 17, estipula que não integra a base de cálculo do ICMS o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes é relativa a produto destinado a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, configurar fato gerador de ambos os impostos.

A alegação defensiva é a de que tais aquisições arroladas no lançamento não se destinavam para comercialização, o que faria com que a exigência fiscal fosse descabida, pela ausência da hipótese de incidência tributária. Tal sustentação, remete, necessariamente a questão, para a apreciação da necessária prova material.

O autuado, quando da apresentação da sua peça defensiva, trouxe ao feito argumentos que foram devidamente levados em conta e avaliados pelo julgador, o qual concluiu da necessidade de colacionar ao feito o devido elemento de prova.

Isso em nome do princípio da verdade material, o qual, na lição de Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro. 37ª edição. São Paulo: RT, 2011, p. 581), "o princípio da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade julgadora ou processante tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o Juiz deve cingir-se às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até o julgamento final, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela".

O processo administrativo é figura indispensável no controle de mérito e da legalidade dos atos administrativos. A atividade fiscalizadora da Administração Tributária nunca poderá violar os direitos e garantias individuais do contribuinte, desta feita, é garantido ao particular o direito ao devido processo legal e todas as demais garantias constitucionais. Este processo tem por finalidade garantir soluções para conflitos entre Administração e Administrados, praticando a revisão da legalidade de seus atos, no sentido de discutir uma possível ilegalidade no ato administrativo e de minimizar os efeitos de possíveis equívocos que, por ventura, os agentes da administração possam ter cometido, durante a execução das atividades de sua competência, sem que para isso, tenha que recorrer ao judiciário.

A ampla possibilidade de produção de provas no curso do Processo Administrativo Tributário alicerça e ratifica

a legitimação de tal princípio.

O processo administrativo sempre busca a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários. Tal princípio decorre do princípio da legalidade e, também, do princípio da igualdade. Busca, incessantemente, o convencimento da verdade que, hipoteticamente, esteja mais próxima da realidade dos fatos. De acordo com o princípio são considerados todos os fatos e provas novos e lícitos, ainda que não tragam benefícios à Fazenda Pública ou que não tenham sido declarados. Essa verdade é apurada no julgamento dos processos, de acordo com a análise de documentos, análise de perícias técnicas e, ainda, na investigação dos fatos. Através das provas, busca-se a realidade dos fatos, desprezando-se as presunções tributárias ou outros procedimentos que atentem apenas à verdade formal dos fatos. Neste sentido, deve a administração promover de ofício as investigações necessárias à elucidação da verdade material para que a partir dela, seja possível prolatar uma Decisão justa.

A apresentação de provas e uma análise nos ditames do princípio da verdade material estão intimamente relacionadas no processo administrativo, pois a verdade material apresentará a versão legítima dos fatos, independente da impressão que as partes tenham daquela. A prova há de ser considerada em toda a sua extensão, assegurando todas as garantias e prerrogativas constitucionais possíveis do contribuinte, observando os termos especificados pela lei tributária.

A jurisdição administrativa tem uma dinâmica processual diferente do Poder Judiciário, portanto, quando nos depararmos com um Processo Administrativo Tributário, não se deve deixar de analisá-lo sob a égide do princípio da verdade material e da informalidade. No que se refere às provas, é necessário que sejam examinadas à luz da verdade material, independente da intenção das partes, pois somente desta forma será possível garantir o um julgamento justo.

Na jurisprudência, os Tribunais Superiores do país consagram, de forma clara, a adoção do princípio da verdade material no processo administrativo, especialmente nos processos administrativos fiscais, como se depreende do julgado abaixo transcrito:

"Processual Civil. Recurso Especial. Tributário. Escrituração Irregular. Saldo Credor em Caixa.

Presunção de Omissão De Receita. Faculdade Do Contribuinte Produzir Prova Contrária. Princípio da Verdade Material. Sucumbência. Princípio da Causalidade (STJ - REsp 901311 / RJ - RECURSO ESPECIAL 2006/0215688-9- Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI – Julgamento 18/12/2007 – Publicação DJE 06/03/2008)"

Feitas estas observações, retorno à análise objetiva do feito, no qual, pontuando, como bem observou o autuante em sede de informação fiscal, que a empresa encontra-se devidamente inscrita no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia como exercendo a atividade de Comércio Varejista de Tecidos, com CNAE 4755501, o que a princípio, faria com que as entradas fossem submetidas à cobrança da antecipação parcial, embora no contrato social acostado ao feito, conste a atividade de "confecção sob medida de roupas profissionais" CNAE 1413-4/02.

O autuado trouxe argumentos e elementos contrários ao lançamento, os quais foram devidamente analisados, e resultaram na solicitação de diligência (fls. 195 e 196), a fim de que os elementos de que dispusesse o autuado para comprovar a sua tese defensiva viessem ao feito, na busca da verdade material, o que não aconteceu no momento da apresentação da impugnação.

Tal solicitação estribou-se no fato de que os documentos que o autuado apresentou como "comprovação" de sua argumentação, constante às fls. 162 a 167 se reportarem a "proposta", na maioria dos casos sem identificação de quem seria a empresa encomendante, apenas a observação "consumidor final", e o mais importante: se referem a fatos ocorridos em períodos não abrangidos pela autuação, vez que datados de 13/05/2011 (fls. 163 a 165), 05/05/2011 (fls. 166 e 167), ao passo que o período da autuação é de 2009 a dezembro 2010, diverso daquele, reitere-se.

Some-se a isso o fato do documento de fl. 163 constar indicação de "vendedor", o que desmonta a tese defensiva de utilização de tais aquisições para uso e consumo.

Diante do relato do diligente, de que não foi atendida a intimação para a apresentação dos elementos que demonstrassem que as aquisições das mercadorias constantes no Auto de Infração foram efetivamente empregados na confecção de roupas, conforme alegação defensiva, cai-se na regra do artigo 142 do RPAF/99, o qual dispõe que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Quanto à solicitação de que as intimações e comunicações fossem dirigidas aos advogados da empresa, nada obsta que tal procedimento seja adotado, embora seja entendimento unânime neste órgão, de que o não atendimento de tal fato não implica em qualquer nulidade, diante das peculiaridades do processo administrativo fiscal.

Desta forma, diante de tal fato, e de não ter vindo ao feito a necessária e imprescindível prova da alegação do defendente, há de se julgar o lançamento procedente em sua inteireza.

Protocolizado Recurso voluntário tempestivo, colacionados às fls. 677/699, o contribuinte vem aos autos e após breve relato dos fatos, afirma que apontou, ainda em sede de defesa, diversos vícios que tornam nulo o Auto de Infração, em que pese rejeitadas pelos julgadores de piso.

Diz que a sua tese fundamental atine ao fato de que inexistente previsão legal (*strictu sensu*) para a exigência fiscal.

Assevera que os julgadores de primo grau, de maneira confessa, basearam-se em dispositivos meramente infralegais, regulamentares, ao dispor que “*ainda que o autuante tenha invocado dispositivo regulamentar, isso não significa que haja qualquer ilegalidade em tal prática*”, uma vez que o RPAF baiano preveria que “*a indicação de dispositivo regulamentar equivale a menção do dispositivo de lei*”, o que se configura em verdadeiro “*absurdo jurídico!!!*”, pois, não pode a Lei ser substituída por um ato do Poder Executivo.

Quanto à peça de acusação, diz que o autuante incorreu em equívocos, consubstanciados em inconsistências e fundamentações legais incorretas, o que torna nulo o Auto de Infração, ante ao franco cerceamento do seu direito de defesa, à inobservância do devido processo legal, e à nítida ofensa ao princípio da legalidade. Cita o art. 5º, LV, da CF/88.

Registra que na capitulação legal constante da autuação constam artigos que lhe fazem crer que está sendo exigida em razão do fato de ter adquirido mercadorias para revenda, ao passo que, na verdade, as mercadorias foram adquiridas como insumo para fabricação de novos bens, jamais destinadas à revenda.

Dizendo que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, citando os artigos 37, da CF/88 e 142, do CTN, e também a doutrina, afirma que a exigência fiscal é indevida, face à nulidade apontada acima e a violação do direito de ampla defesa do Impugnante.

Para corroborar a sua tese, diz que foi autuada pela falta de recolhimento do ICMS referente à *antecipação parcial*, (...) *referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado*, enquanto que, em verdade, não pode ser tributada pelo regime de antecipação parcial, vez que o material adquirido não se destina à comercialização, mas sim para uso e consumo em seus processos de fabricação, aduzindo que seria cabível a aplicação de penalidade pelo não recolhimento do diferencial de alíquota interestadual, por ser supostamente o destinatário final da mercadoria.

Cita a jurisprudência e a doutrina atinentes ao cerceamento do direito de defesa, concluindo que resta comprovado que a infração em questão não foi lavrada de acordo com os ditames legais e com a realidade dos fatos.

Consigna que o autuante limitou-se apenas a indicar exclusivamente dispositivos do Regulamento do ICMS Baiano (Decreto nº 6.284/97), sem que fosse feita qualquer referência a dispositivo de Lei, em que pese a incidência de tributos e de penalidades somente poder ser criada por meio de Lei, em sentido formal e material, conforme estabelece o art. 5º, II, e art. 150, I, da Constituição da República.

Discorre sobre a natureza jurídica dos Decretos e da hierarquia das normas, inferindo que não pode, em nenhuma hipótese, ultrapassar os limites que foram dados por lei, muito menos para criar e impor aos contribuintes regras, tributos, definição e tratamento de ilícitos tributários que não estejam previstos em lei. Cita a doutrina e o art. 37, da CF/88, concluindo que os particulares podem fazer tudo aquilo que a lei não lhes proíbe, ao passo que à Administração Pública só é lícito agir de acordo com o que a lei expressamente autoriza, ou seja, toda a atividade regulamentar só tem validade se subordinada à lei.

Reiterando que todas as supostas irregularidades que lhe foram imputadas estão previstas apenas e tão somente em Decreto Estadual, afirma que as supostas infrações configurariam, no máximo, descumprimento de disposições previstas em legislação de hierarquia inferior. Cita a doutrina e a jurisprudência do TIT/SP, destacando que é indispensável que os “*artigos infringidos*” pelo contribuinte sejam artigos de Lei *stricto sensu*.

Afirma que como consequência da omissão que menciona, a ausência da fundamentação devida viola o seu direito à Ampla Defesa e ao Contraditório, requisitos que reputa indispensáveis para a lavratura do Auto de Infração.

Aduzindo que negar ao contribuinte o direito de se defender amplamente de uma autuação fiscal, ao não lhe dar pleno e perfeito conhecimento de todos os elementos constitutivos de forma precisa e clara do lançamento, redundaria em prática absolutamente vedada pelo ordenamento jurídico pátrio. Entende que deve o lançamento ser declarado nulo, aduzindo que os elementos presentes no Auto de Infração não são suficientes para determinar com segurança a natureza da infração da qual é acusada.

Pelos fundamentos expostos, pugna pela declaração de nulidade do Auto de Infração.

No mérito, de plano, diz da não incidência do ICMS sobre mercadorias destinadas ao uso da adquirente, vez que não houve aquisição de material para simples revenda.

Citando trecho da Decisão recorrida que diz que “*o autuado, quando da apresentação da sua peça defensiva, trouxe ao feito argumentos que foram devidamente levados em conta e avaliados pelo julgador, o qual concluiu da necessidade de colacionar ao feito o devido elemento de prova.*”, aduz que os próprios julgadores reconhecem que a autuação sequer possuía suficiente lastro probatório, o que implicaria na necessidade da realização de diligência com o fim de que fosse verificado se a autuação tinha alguma chance de prosperar.

Registra que foi intimada a apresentar novos documentos, contudo, não houve tempo hábil para localiza-los, motivo pelo qual a diligência foi finalizada considerando-se que o recorrente simplesmente não teria documentos a apresentar.

Entende que neste ponto, o uso do RPAF é inconstitucional já que, baseado nele, a Decisão expressa que “*a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa PRESUNÇÃO de veracidade da afirmação da parte contrária.*”, tudo a concluir que a Fazenda admite que não possui provas, solicita a diligência, e no prazo que bem entende, finaliza a diligência considerando que o contribuinte se recusou a colaborar, passando a julgar como procedentes as alegações do autuante, mesmo reconhecendo a falta de provas.

Com fundamento no art. 155, VII e VIII, da CF/88, discorre sobre o ICMS, aduzindo que no caso em tela, considerando que é fabricante de uniformes profissionais, lhe foi exigido a antecipação parcial do imposto quando, e segundo tipificação legal, tal procedimento só pode ser exigido para contribuinte que venha comercializar a mercadoria adquirida, como se infere da simples leitura do art. 125, “f”, do RICMS, que transcreve.

Nessa toada, reiterando que as mercadorias não se destinavam à comercialização, afirma que o fato de não exercer atividade de mera comercialização da mercadoria, simples revenda do produto adquirido, por si só, demonstra a improcedência da autuação, fato que é disposto no art. 352-A do RICMS/Ba. Cita a jurisprudência do CONSEF (ACÓRDÃO JJF Nº 0060-04/11), diversas outras decisões neste mesmo sentido, anexadas à Impugnação Administrativa, reforçando a tese exposta pela ora Impugnante.

Por derradeiro, com fundamento no que expôs, pede que seja reconhecida a nulidade da autuação e, no mérito, requer seja dado Provimento ao seu Recurso Voluntário para que seja declarada a improcedência do Auto de Infração.

Pede que seja intimada a responder ou se manifestar sobre todas as diligências e manifestações feitas pela Autuante nestes autos, sob pena de cerceamento do direito de defesa, também requerendo que as publicações e intimações sejam direcionadas ao endereço dos seus patronos.

A PGE/PROFIS, através de Parecer da lavra do Dr. José Augusto Martins Junior, 705/707, diz que não merece acolhida a tese recursal.

Sublinha que o recorrente se trata de comerciante varejista de tecidos, conforme cadastro na SEFAZ/Ba, fato que, *a priori*, imputa ao Sujeito Passivo a condição de comerciante de

mercadorias no varejo.

Registra que o recorrente não cuidou de carrear aos autos qualquer prova das suas alegações, não sendo possível identificar quais seriam as empresas encomendantes, além de o recorrente reportar-se a períodos não abrangidos pela autuação.

Entende que o caso dos autos se enquadra perfeitamente nos ditames do art. 12-A da Lei 7.014/96.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

A Conselheira Maria Auxiliadora Gomes Ruiz declarou-se impedida de participar do julgamento que ora se faz, por ter participado do julgamento de primeiro grau.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 3ª JFJ deste CONSEF, Acórdão JFJ 0168-05/14, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se discute tem assento na acusação fiscal de haver o contribuinte deixado de proceder ao recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, e de ter feito recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Em apertada síntese, a tese recursal, em sede de preliminar, tem assento na nulidade do lançamento por ter sido baseado em norma derivada de Decreto e, no mérito, na improcedência em razão de ter as mercadorias sido adquiridas para transformação, e não para comercialização simples e direta das mercadorias como foram adquiridas.

Quanto à tese da nulidade do lançamento, entendo que não há como prosperar. Como dito pelo recorrente, não pode ter hígidez o lançamento que seja alicerçado em norma que não seja própria e que também não obedeça a hierarquia das normas, imposta pelo entendimento mais claro da Carta Maior, consubstanciado no princípio da legalidade, contudo, há que ser lembrado que o Decreto 6.284/97 (RICMS/Ba), em verdade, regulamenta a Lei do ICMS da Bahia (Lei 7.014/96), que por sua vez reflete a LC 87/96 (regramento geral do ICMS), tudo a demonstrar que a tese da suposta nulidade do lançamento em razão de eventual falta de legitimidade na fundamentação legal é improcedente, conquanto a hierarquia das normas resta plenamente respeitada, bem como o RICMS/Ba é fonte própria para a exigência que se faz no Auto de Infração em apreciação.

Quanto a eventual nulidade do lançamento por cerceamento do contraditório e do direito de defesa, vejo que as imputações são claras e os papéis de trabalho alicerçam as acusações fiscais, restando preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 39 do RPAF/Ba, não se observando qualquer das hipóteses listadas no art. 18 do mesmo diploma, ou seja, não há dúvidas quanto à segurança da acusação fiscal, quanto aos valores constantes dos demonstrativos fiscais e que dão lastro à exigência fiscal.

Há que se registrar, por oportuno, que o lançamento foi construído a partir das informações colhidas das notas fiscais jungidas aos autos, bem como os livros do recorrente.

Nesses termos, entendo que não há que se acolher o apelo recursal referente às suscitadas nulidades.

No mérito, entendo que melhor sorte não tem o recorrente. Compulsando os autos, primeiramente, vejo que as notas fiscais tratam de aquisições de tecidos feitas pelo recorrente, cujo cadastro junto à SEFAZ/BA, dá conta de que é contribuinte do ICMS do Estado da Bahia, tendo como atividade o comércio varejista de tecidos.

Em que pese o recorrente ter trazido elementos que podem contrariar o lançamento, o que motivou a conversão do feito em diligência, se pode notar que intimada a apresentar documentos

que comprovariam a sua tese de que as mercadorias não seriam destinadas ao comércio, sem qualquer transformação, ou seja, seriam destinadas à confecção de roupas, a oro recorrente não atendeu ao chamado do Fisco, o que em tese, impõe às alegações de defesa e recursais a pecha de mera negativa do cometimento das infrações de que é acusada.

Derredor disso, entendo que a tese recursal é passível de corresponder à verdade dos fatos, contudo, a tentativa de busca da verdade material, foi infrutífera porque o recorrente não atendeu à intimação que lhe foi feita. Entretanto, em que pese entender que não seria apropriada a conversão do feito em diligência com a mesma finalidade da diligência requerida pela Junta de Julgamento Fiscal, caso o recorrente tenha elementos de prova que possam elidir, no todo ou em parte, a acusação fiscal, pode, querendo, provocar a PGE/PROFIS, para, no controle da legalidade, dirigir Representação a uma das Câmaras de Julgamento deste Conselho de Fazenda no sentido de que sejam apreciadas as provas eventualmente trazidas em sede de Representação. Nesses termos, entendendo que os elementos dos autos são suficientes à formação do meu convencimento, denego o pedido de nova diligência.

Quanto ao fulcro da tese recursal, atinente ao fato de as mercadorias destinavam-se à confecção de peças de vestuário, vejo que a elisão das acusações formuladas na peça de acusação, apenas pode ser feita, no todo ou em parte, pela comprovação efetiva de que as referidas mercadorias tiveram destinação diferente da comercialização pura e simples, sem que tivessem passado por qualquer tipo de modificação, o que efetivamente não foi trazido aos autos, aí entendido que as “*propostas*” que fundamentaram a tese de defesa e a própria conversão do feito em diligência, apenas servem de indício de que são verdadeiros os argumentos recursais, longe portanto da comprovada realidade fática.

Assim, reitero que caso o recorrente tenha elementos de prova que sirvam a dar sustentação à sua tese, pode, conforme acima referido, provocar o PGE/PROFIS.

Isto posto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao apelo recursal, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210577.0018/12-0** lavrado contra **FRAGA CORDEIRO DISTRIBUIDORA DE TECIDOS LTDA. (FRAGA CORDEIRO)-ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$136.371,22**, acrescido das multas de 50% sobre R\$47.344,77 e 60% sobre R\$89.026,45, previstas no art. 42, incisos I, "b", item 1 e II, "d", da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS