

A. I. Nº - 123735.0012/13-7
AUTUADO - W DANTAS MASCARENHAS (QUARTO DE BEBÊ) - EPP
AUTUANTE - DALVACI PEREIRA MELO BARROS
ORIGEM - INFAS ITABUNA
INTERNET - 14.05.2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0068-02/15

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** PAGAMENTO A MENOS. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Operações de aquisições realizadas fora do Estado. O contribuinte não conseguiu elidir as acusações, vez que a simples negativa de realização das operações, desprovida de qualquer meio de prova, não pode ser acolhida, nem tida como suficiente a seu favor. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 10 de dezembro de 2013 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$89.818,76, bem como multa, pela constatação das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1. 07.21.03 - Deixou de efetuar o 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 a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de setembro de 2010, março, maio, junho a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, totalizando R\$73.936,46, além da multa de 60%.

INFRAÇÃO 2. 07.21.04 - Efetuou o 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 a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de outubro a dezembro de 2010, janeiro, fevereiro e abril de 2011, no montante de R\$11.764,34, bem como multa de 60%.

INFRAÇÃO 3. 07.21.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, 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 a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no valor de R\$4.135,96, sugerida multa de 60%, sendo as ocorrências verificadas em abril e maio de 2011, março, junho e dezembro de 2012.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 444 a 447, onde argui em sua defesa, que não concorda com o mesmo, alegando, preliminarmente, ter havido cerceamento de defesa, vez que, quando da intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, tal peça foi entregue a *"pessoa estranha aos fatos, que indevidamente*

assinou o termo fiscalizatório", o que se configuraria em prejuízo, vez que não teria tido tempo suficiente para apresentar os documentos solicitados, diante do não conhecimento à empresa da situação.

Daí, afirma terem ocorrido dificuldades na obtenção e apresentação dos documentos do CFAMT, bem como os comprovantes de recolhimento em poder dos estabelecimentos comerciais, arquivos fiscais e eletrônicos, motivo pelo qual reitera a nulidade, por entender existente hipótese prevista no artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, argumenta que "*não adquiriu e por tanto não recebeu as mercadorias listadas nos arquivos CFANT*" (mantida a grafia original), razão pela qual as notas listadas na autuação não foram localizadas em seus livros fiscais, sendo sabido "*que é de praxe da prática efetiva de ações eletrônicas praticadas por pessoas inescrupulosas de desonesta onde se utiliza cadastro de pessoa física e jurídica impingindo-lhes responsabilidades ilegais*", sendo tal cobrança descabida, eis que presente a possibilidade de bitributação das operações objeto da autuação. Requer a improcedência do Auto de Infração.

Informação fiscal prestada às fls. 452 a 459 pela autuante argumenta que os autos estão devidamente instruídos, inexistindo omissões, obscuridades ou contradições, e contendo todos os requisitos previstos no dispositivo regulamentar RPAF/BA em seu artigo 39, sendo possível conhecer o sujeito passivo, o ilícito tributário a ele atribuído, o valor do crédito tributário lançado e os critérios quantitativos de apuração, a multa aplicada e os dispositivos da legislação tributária que foram violados, portanto, válido no seu todo, motivo pelo qual falece razão ao sujeito passivo em arguir nulidade do Auto de Infração.

Invoca a seu favor, os documentos de fls. 06 e 436, nos quais se verifica que a autuada teve todo o tempo do mundo para cumprir a intimação solicitando a apresentação de documentos para fiscalização, em nada interferindo no seu prazo para a apresentação da sua impugnação.

Diz que conforme consta na fl. 439, a autuante ficou impedida de proceder a ciência da autuação, levando-se em consideração que nenhum dos empregados da empresa tinha autorização para receber a intimação do Auto de Infração acima referido e foi informada de que o sócio estava viajando, tendo procedido nos termos do disposto no artigo 108 do Regulamento do RPAF/BA, sendo a intimação realizada por via postal.

Observa que a impugnante apresentou a sua peça defensiva dentro do prazo regulamentar, não tendo, naquela oportunidade, trazido provas das suas alegações, totalmente infundadas, bem como, não consta do processo qualquer ato que corrobore as suas argumentações, ou a existência de vícios insanáveis que inviabilizariam a autuação, bem assim, da inobservância de formalidades essenciais. O processo preenche todos os requisitos previstos na legislação que regulamenta a matéria e a legislação processual transcrita, motivo pelo qual não assiste razão à impugnante. Todos os fatos por ela alegados estão totalmente fora do contexto legal. Nenhuma irregularidade foi praticada no processo, bem assim, nele não existem quaisquer "vícios substanciais" como quer crer a autuada em sua peça defensiva.

Tais argumentos a levam a rejeitar a preliminar aventada.

No mérito, indica que as Notas Fiscais constantes do presente processo, foram fornecidas à fiscalização pela própria autuada, inclusive com a observação de "lançada" em sua contabilidade e em muitas delas consta o recebimento na transportadora, cabendo à impugnante provar, de forma inconteste, que não adquiriu as mercadorias constantes dos documentos por essa própria fornecidos. Nota-se, que essa prova não consta do presente processo.

Aduz que não pode provar o recolhimento do tributo devido, porque foge da sua alçada. Ora, esses supostos recolhimentos alegados e não apresentados nem provados pela autuada no processo em apreço, de sua obrigatoriedade, não constam nos arquivos da SEFAZ, e, portanto, a omissão de recolhimento está mais do que comprovada no Auto de Infração referido, estando o crédito reclamado mais do que provado e devido.

Informa que conforme planilhas de fls. 362 e 391, considerou todos os recolhimentos efetuados pela impugnante e constantes dos arquivos da SEFAZ. Logo, não há que se falar em efetivação de recolhimentos de tributos se esses não foram devidamente provados pela impugnante no referido processo.

Quanto à alegação de "bitributação", argumenta que o sujeito passivo desconhece o instituto alegado, ante as suas argumentações para fundamentar essa alegação, podendo-se até dizer que houve pagamento em duplicidade, desde que provado, nunca em "bitributação" nos termos do constante à fl. 446 do presente processo.

Afirma que a autuada não trouxe fato que implicasse em descharacterizar a autuação, e desta forma, as alegações na impugnação apresentada, não fundamentadas nem provadas, são meras fantasias, a se observar a legislação que regulamenta a matéria, a apresentação de provas para fundamentar a impugnação, deve ser feita nos termos do artigo 123 do RPAF/BA, ou seja, juntamente com a impugnação, o que não foi feito pela autuada. Portanto, não há que se falar em juntada posterior de documento para fundamentar a sua peça defensiva, porque decaiu o seu direito de apresentar as provas requeridas.

Tais alegações, sem documentos, não apresentados pela impugnante, são insuficientes para elidir a autuação, posto que, tendo o sujeito passivo recebido os demonstrativos e as planilhas de apuração do débito, suas razões defensivas não descharacterizam o lançamento tributário ora reclamado, e da legislação tributária referida no Auto de Infração em apreço.

Reitera não ter a autuada trazido ao processo as provas necessárias e indispensáveis para embasar a sua defesa, nem anexado prova de pagamento relativo ao ICMS reclamado, bem como, não constam dos arquivos da SEFAZ os recolhimentos referentes ao alegado, como tais, provas indispensáveis e inequívocas para dar sustentação à sua peça defensiva.

Segundo ela, a autuada, limitou-se a apresentar alusões genéricas, todas elas, sem exceção, sem a demonstração evidente da veracidade dos fatos alegados, o que contraria o disposto no artigo 143 do RPAF/99, transcrito.

Do exame dos demonstrativos e planilhas, constata-se que foram elaborados tomando por base os dados constantes dos arquivos da SEFAZ e dos apurados através de levantamentos obtidos nos documentos fiscais emitidos e fornecidos pela própria autuada e a essa devolvidos.

Assevera que os débitos das infrações acima referidas estão devidamente demonstrados através dos citados Demonstrativos e Planilhas, e a autuação está fundamentada na legislação que regulamenta a matéria, indicada e descrita no próprio processo administrativo fiscal às fls. 01/05.

Após registrar que da análise das peças processuais, constata que o débito lançado nas infrações foi apurado com base nas planilhas produzidas resultantes da fiscalização dos documentos apresentados pela autuada, estando devidamente demonstrados através das citadas planilhas e dos demonstrativos constantes do presente processo, bem como, dentro do que prescreve a legislação que regulamenta a matéria enfocada.

Fala que a impugnante em sua peça defensiva de fls. 443 a 447, em nada contraria a autuação. Procedeu a várias alegações de irregularidades supostamente cometidas pela autuante no processo em apreço, sem, contudo, comprovar os fatos alegados em sua impugnação, mantendo no seu todo a autuação de fls. 01/05 do presente processo, porque devidamente fundamentada na legislação pertinente.

Diz que os demonstrativos, planilhas e documentos constantes do processo em apreço juntados pela autuante, comprovam o crédito tributário reclamado e devido pela autuada, e que tudo está devidamente enquadrado nos termos legais. Não há que se falar em nulidade, improcedência da autuação, ou qualquer outro fato que não seja o correto lançamento do crédito tributário do auto de infração referido.

Ratifica os fatos e fundamentos constantes da autuação, requerendo que não se acate o pedido de nulidade arguido pela impugnante e, no mérito, que o presente Auto de Infração seja julgado totalmente procedente, para condenar a autuada ao pagamento do tributo devido como prevê a legislação pertinente, porque lavrado em atenção aos requisitos previstos na legislação tributária atinente à matéria enfocada.

Tendo sido distribuído para este relator, o feito, na sessão para apreciação de pauta suplementar de 28 de março de 2014, foi convertido em diligência, a fim de que, pelo fato da peça defensiva ter sido apresentada em formato PDF não editável, em desacordo com a legislação, fosse apresentado em formato texto ou tabela, pelo sujeito passivo.

Daí resultou a intimação de fl. 466, entregue de acordo com o documento de folha seguinte, para o cumprimento de tal solicitação, devidamente atendida, à vista da mídia acostada à fl. 471.

Tendo, na fase de instrução, sido constatada que não constavam no lançamento as comprovações de entrega dos demonstrativos elaborados pela autuante, bem como os documentos fiscais que embasaram a autuação, foi o Auto de Infração novamente convertido em diligência, a fim de que tal irregularidade fosse sanada, reabrindo-se, inclusive, novo prazo de defesa de 30 dias (fl. 474).

Novamente intimada (fls. 476 e 477), a empresa autuada não se manifestou.

VOTO

O lançamento constitui-se em três infrações arroladas pela fiscalização: Falta de recolhimento e recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação parcial por empresa optante do regime de apuração do denominado Simples Nacional (infrações 1 e 2), e falta de recolhimento do imposto devido em aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária total (infração 3).

Em função da sistemática adotadas pela defesa, que se insurgiu contra as três acusações utilizando-se do mesmo argumento, assim também procederei.

Arecio, inicialmente, a preliminar posta pela defesa, de que teria havido cerceamento de defesa, tendo em vista que a pessoa que assinou a intimação apresentada pelo Fisco não possuía a devida competência legal, e que seria, em suas palavras, "*pessoa estranha aos fatos, que indevidamente assinou o termo fiscalizatório*", o que se configuraria em prejuízo, vez que não teria tido tempo suficiente para apresentar os documentos solicitados, diante do não conhecimento à empresa da situação.

Fato é que a comunicação do início da ação fiscal foi entregue no endereço cadastrado no sistema da Secretaria da Fazenda, como o estabelecimento da Autuada, e devidamente recebida, tendo a pessoa do recebedor, no endereço do estabelecimento comercial, assinado o recibo de entrega da mencionada intimação, o que denota que a mesma encontrava-se no estabelecimento daquela.

Alie-se a tal fato, em desfavor da defendant, que, nos fólios processuais outras comunicações foram encaminhadas e devidamente entregues no endereço constante no cadastro da Secretaria da Fazenda, e devidamente recebidas.

Quanto ao argumento levantado pela empresa em sua peça, e que motivou o pedido nulidade do lançamento por preterição de sua possibilidade de defesa, encontra-se o de que a ciência da intimação não ter sido aperfeiçoada, uma vez que a assinatura que consta nos autos, especialmente na intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, que inaugura o procedimento de fiscalização, é de uma pessoa não habilitada para responder pelos atos da empresa, não há de prosperar.

A propósito, o artigo 108 do RPAF/99, estipula que a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada 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, sendo tal dispositivo complementado pelo comando constante no artigo 109 do mesmo dispositivo, que prevê ser considerada a intimação efetivada, quando por remessa, na data do recebimento, sendo que, se omitida a data, a intimação considera-se feita.

Tal tese esposada pela defesa, qual seja a da ilegitimidade da pessoa que recebeu e assinou a intimação, não encontra respaldo quer no âmbito administrativo, quer no judicial.

Prova disso, é o julgado consubstanciado pelo Acórdão 11-26369, de 21 de maio de 2009, oriundo da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife, cuja ementa preceitua:

“Intimação por via postal - Ciência. É válida a ciência da notificação por via postal, realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte e confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário”.

Ainda no âmbito administrativo, ao analisar pleito de contribuinte através do Recurso 140.111, a 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife, no Acórdão 106-14.899, proferiu a seguinte Ementa:

“IRPF – Ciência da decisão recorrida – Domicílio tributário. Em razão das previsões do art. 23 do Decreto nº. 70.235/72 é válida e eficaz a intimação entregue no domicílio tributário da contribuinte”.

Da mesma maneira também se inclina o Judiciário, a exemplo da decisão emanada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao examinar Apelação em Mandado de Segurança 2004.51.02.005057-7, relativa a matéria de ordem tributária, o eminente julgador entendeu, na sua decisão, que:

“A sentença que denegou a segurança por entender que a Receita Federal, tentou, de todas as formas, comunicar-se com o impetrante, ressaltando que isso nem era estritamente necessário, tendo em vista que o art. 2º, §4º, do Decreto nº. 70.235/72, com redação dada pela Lei nº. 9.532/97, deixa claro que o domicílio fiscal do contribuinte é aquele por ele fornecido para fins cadastrais. Também considerou que o art. 23, II, do mesmo diploma legal, é claro no sentido de que a intimação por via postal deve ser feita com prova do recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo, não havendo qualquer menção à intimação pessoal quando feita por via postal.”

E prossegue:

“O Decreto nº. 70.235/72 elenca apenas, como requisito para a validade da intimação postal, a comprovação de seu recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo, sendo que o §4º do artigo 23 desse diploma legal estatui que ‘considera-se domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo o do endereço postal, eletrônico ou de fax, por ele fornecido, para fins cadastrais, à Secretaria da Receita Federal’, disposição que está em consonância com o disposto no art. 127 do CTN em interpretação a contrario sensu.

Assim, considerando que a intimação foi endereçada ao domicílio tributário eleito pelo contribuinte, esta presume-se válida.”

Note-se, que os doutrinadores tendem a fazer a diferenciação entre a intimação pessoal dos sócios e a intimação do contribuinte. Este é um ente abstrato, apesar de possuir personalidade jurídica, mas encontra-se representado por seus sócios, diretores, prepostos, representantes legais, etc. Logo, a intimação subtende-se aquela encaminhada ao domicílio do contribuinte, de acordo com suas informações cadastrais.

Esquece-se a autuada, por intermédio de seu defensor, que o endereço da intimação realizada, é o mesmo daquela constante no sistema de informações da Secretaria da Fazenda, dando ciência à empresa, do início do procedimento de fiscalização, e informando do prazo para apresentação dos livros e documentos fiscais solicitados. Logo, a argumentação trazida pela autuada carece de fundamentação.

Sem embargo de qualquer outra argumentação, a PGE/PROFIS, em diversas oportunidades, já se manifestou sobre tal matéria, firmando entendimento de que vigora a teoria da aparência, o que daria o cunho de legalidade a tais atos, inclusive na forma de jurisprudência firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o qual já teve oportunidade de se manifestar várias vezes,

inclusive no julgamento do Agravo Regimental nº 2007/0198696-7, publicado no Diário Oficial da Justiça em 02 de fevereiro de 2010, que possui a seguinte ementa:

"EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PESSOA JURÍDICA. CITAÇÃO. TEORIA DA APARÊNCIA.

Aplica-se a teoria da aparência para reconhecer a validade da citação via postal com AR, efetivada no endereço da pessoa jurídica e recebida por pessoa que, ainda que sem poder expresso para tanto, a assina sem fazer qualquer objeção imediata".

Em rápidas palavras, a Teoria da Aparência de Direito é aquela através da qual se permite que certas situações meramente aparentes e que não correspondem à realidade passem a ter validade jurídica como se fossem verdadeiras, objetivando a proteção do terceiro de boa-fé, como também, da fé-pública, e, por via indireta, a preservação da credibilidade do ordenamento jurídico.

Ela se aplica, a diversas situações como no caso da propriedade aparente, credor aparente, herdeiro aparente, representante aparente, mandatário aparente, cobrador aparente, gerente aparente, **funcionário aparente**, entre outros.

Diante de tais argumentos não posso acolher a tese esposada pela empresa, pelo fato da argumentação defensiva, carecer de embasamento fático ou legal, entendendo que a intimação, sua entrega e efeitos de tal ato encontram-se perfeitamente em consonância com a legislação, não se podendo, em tal caso, se aventar a possibilidade de ter havido cerceamento da defesa, como alegado.

Além disso, o feito foi convertido em diligência, a fim de que fossem entregues à empresa autuada os documentos fiscais constantes no lançamento, e ao qual oferecem sustentação, inclusive com reabertura de prazo de defesa, não tendo, na oportunidade, a defendant apresentado qualquer manifestação, o que enfraqueceu sobremaneira, a sua tese. Por tais razões, reputa-se, a preliminar não pode ser acolhida, vez que dada à empresa a oportunidade do pleno exercício da ampla defesa e do exercício do contraditório.

Quanto ao mérito, a tese defensiva estriba-se unicamente na negativa de realização das operações, diante da assertiva do contribuinte de que *"não adquiriu e por tanto não recebeu as mercadorias listadas nos arquivos CFANT"* (grafia original).

Nas duas primeiras infrações, trata-se de falta de recolhimento da antecipação parcial, pela aquisição em operação interestadual, de mercadorias destinadas a comercialização, ou recolhimento a menor.

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.

O fato da autuada encontrar-se na condição de empresa optante pelo Simples Nacional, me leva a fazer algumas observações adicionais:

Tal regime se caracteriza pelo recolhimento dos tributos abrangidos mediante documento único de arrecadação, o denominado DAS, bem como pelo fato de haver disponibilização às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte de sistema eletrônico para a realização do cálculo do valor mensal devido, geração do DAS e, a partir de janeiro de 2012, para constituição do crédito tributário, exigindo a apresentação de declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, sendo concedido prazo para recolhimento do DAS até o dia 20 do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita bruta.

Pertinente mencionar o fato de que a implementação de tal sistema deu-se através da promulgação da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, passando a produzir os seus efeitos a partir de 01 de julho de 2007.

A mesma, determina no mesmo artigo 13 arrolado na peça defensiva, como deve ser efetivado pelo contribuinte inscrito no SIMPLES NACIONAL o seu recolhimento:

"Art. 13:

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

(...)

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;"

Esta é a base legal para que o Estado da Bahia possa, através de sua fiscalização tributária, realizar a cobrança de antecipação parcial para as empresas optantes daquele regime de tributação, vez que tal sistemática não implica em encerramento da fase de tributação.

Com isso, cai por terra toda a argumentação defensiva a respeito, arrolada pelo sujeito passivo, inclusive a de eventual cobrança em duplicidade de imposto, ou *bis in idem*, lembrando que por imposição do artigo 167, inciso I do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, sendo perfeitamente cabível e legal a cobrança de antecipação parcial daqueles contribuintes optantes do regime do SIMPLES NACIONAL, bem como pelo fato do mecanismo de cobrança da antecipação parcial ser apartado do regime de apuração do SIMPLES NACIONAL, tal, como por exemplo, as operações de mercadorias sujeitas a substituição tributária total, com encerramento de tributação, que abordarei num segundo momento.

Ou seja: em relação a antecipação parcial, incide a regra geral de apuração e recolhimento de todos os contribuintes, independentemente do regime de apuração pelo qual optaram, obedecendo a legislação posta, especialmente o artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, já mencionado e transscrito linhas acima.

A autuada, 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 aproxima 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 que em que pese o oferecimento de todas as condições para que a empresa autuada apresentasse os elementos de prova de que dispusesse, inclusive o interregno temporal entre a data da lavratura do Auto de Infração (10 de dezembro de 2013), e a presente data, mais do que suficiente para que fossem

coligidos aos autos as necessárias e imprescindíveis provas de que as operações não se realizaram, a exemplo, inclusive de declarações das empresas que eventualmente teriam realizado as vendas contestadas, o que não o fez, preferindo silenciar a respeito.

Fato é que, nas duas infrações, o sujeito passivo não conseguiu de forma objetiva, repita-se, trazer qualquer elemento de prova que viesse a se contrapor à acusação fiscal, de forma a contraditá-la. Dessa maneira, há de se aplicar o teor dos artigos 140 e 143 do RPAF/99, os quais determinam, respectivamente, que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Desta forma, não há outra alternativa ao julgador, diante da ausência de elementos defensivos a analisar, do que julgar as duas infrações (01 e 02) totalmente procedentes.

Mesmo raciocínio pode ser aplicado à terceira infração, que difere das anteriores unicamente pelo fato das mercadorias adquiridas em operações interestaduais submetidas a antecipação tributária total.

Já observamos anteriormente que a Lei Complementar nº 123 permite a cobrança da antecipação tributária total, como é o caso presente, às empresas optantes da sistemática do SIMPLES NACIONAL, o que igualmente me leva à mesma conclusão da improcedência, sem maiores comentários adicionais, vez que a base é a mesma adotada linhas acima, o que leva à procedência da acusação fiscal.

Valem as mesmas observações já feitas para a necessidade de produção da prova pelo contribuinte autuado, para a sustentação da sua tese defensiva. Alie-se a isto, o fato de que os documentos que compõem a autuação, conforme observado pela autuante e não contestado pelo autuado, foram fornecidos pela própria empresa, o que desmonta a sua linha de defesa.

Desta forma, julgo o lançamento totalmente PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 123735.0012/13-7, lavrado contra **W DANTAS MASCARENHAS (QUARTO DE BEBÊ) - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$89.818,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR