

PROCESSO - A. I. Nº 111572.0026/16-4
RECORRENTE - R C MENDES E CIA. LTDA. - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJJ nº 0129-05/17
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 03/04/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0061-12/20

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRO ESTADO. SIMPLES NACIONAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO POR ANTECIPAÇÃO INTEGRAL. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS POR ANTECIPAÇÃO INTEGRAL. **c)** FALTA DE RECOLHIMENTO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. **d)** RECOLHIMENTO A MENOS POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Não ficou demonstrado que as Infrações se anulam, pois o sujeito passivo foi autuado na condição de responsável solidário, quanto à antecipação integral, bem como não foram especificadas pelo sujeito passivo as deduções não consideradas pelo Autuante. Todavia, reconhecida, de ofício, a nulidade do Auto de Infração, uma vez que a base de cálculo do lançamento de ofício teve por base o a MVA (margem de valor adicionado) e não outro critério compatível com mercadorias cuja venda se faz “porta a porta” (Convênio ICMS CONFAZ 45/99). Afastadas as arguições de nulidade aduzidas pelo Recorrente, acolhe-se, de ofício, a nulidade por erro substancial do lançamento, na determinação da base de cálculo do crédito tributário constituído (art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99 c/c art. 142 do CTN). Reformada a Decisão Recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de infração **Nulo**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário (fls. 211 a 220) interposto em face do Acórdão nº 0129-05/17 (fls. 191 a 197), da lavra da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que concluíra em 26/07/2017 pela Procedência da autuação, ao manter as quatro infrações de que foi acusado o Sujeito Passivo.

O Auto de Infração, lavrado em 01/06/2016 e notificado em 06/06/2016 (fl. 04) contém as seguintes acusações:

INFRAÇÃO 01 (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 às aquisições de mercadorias provenientes de outro Estado. Foi lançado o valor de R\$9.481,17, acrescido de multa de 60% e demais acréscimos legais. Foram apontadas ocorrências entre dez/12 e dez/2015. Houve enquadramento legal do lançamento do imposto no art. 34, inciso III, da Lei 7.014/96 c/c art. 289, § 1º, inciso III, alínea “b” do RICMS /12; e da multa no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 (07.21.02) – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do 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. Foram apontadas ocorrências em mai/2015. Foi lançado o valor de R\$176,77, acrescido de multa de 60% e demais acréscimos legais. Houve enquadramento legal do lançamento do imposto no art. 34, inciso III, da Lei 7.014/96 c/c art. 289, § 1º, inciso III, alínea “b” do

RICMS/12; e da multa no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 (07.21.03) – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do 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. Foram apontadas ocorrências entre nov/2013 e dez/2015. Foi lançado o valor de R\$289.797,31, acrescido de multa de 60% e demais acréscimos legais. Houve enquadramento legal do lançamento do imposto no art. 12-A da Lei 7.014/96 c/c art. 321, inciso VII, alínea “b” do RICMS/12; e da multa no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 04 (07.21.04) – Efetuou recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do 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. Foram apontadas ocorrências entre jan/2013 e mar/2015. Foi lançado o valor de R\$33.930,69, acrescido da multa de 60% e acréscimos encargos. Houve enquadramento legal do lançamento do imposto no art. 12-A da Lei 7.014/96 c/c art. 321, inciso VII, alínea “b” do RICMS/12; e da multa no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96.

A lide gravita em torno da ausência de recolhimento, ou recolhimento a menor, de ICMS-ST, ICMS-Antecipação ou ICMS-Antecipação parcial, o que foi apurado a partir das Notas Fiscais eletrônicas de aquisição de mercadorias pelo Sujeito Passivo, uma microempresa optante pelo Simples Nacional que realiza comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria e higiene pessoal (CNAE 47.72-5-00).

O autuado apresentou tempestivamente suas razões de Defesa às fls. 164 a 171, nas quais deduziu em síntese: a) preliminar de nulidade, por ausência de documentos indispensáveis à notificação do auto de infração, questionando a inobservância da dupla visitação prevista para os optantes pelo Simples Nacional (art. 55 da Lei Complementar nº 123/06); b) que os produtos por si comercializados, sujeitos ao regime de substituição tributária, não podem sofrer antecipação parcial, de modo que haveria incompatibilidade entre as acusações fiscais formuladas (“[...] as infrações 02 e 04 anulam as infrações 01 e 03, porque, ao mesmo tempo em que a fiscal informa o não pagamento do imposto, alega pagamento a maior”); c) que na ação fiscal não foi observado o direito do contribuinte, decorrente do princípio da não-cumulatividade do ICMS, em abater das operações subsequentes o ICMS pago nas operações antecedentes, não sendo suficiente à ação fiscal apenas comprovar a aquisição de mercadorias provenientes de outros Estados, devendo comprovar o regime a que se submetem.

A Informação Fiscal de fls. 182 a 185 resumiu a defesa e refutou seus argumentos, aduzindo que o Sujeito Passivo exerceu plenamente a sua defesa, recebeu todos os documentos essenciais a que se refere o RPAF/99 (fazendo referência a folhas dos autos, com as assinaturas relacionadas ao Sujeito Passivo), inclusive os Termos de Intimação para Apresentação de Documentos que, conforme o art. 28 do RPAF/99, substituem o Termo de Início de Fiscalização; refuta a incidência da regra da dupla fiscalização nas ações fiscais tributárias; salienta a responsabilidade solidária do comerciante destinatário, ainda que optante pelo Simples Nacional, pelo recolhimento do ICMS-ST, ICMS-AT ou ICMS-AP não recolhido pelo remetente; sustenta a validade da forma de intimação do Sujeito Passivo, inclusive pela via eletrônica, nos termos do art. 108 do RPAF/99.

Em julgamento realizado em 26/07/2017 (fls. 191 a 197) a 5ª JF rejeitou integralmente as alegações do Sujeito Passivo, consoante fundamentação a seguir transcrita:

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla 04 infrações por descumprimento de obrigação principal do ICMS, concernentes à antecipação parcial e a antecipação integral com substituição tributária.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concludo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Conforme alinha o autuante em sua informação fiscal, o critério da dupla visita prevista na LC 123/06, não é dirigido às infrações tributárias, visto que “De acordo com o art. 55 da Lei Complementar nº 123/06 “...A fiscalização, no que se refere aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança, de relações de consumo e de uso e ocupação do solo das microempresas e das empresas de pequeno porte, deverá ser prioritariamente orientadora..” e, portanto prescreve na parágrafo primeiro do mesmo artigo que: § 1º Será observado o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado ou anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.”

Verifico, também, que consta das peças do lançamento, fls. 09 a 12 e 16 a 19 e, ainda, na página 156, todos os demonstrativos previstos no artigo 41 do RPAF-BA, Decreto nº 7.629/99, foram devidamente entregues ao autuado, conforme recibo comprobatório, indicando os cálculos e valores necessários para apurar a infração cometida, possibilitando a ampla defesa e o contraditório do sujeito passivo.

Quanto à carência de lavratura do termo de abertura e de encerramento do procedimento fiscal, consta dos autos Termo Intimação que os substitui, consoante define inciso II do artigo 28, bem como em relação ao Termo de encerramento, está previsto sua dispensa, conforme art. 30 do supra diploma legal.

Cabe, ainda, enfrentar as arguições defensivas relativas à forma de intimação eletrônica recebida. Quanto a esta questão informa corretamente o autuante, que o sujeito passivo não considerou o que preceitua o artigo 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal quando estabelece: “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”. Além do mais consta à fl. 11, intimação pessoal, na forma do aludido dispositivo regulamentar.

Apesar de o sujeito passivo ser optante do Regime de recolhimento pelo Simples Nacional, que comercializa cosméticos, produtos de higiene pessoal e perfumes, está submetido ao regime de substituição tributária, onde o fabricante, distribuidores e importadores seriam os responsáveis por fazer o recolhimento do imposto.

Ocorre, contudo, que os mesmos não efetuaram o devido recolhimento, cabendo a aplicação do artigo 6º da Lei nº 7.014/96, que segue:

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de Substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra. Unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto Tributário.

Destarte, restou a aplicação do aludido dispositivo para exigir o imposto do destinatário das mercadorias, visto que os remetentes não possuem inscrição neste Estado.

Não há o que se falar em anulação das infrações, na medida em que as mesmas tratam de forma distinta da antecipação integral, envolvendo mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, em relação às quais foi identificada a falta de recolhimento e recolhimento a menos, bem como mercadorias não envolvidas com a substituição tributária, em relação às quais foi exigido o imposto devido por antecipação parcial, recolhida parcialmente ou sem recolhimento.

As infrações foram apuradas com base nos livros e documentos do sujeito passivo, anexados aos autos ou devidamente indicados nos demonstrativos, de tal forma que, o presente caso não alberga a aplicação da distribuição dinâmica da prova, consignada no §1º do art. 373 do novo CPC, ou seja, o fisco já apresentou as provas da ocorrência da infração, cabendo ao sujeito passivo trazer aos autos os elementos probatórios que altere ou desconstituam a imputação.

O certo é que, apesar de alegar que as infrações se anulam, o sujeito passivo não explicou ou mesmo demonstrou os elementos das alegadas nulidades, ou seja, como efetivamente se está a exigir o tributo duplamente em razão das aludidas infrações, não cabendo tal alegação visto que são relativas à mercadorias distintas e exigências tributárias também de natureza distintas.

Apesar de alegar, o impugnante não informa que deduções ou compensações possivelmente não foram computadas ou mesmo a que infrações, bem como cabe observar que todas as notas fiscais de aquisição de bens para o ativo imobilizado, material de uso e consumo e mercadorias para comercialização devem ser registradas nos livros fiscais próprios, compondo o sistema de obrigações acessórias exigidas aos contribuintes, previstas no RICMS/BA, contudo não exigência de multa por falta de escrituração e sim por falta de cumprimento de obrigação principal.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA deste Auto de Infração.

Regularmente notificado pela via postal na pessoa da sócia “Renata Cruz Mendes”, em 28/09/2018 (fl. 207), o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário em 17/01/2018 (fls. 211 a 220), aduzindo:

- a) que a controvérsia gira em torno da irregularidade na notificação eletrônica, que não teria observado o disposto no art. 108, § 2º do RPAF/99, atinente à comunicação eletrônica por meio de DT-e, e que *“a procuração eletrônica somente é admitida, quando o contribuinte tenha previamente realizado o seu credenciamento no portal da SEFAZ – DT-e, Domicílio Tributário Eletrônico”*;
- b) que não foram observadas formalidades legais do ato administrativo, dado que não há comprovação de disponibilidade do ato administrativo à Recorrente, inviabilizando o exercício satisfatório do contraditório;
- c) que a Recorrente, optante pelo simples nacional, comercializa produtos sujeitos à substituição tributária, e que a adução de que o recolhimento por substituição não teria ocorrido na etapa anterior seria *“fato novo”* (fl. 217), sendo imperioso que o autuante, comprove o não recolhimento do tributo pelo responsável por fazer o recolhimento do imposto - fabricante, distribuidores ou importadores, conforme determina legislação hodierna, de modo que *“a não disponibilização pela autuante à recorrente da comprovação de que não houve a ausência do recolhimento do imposto pelo primeiro responsável pelo pagamento, representa cerceamento do direito de defesa e o contraditório”* (fl. 213), já que só tomou conhecimento deste fato após ler, no Acórdão recorrido, as asserções da Informação Fiscal;
- d) que a decisão contida no acórdão *“merece reforma integral, devendo ser anulada, uma vez que o auto de infração encontra-se totalmente viciado, ferindo de morte o princípio constitucional da legalidade”*, e que *“as alegações ali constantes estão desprovidas da mínima comprovação exigível, especialmente no tocante a alegação da ausência de recolhimento do imposto pelo fabricante, distribuidor ou importador dos produtos, sem os quais, não haveria imputação de tributo em desfavor da recorrente”*;
- e) considerações reiterativas acerca de princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da legalidade, afirmando que a Recorrente não recebeu *“todos os documentos necessários para a legalidade do referido auto de infração, uma vez que não disponibilizou a ordem de serviço que deu ensejo a demanda, os termos de abertura e encerramento, demais documentos comprobatórios das autuações, relatórios de cálculos, cópias das notas fiscais de modo a comprovar as mercadorias, sujeitas ou não ao regime da substituição tributária ou da antecipação parcial.”*;
- f) que os *“relatórios, levados aos autos pelo auditor fiscal, não merecem e não podem ser considerados, primeiro, porque a ausência de regular notificação da recorrente, vicia o processo, pela segregação do princípio da legalidade, a não atenção ao devido processo legal, o não cumprimento do contraditório e da ampla defesa, e segundo, porque a autuação decorre à margem da documentação a que faz menção a manifestação da própria autuante proferida no curso do julgamento do processo, conforme consta da referida decisão, ora em combate”*;
- g) que em *“seu relatório de encerramento de procedimento fiscal, o autuante menciona a utilização de diversos documentos, os quais deveriam integrar a relação dos documentos constantes no respectivo auto, sem os quais não poderá a recorrente exercer o seu pleno direito a ampla defesa e o contraditório, ocasionando aqui, em inequívoco prejuízo em seu desfavor”*.

Postula, enfim, o recebimento do recurso com efeito suspensivo, o seu deferimento a fim de que seja reparada a decisão guerreada, seja cancelado o crédito tributário, franqueando-se a produção de provas por todos os meios em direito admitidos.

Recebidos os autos, foram a mim atribuídos em 21/08/2019, e por considerá-los devidamente instruídos solicitei à Sra. Secretária que providenciasse a sua inclusão em pauta.

Na Sessão designada para julgamento, em 28/08/2019, esta 2ª CJF deliberou pela conversão do feito em diligência (fls. 234 a 235), para que o advogado, contador e preposto do Autuado respondesse objetivamente a três questionamentos: *a) se é dele a assinatura presente no termo de fls. 12,*

tendo recebido “da fiscal Ednolia Gomes Novais (Cad. 13.111.572-4) todos os livros e documentos fiscais entregues a esta fiscalização, BEM COMO o Auto de Infração 111572.0026/16-4 e seus demonstrativos impressos e também em mídia”; b) em exame dos autos e dos arquivos presentes, quais seriam os arquivos e termos que não teriam sido disponibilizados ao Sujeito Passivo; c) em exame dos autos e dos arquivos presentes, indicar de forma concisa e objetiva quais seriam os documentos que entende ausentes entre aqueles que deveriam, a seu entender, e com fundamento em dispositivo do RPAF/99, estar presentes entre os anexos disponibilizados juntamente com o Auto de Infração.

Cumprida a diligência, o D. Causídico apresentou esclarecimentos à fl. 241, confirmando ter recebido em nome da Autuada os documentos que instruíram a autuação, bem assim a autoria da assinatura de recebimento da notificação do auto de infração e dos documentos que a municariam, e concluindo com a seguinte afirmação: *“o cerceamento ao contraditório, a ampla defesa e a ofensa ao devido processo legal mencionado na peça recursal, referem-se as formalidades do processo administrativo fiscal, uma vez que, a autuada não foi regularmente notificada sobre a ação fiscal em seu desfavor. (art. 108, § 2º, da Lei 7.629/99)”*.

Registra-se ademais, às fls. 243 e 244, relatório de atendimento da diligência exarado pela Agente de Tributos Estaduais Lívia Matos Gomes da Silva (Cad. 216.475-0), em que, em síntese, conclui que todas as formalidades do RPAF foram cumpridas pelo Autuante.

Com o retorno dos autos, solicitei à Sra. Secretária que providenciasse a sua inclusão em pauta de julgamento, razão pela qual trago-os a esta Sessão de 04/03/2020.

VOTO

O Recurso de Voluntário é cabível e adequado (art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99), deduzido dentro do prazo do art. 171 do RPAF/99, por isso dele conheço.

Nota-se que a tese recursal, apesar de tangenciar diversos temas, limita-se à regularidade do lançamento de ofício. Ou seja, não se discute, por exemplo, a ocorrência do fato gerador (as operações de circulação de mercadoria são incontroversas), ou a matéria tributável, ou o montante do tributo devido, ou a identificação do sujeito passivo, tampouco a penalidade proposta e aplicada (para ficar no roteiro que a redação do art. 142 do CTN). A defesa, portanto, se limita à higidez do “procedimento administrativo” tendente à verificação desses elementos.

A higidez do procedimento administrativo que encorpa e culmina com o lançamento tributário deve ser verificada à luz da legislação adjetiva do Estado da Bahia.

Quer a Recorrente afirmar que o Auto de Infração não teria sido suficientemente claro em imputar-lhe responsabilidade pelo não recolhimento de ICMS que, em alguns casos, seriam devidos primordialmente pelos remetentes das mercadorias, seus fornecedores. Ora, com a devida licença, tal não procede. Às fls. 16 a 19 a Autuante anexou demonstrativos que evidenciam, para cada uma das quatro Infrações, quais teriam sido os valores omitidos (recolhimento a menor, ou não recolhimento) de ICMS, para cada uma das técnicas de tributação aplicáveis (antecipação parcial; antecipação tributária).

Vale recordar que, instado explicitamente por esta Câmara a indicar qual dos demonstrativos não teria sido entregue à Recorrente (fls. 234, 235 e 240), o subscritor do termo de recibo (também advogado e contador da empresa) afirmou que os recebeu (fl. 241), dizendo ainda que a disputa se limita ao cumprimento do disposto no art. 108, § 2º do RPAF/99.

Portanto, afasto a tese de cerceamento do direito de defesa, por ofensa formal à legislação tributária adjetiva, já que todos os elementos probatórios presentes nos autos foram entregues ao Sujeito Passivo, na pessoa de seu preposto, contador e advogado, consoante afirmado à fl. 12 e reafirmado à fl. 241.

Ora, ciente que esteve de todos os documentos que instruíram a autuação (inclusive os arquivos em mídia eletrônica, fl. 156, contendo o arquivo “PLANILHA PRODIFE.xlsx”, Notas Fiscais em

formato XML e demonstrativos de recolhimento), resta saber se alguma dúvida seria cabível sobre os fatos imputados. Com a devida licença, mais uma vez, não vejo como encontrar dúvidas em relação à imputação, munida de enunciados suficientemente claros, indicações de legislação adequada para a tipificação da infração, e demonstrativos suficientemente aderentes à enunciação da infração e às provas disponibilizadas pelo próprio Sujeito Passivo.

Em resumo, constato que a Recorrente, quando da lavratura do Auto e Infração, era detentora de todos os elementos necessários e suficientes para compreender a acusação que lhe era imputada, bem assim para oferecer defesa em face dos mesmos.

Contudo, limitou-se a afirmar que não recebeu tais elementos, ou ainda que o meio utilizado para a notificação e entrega dos elementos não teria observado a legislação adjetiva do processo administrativo fiscal deste Estado da Bahia.

Cabe-nos, pois, revolver os eventos que os fólios enunciam como integrantes da comunicação entre a Recorrente e a Autuada.

À fl. 09, consta mensagem da Fiscalização à Recorrente, por meio de DT-e e postada em 05/05/2016, às 7h47min, lida na mesma data às 8h30min, para apresentação até 10/05/2016 de livros e documentos (Livro de Entrada, Livro de Inventário e Livro Caixa, DAES e Memórias de Cálculo) atinentes aos exercícios de 2012 a 2015.

À fl. 10, consta mensagem da Fiscalização à Recorrente, por meio de DT-e e com teor idêntico, postada em 11/05/2016, às 8h48min e lida na mesma data às 8h56min, assinando novo prazo de 5 dias.

À fl. 11, consta intimação de teor idêntico, contudo entregue presencialmente à pessoa de Wagton Nunes Mota” no endereço da Recorrente, com a indicação das inscrições “Roberto: 9169-9514”.

Enfim, à fl. 12, consta “Declaração”, firmada pelo preposto, advogado e contador (como tal identificado seja nos dados cadastrais do contribuinte, fl. 13-v., seja nos instrumentos e documentos de fls. 158 a 160 – procuração e documentos de identidade), de que recebia “*todos os livros e documentos fiscais entregues a esta fiscalização, BEM COMO o Auto de Infração n 111572.0026/16-4 e seus demonstrativos impressos e também em mídia*”.

Nota-se que não há razão em se alegar ofensa ao disposto no § 2º, do art. 108 do RPAF/99, uma vez que a comunicação foi formalizada presencialmente, seja no curso da ação fiscal, com a solicitação de documentos, seja quando da notificação da lavratura do Auto de Infração.

Nessa senda, não há que se falar em “fato novo” em relação à acusação de que a Recorrente teria incidido em responsabilidade por tributo cujo recolhimento cabia a terceiro (o remetente da mercadoria), já que o bojo da acusação é suficientemente claro, e a ausência de recolhimento esteve evidenciada nos documentos que guarneceram o Auto de Infração, como já se mencionou acima.

Na mesma linha, não vejo qualquer ofensa aos princípios invocados, a saber, ao da garantia ao contraditório e à ampla defesa, e ao da legalidade, porquanto os preceitos da legislação adjetiva foram devidamente atendidos, viabilizando amplamente a resposta por parte da Recorrente.

Entretanto, após intensos debates desta Câmara e após esclarecimentos promovidos pelo Conselheiro Marcelo Mattedi e Silva, restou evidenciada nulidade do Auto de Infração que, embora não suscitada pelo Recorrente, há de ser reconhecida de ofício por essa Câmara (art. 20 do RPAF/99). Refiro-me à metodologia empregada pela Autuante, que, ao determinar a matéria tributável, operou com o conceito de Margem de Valor Adicionado (MVA), equivocando-se na quantificação do tributo lançado. Senão, vejamos.

A base de cálculo levada a efeito para apuração do *quantum debeatur* padece de vício insanável, pois deixou de atender o quanto disposto no § 2º, do art. 333 do Decreto nº 13.780, de 16/03/2012 (o “RICMS-BA/12”), conforme abaixo:

Art. 333. Nas operações internas e interestaduais que destinem mercadorias a revendedores, estabelecidos neste Estado, que realizem vendas porta-a-porta a consumidor final, sendo as remessas efetuadas por empresas que se utilizem do sistema de “marketing” direto para comercialização de seus produtos, fica atribuído ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subsequentes saídas realizadas pelo revendedor (Conv. ICMS 45/99).

(...)

§ 2º A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária, nas hipóteses deste artigo, é o valor correspondente ao preço de venda a consumidor constante em tabela estabelecida por órgão competente ou, em sua falta, o preço sugerido pelo fabricante ou remetente, assim entendido aquele constante em catálogo ou lista de preços de sua emissão, acrescido, em ambos os casos, do valor do frete, quando não incluído no preço. (Grifou-se)

À luz do princípio da busca pela verdade material (art. 2º do RPAF/99), constato que as mercadorias que compuseram o demonstrativo do lançamento (vide arquivo “PLANILHA PRODIFE.xlsx”, presente em mídia eletrônica de fl. 156 – ex.: “frasqueira cosmética hinode”, “shakes hidode” diversos sabores, “hnd diamond energy drin”, entre muitos outros), bem assim os remetentes das mercadorias (LARRU’S IND. E COM. DE COSMÉTICOS LTDA. e DINAMIC LOG DIST LTDA EPP) indicados nos termos do Livro de Registro de Entradas que deram suporte à autuação (fls. 20 a 155), são, com efeito, comercializados pela titular das marcas “Hinode”, que efetivamente faz uso de marketing direto para comercialização de seus produtos:



(Disponível em <https://grupohinode.com/o-grupo-hinode#estrutura>, acesso em 08 mar. 2020)

De fato, como se lê no texto legal acima e das informações colhidas pela Internet, a apuração do ICMS devido nas operações subsequentes deve ser obtida a partir do uso do preço de venda a consumidor sugerido pelo fabricante.

Ocorre que, compulsando mais uma vez os demonstrativos da autuação, no arquivo “PLANILHA PRODIFE.xlsx”, presente em mídia eletrônica de fl. 156, planilha “SubsTrib_ME_EPP_Ent”, é notório que o cálculo foi realizado por meio da MVA, o que não lhe seria cabível:

DEMONSTRATIVO 1 - ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA - ENTRADAS																								
DEMONSTRATIVO DA FALTA DE PAGAMENTO OU PAGAMENTO A MENOR DO ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA EM OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO, ELICITADAS SOB A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (Levantamento realizado com base em Notas Fiscais Eletrônicas)																								
Cof	Cfop	NCM	Aliq. Origem Tributaría	Und	Qtd	Ft Conv	Qtd Conv	Mercadoria Valor	IPI	Frete + Segur + Outros	MVA	Vlr Unit. de MVA	Paut. Fisca	PMU	B. Cálculo Antecipação	Aliq. Interna Carga Tributária Aplicável	ICMS Devido	Crédito de ICMS	ICMS Recolhido	ICMS a Pagar	ICMS Pago			
																						Val	Val	Val
E 290A	000	800	1000000	700	FC	10,00	100	23,30	2,30	0,00	25,00	2,50	38,46	9,37	0,00	0,00	33,75	19,00	5,74	169	0,00	4,07		
Pagamentos constantes nos sistemas RE e SIGAT de SelvaEB e valores lançados em Autos de Infração, Notificações Fiscais, Declarações Espontâneas e Débitos Declarados, referentes a Janeiro/2017																						0,00	0,00	0,00
Pagamentos constantes nos sistemas RE e SIGAT de SelvaEB e valores lançados em Autos de Infração, Notificações Fiscais, Declarações Espontâneas e Débitos Declarados, referentes a Fevereiro/2017																						0,00	0,00	0,00
Pagamentos constantes nos sistemas RE e SIGAT de SelvaEB e valores lançados em Autos de Infração, Notificações Fiscais, Declarações Espontâneas e Débitos Declarados, referentes a Março/2017																						0,00	0,00	0,00
Pagamentos constantes nos sistemas RE e SIGAT de SelvaEB e valores lançados em Autos de Infração, Notificações Fiscais, Declarações Espontâneas e Débitos Declarados, referentes a Abril/2017																						0,00	0,00	0,00
Pagamentos constantes nos sistemas RE e SIGAT de SelvaEB e valores lançados em Autos de Infração, Notificações Fiscais, Declarações Espontâneas e Débitos Declarados, referentes a Maio/2017																						0,00	0,00	0,00
Pagamentos constantes nos sistemas RE e SIGAT de SelvaEB e valores lançados em Autos de Infração, Notificações Fiscais, Declarações Espontâneas e Débitos Declarados, referentes a Junho/2017																						0,00	0,00	0,00

Portanto, ao associar o conceito de matéria tributável com o de MVA nas operações em questão, em que seria cabível a apuração e lançamento a partir dos preços a venda a consumidor (art. 333, § 2º do RICMS-BA/12), o Autuante gerou incerteza na apuração dos valores do imposto, inquinando o lançamento tributário de vício substancial, uma vez que vulnerou elementos essenciais do objeto do Ato Administrativo de lançamento (art. 142 do CTN).

Compulsando ainda os autos, verifica-se que o Autuante a momento algum solicitou do Autuado que lhe fornecesse catálogos ou listas de preço do fabricante. Decidiu-se pela metodologia da MVA sem qualquer fundamentação, sem decliná-lo no instrumento de lançamento, causando uma vez mais incerteza e insegurança em relação ao tributo lançado e a natureza da infração, incidindo naquilo que dispõe o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99:

Art. 18. São nulos:

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Destaco que o entendimento ora adotado é compatível com aquele esboçado no Acórdão CJF nº 0108-12/18, deste CONSEF.

Por todo o exposto, a despeito das razões recursais não conterem matéria para afastar a autuação, reconhecimento de ofício a nulidade do Auto de Infração e, por conseguinte, julgo pela reforma do Acórdão recorrido, votando pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **111572.0026/16-4**, lavrado contra **R C MENDES E CIA. LTDA. - ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS