

PROCESSO - A. I. Nº 233085.0038/20-2
RECORRENTE - CITYTEC COMÉRCIO E REPARAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0051-02/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFRAZ VAREJO

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0411-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. De acordo com o artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, independente do regime de apuração, é devido o pagamento na 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. A defesa não consegue elidir o lançamento. Rejeitadas as arguições preliminares. Na pendência de julgamento definitivo da ADI nº 4233, considerando a modulação de seus efeitos fixada (até o momento) pelo STF, não há vício de competência na lavratura de Auto de Infração por Agente de Tributos Estaduais. Indeferido o pedido de diligência. Negada a apreciação sobre redução e/ou exclusão da multa, por impedimentos legais. Mantida a decisão de origem. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário (fls. 86 a 95) em face da Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

Esse foi lavrado em 28/09/2020 e notificado ao Sujeito Passivo (Inscrição Estadual nº 138.349.077) em 01/10/2020 (fl. 3), para exigir ICMS no montante de R\$ 41.513,23, além de multa (60% sobre o valor lançado) e acréscimos legais, em decorrência da acusação de cometimento de uma infração, em períodos de apuração salteados ao longo dos exercícios de 2017 a 2019.

A acusação foi enunciada da seguinte maneira:

Infração 01 – 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 devidas pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte (Simples Nacional), referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Discriminado em planilha do AUDIT SN, com cálculos, ICMS arrecadado e saldo a pagar, e relatórios nos autos e em mídia. [...] **Enquadramento legal:** Art. 12-A da Lei 7.014/96 C/C art. 321, inciso VII, alínea “b” do RICMS, publicado pelo Decreto 13.780/2012. **Multa Aplicada:** Artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei 7.014/96. [...] **Total da Infração: R\$ 41.513,23.**

Após regular contraditório, a 2ª JJF julgou em 16/03/2021 (fls. 59 a 75) o Auto de Infração Procedente, consoante voto acolhido à unanimidade e redigido nos seguintes termos:

VOTO

O presente lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através da lavratura e encaminhamento de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e/ou Prestação de Informações, por meio do DTE em 07/09/2020, através da mensagem 174.211, datada de 07/09/2020, cientificada pelo contribuinte em 14/09/2020 (fl. 06).

A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 10 e 11, de forma sintética, impressa, e em formato digital

na mídia de fl. 12, entregue em cópia ao sujeito passivo de acordo com o recibo de fl. 13. Nela consta o “rel. analítico City 136”, no qual, de forma analítica, o autuante discrimina, por nota fiscal, constando no mesmo o número da nota fiscal, o item de mercadoria, CFOP, produto, alíquotas interna e de origem, valor do produto, crédito do ICMS, base de cálculo, base de cálculo calculada, base de cálculo reduzida e ICMS devido, totalizados por mês.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, e tida como contrária à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

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

Registro não ter sido atendido pela defesa o disposto no artigo 8º, § 3º do RPAF/99, quanto a obrigação de apresentação de peças processuais em mídia:

“Art. 8º As petições deverão conter:

(...)

§ 3º As peças processuais como defesa, informação fiscal, diligências, perícias, recursos, parecer da Procuradoria Geral do Estado e outras manifestações do contribuinte e do autuante, bem como os demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, autuado e diligentes ou peritos, referentes a processo administrativo fiscal, deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, em arquivo em formato texto ou tabela, conforme o caso, onde conste cópia exata da peça apresentada”.

Ainda que em momento excepcional em que se vive, nada impediria que o contribuinte cumprisse tal determinação, cujo não atendimento traz diversas dificuldades ao relator, quando da elaboração do relatório do julgamento ora prolatado.

Existem questões preliminares a serem apreciadas, o que passo a fazer neste momento.

Inicialmente, quanto as diversas menções defensivas a existência de cerceamento de seu direito de defesa, esclareço que de acordo com o artigo 123 do RPAF/99, 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 aquela apresentada.

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

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

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

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

Dessa forma, conclui-se que a garantia da ampla defesa, seja qual for à natureza do objeto do processo, compreende não só o direito de ser informado, como de igual forma o exercício do contraditório, além do direito à prova legitimamente obtida ou produzida, sendo inequívoco o fato de ter havido a oportunidade de a empresa fazê-lo. Logo, não pode a mesma arguir qualquer prejuízo à sua defesa.

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

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

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

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

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

Dessa forma, não há de se falar em existência de qualquer elemento motivador para a decretação da nulidade do processo, 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.

Também não se pode argumentar que o lançamento tributário ofendeu o princípio da legalidade, vez que realizado ao amparo e em consonância com as normas legais, especialmente a Lei Complementar e a legislação estadual, inclusive, e sobretudo, a Lei nº. 7.014/96.

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

Analisando os fôlios processuais, 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 defensiva do sujeito passivo, razão pela qual também não se há de falar em violação a qualquer dos princípios do processo administrativo tributário, reitero.

Para a tese de que o demonstrativo elaborado pelo autuante deveria relacionar todas as notas fiscais e considerar os respectivos DAE de pagamento de ICMS substituído, discriminando-os, esclareço que como já dito em momento anterior, na mídia acostada aos autos pelo autuante, à fl. 12, devida e regularmente entregue em cópia ao contribuinte na forma do recibo de fl. 13, consta, dentre outros elementos, o “rel. analítico City 136”, no qual, de forma analítica, se discrimina, os valores tidos como devidos, por nota fiscal, constando o mesmo o número da nota fiscal, o item de mercadoria, CFOP, produto, alíquotas interna e de origem, valor do produto, crédito do ICMS, base de cálculo, base de cálculo calculada, base de cálculo reduzida e ICMS devido, totalizados por mês.

Por pertinência, esclareço, também que a acusação se refere a figura da antecipação parcial do ICMS, figura prevista no artigo 12-A da Lei 7.014/96, se referir a situação em que não há o encerramento da tributação, e sobre a qual se debruçará o presente voto em sua apreciação, ao passo que a substituição tributária enumerada pela defesa, tem previsão legal no artigo 8º da Lei 7.014/96, e implica em encerramento da fase de qualquer tributação, matéria estranha ao presente feito.

No caso dos autos, acredito que por equívoco, a empresa fala em substituição tributária, o que não é o caso em apreço, repito.

Quanto aos documentos de arrecadação, que o sujeito passivo entende deveriam ser enumerados, ainda que se trate de apreciação de mérito, são documentos que se encontram em poder do defendente, e, como tal, deveriam ser acostados aos autos, nos termos do artigo 142 do RPAF/99:

“Art. 142. 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”.

Desta forma, não acolho o argumento.

Frente ao entendimento da defendente de que a autuação não descreve como deveria, a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados, esclareço primeiramente que a ninguém é facultado alegar desconhecimento da lei.

Em segundo lugar, como bem deve saber a defesa do contribuinte, a cobrança de juros moratórios se encontra no artigo 102 do Código Tributário de Estado da Bahia, (COTEB), o qual assim explicita:

“Art. 102. Os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos seguintes acréscimos moratórios:

(...)

II - se reclamados através de Auto de Infração, 1% (um por cento) por cada mês ou fração seguinte, a partir de 30 (trinta) dias de atraso”.

Tal regramento guarda perfeita consonância com aquele previsto no artigo 161 do CTN, diversamente do entendimento defensivo:

“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

(...)

II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado”.

Assim, clara está a base legal para a cobrança dos juros de mora ou acréscimos moratórios, restando descabida a arguição da empresa, até pelo fato de suas colocações defensivas a respeito de tal tema, demonstrando o perfeito e correto entendimento quanto ao mesmo.

Diante dos demonstrativos elaborados pelo autuante, conforme já explicitado anteriormente, caberia ao autuado apontar e demonstrar a indevida cobrança acaso ocorrida, mediante apresentação da competente prova.

Os argumentos utilizados pela empresa 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, reitero, inexistindo, pois, motivação real para tal requerimento. Por tais razões, não acolho a preliminar levantada, rejeitando a nulidade do lançamento, e adentrando no seu mérito.

Relativamente ao pedido para realização de diligência para elucidação da matéria ora discutida, indefiro, tendo em vista o disposto no artigo 147, incisos I, alínea “a” e “b” e II, alínea “a” do RPAF/99, segundo o qual:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;*

II - de perícia fiscal, quando:

- a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;*
- b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;*
- c) a verificação for impraticável.*

§ 1º A critério do órgão julgador, o pedido ou proposta de perícia fiscal poderá ser convertido em determinação de diligência, em atendimento ao disposto neste artigo”.

A desnecessidade da solicitação se pauta no fato de que os dados que serviram de base para o lançamento foram retirados da escrituração fiscal e documentos fiscais emitidos contra e pela empresa autuada, os quais são de seu pleno conhecimento e responsabilidade quanto a emissão e prestação das informações ali contidas (notas fiscais emitidas e EFD).

Inexiste fundamentação robusta para amparar tal pedido, e ademais, não conseguiu a defesa indicar de forma e maneira precisa quais seriam os dados do levantamento que contém erros ou equívocos, sequer que os demonstrativos elaborados os possuíam, a fim de serem devidamente analisados quando da diligência/perícia, acaso realizada.

Ainda obedecendo aos requisitos legais, importante frisar que tal pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, o que não é o caso presente.

E não se pode argumentar que tal negativa ora firmada, venha a se constituir em qualquer cerceamento de direito de defesa, inclusive à vista de posicionamento adotado sobejamente nos Tribunais Superiores, de entender no sentido de que a prática de julgar tal ato vem a se constituir em qualquer dificuldade ou cerceamento para a defesa do contribuinte, até pelo fato de que não poder se alegar desconhecimento da

legislação.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao analisar o AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO 441782 MG 2002/0027327-2 pela 2ª Turma, tendo como Relator o Ministro Franciulli Netto, assim entendeu:

Ementa: “AGRAVO REGIMENTAL - AGRADO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA - NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL E REQUISICÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO - NECESSIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA - SÚMULA 7/STJ. A matéria escapa do âmbito de cognição do recurso especial, pois necessário seria o reexame do conjunto probatório para se analisar se as provas dos autos são suficientes para a apreciação do pedido formulado, o que encontra óbice no enunciado da Súmula 7 deste Sodalício. Não há que se falar em cerceamento de defesa ou ilegalidade se o juiz indefere a produção de prova pericial e a juntada do processo tributário administrativo ao verificar que o processo está suficientemente instruído. Agravo regimental não provido”. (Grifei).

Já a 5ª Turma do mesmo STJ na análise de matéria afeita a requerimento de realização de diligência, no AGRADO NO ARESP 774036 / SP 2015/0219845-4, tendo como Relator o Ministro Ribeiro Dantas, ainda que não tratando de matéria no âmbito tributário, mas de matéria de mesma natureza da ora analisada, assim se manifestou:

“INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRADO REGIMENTAL. AGRADO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, porquanto o magistrado é o destinatário final da prova, logo, compete a ele, de maneira fundamentada e com base no arcabouço probatório produzido nos autos, analisar a pertinência, relevância e necessidade da realização da atividade probatória pleiteada. Precedentes”.

Cito ainda trecho da decisão exarada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região TRF-1 - APELAÇÃO CÍVEL 0001459-03.1999.4.01.3300 BA 0001459-03.1999.4.01.3300, julgado pela 7ª Turma Suplementar, e relatado pelo Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins:

“A realização da prova pericial destina-se ao convencimento do julgador primário, a quem cabe verificar se a documentação constante dos autos é suficiente à sua convicção, podendo dispensar a produção de provas que entender desnecessárias à formação de seu livre convencimento. O indeferimento de prova irrelevante para o deslinde da causa não constitui nulidade processual. Configura cerceamento de defesa a notificação de lançamento fiscal que não oferece ao contribuinte a oportunidade de impugnar a exação. Remessa oficial não conhecida. Apelação a que se nega provimento”.

No caso presente, a exação foi impugnada, o feito se encontra devidamente instruído, inclusive com os elementos de prova tidos como suficientes para suportar a acusação fiscal, além do que a decisão compete ao julgador, diante de sua análise dos elementos que compõem o processo, os quais tenho como suficientes para prolatar decisão de mérito, motivos pelos quais não acolho o pedido.

No mérito, antes de qualquer outra análise, relativamente a tal instituto, necessário e pertinente se esclarecer 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, estando tal regra insculpida no artigo 12-A da Lei 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 efetutado 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 (IPI), 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.

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. Ou seja: em relação à antecipação parcial, incide a regra geral de apuração e recolhimento de todos os contribuintes, independentemente do regime pelo qual optaram, obedecendo a legislação posta, especialmente o artigo 12-A da Lei 7.014/96, já mencionado e

transcrito linhas acima.

O fato de a 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 se deu através da promulgação da Lei Complementar 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, 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”.

Ou seja: em relação a antecipação parcial, incide a regra geral de apuração e recolhimento de todos os contribuintes, independentemente do regime pelo qual optaram, obedecendo a legislação posta, especialmente o artigo 12-A da Lei 7.014/96, já mencionado e transcrito linhas acima.

No RICMS/12, o artigo 332 assim determina:

“Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

(...)

III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

(...)

b) não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS”.

A resolução da lide, em tal situação, depende apenas e tão somente de análise da verdade material, princípio basilar no processo administrativo fiscal, a qual foi perseguida na resolução da lide.

Odete Medauar (A Processualidade do Direito Administrativo, São Paulo, RT, 2ª edição, 2008, página 131) entende que “O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos. Assim, no tocante a provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF), a Administração detém liberdade plena de produzi-las”.

O doutrinador Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, RT, 1 6ª edição, 1991, Página 581) entende que “O princípio da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade processante ou julgadora 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-se cingir às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até final julgamento, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela. Este princípio é que autoriza a reformatio in pejus, ou a nova prova conduz o

julgador de segunda instância a uma verdade material desfavorável ao próprio recorrente”.

Ressalte-se ainda, que tal princípio impõe à Administração Pública o dever de provar os fatos alegados, sendo regra a vedação de aplicar-se como verdadeiros fatos fictícios ou de mera presunção da ocorrência de sua hipótese de incidência, devendo, portanto, buscar-se a descrição concreta dos fatos ocorridos. A Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos LV e LXXVIII assegura ao cidadão litigante, quer em processo judicial, quer em processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa e a razoável duração do processo.

Assim, percebe-se que a Carta Magna quis assegurar às litigantes garantias semelhantes tanto no processo judicial quanto no administrativo. Apesar disso, não se pode dizer que não existem diferenças entre eles, um dos mais expressivos elementos diferenciadores resulta da jurisdição.

Não se podem afastar, no processo administrativo fiscal, os diversos princípios informadores do processo judicial e garantias constitucionais do cidadão, entre eles os princípios da verdade material e do livre convencimento motivado do julgador.

Dessa forma, a valoração das provas à luz do princípio da verdade material deve obedecer aos princípios constitucionais e as normas atinentes ao processo, buscando-se a maior verossimilhança possível dos fatos alegados pelo agente responsável pelo lançamento, e permitindo ao contribuinte utilizar-se da produção de todas e quaisquer provas a ele admitidas por direito quando possíveis no caso concreto, sem qualquer restrição. E mais: o julgador deverá valorar as provas a ele apresentadas livremente, sempre buscando a verdade material dos fatos.

Nele, a produção de provas é de grande relevância, pois visa a obtenção da verdade, ou sua maior aproximação, visto que dificilmente se consegue descrever com exatidão como o fato realmente ocorreu. E é neste sentido, do maior grau de semelhança das ocorrências descritas nos atos formais realizados pelo agente administrativo, é que se reveste o princípio da verdade material.

O Processo Administrativo Fiscal busca a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários. Com status constitucionais, os princípios da ampla defesa e do contraditório serão garantidos ao sujeito passivo, que, querendo, apresentará contestação ao lançamento tributário, intervindo por meio de produção das provas.

A denominada verdade material funda-se na aceitação da teoria da verdade por correspondência, pressupondo a possibilidade de espelhar a realidade por meio da linguagem.

No processo existirão sempre três verdades:

- a) verdade descrita no lançamento pela autoridade fiscal;*
- b) verdade descrita na impugnação do contribuinte;*
- c) verdade do julgador.*

Prevalece a verdade do julgador, para quem as provas terão papel fundamental na formação da sua convicção. A essa autoridade incumbe determinar ou não a realização das diligências, inclusive perícias, podendo indeferir-las se as tiver por prescindíveis ou impraticáveis.

São os princípios que norteiam o Processo Administrativo Fiscal e que definem os limites dos poderes de cognição do julgador em relação aos fatos que podem ser considerados para a decisão da situação que lhe é submetida.

Assim, a questão se resume a análise dos elementos trazidos pela defesa, na forma de anexos. O primeiro deles diz respeito a relação de DAE de fl. 39. Pela mesma, se observa a existência de diversos recolhimentos realizados a título de antecipação parcial, referente ao estabelecimento de CNPJ 04.849.901/0001-03, ao passo que o CNPJ do estabelecimento autuado é o 04.849.901/0002-94, diverso, portanto, daquele, o que torna a prova imprestável no sentido de comprovar eventual recolhimento efetuado a título de antecipação parcial pelo estabelecimento sujeito passivo da relação tributária, frente ao princípio da autonomia dos estabelecimentos.

Mesmo fato ocorre com os documentos colacionados às fls. 40, 42, 43, 45, 46 e 48.

Já os documentos inseridos nas fls. 41, 44 e 47 se apresentam inconclusivos quanto ao seu objetivo, pois simplesmente listam notas fiscais, em relação as quais a defesa não consegue esclarecer a que se referem.

Cumpre destacar que tais documentos são os mesmos colacionados ao Auto de Infração 233085.0039/20-9, lavrado contra outro estabelecimento do mesmo contribuinte, o qual será julgado oportunamente por este relator.

Com isso, se constata e conclui que, apesar do esforço defensivo, não vieram aos autos quaisquer elementos de prova no sentido de desconstituir a infração, e, conseqüentemente, a autuação, o que contribui para a sua manutenção.

Chamo a atenção para a assertiva defensiva de que, “apesar de não ter recolhido o ICMS antecipado, não se creditou dos valores devidos ao referido imposto, e não recolhendo, e também não se creditando dos valores de ICMS, inexistente obrigação tributária, comprometendo assim a validade dos autos de infração objetos da defesa”,

o que conduz ao entendimento de reconhecimento da empresa autuada de, efetivamente, não ter recolhido o imposto devido.

E mais: ao fazer tal afirmação, demonstra desconhecimento da legislação, frente a sua situação de empresa optante do Simples Nacional, não sujeita ao mecanismo de apuração do imposto pelo confronto entre débito fiscal x crédito fiscal, utilizado para aquelas empresas optantes do regime normal de apuração do ICMS, e sim, de forma específica explicitada na Lei Complementar 123/06.

Ademais, a obrigação tributária existe em função da determinação legal, plenamente válida e eficaz, como já visto, à época dos fatos geradores, razão da minha discordância quanto a tais argumentos expostos.

Tendo o autuado em sua peça de impugnação mencionado o teor da Lei 9.298/96, datada de 01/08/1996, esclareço ter a mesma alterado a redação do § 1º do artigo 52 da Lei 8.078, de 11/09/1990, que “dispõe sobre a proteção do consumidor”, sendo que tal Lei (8.078), vem a ser o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que regula as relações de consumo, não tendo qualquer alcance, abrangência ou aplicação ao direito tributário, à vista, inclusive de decisões do STJ, como a constante do Agravo em Recurso Especial 397.617/DF, julgado em 1º de abril de 2014, no qual o Ministro João Otávio de Noronha, seguindo entendimento consolidado naquela corte, quanto a inaplicabilidade do CDC, quando houver Lei específica que regule a matéria, como é o caso do ICMS.

Além disso, a multa ali estabelecida é de natureza contratual, também matéria estranha ao direito tributário.

Ressalto, por oportuno, que a relação jurídica tributária entre o contribuinte e o Fisco não se constitui em relação de consumo, mas de natureza bastante específica e diversa, descabendo tal arguição efetivada pela defesa, o que concorre para a sua não aceitação.

Em relação a menção defensiva ao artigo 630 do Decreto 33.118, de 14 de março de 1991, o qual aprovou o “Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – RICMS do estado de São Paulo”, esclareço que além da total incapacidade do mesmo em produzir qualquer efeito no estado da Bahia, à vista das disposições constitucionais do ICMS, por se constituir em legislação interna do estado de São Paulo, estando o seu alcance e aplicação limitado a tal território, foi o mesmo revogado pelo Decreto 45.490, datado de 30/11/2000, em seu artigo 2º:

“Artigo 2.º - Este decreto entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1.º de janeiro de 2001, quando então ficarão revogados o Decreto n.º 33.118/1991 e o regulamento por ele aprovado, com todas as suas modificações e o Decreto 43.738/1998”.

Diante de tal fato, me escuso a tecer qualquer comentário a respeito, diante de ser a norma inócua quanto a aplicação.

Quanto a discussão encetada acerca da cobrança dos juros de mora, postas pela defesa, tal matéria se encontra pacificada não somente na legislação, sobretudo no campo da Jurisprudência, uma vez ser o entendimento consolidado no Poder Judiciário, o da possibilidade de sua cobrança, como se denota da abaixo resumida em sua Ementa, dentre as mais diversas existentes:

TRF-1 Apelação Cível AC 60644MG 1999.01.00.060644-1, Segunda Turma Suplementar, Relatora Vera Carla Nelson de Oliveira Cruz, julgado em 27/11/2001, DO de 28/01/2002:

“Ementa: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA MORATÓRIA. JUROS DE MORA. CUMULAÇÃO. JURIDICIDADE. CTN. ART. 161.

I. Se o crédito tributário não for integralmente pago no vencimento, são devidos juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta e sem prejuízo das penalidades cabíveis (art. 161 do Código Tributário Nacional).

II. Não há bis in idem na cumulação de juros de mora e multa moratória em face da identidade de pressuposto fático dessas exigências, já que suas naturezas jurídicas são discrepantes: os juros de mora tem caráter ressarcitório, enquanto a multa de mora, muito embora esteja também afeta a disponibilidade do capital, é, ontologicamente, uma sanção, que, vale enfatizar, não se desvirtua pelo fato de se distinguir da multa por infração em consequência da nuance compensatória.

III. Apelação improvida”.

De igual modo, o STJ, a exemplo da decisão contida no REsp. 220.859/SC, relatado pelo Ministro Garcia Vieira, firma posição no sentido de que “Se o crédito não foi integralmente pago no vencimento, são devidos juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta e sem prejuízo das penalidades cabíveis. É admissível a cumulação de juros de mora e multa”.

Logo, não posso albergar tal argumento.

Diante da menção defensiva à ADI 4.384, esclareço que em sessão virtual de 01/02/2019 a 07/02/2019, por

maioria, o pleno do STF, vencido o Ministro Marco Aurélio Melo, acompanhou o voto do relator, Ministro Luís Fux, negando provimento por ilegitimidade ativa ao autor, nos seguintes termos:

“AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE PARA AJUIZAMENTO DE AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO. CRITÉRIOS JURISPRUDENCIAIS PARA DEFINIR CONFEDERAÇÃO SINDICAL E ENTIDADE DE CLASSE DE MBITO NACIONAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 13, § 1º, XIII, G, ITEM 2, E H, DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL 123/2006, COM AS ALTERAÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL 128/2008. REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES NACIONAL. ICMS. COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS PARA FINS DE REVENDA. AÇÃO PROPOSTA POR ASSOCIAÇÃO CIVIL QUE NÃO SE INCLUI NO ROL TAXATIVO DE LEGITIMADOS À PROPOSITURA DAS AÇÕES DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 103, IX, DA CONSTITUIÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO”.

Desta forma, fica prejudicada qualquer apreciação à arguição defensiva posta, diante da decisão acima exarada.

Quanto a remissão da impugnação ao teor do artigo 13, § 6º, da Lei Complementar 123/06, vejamos a redação ali posta:

“Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 6º O Comitê Gestor do Simples Nacional:

I - Disciplinará a forma e as condições em que será atribuída à microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional a qualidade de substituta tributária;

II - Poderá disciplinar a forma e as condições em que será estabelecido o regime de antecipação do ICMS previsto na alínea g do inciso XIII do § 1º deste artigo”.

No caso do inciso I, a norma legal nos fala em “qualidade de substituta tributária”, o que se entende apenas em relação a antecipação tributária com encerramento de tributação, o que, como já visto, não é o caso, reitero.

O inciso II, por sua vez, traz apenas uma possibilidade, diante da redação “poderá disciplinar”, aí entendido não ser a sua adoção ou regulamentação obrigatória, nem imperativa, o que desconstitui o argumento posto.

Também não cabe a este órgão calcular acréscimos moratórios ou valor de juros moratórios, por força de seu Regimento Interno, do qual a defesa seguramente tem pleno e total conhecimento, o que prejudica o atendimento do pedido formulado neste sentido.

No que diz respeito ao caráter considerado pela defesa como confiscatório da multa sugerida na infração (60%), observo que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, um de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o “império da lei” ou “jus imperium”.

No campo tributário, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que “nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei”. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência esta descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antônio Carrazza em seu livro *Princípios Constitucionais Tributários*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que “O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei”.

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independente de qualquer critério. Assim, dentro de

cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei nº. 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia) a qual disciplinou nos artigos 46 e 47, as penalidades à infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei nº 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

O Agente fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.

Assim, não se pode arguir, qualquer arbitramento da multa sugerida, diante do seu caráter legal e cuja aplicação é obrigatória, nos termos da legislação, não estando ao talante de quem quer que seja.

Por fim, para sepultar qualquer discussão a respeito, frente às colocações defensivas, menciono decisão do STF através da sua 1ª Turma, ao analisar o AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 833.106 GOIÁS, assim decidiu:

“TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA.

Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral”.

Em tal decisão, o Relator, Ministro Marco Aurélio Melo, assim se manifestou:

“A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2011.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais”.

Esclareço que a multa aplicada na presente autuação foi de 60%, ou seja, não houve penalidade em valor maior do que o devido a título de imposto.

Da mesma forma, por se tratar de descumprimento de obrigação principal, não cabe qualquer afastamento ou redução do percentual aplicado, conforme solicitado, nos termos do artigo 42, § 8º da Lei 7.014/96 devidamente já revogado daquele diploma legal, conforme já visto anteriormente.

Quanto ao requerimento da empresa autuada no sentido de que fosse suportado pelo notificante, ou seja, o autuante, os custos havidos pela mesma, para a produção da defesa, esclareço não ser possível de atendimento, tendo em vista estarmos diante de processo em apreciação administrativa, de características em alguns pontos diversos dos processos judiciais, inclusive um processo sem custas diretas de tramitação ou de semelhante natureza pelo contribuinte, não podendo ser o mesmo acolhido.

Em relação aos argumentos que eventualmente envolvam questões relativas à constitucionalidade, nos termos do artigo 167, inciso I do RPAF/99, este órgão não possui a devida competência para tal análise.

Por fim, diante das reiteradas ameaças postas na peça apresentada de busca do Poder Judiciário, se trata de direito inalienável do contribuinte, em atenção ao preceito constitucional do direito de postulação, cabendo ao próprio fazê-lo, frente ao entendimento de oportunidade e pertinência, não estando afeito a este órgão qualquer posicionamento.

Diante dos expostos argumentos, tenho o lançamento como procedente, tal como lançado.

Regularmente intimado, o Sujeito Passivo, por intermédio de seus advogados, protocolizou suas razões recursais (fls. 86 a 95), guarnecidas de documentos (fls. 96 a 161) e mídia CD (fl. 162). Em seu Recurso Voluntário, o Sujeito Passivo pede a reforma do Acórdão pelas seguintes razões, expostas em síntese, grande parte delas reiterativas da tese de defesa:

- a) preliminarmente, afirma que o acórdão recorrido é nulo por cerceamento do direito de defesa, pois afirma ter evidenciado em sede de Defesa “documentação que demonstra o direito da

Recorrente”, mas “*tal direito não foi reconhecido pela autoridade competente*”, e que na amostragem por si indicada “*ficou evidenciado [Sic] notas fiscais com ICMS devidamente recolhidos, não podendo ter sido incurso como em aberto no levantamento efetuado pelo autuante[...]*”;

- b) que procedeu à juntada de tela do sistema “*da própria autuante ora recorrida*”, de modo que não há que se falar em presunção de veracidade, portanto requereu diligência “*a fim de apurar as informações prestadas no tocante aos valores auferidos pelo Sr. Fiscal aos períodos relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração alocadas pelo recorrente*”;
- c) no mérito, tece considerações doutrinárias sobre a antecipação parcial e seus efeitos sobre optantes do Simples Nacional, fazendo menção a julgado do TJBA (Acórdão da Segunda Turma do TJBA nos autos do Processo nº 8022936-67.2020.8.05.0000, em sede de Agravo de Instrumento, publicação de 10/05/2021), para concluir que diante da documentação coligida, “*não merece prosperar o auto de infração em epígrafe*”;
- d) tece considerações doutrinárias acerca do caráter desarrazoado e desproporcional da multa aplicada, que conclui afirmar tratar-se de um “*verdadeiro confisco*”.

Conclui postulando a reforma da decisão de primeiro grau e declaração de improcedência do lançamento, ou considerá-lo nulo, determinando-se o arquivamento. Pede ademais seja declarada nulidade das notificações a partir dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Protesta pela produção de todas as provas admissíveis em direito.

Às fls. 166 a 178 vieram aos autos documentos de habilitação de um novo patrono da Recorrente, sem reservas para os que lhe antecederam. Subsequentemente, às fls. 180 a 186, consta petitório sem título e indicativo de “defesa fiscal”, em que a Recorrente aduz em síntese:

- e) que o Auto de Infração é absolutamente nulo, uma vez lavrado por Agente de Tributos Estaduais, o que contrariou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado (ADI nº 4233) da constitucionalidade das leis baianas sobre a matéria (Lei nºs 11.470/09 e 8.210/02), transcrevendo ementa do acórdão publicado em 29/04/2021 e tecendo considerações sobre a ausência de competência de Agente de Tributos Estaduais para lavrar o presente Auto de Infração, pleiteando pela declaração de nulidade.

Recebidos os autos, estes me foram endereçados em 10/08/2023 e, por considerá-los devidamente instruídos, solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse sua inclusão em pauta de julgamento.

Para essa finalidade, trago os autos, pois, a esta sessão de 23/11/2023, oportunidade em que se fizeram presentes os Drs. Fernando Santos Oliveira Jr., OAB/BA nº 67.529 e Antônio Carlos Santana, OAB/BA nº 74.558, fazendo o uso regimental da palavra em nome da Recorrente.

VOTO

Conheço do recurso, pois vislumbro presentes os pressupostos de admissibilidade, com destaque à tempestividade e cabimento (arts. 169 e 171 do RPAF/99).

Dou início o exame das razões recursais pela matéria ventilada por último, em petição autônoma (que, a despeito da dicção do art. 173, inciso II do RPAF/99, merece conhecimento por versar matéria de ordem pública), em que se inquina de nulidade o lançamento perpetrado por agente público destituído de competência - Agente de Tributos Estaduais, à luz da matéria ventilada nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.233.

O tema é grave, merece a atenta apreciação da matéria conforme ventilada perante o Supremo Tribunal Federal. Com efeito, em 04/03/2021 o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADI movida contra o Estado da Bahia, em razão de excertos da Legislação Estadual, conferindo interpretação conforme à Constituição aos incisos I e II, do art. 2º da Lei nº 11.470/2009 do Estado da Bahia, excluir do seu âmbito de incidência os Agentes de Tributos Estaduais cuja investidura se deu em data anterior à Lei nº 8.210/2002, do mesmo Estado.

Contudo, em 29/11/2023, em sede de embargos de declaração, o STF houve por bem modular temporalmente os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, para dar efeitos prospectivos à decisão, de modo que somente produza efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata de julgamento, tempo hábil para a realização de concurso público, a nomeação e a posse de novos agentes de tributos estaduais, evitando-se, assim, prejuízo à prestação do serviço público, ficando ressalvados dos efeitos da decisão embargada, até o advento do termo supra, os atos praticados pelos agentes de tributos estaduais que ingressaram no cargo antes da edição da Lei nº 8.210/02 do Estado da Bahia.

Com efeito, o argumento pela inconstitucionalidade é de extrema relevância, ante o risco de ofensa a preceito expresso da Constituição Federal (em seu texto originário) que condiciona a investidura em cargo público à aprovação em concurso público (art. 37, inciso II da CF). Todavia, considerando ilações sobre segurança jurídica e preservação de atos que já se perfectibilizar, o órgão de cúpula do Poder Judiciário da Federação houve por bem preservar efeitos de atos praticados até 12 (doze) meses após 04/03/2021. Assim, sem nem ingressar na minúcia de examinar se o agente da Fiscalização que lavrou o ato efetivamente ingressou nos quadros por meio de concurso público, ou se esse concurso já teria sido promovido após as alterações de 2002 e 2019, é certo que o Auto de Infração foi lavrado em 01/10/2020, a salvo dos efeitos de pronúncia de inconstitucionalidade conforme promovida pelo STF.

Diante dessas circunstâncias, e tendo em conta as limitações de matéria apreciáveis pelo CONSEF à luz do art. 125 do COTEB, sou pela rejeição da questão preliminar.

Sobre a arguição de cerceamento do direito à ampla defesa, não nos parece plausível a sua alegação diante da acusação formulada e da argumentação defensiva apresentada. Cuida-se de acusação de não recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. A contribuinte não evidenciar que fez o recolhimento via antecipação parcial, que no caso era incidente. Ao revés, cabendo-lhe evidenciar o recolhimento antecipado (ou a não incidência desse recolhimento), nada trouxe aos autos. Correta a decisão de primeiro grau, portanto rejeito a objeção ao lançamento.

Em linha com o que foi apontado, as telas do sistema “*da própria autuante ora recorrida*” - queremos crer que se trata de excertos de sistemas de controle interno da Autuada, ora Recorrente, embora o excerto seja bastante confuso, *data venia* - não conduzem a verossimilhança nas alegações da Recorrente. É certo que um sistema de apuração como o AUDIT SN não gera dados, e sim extrai dados fornecidos pelo auditado/contribuinte quando do cumprimento de suas obrigações acessórias de escrituração de livros fiscais, e viabilizam a auditoria. Quando o Sujeito Passivo não fornece elementos concludentes para infirmar o relato produzido pelos dados que ele mesmo, Sujeito Passivo, forneceu, há de se aplicar as disposições dos arts. 141 e 143 do RPAF/99.

Sobre o dever de antecipação parcial do ICMS e sua incidência para optantes do Simples Nacional, em que pese a plausibilidade da tese (dado o regime constitucionalmente diferenciado e favorecido para tais organizações econômicas), a mesma esbarra em dois impedimentos.

Primeiro, a norma incide *ex vi legis* (art. 12-A da Lei nº 7.014/96), sem ressalva para optantes pelo Simples Nacional, e sem que ofenda qualquer disposição explícita da Lei Complementar nº 123/06 - ver ressalvas explícitas no art. 13, inciso XIII, alínea “a”, sempre relacionadas a “*antecipação do recolhimento do imposto com encerramento de tributação*”.

Segundo, os julgados de Tribunais Superiores fazem ressalva à antecipação tributária instituída via Decreto (ver Tema nº 456, *leading case* RE nº 598677, do STF), mas nada tratam sobre a eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade da antecipação parcial em face de optantes pelo Simples Nacional.

Terceiro, o julgado aventado como precedente (Agravos em Agravo nº 8022936-67.2020.8.05.0000) cuida tão-somente de uma decisão pela manutenção de uma tutela antecipatória a

envolver parte diversa, sem vincular a Recorrente e destituída de similitude com o caso concreto para gerar a esta relatoria razões de convencimento suficientes para a adoção da tese.

Em relação às penalidades aplicadas, constato que a multa é compatível com o excerto legal (art. 42, incisos II, alínea “d” e III da Lei nº 7.014/96) que embasaram a imputação, seja pela conduta empreendida, seja pela multa aplicada.

Reconheço, ademais, os limites da competência do Conselho para apreciar matéria emanada de autoridade superior, ou para apreciar questão sob apreciação ou já decidida pelo Poder Judiciário (art. 125 do COTEB). Em que pese o posicionamento pessoal desta relatoria, deve-se reconhecer que esta foi a opção política da Casa que representa o Povo da Bahia, ao não conferir tal competência ao CONSEF.

Pelo exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, julgando o Auto de Infração PROCEDENTE.

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 233085.0038/20-2, lavrado contra **CITYTEC COMÉRCIO E REPARAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 41.513,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2023.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS