

PROCESSO - A. I. Nº 222560.0079/16-2
RECORRENTE - MERCADO DO BEBÊ CONFECÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0079-04/20-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/04/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0102-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. FALTA DE RECOLHIMENTO. Mantida a exigência fiscal; **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. Exigência parcialmente subsistente, após alterações efetuadas pelo autuante. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário em face da Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, resultando em desoneração do Sujeito Passivo da ordem de R\$ 5.260,26, ao tempo da prolação da decisão (fl. 97).

Não houve, portanto, desoneração em monta que determinasse o processamento de Recurso de Ofício (art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99).

O Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2016 e notificado ao Sujeito Passivo em 06/07/2016 (fl. 03), para exigir ICMS no montante de R\$ 51.381,26, além de multa (60% sobre o valor lançado) e acréscimos legais, em decorrência da acusação de cometimento de duas infrações em períodos de apuração salteados, ao longo dos exercícios de 2012, 2013 e 2014, enunciadas da seguinte maneira:

Infração 01 – 07.21.01: Deixou de efetuar o recolhimento 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. [...] **Enquadramento legal:** [para ocorrências até 31/03/2012] Art. 386, inciso I; art. 371; art. 125, combinado com o artigo 61, do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. [para ocorrências após 31/04/2012] Art. 34, inciso III da Lei 7.014/96 C/C art. 289, § 1º, inciso III, alínea “b” do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa Aplicada:** Artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96. [...] Total da infração: R\$ 46.836,31.

Infração 02 – 07.21.03: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de 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. [...] **Enquadramento legal:** [para ocorrências até 31/03/2012] Art. 352-A, art. 125, inciso II e parágrafos 7º e 8º combinado com o artigo 61, inciso IX e artigo 386, inciso I do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. [para ocorrências após 31/04/2012] Art. 12-A da Lei 7.014/96 C/C art. 321, inciso VII, alínea “b” do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa Aplicada:** Artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96. [...] Total da infração: R\$ 4.544,65.

O contraditório se desenvolveu de modo adequado em primeiro grau, com **Defesa** às fls. 25 a 30; e **Informação Fiscal** às fls. 73 e 74. Em 12/05/2020 (fls. 92 a 94) foi proferida a decisão ora recorrida, consoante voto acolhido à unanimidade e redigido nos seguintes termos:

VOTO

Depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração, observo que as acusações em discussão estão postas de maneira clara e devidamente demonstradas de forma analítica, cujas planilhas elaboradas, foram entregues ao autuado mediante recibo, lhe possibilitando os mais amplos meios de defesa. A descrição dos fatos foi efetuada de maneira compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos referentes à multa aplicada, relativamente as irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, não estando presentes no processo qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV, do art. 18 do RPAF/99.

Quanto à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo, para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

No mérito, as imputações fiscais estão relacionadas à falta de recolhimento por antecipação total (substituição tributária), infração 01 e antecipação parcial, infração 02, nas aquisições de mercadorias em outras Unidades da Federação.

Na apresentação da defesa, o autuado alega que para a apuração do imposto antecipação parcial não foi considerado o benefício da redução da base de cálculo, nos termos dos artigos 266, 267e 268 do RICMA/BA.

Explica que nas aquisições interestaduais com crédito de 7% ou 12%, havendo redução da base de cálculo, de forma que a carga tributária seja equivalente na saída dos mesmos produtos, não haverá pagamento de antecipação parcial, pois, por óbvio, o crédito será igual e/ou superior à carga tributária interna. Alega ainda, que não foram considerados os pagamentos efetuados pela empresa nos exercícios fiscalizados.

De pronto, constato que os argumentos defensivos dizem respeito à infração 02. Como a defesa limitou-se apenas a negar o cometimento da infração 01, aplico as disposições contidas no art. 143 do RPAF/99, abaixo transcrito:

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Consequentemente é procedente a infração 01.

Em relação à infração 02, constato que a autuante, ao prestar Informação Fiscal, acata os argumentos defensivos esclarecendo que nos levantamentos iniciais não foram considerados os valores questionados pelo autuado, pois os valores recolhidos levaram em consideração a data de emissão das notas fiscais e não a data do efetivo recolhimento. Feitos os ajustes pertinentes, reduz o valor da infração 02 – Antecipação Parcial, para R\$ 2.237,67.

Acato os novos valores apurados pelo autuante, em razão do reconhecimento das irregularidades apontadas na peça defensiva e a infração 02 é parcialmente subsistente, de acordo com o demonstrativo de fl. 74.

Importante salientar, que o autuado foi devidamente cientificado das alterações que foram processadas pelo autuante, fls. 74 a 81, porém, não se pronunciou.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Não foi interposto recurso de ofício, certamente por escapar ao valor de alçada (art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99).

Regularmente intimado, houve interposição tempestiva de Recurso Voluntário (fls. 107 a 115), em que se aduziram asserções relacionadas com a busca da verdade real, a seguir sumariadas:

- A) considerações doutrinárias sobre o princípio da busca da verdade material, dado que “*muitas vezes, o que está escrito no papel ou no documento não é o que de fato aconteceu ou acontece na prática*”, colacionando doutrina de José Souto Maior Borges, Luis Eduardo Schoueri / Gustavo Emílio Construcci de Souza, Celso Antônio Bandeira de Melo;
- B) que o julgador de primeira instância não buscou chegar à verdade, pois não julgou a questão de direito sustentada na impugnação, por entender que seria uma simples negativa do cometimento da infração;
- C) repisa, outrossim, a tese da defesa de que em se tratando de operações subsequentes com base de cálculo reduzida, deve ser aplicada a redução da base de cálculo também para os optantes pelo SIMPLES NACIONAL, o que impactaria o cômputo do tributo lançado; e mais, que a depender da alíquota, “*não haverá pagamento de antecipação parcial, pois, por óbvio, o crédito será igual e/ou superior à carga tributária interna*”, concluindo que pelo procedimento adotado a Fiscalização “*não observou as hipóteses em que não haverá antecipação a recolher*”.

Conclui requerendo seja provido o recurso para que seja analisada a questão de direito posta em exame, uma vez que não houve diferenciação dos produtos constantes no anexo do lançamento

(alíquotas e natureza do bem), “o que pode ensinar na desnecessidade de antecipação de ICMS”, e requer que as intimações relativas ao processo sejam endereçadas ao advogado que declina na peça recursal, sob pena de nulidade.

Recebidos os autos, estes foram a mim distribuídos e, por considerá-los instruídos, solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse sua inclusão em pauta, motivo pelo qual os trago a esta assentada.

É o relatório.

VOTO

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

A despeito de não ter sido agitada pela Recorrente, é prudente destacar que o feito se originou de ação fiscal presidida por Agente de Tributos Estadual (ATE), tema objeto de recente apreciação por parte do STF, cerca de uma década e meia da judicialização da discussão perante o Pretório Excelso via Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4233-BA.

Certificado, em 16/02/2023, o trânsito em julgado das decisões adotadas no curso daquele feito, convém destacar que o que se extrai do julgado é:

- a) que é inconstitucional (por ofensa ao princípio do concurso público) que ATEs ingressantes nos quadros funcionais da SEFAZ/BA antes da Lei nº 8.212/2002 fossem investidos na competência para constituição de crédito tributário (e, por conseguinte, para a lavratura de autos de infração, como no presente caso);
- b) que, como medida de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, esses ATEs preservarão tal competência, e ficarão resguardados os efeitos dos lançamentos praticados até um ano após a publicação da ata da sessão de decisão dos embargos de declaração, o que ocorreu em 01/02/2024 - prazo concedido para que o Estado da Bahia promova concurso público suprir a sua demanda pela realização das funções.

Ante o exposto, e com espeque no que dispõe o art. 125, incisos I e II da Lei nº 3.956 de 11/12/1981 (COTEB), é mister reconhecer e confirmar inicialmente a competência do Agente de Tributos Estadual para lavrar o Auto de Infração em tela.

Prosseguindo no exame recursal, constata-se que a matéria de fundo advém do inconformismo da Recorrente a respeito do modo como suas postulações foram examinadas em primeiro grau. Em suas razões, percebe-se que a Recorrente formula conjecturas sobre eventuais causas para que o lançamento restasse frustrado, tais como operações subsequentes com base de cálculo reduzida.

Em outras palavras: a partir de formulações genéricas acerca do princípio da busca da verdade material, sem apontar uma só operação concreta, nem mesmo a título de exemplo, a Recorrente pretende que tem direito subjetivo (não observado em primeiro grau de conhecimento) em ver a ação fiscal refeita.

Não há dúvida de que princípios jurídicos, em lugar de absolutos, ombreiam uns com os outros e frequentemente entram em colisão. Pretender que ante a mera adução de conjecturas não concretas deva a ação fiscal ser refeita ou revisada, sob pena de ofensa ao princípio da busca da verdade real, é sem dúvida deixar de considerar a relevância da razoável duração do processo, insculpida na Carta Magna (art. 5º, inciso LXXVIII).

Nesse sentido, corroboro o entendimento defendido pelo órgão julgador de primeiro grau. É que o auto de infração, lavrado a partir de circunstâncias objetivas (ingresso de mercadorias destinadas à venda, no território estadual; dever de incidir antecipação parcial, inclusive por parte de adquirentes enquadrados como ME, EPPs e/ou sob o regime do SIMPLES NACIONAL) não será destituído de sua presunção de legitimidade apenas a partir de conjecturas.

Com a devida vênia, não observo nas razões recursais questão de direito a ser julgada, como se o órgão de primeiro grau devesse de debruçar sobre opiniões interpretativas dos interessados acerca da legislação tributária, em abstrato.

O que observo, com toda licença, é que a ação fiscal se pautou em dados objetivos, e a defesa trilhou caminhos abstratos, sem demonstrar em concreto, a partir de operações que efetivamente fundamentaram a lavratura do Auto de Infração, que casos haveria a impactar modificação da conclusão da ação fiscal.

Dito de outro modo: cabia à Recorrente afastar a acusação minuciosamente empreendida, pois salvo se a improcedência não resultar do conjunto de provas, sem a contestação do fato admitir-se-á como verídico o relato do lançamento (art. 140 do RPAF/99); o fato controverso (por exemplo, a não ocorrência de qualquer das infrações) deveria advir de prova de que dispõe a Recorrente, sob pena de presunção da veracidade da afirmação (art. 142 do RPAF/99); a mera negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

De resto, apenas em relação à Infração 02, constato que o próprio Autuante em sede de Informação Fiscal promoveu ajustes no lançamento - decorrentes de pagamentos efetuados no mês subsequente ao da ocorrência do fato tributário.

Não cabe o reexame da matéria, ante o óbice já destacado a exame de recurso de ofício, mas merece o destaque para que seja afastada a arguição de inobservância do princípio da busca da verdade material.

Enfim, assim como o órgão de primeiro grau, constato as comunicações e intimações foram realizadas como de costume no âmbito do CONSEF com a indicação de advogado signatário do recurso e devidamente habilitado, mas que a regularidade formal dos atos de comunicação no curso do PAF encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, sendo com eles conforme, e que tais dispositivos estão conformes ao Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Pelo exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo julgado o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **222560.0079/16-2**, lavrado contra **MERCADO DO BEBÊ CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 49.074,28**, 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, 11 de março de 2024.

EDUARDO RAMOS SANTANA – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS