

A. I. Nº - 222567.0018/11-1
AUTUADO - JOSÉ EDIVAN FERNANDES
AUTUANTE - ELMON CARVALHO DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 02.06.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0100-04/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Inexistem nos autos elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração impetrada ao sujeito passivo, diante da metodologia de cálculo adotada pelo autuante. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 18 de setembro de 2012 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 45.537,68, acrescido de multas nos percentuais de 50% e 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. 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, nos meses de janeiro a julho, setembro, novembro e dezembro de 2010, janeiro, abril, julho, agosto, novembro e dezembro de 2011, no total de R\$ 2.831,08, multas de 50% e 60%.

Infração 02. Recolhimento a menor de 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, no montante de R\$ 6.222,51, além de multas de 50% e 60%, para fatos constatados em janeiro a abril, junho a dezembro de 2010, fevereiro a abril, junho, agosto a dezembro de 2011.

Infração 03. Falta de recolhimento de 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, totalizando R\$ 14.384,75, bem como multa de 60%, para fatos ocorridos março a dezembro de 2010, janeiro a março, maio a setembro, novembro e dezembro de 2011.

Infração 04. Recolhimento a menor de ICMS 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, de R\$ 22.099,34, bem como multas de 50% e 60%, para ocorrências constatadas nos meses de janeiro a abril, junho a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 566 a 572, onde argüi em sua defesa, inicialmente, a título de preliminar, a nulidade do Auto de Infração, com base no artigo 18, inciso I do RPAF, por ser o mesmo, oriundo de ato praticado por servidor incompetente, eis que, não fora lavrado por um Auditor Fiscal, mas sim por um Agente de Tributos Estaduais.

No caso em tela, em que pese à redação atual do artigo 42 dada pelo Decreto nº 11.806, de 26/10/09, Diário Oficial do Estado de 27/10/09, com efeitos a partir de 01/07/09, em que atribui função fiscalizadora aos agentes tributários, entende que se trata de alteração inconstitucional, que vai de encontro aos princípios constitucionais previstos no artigo 37 da nossa Constituição Federal, consoante transcrição do referido artigo e seus incisos.

Indica que a redação original, com efeitos até 30/06/09, do mencionado artigo 42 era bem clara, ao afirmar sem sombra de dúvidas que *“A lavratura do Auto de Infração é de competência privativa dos Auditores Fiscais.”*, e que tal questão, inclusive, encontra-se *sub judice*, no STF, em sede da ADIN de nº 4233.

Após tecer considerações acerca do ato administrativo, e sua validade, adentra na análise da teoria das nulidades, mencionando entendimento doutrinário, para concluir que, sendo o presente Auto de Infração, portanto, um ato administrativo praticado em desconformidade com as prescrições em seu procedimento formativo devendo ser decretado nulo, afastando seus efeitos principais e secundários, já que o mesmo vai de encontro com os princípios norteadores da administração pública, previstos constitucionalmente.

Requer ainda, a nulidade do presente Auto de Infração, com base no artigo 18, inciso II do RPAF, por ter sido o mesmo praticado com preterição do seu direito de defesa, tendo em vista a não observância de preceitos legais específicos quanto aos fatos geradores das respectivas infrações alegadas como infringidas, o que a impossibilitou de exercer o seu direito constitucional de ampla defesa, vez que, muito embora o autuante reconheça que a autuada é Microempresa, no entanto, deixou de observar a legislação que cuida do ICMS por antecipação parcial no que se refere a redução para as Microempresas no valor a ser pago a título de tal antecipação quando adquiridas mercadorias de outras unidade da Federação.

Indica que o direito a tal redução é patente nos autos, eis que, mesmo tendo a empresa autuada pago os valores, na forma da lei, de antecipação parcial, conforme DAES que anexa, no período fiscalizado, o autuante não elaborou em seu levantamento fiscal, os cálculos previstos em Lei, no que toca a tal redução prevista no artigo 352/A do RICMS, ocasionando, assim, diferenças de antecipação indevidas.

De outra banda, em relação à substituição tributária aponta equívoco do autuante, ao atribuir tal fato gerador a mercadorias que não fazem parte do sistema de arrecadação por ST - Substituição Tributária, conforme Protocolos do ICMS 104/09 e 109/09, a exemplo do entendimento do Parecer nº 08628/2011 da SEFAZ/BA, bem como deixou de considerar, também, alguns DAES já pagos.

Finalmente, em relação a essa mesma infração, deixou o autuante de comprovar a entrada efetiva de mercadorias provenientes de fora do Estado da Bahia, fazendo com que surgisse cobrança de imposto por Antecipação Parcial e Total.

Neste caso, mesmo sabendo que mercadorias adquiridas de outro Estado da Federação foram devolvidas ou sinistradas, não cuidou de certificar tais fatos junto às empresas de origem, fazendo com que a autuada se obrigue à inversão do ônus de tal prova, conforme documentação apresentada, quando na verdade, cabe apenas e tão somente ao Fisco, comprovar que uma mercadoria entrou no estabelecimento fiscalizado.

Com isto, a defesa ficou prejudicada em relação aos equívocos acima, com dados imprecisos, tornando-se assim, o Auto de Infração em comento, nulo de pleno direito.

Caso a fiscalização tivesse o intuito de aferir de forma isenta o crédito tributário em questão, não teria preterido os fatos acima apontados no seu levantamento fiscal. Assim, entende que o levantamento feito pelo autuante é nulo de pleno direito, tendo em vista que a documentação ora acostada demonstra de forma clara e cristalina que a empresa, não praticou as infrações constantes no dito Auto de Infração.

Quanto ao mérito, entende que tendo como atividade econômica principal, o ramo do comércio varejista de outros artigos de uso pessoal e doméstico e outras atividades econômicas secundárias de comércio varejista, onde, desde a data de sua abertura, em 04/04/2000, sempre observou a legislação tributária, na qualidade de microempresa.

Nega ter praticado qualquer ilícito fiscal, quer antes ou depois do período fiscalizado no presente lançamento, razão pelo qual não poderá prosperar o entendimento do autuante, quanto às infrações infringidas, devendo, por conseguinte ser anulado o mesmo ou julgado insubsistente, para que se faça a verdadeira justiça, no âmbito administrativo tributário.

No presente caso muito embora o autuante reconheça que a autuada é Microempresa, no entanto, deixou de observar a legislação que cuida do ICMS por antecipação parcial no que se refere a redução no valor a ser pago a título de tal antecipação quando adquiridas mercadorias de outras unidade da Federação.

Reitera que o direito a tal redução é patente nos autos, eis que, mesmo tendo a empresa pago os valores, na forma da lei, de antecipação parcial, conforme DAES em anexo, no período fiscalizado, o autuante não elaborou em seu levantamento fiscal, os cálculos previstos em Lei, no que toca a tal redução, (artigo 352/A do RICMS), ocasionando, assim, diferenças de antecipação indevidas.

Em relação a essa mesma infração, indica que deixou o autuante de comprovar a entrada efetiva de mercadorias provenientes de fora do Estado da Bahia, fazendo com que surgisse cobrança de imposto por Antecipação Parcial e Total, e neste caso, mesmo sabendo que mercadorias adquiridas de outro Estado da Federação foram devolvidas ou sinistradas, não cuidou de certificar tais fatos junto às empresas de origem, fazendo com que a autuada se obrigue na inversão do ônus de tal prova, conforme documentação anexa, quando na verdade, cabe apenas e tão somente ao Fisco, comprovar que uma mercadoria entrou em um estabelecimento fiscalizado.

Assevera que estando enquadrada no regime simplificado de apuração do imposto, denominado de Simples Nacional, que prevê apuração de ICMS de acordo com o valor gradativo, pagando apenas uma alíquota fixada em lei, e, dispensadas diversas formalidades exigidas pelo regime normal, é comum nas microempresas, interpretação equivocada da Legislação Fiscal pátria, tanto é verdade, que existe o instituto da dupla visita, para casos de outra natureza fiscal, onde o Órgão Fiscalizador ao constatar qualquer irregularidade, é obrigado a praticar ato orientador, para que sejam sanadas tais irregularidades, para aí sim, em uma segunda visita, autuar ou não a empresa visitada.

Menciona o fato de mesmo estando enquadrada em um Regime Simplificado, a microempresa é submetida, às vezes, a dois Regimes de Apuração de Impostos distintos (normal e simplificado), apesar de ter optado por este último, o que, em tese, teria o direito a remissão total ou parcial, por conta de erro ou ignorância, quanto a matéria de fato, consoante inciso II, do artigo 172 do Código Tributário Nacional, transcrito.

Ressalta que, até a própria Fazenda Pública Estadual, quando da implantação do seu Regime Específico SIMBAHIA, em 1999, incorreu em erro, quando da apuração de crédito tributário, que ultrapassasse os limites desse regime simplificado, fazendo com que, posteriormente, fossem editadas leis para correção de erros no cálculo da apuração do imposto fiscalizado, razão pela qual deve ser levada em consideração a sua qualidade de microempresa, quanto às supostas Infrações do presente Auto.

Solicita a realização de diligência, oficiando-se às empresas cujas mercadorias foram adquiridas em outros Estados da Federação, para que comprovem a efetiva entrega das ditas mercadorias no seu estabelecimento, informando, ainda, se ocorreu devolução das mesmas e/ou se foram sinistradas.

Informação fiscal prestada às fls. 670 a 693 pelo autuante argumenta preambularmente que procurou no desenvolvimento dos trabalhos sempre o uso do bom senso com o objetivo de não praticar injustiças. Nesse sentindo sempre levou ao conhecimento da empresa autuada através de

seu contador, as possíveis irregularidades que passavam a existir e procurou dirimir dúvidas de lançamentos entre outras informações, inclusive notas fiscais elencadas em DAES pagos com código de receita equivocados. Após a elaboração das planilhas, comunicou ao contador da empresa o feito e forneceu cópias e aguardou a sua apreciação por quinze dias para evitar o litígio. Mesmo depois da lavratura do Auto de Infração em tela, procurou não registrá-lo imediatamente no sistema, pois o proprietário da empresa autuada alegava que podia comprovar alguns pagamentos exigidos no Auto de Infração, assim sendo, esperou pelos documentos e quaisquer outras informações até os últimos dias do trimestre de acordo com Ordem de Serviço antes de efetuar o registro no sistema.

Após verificar as informações prestadas pela própria empresa autuada nas DASN, dos anos calendários de 2009, 2010 e 2011, e o disposto na Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006 do Simples Nacional no capítulo II, artigo 3º, I, II, caracterizam-se como Microempresa aquelas empresas que tem a sua receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 e EPP com receita bruta superior a R\$ 240.000,00 e inferior a R\$ 2.400.000,00. Como os anos calendários fiscalizados foram 2010 e 2011, comprovou que a empresa autuada não se enquadrava mais como microempresa e sim, empresa de pequeno porte.

Com tais informações, no início dos trabalhos concedeu as reduções pertinentes às empresas de pequeno porte para receita da antecipação parcial que é de 20% para todas as notas que alcançavam tal redução. Foi o caso das notas fiscais que não fazem parte da planilha do Auto de Infração por terem seus impostos pagos na sua plenitude de acordo com as normas legais.

Quanto às notas fiscais que fazem parte da planilha do Auto de Infração, e são da antecipação parcial, de fato não fora concedido a redução de 20% por alguns motivos que elenca, como notas fiscais sem comprovação de pagamento, comprovação de pagamentos com DAES com o código de receita 2175 (antecipação parcial), sendo que nesses mesmos DAES elencam em seu corpo notas fiscais da antecipação total. Esses fatos ocorreram nos dois períodos fiscalizados, anos calendários de 2010 e 2011, onde por equívoco, distribuiu os valores desses DAES da antecipação parcial (2175) nas planilhas da antecipação parcial corretamente e equivocadamente nas planilhas da antecipação total (1145). Esse procedimento fez com que as notas fiscais da antecipação parcial, em alguns casos específicos, não alcançassem a redução de 20%. Para corrigir esse equívoco, pretende estornar o que fora creditado referente a esses DAES nas planilhas da antecipação total do Auto de Infração e em seguida dar a redução do imposto somente nas planilhas da antecipação parcial do Auto de Infração, quando for o caso. Feito isto, acredita ter atendido aos questionamentos da defesa da empresa autuada. Por extensão, esses DAES depois desse procedimento nesta ação fiscal, estarão desvinculados das notas da antecipação total neles elencadas, salvo maior juízo.

Quanto ao fato da empresa autuada citar os protocolos 104/2009, 109/209 e questionar a cobrança indevida para as notas fiscais com a NCM 3924, identificadas as notas fiscais que possuem esse NCM e que são identificadas como "cabides, artigos e artefatos de cozinha" e por não terem a finalidade de higienizar de fato lhe parece não se relacionar com o disposto no protocolo 104/2009 no item 12, "Artefatos de higiene/toucadador de plástico", salvo maior juízo.

Nesse caso, indica estar excluindo esses lançamentos da planilha da antecipação total do Auto de Infração, com esse entendimento, sendo essas notas fiscais da antecipação parcial, o débito do imposto ficará quitado com os DAES pagos de receita 2175 para essas notas fiscais e caso hajam valores pagos como indébitos, sugerimos que a empresa autuada entre com requerimento e peça o ressarcimento dos indébitos. Quanto ao Protocolo 109/2009, a defesa não especifica onde ocorreu o 'equívoco' da sua parte.

Quanto ao questionamento defensivo de que alguns DAES que provavelmente estão entre os que relaciona nas páginas 580 a 643 do processo, a defesa da empresa autuada não fora específica indicando exatamente quais foram os DAES e os lançamentos do Auto de Infração que deveriam

receber os créditos ‘desses’ DAES. Porém com o objetivo de resolver esse litígio, verificou todos os DAES relacionados nessas páginas do processo, chegando à conclusão que parte desses DAES fazem parte de notas que não constam no Auto de Infração e outra parte como já explicou, trata-se de DAES com código de receita 2175, mas que possuíam no seu corpo notas fiscais da antecipação total que receberam créditos desses DAES, serão estornados dessa planilha, e creditados nas planilhas da antecipação parcial do Auto de Infração caso hajam notas vinculadas aos mesmos.

Quanto ao argumento de que *‘deixou de comprovar a entrada efetiva de mercadorias provenientes de fora do estado da Bahia foram devolvidas ou sinistradas fazendo com que surgisse a cobrança do imposto por antecipação total e parcial’*, embora a defesa da empresa continue não sendo específica, por não citar com precisão nestes itens (7-8) o número de nota fiscal e onde se encontram os fatos que corroboram para a comprovação do questionamento, apenas juntando algumas folhas como, por exemplo, as folhas nº 646, 647, 648, 649, 650, 651, 653, 654, e 655, entende que nessas páginas a defesa da empresa autuada as relacione com seus questionamentos para estes itens da página 571, e ao verificar as páginas 646 a 652, bem como os lançamentos elencados no auto de infração período de 2010, na pág. nº 29, e fotocópia da nota fiscal 338 nas páginas 383 e 654 do processo, constata que há correções a serem feitas, sendo assim, concorda em parte com o estorno das notas fiscais 19268 e 8359 que constam no Auto de Infração nas páginas 36 e 20 respectivamente sendo essa última do ano calendário de 2011, ambas relacionadas nas páginas 653, 654 e 655 do processo juntamente com as notas fiscais 22031 e 8802. Entende que procede o questionamento da defesa quanto as mesmas serem de mercadorias devolvidas conforme as notas fiscais elencadas.

Discorda, entretanto, quanto ao estorno da nota fiscal 30774, que esclarece os motivos nas considerações finais. Para a nota fiscal 338, das páginas 383 e 654 do processo, concorda que a mesma tem na descrição dos seus produtos artigos que não se referem aos elencados no Protocolo 104/2009 por não terem os mesmos a finalidade de higienizar, sendo matéria da antecipação parcial, bem como outros lançamentos que constam nas planilhas dos anos calendário de 2010 e 2011 como artigos de cozinha, artefatos de cozinha, e cabides, concorda com o estorno dos lançamentos da planilha do Auto de Infração da antecipação total. Passa nesse momento para o estorno dos lançamentos da planilha do ano calendário de 2010 e em seguida o ano calendário de 2011, nas páginas 16 a 38 do processo.

Nos estornos das planilhas ano calendário 2010 para as notas fiscais 19268 e 338 e outras que não fazem parte da matéria higiene/toucador de plástico, nas páginas 570 e 571 da defesa -‘do mérito dos fatos’, nos itens 5, contido no item 12 do anexo do Protocolo ICMS 104/2009, bem como a nota fiscal 763 digitada em duplicidade, elaborando nova planilha.

Elabora, a seguir, Planilha do Auto de Infração antecipação total após os estornos dos produtos de artigos de cozinha e artefatos com NCM 3924 - planilha 2010 pág.16-38, bem como as notas 57917, 43806, 1374 e 48498 cobradas equivocadamente como matéria de antecipação total, quando deveriam ser parcial e estão elencadas nas pág. 16, 35, 36 do processo. Nesta planilha, permanecem créditos dos DAES da receita 2175 creditados equivocadamente que indica estornará mais à frente.

De igual forma, apresenta nova planilha da antecipação total após os estornos – planilha do Auto de Infração 2010 fls. 16 a 38. Informa que estornará os créditos dos DAES da receita 2175 creditados equivocadamente, mantendo, porém, os DAES da receita 1145 de 02/2010 valor de R\$ 519,29, outro referente ao pagamento efetuado através de GNRE valor de R\$ 137,16 em 20/04/2010 referência 4/2010, acrescentando DAE no valor de R\$ 165,21, recolhido em 26 de julho de 2010, não creditado durante os trabalhos iniciais.

Para as planilhas da antecipação total elencadas do ano calendário 2010, chama atenção para seis lançamentos onde a fórmula não fora arrastada, e na qual deixou de cobrar R\$ 449,04 de imposto reclamado, como demonstra.

Apresenta, também, os estornos dos lançamentos das planilhas da antecipação parcial ano calendário 2010 após os créditos que pertenciam aos DAES que faziam parte das planilhas da antecipação total para os lançamentos dos itens da matéria higiene/toucador de plástico.

Elabora uma nova planilha da antecipação parcial após os estornos das notas fiscais que receberam os créditos dos DAES estornados das planilhas da antecipação total do ano calendário de 2010 e outros pertinentes. Permanecem as notas fiscais no Auto de infração sem pagamento ou pagas parcialmente sendo o imposto reclamado de R\$ 4.300,44.

Indica ter retirado do demonstrativo inicialmente elaborado, no ano calendário de 2011, a nota fiscal 8359 por serem mercadorias devolvidas conforme relatado anteriormente, bem como para o ano calendário de 2011 dos lançamentos nas notas fiscais que fazem parte do item "higiene/toucador de plástico", nas páginas nº 570-571 da defesa - 'do mérito dos fatos', nos itens 5, contido no item 12 do anexo do Protocolo ICMS 104/2009, além de nova planilha do Auto de Infração após os estornos - dos lançamentos nas notas fiscais que fazem parte da matéria "higiene/toucador de plástico", planilha 2011 pág. 39-42, indicando que nesta planilha, permanecem os créditos dos DAES da receita 2175 creditados equivocadamente que estornará mais à frente.

Da mesma forma, elabora nova planilha do Auto de Infração após os estornos - planilha 2011 pág. 39-42, indicando ter retirado das anteriormente elaboradas os créditos dos DAES da receita 2175 creditados equivocadamente, nosso número 1103405123 – pago em 28/09/2011, ref. 9/2011-2.175 - ICMS - antecipação parcial, R\$189,52, referente a nota fiscal 464 de emissão em 26/09/2011. Persiste o imposto reclamado de R\$10.378,98.

Após as correções e estornos realizados nessas planilhas, que estão relacionadas com as planilhas do Auto de Infração dos anos calendários de 2010 e 2011, entende ter atendido os questionamentos legítimos da empresa autuada citado nas páginas nº 570-571 - 'do mérito dos fatos', nos itens 5-7, referente às notas fiscais com a NCM 3924 entre outras.

Acosta planilha do ano calendário de 2010 com lançamentos que constavam no Auto de infração que permanecem após os estornos dos lançamentos que possuíam pagamentos do imposto em sua plenitude.

Após apresentação da planilha em tela ano calendário de 2010 que consta no Auto de infração, comprovamos através dos DAES pagos citados nas colunas como nosso número, pagamentos, referências, receita, valor principal e páginas do processo, que os mesmos tiveram seus valores absorvidos na sua integralidade quando computados os lançamentos da planilha de estorno dos artigos e artefatos de cozinha NCM 3924.

Para o exercício de 2010 informa que também refez a planilha de estorno dos artigos e artefatos de cozinha NCM 3924, quando transformou para a receita 2175 da antecipação parcial, informando que ainda assim, persistem os valores devidos ou reclamados, perfazendo um total de R\$ 1.879,34 conforme demonstrado. Já para 2011, a planilha de estorno dos artigos e artefatos de cozinha de NCM 3924, foi transformada para a receita 2175 da antecipação parcial, motivo pelo qual persistem os valores devidos ou reclamados perfazendo um total de R\$ 476,75.

Assegura ter verificado na informação fiscal a diferença de R\$ 35,00 na planilha do ano de 2011 da antecipação parcial sem pagamento por falta de inclusão na soma dos valores a nota fiscal 180 que está contida nesta planilha e que faz parte do auto de infração, consoante demonstrativo da planilha.

Entende como já elencado pelos estornos das planilhas, que procedem alguns questionamentos da empresa autuada, entretanto, mostra através dessa informação que em grande parte a empresa autuada ainda possui imposto reclamado sem o devido pagamento, entre esses, está o da nota 30774, que segundo a defesa da empresa autuada a mesma fora 'sinistrada'.

Discorda quanto ao estorno da nota fiscal 30774, pois a defesa nada mostrou que pudesse ter embasamento legal, apenas relacionou folhas de e-mails, recorte de figuras de sistemas e

ocorrências policiais, conforme as páginas 659 a 667 do processo, sendo desconectas pois nada provam. Essas informações deveriam ser comunicadas a SEFAZ conforme recomenda um dos e-mails nas páginas 659 do processo e acima de tudo, o próprio RICMS da Bahia, no artigo 146, I afirma que nos casos de sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento de livros ou documentos fiscais, fica o contribuinte obrigado a comunicar o fato à Inspetoria Fazendária, dentro de oito dias. Também discorda quanto ao estorno da nota fiscal 30774 elencada nas páginas 30, 111 e 112 do processo.

Quanto ao Protocolo 109/2009, a defesa não especifica onde ocorreu o 'equivoco' ocorrido para que pudesse localizá-lo e corrigi-lo se fosse o caso. Entende que os artigos de papelaria foram cobrados conforme a descrição das notas fiscais.

Quanto ao questionamento relacionado com a competência legal do autuante, cita e transcreve o disposto na Lei 11.470, de 08 de abril de 2009 (Publicada no Diário Oficial de 09/04/2009), que delega competência aos Agentes de Tributos Estaduais para a constituição de crédito tributário.

Faz, a seguir, resumo do exercício de 2010, indicando que estornou os "cabides e artefatos" e "artigos de cozinha", NCM 3924 lançados no Auto de Infração e que não fazem parte da matéria "higiene/toucador de plástico" contida no item 12 do anexo do Protocolo ICMS 104/2009, expurgando o valor de R\$11.125,13 do ano calendário de 2010.

Também retirou da autuação os lançamentos para quatro notas fiscais por motivo de equivoco na cobrança, cobradas como antecipação total quando deveriam ser cobradas como antecipação parcial. Sendo elas 57917 de 03/2010, 43806 de 07/2010, 1354 e 48498 de 09/2010, com o imposto reclamado de R\$ 12,09.

Quanto aos valores dos lançamentos que foram estornados do Auto de Infração da matéria "toucadores de plástico" com NCM 3924 e que permanecem como devidos por falta pagamento ou pagos parcialmente somam o montante de R\$ 1.879,34.

Quanto a células da planilha da antecipação total do exercício de 2010 sem fórmulas para os meses de fevereiro, junho, setembro e novembro, nas páginas 33, 34, 36, 37 respectivamente, assevera que neste caso foram cobrados R\$ 250,83 quando deveria ser R\$ 699,87, restando a cobrar R\$ 449,04 como imposto da Substituição Total.

Após a conversão desses itens para a cobrança da antecipação parcial conforme planilhas elaboradas, indica que restam como imposto reclamado os valores de R\$1.990,30, como parcialmente pago e R\$ 2.310,13 como sem pagamento, que somados passam para valor o total de R\$ 4.300,44, sendo essas as novas planilhas do Auto de Infração para receita da antecipação parcial. Para as planilhas da antecipação total restam como imposto reclamado os valores de R\$ 703,40, como parcialmente pago, e R\$ 20.875,55 como sem pagamento, sendo essas as novas planilhas do Auto de Infração para receita de Substituição Tributária da antecipação total, que somadas passam para valor o total de R\$ 21.578,95, juntas as duas receitas perfazem o total de R\$ 25.879,39 reclamado.

Para o exercício de 2011, afirma ter estornado os "cabides e artefatos" e "artigos de cozinha", NCM 3924 que lançamos no Auto de Infração e que não fazem parte da matéria "higiene/toucador de plástico" contido no item 12 do anexo do protocolo do ICMS 104/2009, estornamos os valores de R\$4.689,15. Da mesma forma, aponta exclusão da Nota Fiscal 8359 no valor de imposto cobrado de R\$ 106,80, por motivo de devolução das mercadorias ao remetente pela autuada.

Informa que quanto aos valores dos lançamentos que foram estornados do Auto de Infração relativos a "toucadores de plástico" com NCM 3924 e que permanecem como devidos por falta pagamento ou pagos parcialmente, somam o montante de R\$ 476,75.

Após a conversão desses itens para a cobrança da antecipação parcial conforme planilhas elaboradas, informa restar como imposto reclamado como sem pagamento, o valor no total de R\$ 399,79, sendo essas as novas planilhas do Auto de Infração para receita da antecipação parcial. Já para as planilhas da antecipação total restam como imposto reclamado os valores de R\$ 1.127,38,

como parcialmente pago, e R\$ 9.251,60 como sem pagamento, sendo essas as novas planilhas do Auto de Infração para receita de Substituição Tributária da antecipação total que somadas passam para valor o total de R\$ 10.378,98, juntas as duas receitas perfaz o total de R\$ 10.778,77, reclamado.

O imposto que ainda permanece sem pagamento citado no item da informação anteriormente mencionado, que são da antecipação parcial, resolveu não incluir no Auto de Infração para não incluir lançamentos novos na planilha do Auto de Infração, se julgado pela inclusão os valores a serem acrescentados no lançamento é R\$ 1.879,34 na antecipação parcial de 2010 e de R\$ 476,75 antecipação parcial de 2011.

Quanto aos lançamentos cobrados a menor, não corrigiu a nova planilha por não estar certos se devia, mas se julgado pela correção o valor a ser acrescentado no auto é de R\$449,04 como imposto da Substituição Total conforme item da informação prestada.

Mantém parte do imposto reclamado para Auto de Infração em tela no valor histórico reclamado no total de R\$ 25.879,39, para o ano calendário de 2010 e R\$ 10.778,77, reclamado ano calendário de 2011 perfazendo o total de R\$36.658,16 de imposto reclamado.

Por tais razões, entende que o lançamento deva ser julgado procedente em parte.

Mais uma vez, o autuado retorna ao feito (fls. 703 a 706), onde após observar que no caso em tela, com a informação fiscal em questão, em que o autuante confessa os equívocos praticados na autuação, restou demonstrado nos presentes autos, de forma inequívoca, a não observância de preceitos legais específicos quanto aos fatos geradores das respectivas infrações alegadas como cometidas, impondo assim, a nulidade do presente auto de infração, com base no artigo 18, inciso II do RPAF, por ter sido o mesmo praticado com preterição do direito de defesa da autuada.

Observa que, muito embora o autuante tenha reconhecido que a autuada é Microempresa, quando da lavratura do Auto de Infração, no entanto, agora, diz que na época dos fatos geradores estava enquadrada como Empresa de Pequeno Porte, confessando que, por equívoco, deixou de observar a legislação que cuida não só do enquadramento da autuada, mas, também e principalmente, quanto aos benefícios desse enquadramento, em relação ao ICMS por antecipação parcial alegada na defesa fiscal.

Indica que com a apresentação de novas planilhas com novos cálculos, por si só, já é motivo de nulidade do presente auto, pois não é possível em um curto espaço de tempo (dez dias), a autuada exercer seu direito de ampla defesa, confrontando os novos cálculos com os documentos fiscais referentes aos fatos geradores apontados pelo autuante, sendo flagrante a impossibilidade, de no curto prazo de 10 (dez) dias, a autuada, com base nos documentos fiscalizados e os anexados na defesa, cotejar os valores encontrados pelo autuante no auto de infração, referentes às infrações: 01 – R\$2.831,08; 02 – R\$6.222,51; 03 – R\$14.384,75 e 04 – R\$22.099,34 num valor total de R\$45.537,68 (quarenta e cinco mil, quinhentos e trinta e sete reais e sessenta e oito centavos), com os valores encontrados na informação fiscal em questão, consistentes nas diversas planilhas elaboradas.

Esclarece, que em relação à substituição tributária, o autuante além de confessar o equívoco, afirmando ter excluído lançamento nesse sentido, considerando, inclusive, tal débito como quitado, para ao final sugerir que a autuada entre com requerimento e peça ressarcimento dos indébitos, no entanto, não cuidou de apurar qual valor seria esse e, muito menos, cuidou de observar o protocolo 109/2009 em relação aos fatos geradores do auto de infração em questão, omitindo-se, portanto, nesse ponto.

Em relação a essa mesma infração, deixou o autuante de comprovar a entrada efetiva de mercadorias provenientes de fora do Estado da Bahia, fazendo com que surgisse cobrança de imposto por Antecipação Parcial e Total, e que neste caso, mesmo sabendo que mercadorias adquiridas de outro Estado da Federação foram devolvidas ou sinistradas, mais uma vez, não

cuidou de certificar todos os fatos junto às empresas de origem, fazendo com que a autuada se obrigue na inversão do ônus de tal prova, conforme documentação anexada aos autos, quando na verdade, nesse caso, cabe apenas e tão somente ao Fisco, comprovar que uma mercadoria entrou em um estabelecimento fiscalizado.

Com isto, entende que a defesa, mais uma vez, ficou prejudicada em relação aos equívocos acima apontados, bem como com dados imprecisos e contraditórios das novas planilhas, tornando-se assim, o Auto de Infração em comento, nulo de pleno direito ou na pior das hipóteses, a autuada, teria o direito a remissão total ou parcial, por conta de erro ou ignorância, quanto à matéria de fato, consoante inciso II, do artigo 172 do Código Tributário Nacional, cujo teor transcreve.

Ressalta que, até a própria Fazenda Pública Estadual, quando da implantação do seu Regime Específico SIMBAHIA, em 1999, incorreu em erro, quando da apuração de crédito tributário, que ultrapassasse os limites desse regime simplificado, fazendo com que, posteriormente, fossem editadas leis para correção de erros no cálculo da apuração do imposto fiscalizado.

Nesse sentido, indica que o próprio autuante confessa que equivocou-se quanto à legislação aplicável à espécie, reduzindo os valores cobrados no presente auto de infração para R\$ 25.879,39 em relação ao ano calendário de 2010 e R\$ 10.778,77 para o ano calendário de 2011, perfazendo o total de R\$ 36.658,16 de imposto reclamado, o que o leva a requerer a desconsideração da informação fiscal de fls. 670/693, por absoluta falta de observância da nossa legislação fiscal, principalmente, em relação à preterição de direito de defesa da autuada ante aos equívocos confessados pelo autuante, com novos cálculos complexos, sem devolução de prazo de 30 (trinta) dias, previsto para apresentação de defesa fiscal.

Requer, ainda, a declaração de nulidade do presente auto de infração, com base no artigo 18, incisos I e II do RPAF, por ter sido o mesmo praticado não só por autoridade incompetente, mas também, com preterição do direito de defesa da autuada, bem como que de relação ao mérito, pela improcedência do referido auto, com declaração de sua insubsistência.

Distribuído para julgamento, o processo foi convertido em diligência, a fim de que fosse reaberto o prazo de trinta dias, para manifestação do sujeito passivo, diante do fato de que os demonstrativos elaborados fossem apreciados (fl. 710), o que ensejou a ciência de fl. 712, com o respectivo recibo de entrega (fl. 713), propiciando nova manifestação do autuado (fls. 715 a 719), na qual, após historiar o andamento processual, se manifesta no sentido de que, ao invés de conversão do processo em diligência, trata-se o presente caso, de nulidade absoluta de Auto de Infração, com base no artigo 18, incisos I e II do RPAF, por ter sido o mesmo, fruto, não só por autoridade incompetente, mas também, com preterição do direito de defesa da autuada.

Ratifica a defesa fiscal apresentada nos presentes autos, eis que, conforme foi argumentado na manifestação de fls. 703/706, ao tempo em que reitera a nulidade por entender estarem presentes as circunstâncias descritas no artigo 18, incisos I e II do RPAF/99, observando que não foi deferido o pedido de diligência anteriormente solicitado.

Às fls. 722 a 734, o autuante tem a oportunidade de manifestar-se, oportunidade na qual, discorda do questionamento quanto à nulidade do Auto de Infração por entender que o artigo 18, inciso IV, "a", prevê a anulação do lançamento quando não existem elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, o que não é este o caso, sendo possível a observância do mérito mesmo após as correções que foram feitas.

Discorda, ainda, do questionamento da defesa quanto ao argumento de ‘preterição do direito de defesa da autuada’, pois a mesma poderia se manifestar com base nas planilhas que geraram o Auto de Infração em litígio, argumentando sobre todos os lançamentos, com base no conhecimento que ela tem, considerando que a empresa autuada recebe a assessoria de um profissional da área contábil.

Porquanto em algum dia do mês ou do ano, a empresa autuada exerce esse conhecimento sempre que determina o quanto no mês ela deve ou não recolher de imposto das mercadorias que são por ela adquiridas. Sendo assim, desde sua primeira manifestação de impugnação em sua defesa inicial, a empresa poderia questionar todos os lançamentos do auto de infração mostrando com base nos seus conhecimentos o que deveria ser recolhido e o que não deveria ser recolhido, apresentando planilhas ou qualquer outro cálculo para confronto. Essa postura facilitaria muito a informação fiscal, a qual se concentraria em questionamentos objetivos e legítimos. Mas não foi assim, mesmo agora após o prazo estabelecido pelo relator à defesa da empresa autuada insiste em fomentar o caos, com o objetivo de não entrar no mérito, evidenciando claramente a falta de motivação para o pagamento do imposto. Intrigantemente, a necessidade da maioria dos ajustes no Auto de Infração em tela, ocorreu por ter creditado DAES da antecipação parcial em planilhas da antecipação total, embora essa ação não comprometa ou faça dano ao erário, favorece a empresa autuada, pois a mesma não teria como trocar os códigos de receita por existirem no corpo desses DAES notas fiscais da antecipação total e parcial.

Reitera que conforme mencionado e comprovado na primeira informação prestada, a empresa autuada não se enquadrava mais como microempresa, o seu faturamento ultrapassava o limite de R\$ 240.000,00 conforme o disposto no artigo 150, inciso II, do RICMS/97. Aduz, ainda, que o limite para R\$ 360.000,00 só passou a vigorar em 01/01/2012.

Comprovou através de um demonstrativo de sua DASN na página 670 da informação fiscal inicial e cita neste momento o Auto de Infração 2225670019118 lavrado contra a empresa autuada referente aos exercícios de 2010 e 2011, comprovados através do levantamento feito por ocasião da lavratura do auto de infração com apuração através do sistema AUDIG. Contrário da afirmação da defesa autuada de ser a referida empresa uma micro empresa elencado no item 7 de sua manifestação, entende comprovado documentalmente o seu enquadramento como EPP, sendo que a comunicação desta alteração no cadastro é de responsabilidade primária do contribuinte conforme o disposto no artigo 161 do regulamento em tela, não obstante, mesmo antes da ação fiscalizadora a empresa autuada deveria requerer essa alteração.

Quanto à matéria do Protocolo 109/2009, entende pelo que foi posto pela defesa da empresa autuada quando foi clara e específica, imediatamente procedemos às correções do que fora questionado. Entretanto, a NCM na posição 3924 no protocolo 109/2009, abrange outros artigos que estão na substituição tributária ou antecipação total, sendo que algumas notas fiscais da empresa autuada que constam no Auto de Infração em litígio, possuem na descrição dos seus produtos matéria da antecipação parcial e total, sendo até este o possível 'desentendimento' que motivou a empresa autuada recolher a maioria do imposto em uma só receita, a da antecipação parcial.

Quanto ao indébito que menciona na primeira informação nas páginas 671, esclarece na página 689 daquela informação, que após o estorno da planilha da antecipação total e conversão para cálculos da antecipação parcial ano calendário de 2010, persistia a cobrança de R\$ 1.879,34 (esse valor muda nesta informação para R\$1.591,81 compensando o indébito desta planilha), que entendia que não deveria ser oferecida para cobrança. Como persistiam valores do imposto sem pagamento, obviamente não há indébito. Cabia a empresa autuada, caso discordasse desses valores, apresentar argumentos legítimos com cálculos questionando os indébitos, foi nesse sentido que usamos a frase '*caso hajam valores pagos como indébito*' elencado na pág. 671.

No tocante ao estorno da planilha do ano calendário de 2011 da matéria de "toucadores" na página 689 do processo, apresenta a figura de uma planilha onde permaneciam valores para cobrança por não considerarmos os indébitos. Entendemos que embora a defesa da empresa autuada não tenha apurado o valor do indébito e questionado de forma objetiva através de raciocínio lógico com valores apurados, motivados pelo bom senso com o objetivo resolver o litígio, informamos que ao compensarmos o devido com o excedente pago, permanece um indébito no ano calendário de 2011 que informaremos na parte dos estornos desta informação.

Portanto, assegura que pelo bom senso, e objetivo de não gerar indébitos causando ônus financeiro por conta dos DAES recolhidos pela empresa autuada equivocadamente como receitas da antecipação parcial quando deveria ser da antecipação total, sendo este o fórum competente para essa correção, sugere manter os créditos desses DAES nas planilhas dos anos calendários de 2010 e 2011 da antecipação total, pois os mesmos já se encontravam originalmente nas planilhas e estão relacionados com a cobrança das mercadorias da antecipação total, salvo maior juízo.

Entende ter ficado caracterizado o descumprimento da obrigação acessória convertendo em obrigação principal conforme o disposto nos artigos 141, e 146, inciso I do RICMS, Decreto nº 7533, de 23/02/99. DOE de 24/02/99, posicionando-se no sentido de que todos esses questionamentos se esgotam.

Concorda no julgamento do auto de infração pela sua procedência parcial, por existirem ajustes com estornos de lançamentos e permanência de cobranças legítimas do imposto.

Indica que na página 693 do processo e da informação, apontou os valores reclamados para a cobrança da antecipação parcial os valores de R\$ 1.990,30, como parcialmente pago e R\$2.310,13 como sem pagamento, somados passavam para valor total de R\$4.300,44.

Para Substituição Tributária ou antecipação total informa os valores de R\$703,40, como parcialmente pago, e R\$20.875,55 como sem pagamento, os quais somados passavam para o valor total de R\$ 21.578,95.

Indica, ainda, o valor de R\$ 399,79 como sem pagamento da antecipação parcial, e os valores da antecipação total de R\$1.127,38 como parcialmente pago e R\$9.251,60 como sem pagamento, somados perfaziam o valor o total de R\$10.378,98.

Somamos esses valores mantendo para cobrança na informação inicialmente prestada, totalizando os valores de R\$25.879,39, reclamado no ano calendário de 2010 e R\$ 10.778,77, reclamado no ano calendário de 2011 perfazendo o total de R\$ 36.658,16 de imposto reclamado.

A seguir, apresenta como novos valores sugeridos para cobrança no auto de infração em litígio: Ano calendário de 2010 o total de R\$ 6.530,62 da antecipação parcial, sendo R\$ 4.206,13 como parcialmente pago e R\$ 2.324,49 sem pagamento; Ano calendário de 2010 o total de R\$14.212,19 da antecipação total, sendo R\$7.800,59 como pago parcialmente e R\$6.411,60 sem pagamento.

Para o ano calendário de 2011 o total de R\$399,79 da antecipação parcial, sem pagamento, e no ano calendário de 2011 o total de R\$7.417,04 da antecipação total, sendo parcialmente pago R\$2.397,97 sem pagamento R\$5.019,07.

Passa, então, para a demonstração dos estornos que diz ter realizado nesta informação: No ano calendário de 2010 estornos da matéria de "toucadores" que saem da planilha da antecipação total, após a conversão para receita da antecipação parcial, permaneceu o valor de R\$ 1.591,81 sem pagamento. No ano de 2011, para o mesmo produto "toucadores" que saem da planilha da antecipação total, após a conversão para receita da antecipação de parcial permanece o valor de R\$ 3.590,37 pago a maior, neste caso um indébito. Subtraído do valor de R\$ 1.591,81 sem pagamento do ano calendário de 2010, o indébito passa para R\$1.998,56.

Aponta que nessa informação tendo feito alusão aos créditos computados dos DAES da receita 2175 que se encontravam originalmente nas planilhas e estão relacionados com a cobrança das mercadorias da antecipação total demonstrado nesta planilha restando a diferença reclamada de R\$ 7.417,04.

Da planilha dos lançamentos estornados do ano calendário de 2010 dos produtos "toucadores" e notas fiscais 19268 e 763, 4056, 4045 referentes à devolução da mercadoria e digitação em duplicidade respectivamente, esses lançamentos saem do auto de infração.

Elabora, a seguir, planilha de indébito no valor de R\$ 3.590,37, bem como outra planilha na qual indica os DAES com nosso número relacionados com os estornos de "toucadores" no ano de 2010,

além de outra planilha com as notas fiscais que estão nos DAES com o número citado sendo que algumas notas fiscais elencadas nesses DAES estão fora do Auto de Infração.

Explica que "Essa planilha justifica o motivo de não de concedermos a redução nos lançamentos dos estornos da planilha de valor devido de R\$1.591,81, em tela. Conforme exemplificado na coluna F,H e J da planilha, esses DAES não conseguem quitar totalmente os valores devidos de imposto na coluna 'F' mesmo concedendo os 20% de redução para as notas fiscais da antecipação parcial, os valores que ficaram sem redução estão relacionados com notas fiscais da antecipação total contidas nesses DAES. Seguem planilhas ilustrativas dos DAES com nosso número sendo que algumas notas fiscais contida nesses DAES fazem parte da relação do AI".

Esclarece que "Nesta informação procuramos atender os questionamentos legítimos da empresa autuada como na primeira informação, mencionamos nesta informação que a empresa autuada utilizou DAES da antecipação parcial nos dois anos calendários de 2010 e 2011, para o recolhimento do imposto de mercadorias da antecipação parcial e antecipação ou substituição tributária total, o que gera pelas vias normais a impossibilidade da utilização desses DAES para pagamento do imposto, conseqüentemente passa para matéria de indébito a ser calculado e requerido pela empresa autuada nos moldes dos artigos 73 e 74 do RPAF dec. 14.033/12. Vislumbrando o bom senso, sendo esse o fórum competente para dirimir pendências como estas, sugerimos nesta informação a utilização desses DAES da antecipação parcial que estão creditados nas planilhas da antecipação total do auto de infração em litígio, como créditos válidos para compensar o devido. Sendo assim, como demonstrado nesta informação nos itens 8 e 14, persiste um indébito resultante do que fora pago a mais no valor de R\$3.590,37 ano calendário de 2011 com o sem pagamento de R\$1.591,81 ano calendário de 2011, resultando no indébito de R\$1.998,56. Esse valor de indébito, senhor relator, sugerimos que seja absorvido pelos valores reclamados no auto de infração em litígio do período do ano calendário de 2011, por ser um indébito originado de lançamentos do ano calendário de 2011, salvo maior juízo."

Conclui, indicando os valores mantidos para cobrança, que seriam:

"Ano calendário de 2010 o total de R\$ 6.530,62 da antecipação parcial, sendo R\$ 4.206,13 como parcialmente pago e R\$ 2.324,49 sem pagamento.

Ano calendário de 2010 o total de R\$ 14.212,19 da antecipação total, sendo R\$ 7.800,59 como pago parcialmente e R\$ 6.411,60 sem pagamento.

Ano calendário de 2011 o total de R\$ 399,79 da antecipação parcial, sem pagamento.

Ano calendário de 2011 o total de R\$ 7.417,04 da antecipação total, sendo parcialmente pago R\$ 2.397,97 sem pagamento R\$ 5.019,07".

Por fim, elabora a seguinte tabela:

Somados os valores perfaz o total de	R\$28.559,64
Valor do indébito	- R\$ 1.998,56
Total reclamado para cobrança no auto de infração	R\$26.561,08

Opina pela procedência parcial do Auto de Infração em litígio, por entender existirem estornos do que fora cobrado inicialmente e pela permanência de valores reclamados.

Tendo em vista o afastamento do relator originalmente designado para o processo, foi o mesmo redistribuído.

VOTO

O lançamento constitui-se em quatro infrações arroladas pela fiscalização, todas objeto de impugnação. A defesa, desde a apresentação da peça defensiva, posiciona-se no sentido de que a autuação é nula, e inicialmente abordarei as questões postas.

Quanto a alegada ilegitimidade do autuante, não a acolho, vez que sabidamente estamos submetidos ao princípio da legalidade, o qual, dentre os de maior importância e 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*".

O professor Roque Antonio 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*".

Por outro lado, juristas como Celso Bastos e Ives Gandra Martins advogam que o Princípio da Legalidade se apresenta muito mais com característica de garantia constitucional do que de direito individual, pelo fato de não resguardar um bem da vida específico, e sim garantir ao particular a prerrogativa de rechaçar injunções impostas por outra via que não a da 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 estabeleceu a competência para a constituição do crédito tributário.

Com a promulgação da Lei 11.470, de 08 de abril de 2009, publicada no Diário Oficial de 09/04/2009, foi concedida competência aos Agentes de Tributos Estaduais para a constituição de crédito tributário.

Tal diploma legal, em seu artigo 1º, alterou os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, que instituiu o Código Tributário do Estado da Bahia, determinando em seu § 1º que a função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

No § 3º estabeleceu a competência dos Agentes de Tributos Estaduais para a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional, ao passo que no parágrafo único, estipulou que a aplicação do disposto no caput do mencionado artigo 1º teria início a partir de 1º de julho de 2009.

A partir de tal data, então, não há que falar em ilegalidade, ainda que o assunto esteja sob apreciação do poder Judiciário, porém sem efeito suspensivo, até pelo fato deste lançamento ora apreciado ter se dado em 27 de março de 2013, contra empresa optante do SIMPLES NACIONAL, ou seja, foram atendidos os requisitos legais para a sua lavratura, o que me leva a rejeitar a argumentação defensiva quanto a tal fato.

No tocante ao argumento de cerceamento de defesa, efetivamente, percebe-se que o autuante cometeu alguns deslizos, que não somente implicaram em tal cerceamento, quanto, igualmente, na insegurança na apuração da base de cálculo.

Ressalto, inicialmente, a falta de clareza nas manifestações realizadas pelo autuante, que elaborou planilhas e demonstrativos desnecessários e confusos, falhando quanto a objetividade que deveria pautar o seu trabalho, inclusive indicando a existência de indébito e inserindo tais valores em planilha de apuração de imposto, quando, sabidamente, o procedimento a ser adotado

em tais casos seria aquele previsto no artigo 73 e seguintes do RPAF/99, qual seja, o procedimento de restituição.

Por outro lado, as inúmeras falhas e correções realizados ao longo da tramitação do feito, demonstram que o lançamento continha, desde a origem, diversas falhas, que não se consertaram ao longo de sua tramitação, inclusive o fato de o autuante, erroneamente, numa de suas manifestações, ter apropriado valores recolhidos a título de antecipação parcial pelo contribuinte, como se fossem recolhimentos a título de substituição tributária, procedimento não previsto nas normas legais ou regulamentares, como se vê em sua assertiva *"...comprovação de pagamentos com DAES com o código de receita 2175 (antecipação parcial), sendo que nesses mesmos DAES elencam em seu corpo notas fiscais da antecipação total"*, ao passo que mais adiante indica *"chegando à conclusão que parte desses DAES fazem parte de notas que não constam no Auto de Infração e outra parte como já explicou, trata-se de DAES com código de receitas 2175, mas que possuíam no seu corpo notas fiscais da antecipação total que receberam créditos desses DAES, serão estornos dessa planilha, e creditados nas planilhas da antecipação parcial do Auto de Infração caso hajam notas vinculadas aos mesmos"*.

Da outra forma, na apreciação daqueles produtos submetidos à substituição tributária, é importante observar-se a NCM dos mesmos, de modo a caracterizar ou não tal sujeição tributária.

Afora isso, quando da cobrança de antecipação tributária do exercício de 2010, para diversos lançamentos a fórmula não fora aplicada, tendo deixado de calcular o valor de imposto devido à Fazenda Pública.

Em suma, o lançamento contém diversos elementos que levam às hipóteses previstas nos incisos II e IV, alínea "a", do artigo 18 do RPAF/99, pois além de ofender o princípio da ampla defesa e do contraditório, oferece insegurança quanto à determinação da base de cálculo apurada nas infrações, o que conduz à sua nulidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº. **222567.0018/11-1** lavrado contra **JOSÉ EDIVAN FERNANDES**, devendo a repartição fazendária avaliar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo das falhas aqui apontadas, respeitado o prazo decadencial.

Sala de Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR