

A.I. Nº - 210426.0054/15-1
AUTUADO - GILVAN LOPES DA SILVA - ME
AUTUANTE - MARIA AMORIM DOS REIS GOMES
ORIGEM - INFAC SEABRA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/07/2016

RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO

Retificação do Acórdão nº 0028-06/11, de 13 de junho de 2016, em atendimento ao solicitado conforme fl. 111, para fim de correção do número do Auto de Infração visualizado no cabeçalho e quanto ao enquadramento do resultado remanescente, de acordo com o art. 164, § 3º, do RPAF/99.

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0028-06/16A

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. 1. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. FALTA DE PAGAMENTO. a) ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO NAS MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. 2. RECOLHIMENTO A MENOR. ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO NAS MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) período de 01 de janeiro a 30 de junho de 2013. Infrações caracterizadas. b) período de 01 de julho a 31 de dezembro de 2013. Nulos os lançamentos. Receita bruta anual da empresa ultrapassou em mais de 20% o limite estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº 123/06, sendo excluída do regime de apuração do Simples Nacional. Competência exclusiva dos auditores fiscais. 3. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTA FORMAL. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Penalidades excluídas por terem sido objeto de exigência, através de outro auto de Infração, por descumprimento de obrigação principal. Infrações insubstinentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 13/11/2015, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$133.723,37, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

INFRAÇÃO 01 - 07.21.02 - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, sendo exigido ICMS no valor de R\$6.459,12, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 02 - 07.21.03 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS da 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, sendo exigido ICMS no valor de R\$85.186,82, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 03 - 07.21.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS da 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, sendo exigido ICMS no valor de R\$591,65 acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 04 -16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, Valor da multa aplicada: R\$38.182,90.

INFRAÇÃO 05 - 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, Valor da multa aplicada: R\$3.302,88.

O autuado apresentou defesa (fls. 30 a 48) consignando que a preposta fiscal, Agente de Tributos Estadual, atribui ao contribuinte, à prática das infrações de 01 e 03, esquecendo – se que o substituído tributário, assim entendido como o contribuinte que teve o imposto retido, bem como o contribuinte obrigado à antecipação, deverão segregar a receita correspondente como "*sujeita à substituição tributária ou ao recolhimento antecipado do ICMS*", quando então será desconsiderado, no cálculo do Simples Nacional, o percentual do ICMS relativas ao mesmo fato e ao mesmo exercício, configurando dupla exigência fiscal.

Nesse sentido requer a nulidade de tais imputações porque as mercadorias objeto da exigência foram adquiridas com a fase de tributação encerrada, além do auto não trazer os elementos suficientes para se decidir em um sentido ou em outro, uma vez que as vias das notas fiscais não foram juntadas, bem como pela ocorrência de "*Bis in Idem*" uma vez que a infração nº 01 do Auto de Infração nº 2104260053/15-5, cuja fotocópia anexou, exige no mesmo período, o pagamento do ICMS devido pela autuada em razão da receita obtida com as vendas das mesmas mercadorias objeto das imputações 01 e 03 do auto de infração em comento.

Em relação a infração nº 02 diz que além de não terem sido demonstradas de forma irrefutável as aquisições interestaduais que ensejariam a incidência do ICMS por antecipação parcial (comprovantes de recebimento, conhecimentos de transporte, canhotos, vias de notas fiscais assinadas pelo recebedor etc.), o auto não traz elementos suficientes para se decidir em um sentido ou em outro, uma vez que as vias das notas fiscais não foram juntadas, bem como pela ocorrência de "*Bis in Idem*" uma vez que a infração nº 01 do Auto de Infração nº 2104260053/15-5, já juntado em anexo no Doc. 04 exige no mesmo período, o pagamento do ICMS devido pela autuada em razão da receita obtida com as vendas das mesmas mercadorias objeto da referida imputação.

No que se refere às imputações de nº 04 e 05 diz que a autuante elabora demonstrativo contendo relação de notas fiscais eletrônicas que supostamente teriam sido adquiridas pela autuada, sem, contudo, apresentar as aludidas notas fiscais, cópia do livro de registro de entradas, comprovantes de recebimento, conhecimentos de transporte, canhotos, vias de notas fiscais assinadas pelo destinatário, etc. Vale dizer, a exigência fiscal encontra-se lastreada em provas insuficientes para se imputar ao sujeito passivo o descumprimento da obrigação principal. Isto porque o cruzamento dos dados referentes às NF-e dos emitentes com os dados das NF-e do estabelecimento autuado não determinam com a certeza necessária o lançamento de ofício, o cometimento da infração.

Argumenta que a ação fiscal não merece prosperar, pois fica evidente que não foi ofertada ao sujeito passivo a oportunidade de entender com clareza e segurança a natureza do ilícito, o valor cobrado e sua origem.

Entende que a ação fiscal deve ser considerada nula e se este não for o entendimento certamente será improcedente, consoante às razões de fato e de direito que passa a expor:

A Constituição Brasileira e as leis infraconstitucionais fundamentais que lhe seguem atribuem encargos deveres ou funções para os órgãos da administração pública que devem se desincumbir deles com a maior presteza possível, portanto, o administrador fiscal, como todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto sua função própria é a de

aplicador das leis, é a de fazer as pessoas cumprirem as leis.

Afirma que a função administrativa tributária que deve ser exercida pela autoridade fiscal exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro de mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade. Conclui que devido aos vícios que o lançamento sob exame possuem levará fatalmente a decretação da sua Nulidade

Ressalta que no auto de auto de infração a autuante atribui ao contribuinte/autuado, a prática das infrações 01 e 03, esquecendo – se que o substituído tributário, assim entendido como o contribuinte que teve o imposto retido, bem como o contribuinte obrigado à antecipação, deverão segregar a receita correspondente como "sujeita à substituição tributária ou ao recolhimento antecipado do ICMS", e excluí-las do cálculo do Simples Nacional.

Afirma que a autuante deixou de observar o devido processo legal, na medida que exigiu o cumprimento da obrigação principal, sobre mercadorias que já tiveram a fase de tributação encerrada, conforme prevê o art. 25-A § 8º, inciso I da Resolução do CGSN nº 94/11. Assim procedendo foi desconsiderado o ditame legal vigente e contraria as decisões deste Conselho como atesta os acórdãos que citou.

Solicita a nulidade das infrações 01 e 03, por inobservância do devido processo legal, nos termos do art. 18, II, do RPAF/BA.

Prossegue afirmando que de acordo com os demonstrativos em que se baseiam as infrações 01, 02 e 03, estas se referem ao mesmo período de apuração, ou seja, todo o exercício de 2013, configurando a ocorrência de "*Bis in Idem*" uma vez que a infração nº 01 do auto de infração nº 2104260053/15-5, já juntado em anexo no Doc. 04 exige no mesmo período, o pagamento do ICMS devido pela autuada em razão da receita obtida com as vendas das mesmas mercadorias objeto das imputações 01, 02 e 03 do auto de infração em comento.

Entende que a dupla exigência fiscal tem como consequência o enriquecimento sem causa, prática condenável no mundo jurídico. Enfatiza que a exigência do tributo se baseou em fatos, já considerados na infração nº 01 do supracitado auto de infração nº 2104260053/15-5, estando configurado o enriquecimento ilícito, em detrimento do patrimônio do contribuinte, e neste sentido este Conselho vem se posicionando e transcreve acórdãos sob o tema.

Diz que a Constituição Federal de 1988 veda o emprego do confisco tributário (art. 150 – IV), impedindo que todo e qualquer ente político, com poder de imposição fiscal emanado da mesma Carta, venha a cobrar: tributo, contribuições ou penalidades (multas), que tenha nítido e Transcreve os mesmos argumentos externados anteriormente no que diz respeito às infrações 02, 04 e 05.

Entende ser indispensável a apresentação das provas relativas aos fatos arguidos, e a sua falta conduz à nulidade da exigência fiscal. Sem a prova da entrada das mercadorias do estabelecimento autuado, não pode o Fisco estadual impor qualquer penalidade ao contribuinte tendo em vista que, embora a Lei 7.014/96 autorize a cobrança de ICMS por presunção fiscal, há outros dispositivos que devem ser observados ao se utilizar a presunção, já que o Processo Fiscal é regido pela estrita legalidade e pela verdade material ou verdade objetiva, entre outros cuja inobservância cerceia o direito de defesa do contribuinte. Mais uma vez transcreve Acórdãos proferidos por este Conselho e ensinamentos do professor Clélio Berti, professora Suzy Gomes Hoffmann em sua obra: "Teoria da Prova no Direito Tributário" e do professor Clélio Berti que em sua obra "O Processo Fiscal".

Argumenta que por ser o Direito Tributário regido pelo Princípio da Verdade Material, não pode prosperar as imputações 02, 04 e 05 tendo em vista que a autuante, embora amparada pela Lei 7014/96, não traz aos autos as provas do cometimento da infração, o que caracteriza nulidade por falta de prova.

Requer a nulidade total do Auto de Infração Caso não seja este o entendimento postula pela Improcedência do Auto de Infração.

A autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 65/71, diz que Auto de Infração em lide foi lavrado em rigorosa observância aos princípios constitucionais, tributários e administrativos. Diz que as Infrações 01 e 03 foram apuradas, conforme detalhamento das notas fiscais constantes no Demonstrativo 1 (folhas 13 a 15, do PAF) .Os totalizadores mensais apresentados nos resumos - Demonstrativos 1.3 e 1.2 (folhas 11 e 12) demonstram a falta de recolhimento e recolhimento a menor da Antecipação Tributária das aquisições de mercadorias constantes no Anexo I, do Decreto 13.780, de 16 de março de 2012, conforme previsto no Art. 289, não tendo, portanto, nenhuma equivalência com o crédito reclamado no AI Nº 2104260053/15-5, o qual trata do ICMS-Simples Nacional.

Informa que as NF-e (s) que deram origem os lançamentos das Infrações 01 e 03, constam no livro Registro de Entradas apresentado pelo autuado, portanto não há razão em questioná-las quanta a falta de sua apresentação.

Quanto à Infração 02, o autuado também confunde com a cobrança do ICMS-SN, lançado no Auto 2104260053/15-5, pois deixou de observar que esta infração está prevista no Art. 12-A, da Lei 7.014/96. Assim, não há o que discutir quanto à legítima cobrança da Antecipação Parcial (Infração 02) e da Antecipação Tributária (Infrações 01 e 03). No entanto estas infrações foram alteradas, conforme esclarecimentos que diz, passará a expor.

Salienta que as NF-e (s) de entradas, referente a esta Infração, também questionadas pelo autuado de que não foram juntadas no processo, constam nos registros do LRE.

Em relação às Infrações 04 e 05, como no Auto de Infração de nº 21042660053/15-5, foi constituído o lançamento do crédito referente ao saldo credor da conta Caixa, requer a exclusão destas infrações.

Prossegue informando que após análise mais detalhadas das contrarrazões da Defesa do Auto de Infração 210426.0053/15-5, deste mesmo autuado, conforme apurado no novo Demonstrativo C1, anexo a esta Informação Fiscal (fl. 08), que a Receita Bruta Total Acumulada nos últimos 12 meses, apresentou em julho de 2013, o valor de R\$4.593.061,64, o qual ficou acima do limite estabelecido no Art. 3º, inciso II, da Lei Complementar nº 123/06, em consonância com o estabelecido no Art. 18º, § 1º; § 16º, combinados c/ o Artigo 3º, § 9º, todos da mesma Lei. Por esta razão, apresenta novos Demonstrativos com os valores alterados para serem apreciados pela Junta de Julgamento fiscal , pois de acordo com o novo enquadramento, a partir do mês 07/2013, a Condição da empresa é alterada para NO (Normal). Assim, o Agente de Tributos Estaduais passa a não ter competência para efetuar o trabalho, visto que a empresa ultrapassou o limite da Receita Bruta permitida para o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, devendo ser descredenciada, passando a competência de autuação para o Auditor Fiscal.

Elaborou novos demonstrativos para serem apreciados pela Junta de Julgamento fiscal, apurando o valor de R\$39.030,74. Finaliza opinando pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

O contribuinte ao ser cientificado acerca da Informação Fiscal apresentou manifestação às fls. 84 a 88, ressaltando que assiste razão ao autuante, agente de tributos, ao se declarar incompetente para proceder a imputação fiscal e retificar seus demonstrativos de débitos, haja vista que havia extrapolado sua competência funcional quando lavrou auto de infração para empresa no período em que a mesma não era mais do SIMPLES NACIONAL, conforme dispõe ementa de julgamento proferido por este Conselho.

Concorda também com a exclusão dos valores exigidos nas infrações 04 e 05 posto que as mesmas já foram exigidas no Auto de Infração 2104260053/15-5.

Ratifica todos os termos apresentados na defesa inicial, haja vista que não obstante o autuante ter

verificado que extrapolou sua competência funcional, retificado seus demonstrativos e excluídos as infrações de nº 04 e 05 por conta de já terem sido cobrados em outro auto de infração, não verificou adequadamente a realidade dos fatos expostos na peça de defesa nos seguintes aspectos:

A agente de Tributos Estadual atribui ao contribuinte, a prática das infrações 01 e 03, esquecendo – se que o substituído tributário, assim entendido como o contribuinte que teve o imposto retido, bem como o contribuinte obrigado à antecipação, deverão segregar a receita correspondente como *"sujeita à substituição tributária ou ao recolhimento antecipado do ICMS"*, quando então será desconsiderado, no cálculo do Simples Nacional, o percentual do ICMS (art. 25-A § 8º, inciso I da Resolução do CGSN no 94/11).

Requer a nulidade de tais imputações porque as mercadorias objeto da exigência foram adquiridas com a fase de tributação encerrada, além do auto não trazer os elementos suficientes para se decidir em um sentido ou em outro, uma vez que as vias das notas fiscais não foram juntadas, bem como pela ocorrência de *"Bis in Idem"* uma vez que a infração nº 01 do auto de infração nº 2104260053/15-5, já juntado aos autos na defesa, exige no mesmo período, o pagamento do ICMS devido pela autuada em razão da receita obtida com as vendas das mesmas mercadorias objeto das imputações 01 e 03 do auto de infração em comento.

No que concerne à imputação de nº 02 do auto de infração em tela, além de não terem sido demonstradas de forma irrefutável as aquisições interestaduais que ensejariam a incidência do ICMS por antecipação parcial (com comprovantes de recebimento, conhecimentos de transporte, canhotos, vias de notas fiscais assinadas pelo recebedor etc.), o auto não traz elementos suficientes para se decidir em um sentido ou em outro, uma vez que as vias das notas fiscais não foram juntadas, bem como pela ocorrência de *"Bis in Idem"* uma vez que a infração nº 01 do Auto de Infração nº 2104260053/15-5, já juntado em anexo na defesa, exige no mesmo período, o pagamento do ICMS devido pela autuada em razão da receita obtida com as vendas das mesmas mercadorias objeto da referida imputação.

Requer a nulidade do auto de Infração. Caso não seja assim entendido solicita a sua improcedência.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, ter recolhido a menor o ICMS relativo à antecipação tributária (infração 01); Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial (infração 02) e antecipação tributária (infração 03), além das multas por ter dado entrada de mercadorias sujeitas à tributação (infração 04) e mercadorias não tributáveis (infração 05).

Em sede de preliminar, foi suscitada a nulidade das infrações 01, 02, 03 e 04, em razão de inexistir nos autos comprovantes da realização das operações além da ocorrência de *"Bis in Idem"* uma vez que a infração nº 01 do Auto de Infração nº 2104260053/15-5 lavrado contra o autuado, exige no mesmo período, o pagamento do ICMS devido pela autuada em razão da receita obtida com as vendas das mesmas mercadorias objeto das imputações 01, 02 e 03 do presente auto de infração de infração. Referindo-se as infrações 01 e 03 o defendant afirmou ainda que não foi obedecido o devido processo legal, pois foi exigido cumprimento de obrigação principal sobre mercadorias que já tiveram a fase de tributação encerrada, conforme prevê o art. 25-A § 8º, inciso I da Resolução do CGSN nº 94/11.

Essas questões suscitadas na defesa em sede de preliminar se confundem com o próprio mérito da lide.

Como esclarecido pela autuante ao prestar a Informação Fiscal as notas fiscais objeto de exigência das infrações 01, 02 e 03 encontram-se registradas pelo próprio contribuinte no seu livro

Registro de Entradas, portanto, desnecessário a fiscalização apresentar quaisquer provas da realização das operações, pois reconhecidas por ele próprio ao efetuar os registros nos seus livros fiscais.

Em relação a duplicidade de exigência fiscal em virtude dos lançamentos no auto de Infração nº 2104260053/15-5 lavrado contra o mesmo contribuinte verifico que o mesmo exige recolhimento do ICMS em decorrência de não ter declarado receita na DASN (infração 01) e presunção de omissões de saídas tributadas apuradas através de saldo credor de caixa (infração 02) nos mesmos períodos deste lançamento.

De acordo com a descrição dos fatos inseridos no mencionado Auto de Infração referente à infração 01 foi exigido o imposto sobre as operações acobertadas por documentos fiscais de vendas emitidos pelo próprio contribuinte e não declarados na DASN e portanto, não oferecidas à tributação. Assim inexiste qualquer duplicidade em relação as infração 01, 02 e 03 deste Auto de Infração, pois está se exigindo o recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação tributária (infração 01) e falta de recolhimento da antecipação parcial (infração 02) , enquanto que a exigência relativa auto de Infração nº 2104260053/15-5 diz respeito a falta de pagamento do ICMS devido de imposto sobre valores acobertados por documentos fiscais emitidos e não declarados pelo contribuinte na DASN e consequentemente não oferecidos à tributação.

No que diz respeito à infração 02 exigida no auto de Infração anterior observo que foram constatados saldos credores de caixa. O saldo credor de caixa ocorre quando são contabilizados pagamentos sem a existência de suporte financeiro, resultando no conhecido “estouro de caixa”. A apresentação de saldo credor surge como uma disfunção, restando evidente que a empresa efetuou pagamentos com recursos não contabilizados. Nessa situação, a legislação do ICMS presume que tais recursos são decorrentes de operações de comercialização (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, conforme determina o artigo 4º, §4º, da Lei n. 7.014/96.

Ao prestar a Informação Fiscal a autuante esclarece que o caixa foi reconstituído e apurado saldo credor, e requer a exclusão das infrações 04 e 05, levando a crer que as notas fiscais objeto das infrações 04 e 05 do presente Auto de Infração foram incluídas na auditoria de Caixa, caracterizando assim duplicidade de exigência fiscal.

Também ao prestar a Informação Fiscal a autuante esclareceu que ao analisar a defesa do contribuinte relativa ao auto de Infração anterior, infração 02 percebeu que a receita bruta anual da empresa apresentou o valor de R\$4.593.061,64. Neste caso, ultrapassou em mais de 20% o limite estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº 123/06, sendo excluída do regime de apuração do Simples Nacional, passando a recolher o imposto através do regime normal de apuração, conforme estabelecido no § 9º do art. 3º do mesmo dispositivo legal. Sugeriu a exclusão de todas as exigências a partir daquele mês por carência de competência legal para realizar o lançamento tributário já que a empresa ultrapassou o limite da Receita Bruta permitida para o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, devendo ser descredenciada, passando a competência de autuação para o Auditor Fiscal.

De fato, os citados dispositivos legais assim estabelecem:

“Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o [art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 \(Código Civil\)](#), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, auíra, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso da empresa de pequeno porte, auíra, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos

mil reais).

(...)

§ 9º A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do **caput** deste artigo fica excluída, no mês subsequente à ocorrência do excesso, do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12, para todos os efeitos legais, ressalvado o disposto nos §§ 9º-A, 10 e 12.”

§ 9º-A. Os efeitos da exclusão prevista no § 9º dar-se-ão no ano-calendário subsequente se o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) do limite referido no inciso II do **caput**.

Assim, se faz necessário apontar na legislação tributária do Estado da Bahia, quem seria a autoridade administrativa que a norma conferiu de forma privativa a competência para realizar o lançamento tributário.

Assim é que o RPAF/BA prevê em seu Art. 42, com redação em vigor a partir de 01/07/09:

“Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, sendo que:.

I - compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

II - compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional”.

Da leitura do dispositivo legal se verificam que a competência para fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de comércio é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura do auto de infração.

Dessa forma, não obstante seja da alcada dos Agentes de Tributos Estaduais, no Estado da Bahia, a fiscalização no trânsito de mercadorias e nas empresas optantes pelo Simples Nacional, a partir da vigência da Lei nº 11.470/09, estando autorizados a aplicar respectivas penalidades, não detêm as mesmas competência para lavrarem Autos de Infração, em face aos contribuintes fora daqueles limites. Isto porque tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Assim, os fatos geradores a partir do mês de julho de 2013 não poderia ser lavrados por Agente de Tributos, por carência de competência.

Em faze da irregularidade apontada conlui que os fatos geradores ocorridos a partir de julho de 2013 foi formalizado por servidor sem competência legal.

Assim, julgo nulos os valores exigidos a partir do mês de julho relativos às infrações 01, 02 e 03, pois formalizado por servidor sem competência legal.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, referentes aos fatos geradores ocorridos a partir do mês de julho de 2016, a salvo de falhas.

No que concerne ao mérito, às infrações 01 e 02, referentes aos fatos geradores ocorridos até junho/2013, estão demonstradas através das planilhas de fls.13/20 com a identificação das notas fiscais e das mercadorias. Os documentos e livros fiscais encontram-se de posse do sujeito passivo, o qual poderia, perfeitamente, confrontá-los com os levantamentos fiscais, e apontar as diferenças porventura encontradas, entretanto, esse procedimento não foi realizado pela defesa, importando em veracidade do levantamento fiscal na forma do Art. 142, do RPAF/BA:

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.

De igual modo, não houve questionamento em relação a base de cálculo, MVA aplicada ou de

qualquer cálculo constante da autuação, razão pela qual julgo procedente em parte as infrações 01 e 02 relativo aos fatos geradores ocorridos até junho/2013, nos valores de R\$561,11e R\$38.469,63, respectivamente.

No que diz respeito às infrações 04 e 05 que exigem multa de 10% e 1%, respectivamente pela falta de registro das notas fiscais na escrita fiscal o sujeito passivo alega ter havido duplicidade de exigência, pois no seu entendimento estes documentos fiscais já foram objeto de exigência através do Auto de Infração de nº 2104260053/15-5.

Como esclarecido na preliminar a autuante reconheceu que as notas fiscais objeto da autuação foram incluídas na auditoria de Caixa que resultou em saldos credores, caracterizando presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, prevista no artigo 4º, §4º, da Lei n. 7.014/96. Sobre estes valores fora exigido ICMS por descumprimento de obrigação principal através da infração 02 do auto de infração de nº 2104260053/15-, conforme fotocópias às fls.60/61.

Em assim sendo, existe duplicidade na exigência das multas das infrações 04 e 05.

No caso, determina o § 5º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

§ 5º A multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal, sempre que se tratar de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância agravante da relativa à falta de recolhimento do imposto devido em relação ao mesmo infrator.

Diante da norma legal acima reproduzida as penalidades exigidas nas infrações 04 e 05 ficam excluídas em razão de terem sido objeto de descumprimento da obrigação principal exigido no Auto de Infração de nº 2104260053/15, razão pela qual julgo improcedentes às infrações 04 e 05.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$39.030,74, conforme quadro abaixo:

Infração	Procedente Em Parte	Improcedente	Nulo a partir de julho/13
1	561,11		5.898,01
2	38.469,63		46.716,69
3			591,65
4		38.182,90	
5		3.302,88	
Total	39.030,74		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 210426.0054/15-1, lavrado contra **GILVAN LOPES DA SILVA - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$39.030,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de agosto de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS DE CARVALHO – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

ILDEMAR JOSÉ LANDIM - JULGADOR