

A. I. N° - 222567.0013/14-4
AUTUADO - ALIANE SANTOS CORREIA PIRES – EPP
AUTUANTE - ELMON CARVALHO DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28.07.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0118-05/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA; a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração parcialmente reconhecida. Acatadas as razões defensivas. Infração parcialmente elidida; b) RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração parcialmente impugnada. Acatadas as razões defensivas. O valor reconhecido pelo sujeito passivo revela-se superior ao valor mantido pelo autuante, após o refazimento do demonstrativo de débito. Infração parcialmente elidida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO; b) RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. O recolhimento no prazo regulamentar é condição para que a EPP desfrute do benefício fiscal da redução de 20% na base de cálculo do ICMS antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias a empresas localizadas fora do estado, nos termos do art. 274 do RICMS/12. Acatadas parcialmente as razões defensivas. Infrações parcialmente elididas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/09/2014, exige ICMS no valor histórico de R\$13.305,18, além de multa e dos acréscimos legais, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 07.21.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Valor do ICMS: R\$5.101,82. Multa de 60%;

Infração 02 – 07.21.02: Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de janeiro de 2012 a novembro e 2013. Valor do ICMS: 1.766,45. Multa de 60%;

Infração 03 – 07.21.03: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de fevereiro a junho, e agosto a dezembro de 2012, janeiro a março, e maio a dezembro de 2013. Valor do ICMS: 2.794,11. Multa de 60%;

Infração 04 – 07.21.04: Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de janeiro a março, junho e dezembro de 2012, janeiro, fevereiro e abril a dezembro de 2013. Valor do ICMS: R\$3.642,80. Multa de 60%;

A autuada apresenta impugnação às folhas 38 a 49, mediante a qual contesta o presente lançamento, deduzindo as razões a seguir.

Preliminarmente, argúi a nulidade do presente auto de infração, com base no art. 18, inciso I do RPAF, ao fundamento de que o autuante não possui competência para efetuar o lançamento, sendo tal ato de competência privativa de um Auditor Fiscal, segundo defende.

Argumenta que, no caso em tela, em que pese a redação do art. 42 do RPAF que atribui a função fiscalizadora aos Agentes de Tributos Estaduais, trata-se de alteração inconstitucional, que vai de encontro aos princípios previstos no art. 37 da CF de 1988. Transcreve o texto normativo em apoio ao seu ponto de vista. Explica que a redação original era bem clara, ao afirmar que a lavratura do Auto de Infração era de competência privativa dos Auditores Fiscais. Questiona como atribuir competência para os Agentes de Tributos, cargo de nível médio, se estes não foram submetidos a concurso público para Auditor Fiscal, cargo de nível superior. Afirma que, tal questão, encontra-se, inclusive, *sub-judice*, no STF, em sede da ADIN de nº 4233.

Alega que o auto de infração é um ato que produz efeitos jurídicos e, como tal, exige todos os requisitos para tanto, ou seja, que o agente seja capaz, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável, e que obedeça à forma prescrita ou não defesa em lei (artigo 104 do CC). E mais, é um ato administrativo, ou seja, é um ato jurídico praticado por autoridade pública, que tem por finalidade apurar infrações, mas sempre de maneira vinculada, ou seja, seguindo as exatas prescrições da lei.

Na modalidade de ato vinculado, deve conter, portanto, os exatos e precisos ditames determinados na lei específica, o que, sem observância a esses ditames, acarreta, por certo, a nulidade do ato, segundo argumenta. Prossegue, transcrevendo a doutrina do professor Hely Lopes Meirelles em apoio ao seu ponto de vista.

Conclui a sua arguição preliminar, afirmando que o presente auto de infração foi, portanto, praticado em desconformidade com as prescrições legais, devendo ser decretado nulo, afastando seus efeitos principais e secundários, já que o mesmo vai de encontro aos princípios norteadores da administração pública, previstos constitucionalmente.

Após transcrever o art. 18 do RPAF, requer ainda, a nulidade do AI com base no art. 18, inciso II do RPAF, por ter sido o mesmo praticado com preterição do direito de defesa do autuado, tendo em vista a não observância de preceitos legais específicos quanto aos fatos geradores das respectivas infrações alegadas como infringidas, o que lhe impossibilitou de exercer o seu direito constitucional de ampla defesa.

Explica que, no presente caso, muito embora o autuante reconheça que o autuado é empresa de pequeno porte, optante do Simples Nacional, deixou, no entanto, de observar a legislação específica tributária para o caso em questão, pelos motivos que passa a enumerar: “1) Deixou de reconhecer alguns recolhimentos do ICMS através de DAE’s, GNRE e os destacados em Notas Fiscais; 2) A cobrança do ICMS Antecipação Parcial sobre cesta básica, material de uso e consumo e bens do ativo imobilizado não são devidos pelas empresas optantes pelo Simples Nacional; 3) Enviou por e-mail para o contador do autuado, planilhas de Notas Fiscais recebidas diretamente da Secretaria da Fazenda de Salvador, sem confrontar com a documentação fornecida pela empresa como: Notas Fiscais de Compras e Pagamentos realizados; 4) Informa em seu relatório que existem Notas Fiscais sem registro no livro de Entradas de Mercadorias, no entanto, não apresentou a autuada as cópias, nem também anexou no processo.

Alega, ainda, que o Autuante não elaborou em seu levantamento fiscal os cálculos previstos em Lei, ocasionando, assim, cobranças indevidas. Com isto, argumenta, a defesa ficou prejudicada em relação aos equívocos acima, com dados imprecisos, tornando-se o Auto de Infração em comento, nulo de pleno direito. Pondera que, 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.

Conclui a preliminar de sua peça defensiva, reafirmando que o levantamento feito pelo autuante é nulo de pleno direito, tendo em vista que a documentação entregue ao fisco demonstra de forma clara e cristalina que o autuado não praticou as infrações alegadas.

No mérito, quanto às Infrações 01 e 02, alega que foram geradas em decorrência do não aproveitamento, por parte do autuante, dos pagamentos efetuados através de DAE's, GNRE e ICMS destacados nas notas fiscais, conforme demonstrativos a seguir e comprovantes de recolhimentos que afirma estarem anexados à defesa.

Quanto às Infrações 03 e 04, alega, da mesma forma, que foram geradas pelo cometimento dos seguintes equívocos do autuante: 1) Deixou de observar pagamentos efetuados através de DAE's; 2) Cobrou indevidamente ICMS sobre material de uso/consumo, conforme Notas Fiscais 15830 (de 18/06/2012), 8985 (de 24/09/2012), 9600 (de 16/12/2012), 8115 (de 19/07/2013), 8516 (de 13/09/2013), 8774 (de 25/10/2013), além de sobre bens do ativo imobilizado, conforme Nota Fiscal 8081 (de 23/11/2012), descumprindo o que determina o artigo 272, inciso I, "a", 2 e "b", 2 do RICMS/BA, decreto 13.780 de 16/03/2012; 3) Desconsiderou pagamentos e a redução de 20% do imposto (parcial) devido e recolhido de produtos adquiridos por micro e pequenas empresas, conforme demonstrativo e cópias das notas fiscais e DAE's que indica.

Conclui, portanto, que havendo equívocos por parte do autuante, deve ser levada em consideração a qualidade da empresa de pequeno porte, optante do Simples Nacional, quanto às supostas infrações.

Ante ao exposto, requer: a) Preliminarmente, declaração de nulidade do presente auto de infração, consoante argüição em preliminares, e; b) No mérito, pela improcedência do referido lançamento, com a sua insubsistência;

Protesta provar o alegado por todos meios de prova em direito admitidos, especialmente, pela prova documental.

Às folhas 51 a 56, o autuante presta a sua informação fiscal, aduzindo o que segue.

Quanto à argüição de nulidade ao fundamento de incompetência do agente, informa que a sua competência está estabelecida e reconhecida por lei e pelo Decreto nº 11.806, de 26/10/2009 e DOE de 27/10/2009, com efeitos a partir de 01/07/2009, sendo de conhecimento da defesa da empresa autuada.

Quanto à argüição de nulidade por preterição do direito de defesa, informa que, no anexo 1 do processo (páginas 13, 14 e 15 a 18), particularmente nas duas últimas folhas, comprova a intimação datada de 15/07/2014 dando ciência à empresa autuada de todos os seus recolhimentos reconhecidos no sistema INC da SEFAZ, chamando a atenção da mesma naquele momento para apresentação de outros que não chegaram ao conhecimento da fiscalização, conforme intimação na página 14 do processo.

Explica que, por ocasião do recebimento da documentação, verificou a possível existência de documentos de arrecadação acostados às notas fiscais apresentadas e cuidou de creditá-los caso houvesse ou fosse pertinente à operação. Após os trabalhos de crédito de recolhimentos efetuados pela empresa autuada, informa que levou ao conhecimento do contador da empresa, Sr. Adão de Souza Correia, CRC.18.141 MGT (CRC informado no sistema INC da SEFAZ). Fato este reconhecido pela defesa da empresa autuada elencado no item nº 02 da defesa na página 42 do processo.

Entretanto, argumenta que o sujeito passivo não apresentou outros documentos de comprovação de pagamentos do imposto, contrariando o argumento da defesa de preterição do direito de

defesa. Cita, ainda, o fato de, após a conclusão dos trabalhos, ter apresentado cópias conforme páginas 20 a 29 do processo.

No mérito, quanto às Infrações 01 e 02, referindo-se à alegação de não aproveitamento dos pagamentos efetuados pela empresa, alega que, embora a defesa cite que a comprovação do que diz encontra-se anexada, acredita serem as peças do processo, e neste caso chama a atenção para o disposto no art. 8º, § 3º do RPAF.

Quanto às Infrações 03 e 04, referindo-se à alegação de não consideração dos pagamentos efetuados através de DAE's, alegação de que se trata de material de uso ou consumo, e bem do ativo imobilizado, explica que os questionamentos de cobranças indevidas para as notas fiscais que a empresa autuada diz ser de uso e consumo carece de esclarecimentos, conforme passa a explicar: 1) As mercadorias são sacos e sacolas e a empresa autuada comercializa gêneros pertinentes como demonstra o seu CNAI 4712100-COMÉRCIO VAREJISTA DE MERCADORIAS EM GERAL COM PREDOMINÂNCIA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS; 2) Na descrição das notas fiscais, não é mencionado que essas sacolas ou sacos e etiquetas possuem a logomarca da empresa autuada configurando o uso e consumo; 3) Não existem documentos comprobatórios de serviços de gráfica ou semelhante personalizando as sacolas ou sacos e as etiquetas.

Assim, conclui que, por não existir personalização comprovada da logomarca da empresa autuada nesses 'produtos' ou mercadorias, não pode considerar que essas sacolas, sacos e bobinas não fazem parte das mercadorias comercializadas no estabelecimento.

Acosta planilha relativa a valores do ICMS a pagar, em 2012 e 2013.

Quanto à nota fiscal 8081, afirma que, após análise, concluiu que o produto compressor de NCM 3414.30.11 caracteriza-se como bem do ativo imobilizado por não existir correlação comercial desse produto com a atividade comercial da empresa autuada. Acata, portanto, a alegação defensiva nesse ponto, afirmando que serão estornados esses itens do auto de infração.

Com relação aos 'produtos da cesta básica', contrariando o disposto no RPAF (em seu art. 8º, incisos III, IV, e § 3º, bem como no seu art. 123, § 5º), informa que não foram nomeados os lançamentos ou notas fiscais por parte da defesa da empresa autuada como fizera no questionamento anterior, para que se pudesse contrapor ou corrigir um possível equívoco da autuação. Entretanto, informa que excluíra do levantamento fiscal a mercadoria 'vinagre' por ter o benefício da carga tributária de 7%.

Apresenta planilhas, com os valores da coluna ICMS devido de R\$3,14 para estorno conforme planilha da antecipação parcial sem pagamento ano 2013 e de R\$11,99 da mesma planilha com pagamento a menor ano 2013.

Para o questionamento da concessão da redução da base de cálculo, conforme o disposto no RICMS/BA art.274, afirma que a empresa autuada não alcançou esse benefício, mesmo após as correções dos lançamentos questionados e acatados. Afirma que foram creditados todos os pagamentos pertinentes aos lançamentos da planilha que serviu de base para a lavratura do auto de infração em tela.

Após essas considerações, conclui que a empresa autuada representada pela sua defesa, questiona em grande parte sem fundamentação legal a lavratura do auto de infração em tela. Alega que o sujeito passivo não trouxe provas documentadas comprobatórias dos seus questionamentos.

Assim, reduz o valor lançado, mantendo, porém, os valores históricos para cobrança de R\$13.207,96 a serem cobrados no auto de infração em tela. Pede pela procedência parcial do lançamento.

Às folhas 57 a 62, a empresa apresenta nova manifestação, deduzindo o que segue.

O contribuinte reconhece-se devedor de parte do debito constantes das infrações no demonstrativo abaixo especificados:

Infrações	2012	2013	Total
01-07.21.01	R\$1.591,13	R\$1.415,93	R\$3.007,06
02-07.21.02	R\$ 659,13	R\$ 373,14	R\$1.032,27

03-07.21.03	R\$ 609,69	R\$ 923,11	R\$1.532,80
04-07.21.04	R\$ 137,59	R\$1.637,21	R\$1774,80
TOTAIS	R\$2.997,54	R\$4.349,39	R\$7.346,93

Afirma que as supostas diferenças ora não reconhecidas são frutos da não observância por parte do Agente de Tributos, pois, muito embora reconheça que a Autuada é Empresa de Pequeno Porte, optante pelo Simples Nacional, deixou, no entanto, de observar a legislação específica tributária, conforme indica a seguir: a) Pelo não cumprimento dos fatos abaixo mencionados o Agente de Tributos (autuante), deixou de reconhecer os recolhimentos efetuados através DAEs, GNRES e os destacados em notas fiscais, pela cobrança indevida do ICMS por antecipação parcial sobre material de uso/consumo, conforme notas fiscais 15830 (de 18/06/2012); nº 8985 (de 24/019/2012); 9600 (de 16/12/2012), nº 8115 (de 19/07/2013); 8516 (de 13/09/2013) e 8774 (de 25/10/2013), descumprindo o que determina o artigo 272, inciso I, “a” e “b” 2 do RICMS/BA; b) Ressalta, também, que o autuante, deixou de considerar o aproveitamento da redução de 20% sobre o imposto antecipação parcial devido sobre mercadorias adquiridas em outros estados por micro e pequenas empresas.

Alega ser empresa constituída no Estado da Bahia, na cidade de Itanhém, há vários anos, tendo destaque em sua região no ramo de atividade de supermercados, não comercializando com sacolas plásticas em geral, como relata o autuante em seu parecer fiscal, pois é evidente que o ramo que exerce a empresa necessita de alguns tipos de sacolas plásticas. Pondera que sempre procurou cumprir corretamente com suas obrigações fiscais, tendo o auto de infração, ora em parte alvo de defesa, incorrido em erro que torna improcedente para todos os efeitos fiscais e legais.

Assim, dá como supridas as razões para comparecer perante o órgão administrativo competente para apresentar suas motivações de inconformismo, esperando ao final, ver providas suas razões de ingresso.

Entende que a parte do Auto de infração que se defende não tem esteio tributário e ainda, que as multas exponenciadas significam um enriquecimento ilícito do Estado, em ofensiva à igualdade das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira.

Afirma que anexou a defesa escrita e arquivo magnético em Word, bem como cópias Xerox das notas fiscais, dos DAE's, das GNRE's e outros documentos necessários para comprovação da improcedência de parte do auto de infração.

À folha 670, a 2ª JF deliberou por baixar o presente feito em diligência, com vista a que o autuante produzisse nova informação fiscal, à luz dos novos documentos acostados ao processo pelo autuado.

Às folhas 672 a 676, o autuante cumpriu a diligência, tendo feito as seguintes considerações.

Quanto ao mérito das alegações defensivas, aduzidas na segunda manifestação empresarial, informa que (relativamente às Infrações 01 e 02) verificou, após a juntada de documentos por parte da defesa da empresa autuada e planilhas nas páginas 65-70 (Infração 07.21.01 anos calendários de 2012 e 2013), e páginas 325-239 (Infração 07.21.02, anos calendários 2012 e 2013), a comprovação dos pagamentos questionados para esses lançamentos, tendo os mesmos recebidos nesta informação os créditos dos pagamentos efetuados.

Quanto às infrações 03 e 04, Informa ainda que, para os questionamentos de cobranças indevidas para as notas fiscais de que a empresa autuada diz ser de uso e consumo, carece de esclarecimentos, conforme explica: 1) As mercadorias são sacos e sacolas e a empresa autuada comercializa gêneros pertinentes como demonstra o seu CNAI 4712100-COMÉRCIO VAREJISTA DE MERCADORIAS EM GERAL COM PREDOMINÂNCIA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS. (Faz uma relação dos itens que são comercializados junto com as mercadorias objeto da atividade do estabelecimento autuado); 2) Na descrição das notas fiscais não é mencionado que essas sacolas ou sacos e etiquetas possuem a logomarca da empresa autuada configurando o uso e consumo, exceto a nota fiscal nº 8.985, que apresenta em sua descrição EMB DEST ALIM 40X50 SUP DU LAR,

entretanto o nome fantasia da empresa autuada conforme cadastro da SEFAZ é ECONOMIA DO LAR; 3) Não existem documentos comprobatórios de serviços de gráfica ou semelhante personalizando as sacolas ou sacos e as etiquetas. Inclusive após a juntada de documentos mesmo de modo extemporâneo, a defesa da empresa autuada não se preocupou em anexar provas que nos convencesse de que de fato se destinava ao uso e consumo.

Transcreve o conteúdo do Parecer DITRI nº 12673/2011, de 20/06/2011, em apoio à tese de que as sacolas devem ser objeto da antecipação parcial.

Por esses motivos, entende o autuante, que as mercadorias enquadradas como embalagens não podem ser tratadas como material de uso e consumo.

Informa, entretanto, que se houver apelo para o bom senso, acatará com deferência a decisão.

Acosta planilhas com as notas fiscais, para os lançamentos e valores da matéria de embalagens do ano calendário 2012, com valor de imposto cobrado de R\$387,31, e do ano calendário 2013 R\$45,09, totalizando R\$432,40.

Informa que estornou os lançamentos para a nota fiscal 8081, após análise, pois concluiu que o produto compressor de, NCM 3414.30.11 caracteriza-se como bem do ativo imobilizado por não existir correlação comercial desse produto com a atividade comercial da empresa autuada.

Com relação aos 'produtos da cesta básica' de NCM 1902.1 (MACARRÃO), afirma que acata como cesta básica, porém mantém o MVA, conforme o disposto no artigo 51, inciso I, alínea "a" e art. 353, inciso II, item 11.4.1 do RICMS. Para as mercadorias discriminadas como vinagre, informa que corrigiu, concedendo o benefício da redução da carga tributária em 7%, conforme disposto no art. 87, inciso XXXI.

Para o questionamento da concessão da redução, alega que a empresa autuada não alcançou esse benefício, mesmo após as correções dos lançamentos questionados e acatados. Entende, após análise, que foram creditados todos os impostos pagos pertinentes aos lançamentos das planilhas que serviram de base para a lavratura do auto de infração em tela. Acosta planilhas com as correções.

Após as correções, o autuante mantém os valores históricos que permaneceram para cobrança de R\$10.095,99, no auto de infração em tela, levando em consideração o reconhecimento por parte da empresa autuada de R\$7.346,93, restando o valor de R\$2.749,06, não reconhecido pela empresa autuada e mantido na informação fiscal.

Pede pela procedência parcial do auto de infração em tela.

Às folhas 679 e 680, a 2ª JJF deliberou por baixar o processo em nova diligência, com vistas a que o contribuinte fosse cientificado do conteúdo da informação fiscal produzida, em função da qual houve alteração do débito.

Às folhas 684 a 686, o sujeito passivo apresenta mais uma manifestação, aduzindo o que segue.

Alega nulidade, pois trata-se de segunda informação fiscal (fls. 50/55 e fls. 672/675), que é obrigada a manifestar-se nos presentes autos. E, o que é pior, com mais essa informação fiscal em questão, o autuante reforça os equívocos praticados na autuação, segundo defende.

Reitera a alegação de preterição do seu direito de defesa, conforme idéia que já deduzira em sede de impugnação. Alega que, com a apresentação de mais outros demonstrativos de débitos (sem ciência prévia da autuada), por si só, já é motivo de nulidade do presente auto, pois não é possível em um curto espaço de tempo (dez dias), exercer o seu direito de ampla defesa, confrontando os novos cálculos com os documentos fiscais referentes aos fatos geradores apontados pelo autuante.

Argumenta que, neste caso, é flagrante a impossibilidade, de, sem a ciência prévia de outro demonstrativo débito e, ainda por cima, no curto prazo de 10 (dez) dias, com base nos documentos fiscalizados e os anexados na defesa, cotejar os valores encontrados pelo autuante no auto de infração, com os dados apresentados na informação fiscal em questão.

Observa que, da primeira informação fiscal para esta NOVA informação, o processo “pulou” de 55 folhas para 675 folhas, com a juntada de novos documentos e demonstrativos. Com isto, entende que a defesa, mais uma vez, ficou prejudicada em relação aos equívocos acima apontados, bem como com dados imprecisos e contraditórios apresentados, tornando-se assim, o Auto de Infração em comento, nulo de pleno direito, apesar da redução do valor cobrado, anteriormente, de R\$13.305,18 para R\$10.095,99.

Finalmente, esclarece que contesta as justificativas do fiscal, para manutenção de valor restante de R\$2.749,06 cobrado.

Portanto, considerando os fatos e fundamentos acima, defende que se impõe a nulidade do presente auto de infração, principalmente, pelo fato de que, após esta manifestação, os autos serão remetidos, novamente, para o autuante, prestar terceira informação fiscal, cujo ato, poderá culminar, mais uma vez, com nova manifestação da autuada, sob pena de violação dos preceitos constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, eternizando assim, o PAF.

Requer: a) A descon sideração da informação fiscal de fls. 672/675, quanto ao valor restante de R\$ R\$2.749,06 cobrado, por diligência desnecessária de fls. 679/690, ante a absoluta falta de observância da nossa legislação fiscal, principalmente, em relação à preterição de direito de defesa do autuado, bem como aos equívocos confessados pelo autuante, com novos cálculos complexos, sem devolução de prazo de 30 (trinta) dias, previsto para apresentação de defesa fiscal; b) declaração de nulidade do presente auto de infração, com base no art. 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 do autuado; c) No mérito, pela improcedência do referido auto, com declaração de sua insubsistência;

Nestes termos, espera deferimento.

Às folhas 692 a 694, o autuante presta uma nova informação fiscal, aduzindo o que segue.

Afirma que os documentos acostados pela empresa autuada ao processo, nas páginas 59 a 667, são de seu conhecimento e de tempos remotos, pois foram produzidos por ela mesma. Afirma que esperava que o sujeito passivo, de posse da informação da diligência, questionasse com objetividade o que não concordava, apontado os lançamentos que deveriam ser corrigidos. No entanto, apenas recusou tecer qualquer comentário, alegando que dez dias para apreciar a matéria era um curto espaço de tempo. Assim, evitou o cotejamento do que fora apresentado na informação da diligência anterior, deixou de apresentar documentação hábil atestando que as mercadorias de material de embalagem era de fato do seu consumo.

Como citado na informação da diligência anterior, afirma que os questionamentos de créditos de GNRE foram atendidos.

Quanto à redução de 20% para os DAE's da antecipação parcial, como informado anteriormente, reafirma que esses recolhimentos não são contemplados com a redução de 20%, conforme o disposto no art. 352-A, § 5º do RICMS/BA. Explica que os créditos foram apropriados nota a nota seguindo a proporcionalidade do que fora pago, demonstrado na planilha da informação anterior.

Nesses termos, mantém os valores históricos que permaneceram para cobrança de R\$10.095,99, no auto de infração em tela, levando em consideração o reconhecimento por parte da empresa autuada de R\$7.346,93, restando o valor de R\$2.749,06, não reconhecido pela empresa autuada. Afirma, entretanto, que qualquer ajuste levando em consideração o bom senso, acatará a decisão.

Pede pela procedência parcial do auto de infração em tela.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, observo que a fiscalização descreveu detalhadamente os fatos objetos da autuação, tendo, inclusive, anexado planilhas e cópias de notas fiscais com os elementos de prova suficientes à demonstração dos fatos alegados. Entendo, por isso, que o lançamento se encontra revestido das formalidades previstas em lei.

Quanto à alegação de incompetência do autuante para a lavratura do auto de infração, noto que o § 3º do art. 107 do COTEB/BA contém autorização expressa para que os Agentes de Tributos Estaduais possam constituir o crédito tributário junto às Empresas de Pequeno Porte – EPP, situação em que se enquadra o sujeito passivo, conforme abaixo.

“Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

...

§ 3º 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.”

Assim, não assiste razão ao contribuinte, devendo-se, sempre, observar que argüição de inconstitucionalidade de lei é matéria que refoge às atribuições desta JJF, conforme art. 167, inciso I do RPAF, abaixo transcrito.

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

...”

Quanto à alegação de cerceamento do direito de defesa, não merece melhor sorte, pois toda a documentação que dá suporte ao lançamento se encontra devidamente acostada ao processo, inexistindo qualquer acusação de falta de registro de notas fiscais, ao contrário do que alega o autuado.

Assim, afasto as argüições de nulidades suscitadas pela defesa.

Quanto à Infração 01, a acusação fiscal consiste em “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária ...”. O sujeito passivo acata parcialmente o lançamento, tendo reconhecido o montante de R\$3.007,06 (folha 61), conforme demonstrativo detalhado às folhas 65 a 70 do presente processo. Insurge-se, contudo, relativamente aos demais valores exigidos, alegando que o autuante não considerou os pagamentos efetuados pela empresa.

Em sua informação fiscal, o autuante acata as alegações defensivas, tendo reduzido o valor do débito para R\$2.941,74 (vide CD à folha 676), inferior, portanto, ao montante reconhecido pelo sujeito passivo. Noto, contudo, que o valor do débito no exercício de 2012 ficou em R\$1.630,01, enquanto que o do exercício de 2013 ficou em R\$1.311,73.

Em relação a 2013, não há mais lide a ser dirimida, pois o valor mantido é inferior àquele reconhecido (R\$1.311,73 contra R\$1.415,93). Já quanto ao valor mantido em 2012 (1.630,01), é superior àquele que a empresa diz reconhecer (R\$1.591,13).

Em que pese o autuante haver detalhado o demonstrativo de débito acostado à folha 676 (vide CD anexo), o sujeito passivo silenciou-se em relação à Infração 01, mesmo tendo tido oportunidade de se manifestar mais uma vez, nada opondo acerca do demonstrativo refeito pela autoridade fiscal. Assim, tenho por procedente em parte a Infração 01, no montante de R\$ 2.941,74, em conformidade com o demonstrativo de débito anexado pelo autuante, à folha 676 (CD).

Quanto à Infração 02, a acusação fiscal consiste em “Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ...”. Da mesma forma que o fizera para a Infração 01, o sujeito passivo acatou parcialmente o lançamento, tendo reconhecido o montante de R\$1.032,27 (folha 61), conforme demonstrativo detalhado às folhas 235 a 239 do presente processo. Insurge-se, da mesma forma, relativamente aos demais valores exigidos, alegando que o autuante não considerou os pagamentos efetuados pela empresa.

Em sua informação fiscal, o autuante acata as alegações defensivas, tendo reduzido o valor do débito para R\$934,77 (vide CD à folha 676), inferior, portanto, ao montante reconhecido pelo sujeito passivo. Noto que o valor do débito, em ambos os exercícios, é inferior àquele reconhecido pela autuada, sendo forçoso reconhecer que não mais existe lide a ser dirimida. Assim, tenho por procedente em parte a Infração 02, no montante de R\$934,77, em conformidade com o demonstrativo de débito anexado pelo autuante, à folha 676 (CD).

Quanto à Infração 03, a acusação fiscal consiste em “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, ...”. O sujeito passivo acatou parcialmente o lançamento, tendo reconhecido o montante de R\$1.532,80 (folha 61), conforme demonstrativo detalhado às folhas 374 a 378 do presente processo. Insurge-se, porém, em relação aos demais valores, apontando as seguintes inconsistências no levantamento fiscal: 1) O autuante deixou de observar pagamentos efetuados através de DAES; 2) O autuante, deixou de considerar o aproveitamento da redução de 20% sobre o imposto antecipação parcial devido sobre mercadorias adquirida em outros estados por micro e pequenas empresas; 3) O autuante cobrou o ICMS antecipação parcial relativo a mercadorias de uso ou consumo e bens do ativo imobilizado.

Em sua informação fiscal, o autuante acata parte das alegações defensivas, tendo reduzido o valor do débito para R\$2.708,87 (vide CD à folha 676), superior, portanto, ao montante reconhecido pelo sujeito passivo. Refuta, contudo, alguns argumentos defensivos. Alega que as sacolas plásticas não foram descritas com as características que lhe permitiriam desfrutar do tratamento tributário requerido, tendo feito referência a Parecer emitido pela DITRI. Denega, também, a aplicação do benefício da redução da base de cálculo em 20%, nas aquisições a microempresas ao argumento de que tais operações não se enquadram na hipótese prevista para o benefício.

Quanto ao tratamento tributário a ser concedido às sacolas plásticas, tem razão o autuante pois tais mercadorias vão agregar valor às mercadorias revendidas pelo estabelecimento do contribuinte, as quais irão acondicionar. Esse é o entendimento que orienta o Parecer DITRI nº 12673/2011.

Quanto à redução de 20% na base de cálculo, assiste razão, igualmente, ao autuante, pois o recolhimento no prazo regulamentar é condição para que o contribuinte desfrute de tal benefício, nos termos do art. 274 do RICMS/12, abaixo transcrito.

“Art. 274. No caso de antecipação parcial decorrente de aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, independentemente da receita bruta, fica concedida uma redução de 20% (vinte por cento) do valor do imposto apurado, na hipótese de o contribuinte recolher no prazo regulamentar (grifo acrescido), não cumulativa com a redução prevista no art. 273.”

Ora, como se depreende da leitura do próprio texto normativo, a exigência tributária mediante a lavratura de auto de infração é incompatível com o cálculo reduzido do tributo, que somente se admite se o recolhimento do ICMS antecipação parcial ocorrer no prazo regulamentar.

Assim, tenho por procedente em parte a Infração 03, no montante de R\$2.708,87, em conformidade com o demonstrativo de débito anexado pelo autuante, à folha 676 (CD).

Quanto à Infração 04, a acusação fiscal consiste em “Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, ...”. O sujeito passivo acatou parcialmente o lançamento, tendo reconhecido o montante de R\$1.774,80 (folha 61), conforme demonstrativo detalhado às folhas 460 a 465 do presente processo. Insurge-se, porém, em relação aos demais valores, apontando as mesmas inconsistências já deduzidas em relação à Infração 03, quais sejam: 1) O autuante deixou de observar pagamentos efetuados através de DAES; 2) O autuante deixou de considerar o aproveitamento da redução de 20% sobre o imposto antecipação parcial devido sobre mercadorias adquiridas em outros estados por micro e pequenas empresas; 3) O autuante cobrou o ICMS antecipação parcial relativo a mercadorias de uso ou consumo e bens do ativo imobilizado.

Em sua informação fiscal, o autuante acata parte das alegações defensivas, tendo reduzido o valor do débito para R\$3.510,62 (vide CD à folha 676), superior, portanto, ao montante reconhecido pelo sujeito passivo. Refuta, contudo, os argumentos defensivos com as mesmas alegações já citadas, relativamente à Infração anterior.

Quanto ao tratamento tributário a ser concedido às sacolas plásticas, tem razão o autuante pois tais mercadorias vão agregar valor às mercadorias revendidas pelo estabelecimento do contribuinte, as quais irão acondicionar. Entende-se, portanto, que devem ter o mesmo tratamento das mercadorias acondicionadas. Esse é o entendimento que orienta o Parecer DITRI nº 12673/2011.

Quanto à redução de 20% na base de cálculo, a exigência tributária mediante a lavratura de auto de infração é incompatível com o cálculo reduzido do tributo, que somente se admite se o recolhimento do ICMS antecipação parcial ocorrer no prazo regulamentar.

Assim, tenho por procedente em parte a Infração 04, no montante de R\$3.510,62, em conformidade com o demonstrativo de débito anexado pelo autuante, à folha 676 (CD).

Quanto à exorbitância da multa, refoge competência a esse colegiado para reduzi-la, pois foram aplicadas no contexto de uma infração por descumprimento de obrigação principal, desatendendo a uma das condições estabelecidas pelo art. 158 do RPAF, conforme abaixo.

“Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.”

Assim, denego o pedido de redução da multa.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, no montante total de R\$10.096,00, em conformidade com o demonstrativo de débito abaixo.

INFRAÇÃO	VALOR	MULTA	ENQUADRAMENTO LEGAL
01	R\$ 2.941,74	60%	Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96
02	R\$ 934,77	60%	Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96
03	R\$ 2.708,87	60%	Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96
04	R\$ 3.510,62	60%	Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96
TOTAL	R\$10.096,00		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **222567.0013/14-4**, lavrado contra **ALIANE SANTOS CORREIA PIRES - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.096,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96, além dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR