

A. I. Nº - 210389.0001/09-1  
AUTUADO - COMERCIAL DE MOVÉIS MARQUES LTDA  
AUTUANTES - LINETE PIRES NOVAES  
ORIGEM - INFAC IRECÊ  
INTERNET 11.06.2010

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0132-05/10**

**EMENTA: ICMS.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Contribuinte na condição de empresa de pequeno porte, está obrigada a efetuar o pagamento do imposto por antecipação parcial. Infração não elidida. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS . Infração parcialmente elidida. Apesar do Auto de Infração ter sido lavrado por autoridade fiscal que não era competente, à época da ocorrência dos fatos geradores, para formalizar o lançamento de ofício, o ato de reconhecimento do contribuinte da dívida tributária residual purga o vício do procedimento. Porém o contribuinte poderá ir à Câmara Superior, se valendo das disposições do art. 159, do RPAF/99, para pedir a dispensa da multa, após quitação integral do débito com relação as parcelas não albergadas como pagamento efetuado sob a égide da Lei nº 11.908/2010. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 12/08/2009, exige ICMS, no valor de R\$ 16.747,58, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. 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. ICMS no valor de R\$ 8.568,27 e multa de 50%, tipificada no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei 7.014/96.
2. 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. ICMS no valor de R\$ 8.179,31 e multa de 50%, tipificada no art. 42, I, “b”, item 1, da Lei 7.014/96.

O autuado ingressa com defesa, fls. 154 a 157, e aduz que o autuado pagamento da antecipação parcial previsto no art.352-A, § 5º do RIC

que as mercadorias ingressaram na loja, e aponta que no mes de julho/2008, o valor apurado e recolhido no prazo legal com os benefícios foi de R\$ 2.795,65, conforme DAE anexo. No mes de agosto de 2008, o valor foi de R\$ 2.375,04. No mes de outubro de 2008, foi de R\$ 5.187,88. No mes de dezembro de 2008 foi de R\$ 2.794,65. No mes de junho/2008, o valor apurado é de R\$ 2.142,92 e a defesa recolheu parcialmente R\$ 1.002,97, e o valor devido é de R\$ 1.139,95 e não o indicado no auto de infração.

Quanto aos meses de julho, agosto, outubro e dezembro de 2008, diz que, equivocadamente, o auditor fiscal tomou por base a data de emissão das notas fiscais, desconsiderando as datas em que as mercadorias ingressaram no estabelecimento. Requer a improcedência do auto de infração nos pontos contestados e a anulação das respectivas multas.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 241 a 242, e ratifica que o autuado recolheu ICMS a menor relativo à antecipação parcial, nos meses de junho, julho, agosto, outubro e dezembro de 2008, e os valores corretos das diferenças foram cobrados demonstrativos anexos.

No mes 06/2008, foi reconhecido parte do débito através de parcelamento, feita a exclusão do valor parcelado, não resta divergência a recolher. No mes 07/2008, apesar de ter pago o ICMS no prazo regulamentar foi apurada uma diferença de R\$ 57,07. Nos meses 08 e 12/2008 foram confirmadas as alegações do contribuinte, por meio do pagamento em tempo hábil. No mes 10/2008, as notas fiscais nºs. 1879, 458 e 60891, emissão de 22/08/2008. 02/09/2008 e 22/09/2008, respectivamente, não são da competencia de outubro, portanto confirma a cobrança da divergência no valor de R\$ 295,76.

Assim retifica para os valores de R\$ 57,07 no mes 07/2008; R\$ 295,76 no mes 10/2008.

O autuado cientificado da informação fiscal não se manifestou.

## VOTO

Inicialmente devo me manifestar sobre o fato de o Auto de Infração ter sido lavrado por agente de tributos estaduais, questão levantada pelos demais membros desta 5ª JJF, visto que os fatos geradores da obrigação tributária em lide alcançam operações anteriores à vigência da Lei nº 11.470/09, posto que reportam-se às datas de ocorrência de fevereiro a outubro de 2008, (infração 01), e de janeiro a novembro de 2008 (infração 02). Destaco que o sujeito passivo optou pelo Simples Nacional em 01/07/2007, logo em todo o período compreendido no presente lançamento tributário, este já se encontrava inscrito naquele regime de tributação.

A competência legal, no Estado da Bahia, para que agentes de tributos fizessem lançamento tributário, decorreu da aprovação e promulgação da Lei nº 11.470/09 que transferiu a atribuição de lavrar auto de infração, antes privativa dos Auditores Fiscais, àquela categoria integrante do grupo fisco, isto a partir de 1º de julho de 2009.

Assim dispôs o artigo 1º, parágrafo único, da Lei em referência, dispositivo que abaixo transcrevemos para melhor elucidar a questão:

*Art. 1º - Os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, que institui o Código Tributário do Estado da Bahia, passam a vigorar com a seguinte redação:*

*§ 1º - A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.*

*§ 2º - 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.*

*§ 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.*

**Parágrafo único - A aplicação do disposto no caput deste artigo dar-se-á a partir de 1º de julho de 2009. (grifos nossos)**

Ocorre que o Código Tributário Nacional – CTN, no seu artigo 144 dispõe que o lançamento tributário reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. Transcreveremos abaixo o dispositivo em referência, “in verbis”.

*Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.*

A redação do CTN vincula o lançamento à regência da lei vigente à época da ocorrência do fato gerador, e o caracteriza como procedimento fiscal tendente a verificar a matéria tributável, ou seja constituir o crédito tributário. Lançamento é, portanto, o ato que formaliza o valor do crédito, dando-lhe certeza, liquidez e exigibilidade, e a atividade de lançar é vinculada, no sentido de que a ocorrência do fato gerador dá à autoridade fiscal não apenas o poder, mas também o dever de lançar, não havendo qualquer possibilidade de análise de conveniência e oportunidade para que se deflagre o procedimento.

Infere-se que o art. 144 do CTN retro citado, ao se referir genericamente à legislação aplicável ao lançamento, trata das regras **materiais** (legislação substantiva) relativas ao tributo correspondente, assim entendidas aquelas que definem fatos geradores, bases de cálculo, alíquotas, contribuintes etc.

Outrossim, o lançamento tributário, como qualquer ato administrativo, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais e dos pressupostos para sua validade, entre eles a competência do agente que o praticou.

Da análise do CTN, depreende-se que somente os Auditores Fiscais poderiam cobrar tributos, via Auto de Infração, em relação aos fatos geradores ocorridos antes de 1º de julho de 2009.

No caso em exame, conforme já frisado acima, a concretização do fato desencadeador da obrigação tributária se deu na vigência da norma anterior, não podendo as disposições da Lei nº 11.470/09, serem aplicadas. Assim, ainda que o lançamento de ofício tenha sido formalizado já na vigência da lei nova (a lavratura do Auto, ocorreu em 12/08/2009), deve o mesmo se reportar, nos termos do CTN, à data da ocorrência do fato tributável.

Por sua vez, o parágrafo primeiro do art. 144, que dispõe também sobre as normas aplicáveis ao lançamento traz a seguinte dicção:

*§ 1.º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.*

Diante do regramento acima, contido na norma complementar tributária, se poderia até cogitar que a Lei nº 11.470/09, ampliou os processos de investigação do fisco baiano, ao transferir aos agentes de tributos competência para lançar tributos no trânsito de mercadorias e perante os contribuintes inscritos no Simples Nacional.

Todavia essa interpretação não se aplica ao caso em exame. Só se amplia poderes para aquele que já os detém. Não há ampliação de poderes em relação a novas competências, visto que o cargo de agente de tributos pré-existia à lei nova, sendo que a competência foi estabelecida para valer somente a partir de 1º de julho de 2009.

ingressaram por concurso na função de auditor fiscal, podem praticar atos de fiscalização anteriores à investidura, isto porque o cargo já existia, podendo assim, a pessoas investidas no mesmo exercer todas as competência que a norma legal conferia ao cargo antes da investidura.

Os agentes do tributos, portanto, somente podem lançar tributos em relação aos fatos posteriores a vigência da lei nova, que lhes conferiu competência antes inexistente, isso enquanto a lei em questão estiver produzindo os seus efeitos

Todavia, apesar dos vícios formais e materiais acima apontados, esta nulidade, por incompetência funcional da autoridade lançadora, fica superada, em relação à exigência do tributo, visto que o contribuinte reconheceu o imposto apurado na ação fiscal, tendo efetuado o pedido de parcelamento, conforme atesta o relatório anexado aos autos, à fl. 249.

Ademais, o exame de mérito da autuação, em relação às infrações 1 e 2, apontam também no sentido da existência do débito fiscal a favor do Estado.

Importante ressaltar que no item 1 do lançamento, correspondente ao ICMS - antecipação parcial, os valores dos meses de fevereiro a abril de 2008, e de julho a outubro de 2008, não foram sequer contestados pelo contribuinte. Ficam mantidos.

A infração 02, decorrente do recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de optante do Simples Nacional, refere-se aos meses de janeiro, abril, maio, junho, julho, setembro, outubro e novembro de 2008.

O defendant, por sua vez, na peça de defesa, argumentou que em determinados meses, o ICMS já estava pago, tais como nos meses de julho, agosto, outubro, dezembro de 2008, e que no mês de junho de 2008, a diferença a pagar seria de R\$ 1.139,95, conforme os documentos que colacionou na impugnação, fls. 158 a 236 do PAF. O autuante ao analisar as razões da defesa, reconhece que, equivocadamente, tomou por base a data de emissão de notas fiscais, sem observar a data da efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento. Em decorrência, foi elaborado novo demonstrativo de débito, acostado à fl. 243, no qual está consignado que o contribuinte reconheceu e parcelou o débito relativo aos meses de fevereiro, maio, junho de 2008. No mês de julho de 2008, após as correções efetivadas o valor do ICMS exigível passou a ser de R\$ 57,07 e no mês de outubro de 2008, no valor de R\$ 295,76. Nos meses de agosto, novembro e dezembro de 2008, foram apresentadas as comprovações do pagamento, antes da ação fiscal, não restando diferenças a serem exigidas. Deste modo o demonstrativo de débito da infração passa a ser:

Data Ocorr	Data Venc	Base de calculo	Aliquota	ICMS
31/01/2008	25/02/2008	5.080,58	17	863,70
30/04/2008	25/05/2008	5.485,00	17	932,45
31/05/2008	25/06/2008	12.853,83	17	2.185,15
30/06/2008	25/07/2008	335,71	17	57,07
30/09/2008	25/10/2008	1.739,77	17	295,76
Total				4.334,13

No entanto, em razão do Auto de Infração ter sido lavrado por autoridade fazendária que à época da ocorrência dos fatos geradores era incompetente para a prática deste ato administrativo, conforme analisado alhures, a multa lançada é diretamente atingida. Preserva-se o ato de reconhecimento do sujeito passivo em relação à obrigação tributária principal, porém o contribuinte, após a quitação integral do débito, poderá requerer a dispensa da penalidade, das parcelas que não foram albergadas como pagamento efetuado sob a égide da Lei nº 11.908/2010, à Câmara Superior do CONSEF, se valendo das disposições contidas no art. 159, § 1º, inc. I, visto que houve por parte da autoridade fiscal, invasão de competência exclusiva de auditor fiscal tendo o contribuinte sido induzido a erro.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo contribuinte.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210389.0001/09-1**, lavrado contra **COMERCIAL DE MOVÉIS MARQUES LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 12.902,40**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR