

A. I. Nº - 210621.0008/09-8
AUTUADO - STM COMERCIAL LTDA
AUTUANTE - VALDECLIDES DE ASSIS FERREIRA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET 29.06.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N°0147-05/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. 1. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE PAGAMENTO A MENOS. 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 de substituição tributária. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Auto de Infração reconhecido e pedido parcelamento com os benefícios da Lei 11.908/2010. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 23/09/2009, exige ICMS no valor de R\$ 20.097,01 em razão das seguintes irregularidades:

1 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\$ 17.828,67 e multa de 50%.

2 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. ICMS no valor de R\$ 2.268,34 e multa de 50%.

O autuado ingressa com defesa, fls 97 a 101, com as seguintes alegações:

Em preliminar argui a nulidade do lançamento, por ausência de motivo para a autuação, e face à indeterminação vê-se prejudicado quanto à busca da verdade material.

Na infração 01, entende que não é devido a aplicação da multa se devidos.

Quanto às aquisições de bens de uso e consumo, a apuração fiscal consolidou todas as aquisições de forma global, não excluiu as aquisições de bens e material de consumo, que quando adquiridas por empresa inscrita no Simples nacional, estão dispensadas do recolhimento da diferença de alíquota/antecipação parcial, conforme art. 7º do RICMS/97.

A final requer o recebimento da presente impugnação, e por determinação dos efeitos do art. 151, III do CTN a consequente suspensão da exigibilidade do suposto crédito tributário, objeto da notificação ora impugnada, e o julgamento do processo pela sua nulidade, ou no mérito, a improcedência.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 105 a 106, e conforme intimação fiscal datada de 13/07/09, fl. 05, foram solicitadas as notas fiscais de entradas, atendida em 03 de agosto, e após o exame documental e análise junto à Sefaz, apurou-se o montante do ICMS da antecipação parcial e total não recolhidos. Os demonstrativos foram entregues ao representante da empresa, fls. 12 a 14.

Quanto ao questionamento do contribuinte, no que concerne à legalidade do lançamento, aduz que recebeu competência da Lei 11.470/2009, para constituir o crédito tributário decorrente da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos optantes do Simples Nacional.

As cópias dos documentos fiscais anexados ao processo, fls. 16 a 94, não configuram tratar-se de mercadorias adquiridas para uso e consumo, pela descrição dos produtos em consonância com a atividade econômica da empresa. Em nenhum momento da fiscalização este fato foi informado. Pede a procedência da autuação.

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 julho a dezembro de 2007 (infração 01), e de julho e setembro de 2007 (infração 02). Destaco que o sujeito passivo era optante do Simples Nacional em todo o período compreendido no presente lançamento tributário.

A competência legal, no Estado da Bahia, para que agentes de tributos efetuem o 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 dispõe 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 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, pois competência para lançar tributo tem natureza de requisito material e formal do ato administrativo, ou seja, é elemento que diz respeito à sua validade. Assim, ainda que o lançamento de ofício tenha sido formalizado já na vigência da lei nova (a lavratura do Auto, ocorreu em 23/09/2009), 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.

Dante 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 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. 109.

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, fato reconhecido pelo defendant, que ingressou com o parcelamento do débito, no valor total do Auto de Infração em lide, com os benefícios da Lei nº 11.908/2010, quando lhe foi dispensada a correção monetária, e percentual da multa aplicada.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo serem homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210621.0008/09-8**, lavrado contra **STM COMERCIAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 20.097,01, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, "b", item 1 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo serem homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de junho de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR