

A. I. N° - 232109.0003/09-0
AUTUADO - VALDEMAR CARDOSO SOBRINHO DE TANQUE NOVO.
AUTUANTE - MAURO SÉRGIO COQUEIRO GAMA
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET 21.07.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 00173-05/10

EMENTA. ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Contribuinte reconhece as infrações 1 e 2, fazendo o recolhimento total do débito com base nos benefícios da Lei 11.908/10. 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 pelo contribuinte de parte da dívida tributária purga o vício do procedimento em relação às infrações 1 e 2, restando extinto o crédito Tributário em relação a estas infrações. **(c) ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS. ICMS PAGO ESPONTANEAMENTE FORA DO PRAZO.** Verificado a existência de vícios que inquinam de nulidade a exigência fiscal visto que lavrado por autoridade sem competência para a realização do lançamento. Representação à autoridade competente para refazimento da infração 03 da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas. Decretada de ofício a NULIDADE do lançamento, quanto a terceira infração, com espeque no art. 18, inc. I do RPAF/99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente lançamento de ofício foi constituído em 28/09/2009, no valor de R\$ 4.782,96, imputando à referida empresa a prática das seguintes infrações: **a) Falta do recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial na condição de empresa optante do sistema Simples Nacional referente às aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, no valor de R\$ 2.777,48, nos meses de janeiro a março de 2008, acrescido a multa de 50%. b) Recolhimento a menos do ICMS Antecipação Parcial por empresa enquadrada no Simples Nacional, em aquisições de mercadorias de outra unidade da Federação e destinadas a comercialização, nos meses de julho, setembro, outubro e dezembro de 2008, no valor de R\$ 1.842,95 acrescido da multa de 50%. c) Falta do recolhimento dos acréscimos moratórios referentes ao ICMS antecipação Parcial, pago intempestivamente, porém espontâneo, no valor de R\$ 162,53, acrescido da multa de 60%, nos meses de agosto, outubro a dezembro de 2008.**

O autuado, às fls.83 a 85, ingressou tempestivamente com a impugnação, dizendo que de acordo com o levantamento que elabora e anexa às fls. 90 e 91, constatou que o demonstrativo do autuante contém valores e diferenças que na realidade não existem, pois a empresa demonstrativa de origem o recolhimento devido como integral, sem a redução prevista i

352-A do RICMS/BA, que concede benefício da redução de 60% do imposto devido para as microempresas, gerando os acréscimos moratórios descritos na infração 03. Requer ao final a improcedência do auto de infração.

O autuante, às fls. 98/99, inicialmente discorre de forma sucinta as irregularidades imputadas ao autuado e os termos da defesa trazida aos autos pelo contribuinte. Salienta que autuado não questiona a responsabilidade tributária, os fatos geradores, as datas de vencimento, a base de cálculo, nem as alíquotas aplicadas no cálculo do crédito tributário.

Afirma que as planilhas apresentadas na defesa, fls. 90/91, resultam daquelas que serviram de base para a autuação, tendo a defesa suprimido as colunas referentes aos acréscimos moratórios não pagos e alterando o percentual de redução do ICMS a pagar para percentuais maiores que os aplicados na autuação.

Assevera que os cálculos inicialmente utilizados, estão corretos e tem como base os seguintes argumentos: a) as reduções de ICMS a pagar no percentual de 60% ou de 20% previstos no art. 352 A, §4º e 5º, Inciso II do RICMS/BA, pleiteados pela autuada, somente se aplicam na hipótese de contribuinte recolher o imposto no prazo regulamentar, o que no caso do autuado não ocorreu. A título de exemplo cita as notas fiscais nº 645676, 294330, e 653751 relacionadas no demonstrativo da autuante, fl. 33, e da defesa fl. 90, que foram emitidas em fevereiro de 2008, com vencimento do ICMS Antecipação Parcial em 25/04/2008, porém com pagamento espontâneo intempestivo em 25/08/2008, fl. 49, portanto, claro está que a autuada não faz jus ao benefício da redução nos termos regulamentar. b) ainda como exemplo, referente às notas anteriormente citadas, mesmo reconhecendo tacitamente o recolhimento do imposto fora do prazo regulamentar, a defesa entende ser indevido os acréscimos moratórios, contrariando o enquadramento legal feito no auto de infração.

Ressalta que os acréscimos moratórios cobrados decorreram de pagamentos extemporâneos do ICMS devido por Antecipação Parcial e não pelo fato de haver desconsiderado desconto de 60% concedido às microempresas como alega o autuado.

Requer a procedência total do auto de infração.

VOTO

O presente auto de infração trata de 03 irregularidades cometidas pelo autuado: a) falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial; b) Recolhimento a menos do ICMS antecipação; c) falta de recolhimento dos acréscimos moratórios por ter realizado o recolhimento do imposto devido espontaneamente, mas fora do prazo regulamentar, por empresa enquadrada no SIMPLES NACIONAL.

Observo que os demonstrativos anexados à fl. 14, bem como os documentos fiscais pertinentes, fls. 15 a 32, referente a infração 01 e demonstrativo às fls. 33 e 34 e notas fiscais fls. 35/80 referentes a infração 02, revelam que o valor do ICMS exigido se refere à antecipação parcial, não recolhida e recolhida a menos, decorrente das aquisições interestaduais de mercadorias não sujeitas a substituição tributária e destinadas a comercialização.

Este entendimento está de acordo com o enquadramento das infrações, considerando que o art. 352-A, do RICMS/97, que transcrevo em seguida, as caracteriza plenamente:

“Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de

A infração 03 refere-se aos acréscimos moratórios devidos decorrentes da falta de pagamento do imposto Antecipação Parcial no prazo regulamentar.

O contribuinte não nega o cometimento das infrações, mas diz que o autuante encontra valores equivocados em seu demonstrativo porque deixou de aplicar o benefício da redução do imposto devido pela empresas optantes do SIMPLES NACIONAL, previsto no §§4º e 5º do art. 352-A do RICMS/BA.

Conforme destacou o autuante, o contribuinte não faz jus a tal benefício considerando que não realizou o pagamento no prazo regulamentar conforme previsto nos citados parágrafos do artigo 352-A.

Todavia, vislumbro neste processo vício de ordem formal. Trata-se de Auto de Infração lavrado por agente de tributos em relação a fatos geradores anteriores à vigência da Lei nº 11.470/09. Assim, tendo em vista que outros autos que registram tais circunstâncias vêm sendo reiteradamente julgados nulos por esta 5ª JJF, e os fatos guardam perfeita semelhança com aqueles contidos no Auto de Infração 152629.0002/09-6, me utilizarei de trecho do voto proferido pelo ilustre Presidente-Relator da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, TOLSTOI SEARA NOLASCO, com o qual alinho o meu entendimento. Vejamos as razões que justificam este julgamento.

“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, 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 28/09/2009), 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.

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 detinha. 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 ali instituída foi estabelecida para valer somente a partir de 1º de julho de 2009. Diferentemente, aqueles que ingressaram por concurso na função de auditor fiscal, podem praticar atos de fiscalização anteriores à investidura, isto porque o cargo já existia, podendo assim, as pessoas investidas no mesmo exercer todas as competências que a norma legal conferia ao cargo antes da investidura.

Os agentes de 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”.

Com relação às infrações 01 e 02, apesar do vício formal acima apontado, esta nulidade, por incompetência funcional da autoridade lançadora, fica superada, visto que o contribuinte reconheceu o imposto apurado na ação fiscal, o que purga o vício de procedimento, tendo efetuado o pagamento da totalidade do imposto reclamado nestas infrações, conforme se verifica no extrato anexado à fl. 102 do PAF, com os benefícios da Lei 11.908/10 (Lei da Anistia), ficando, destarte, extinto o crédito tributário quanto a estas infrações, e prejudicada a análise da defesa em relação as mesmas.

Contudo, relativo à infração 03, 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, permanece o vício apontado, no que se refere à incompetência legal do servidor que praticou o ato de fiscalização e com amparo no quanto disposto no art. 18, inciso I, do RPAF, que dispõe serem inválidos os atos praticados por servidor incompetente, voto no sentido de decretar, de ofício, a NULIDADE desta infração, recomendando-se à autoridade fiscal responsável pela Inspeção de origem do processo, a renovação da ação fiscal desta infração, desta feita a salvo das falhas acima indicadas.

Diante do exposto voto pela NULIDADE da infração 3 e pela extinção do crédito tributário quanto as infrações 1 e 2 do presente Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo sujeito passivo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, declarar **EXTINTO** o crédito tributário em relação às infrações 1 e 2 e julgar **NULO** quanto a infração 3 o Auto de Infração nº 232109.0003/09-0, lavrado contra **VALDEMAR CARDOSO SOBRINHO DE TANQUE NOVO**, devendo ser homologado o pagamento das infrações 01 e 02, efetuado com base nos benefícios da Lei 11.908/10, recomendando-se à autoridade fiscal responsável pela Inspeção de origem do processo, a renovação da ação fiscal, relativo à infração 03, desta feita a salvo das falhas acima indicadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de julho de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR