

A. I. Nº - 232535.0008/09-0
AUTUADO - R&BM COMERCIAL DE MATERIAIS HIDRAULICOS LTDA.
AUTUANTES - LUIZ GONGAZA SILVEIRA JUNIOR
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET 02.08.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0188-05/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. 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, via parcelamento, purga o vício do procedimento. Defesa **PREJUDICADA** com o reconhecimento do débito lançado de ofício. Extinção do processo administrativo fiscal. Decisão não unânime em relação a preliminar de nulidade suscitada de ofício pelo relator.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 09/12/2009, exige ICMS, no valor de R\$ 21.950,04, em decorrência das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 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\$ 12.800,55 e multa de 50%, tipificada no art. 42, I, “b”, item 1, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - 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\$ 9.149,49 e multa de 50%, tipificada no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei 7.014/96.

O autuado ingressou com defesa, fls. 155 a 162, aduzindo, em síntese, que os valores exigidos no item 1 foram integralmente pagos, em concordância com os cálculos efetuados por prepostos do fisco estadual. Alegou também o indevido enquadramento das infrações no RICMS/Ba. Sustentou a existência de bitributação ou “*bis in idem*”, visto que o ICMS referente às entradas de mercadorias ocorridas no exercício de 2007 foi integralmente pago por ocasião das saídas dos produtos. Anexou na peça defensiva os documentos de fl. 172 a 245, visando comprovar os recolhimentos do ICMS - antecipação parcial lançados no item 1 do Auto de Infração.

O agente de tributos autuante, na informação fiscal apensada às fls. 247 a 250 do PAF, contesta os argumentos defensivos, dizendo inexistir provas nos autos que elidam a exigência fiscal. Mantém integralmente o lançamento de ofício.

A Secretaria do CONSEF, através da sua Coordenação Administrativa, apensou no processo relatórios extraídos dos sistemas informatizados da SEFAZ (SIGAT, fls. 253/255), com a informação de que o contribuinte efetuou o parcelamento integral do débito exigido no Auto de Infração, com os benefícios da Lei nº 11.908/10 (Lei da Anistia Fiscal)

VOTO

Inicialmente devo me manifestar sobre o fato de o Auto de Infração ter sido lavrado por agente de tributos estaduais, em relação a fatos geradores anteriores à vigência da Lei nº 11.470/09, questão objeto decisões exaradas por esta 5ª Junta de Julgamento Fiscal.

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.

Inferese 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 e o próprio ato de lançamento.

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 09/12/2009), 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, a pessoas investidas no mesmo exercer todas as competência 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.

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, às fls. 253 a 255.

Diante do acima exposto, considerando o reconhecimento do sujeito passivo, posteriormente à apresentação da defesa, do valor integral do imposto lançado no Auto de Infração, via pedido de parcelamento, voto no sentido de considerar PREJUDICADA a impugnação administrativa, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo contribuinte.

VOTO DIVERGENTE

Em que pese a minha concordância com o cerne do voto prolatado pelo ilustre relator, sinto-me no dever, como julgador, de manifestar a minha divergência quanto ao aspecto relativo à não competência do agente de tributos para lançar tributos em relação aos fatos anteriores à vigência da Lei nº 11.470/09 enunciada à guisa de preliminar de ofício. Embora aposta de forma meramente expletiva, já que não redundou em repercussão alguma, no deslinde do presente caso, entendo ser importante expor a minha percepção para que, ao menos, suscite um aprofundamento na discussão acerca dessa questão.

É fato que o lançamento decorre da constatação das circunstâncias de fato no momento da ocorrência do fato jurídico tributário e da lei vigente na época em que este último se realiza, consoante os ditames do art. 144 do CTN. Entretanto, ao contrário do que aduz o relator em seu voto, é aplicável ao lançamento a legislação que ulteriormente à oc

CTN. Ora, verifica-se nitidamente a inexistência no texto legal de qualquer restrição quanto à ampliação dos poderes das autoridades administrativas. Portanto, a ampliação dos poderes, no meu entender, pode ser empreendida de diversas formas, inclusive, com a ampliação, alteração ou criação de novas competências de seus agentes para efetuar o lançamento, desde que intensifique os poderes de investigação da autoridade administrativa. Frise-se que da interpretação do referido parágrafo emerge a clara compreensão de que a única restrição nele contida reporta-se à atribuição de responsabilidade tributária a terceiros, nos casos da outorga de maiores garantias ou privilégios ao crédito.

Assim, existindo uma Lei, mesmo com vigência a partir de data posterior ao fato gerador, que institua nova competência ao agente de tributo para lançar impostos decorrentes da fiscalização de empresas optantes pelo Simples Nacional, como é o caso da Lei nº 11.470/09, comungo com o entendimento de que, nos presentes autos, a competência do autuante afigura-se legalmente amparada pela salvaguarda preconizada no § 1º do art. 144 do CTN. Por isso, não vislumbro possibilidade alguma de nulidade da ação fiscal por incompetência funcional da autoridade lançadora, como pondera o relator em seu voto.

Ademais, esse posicionamento já é contemplado por precedente neste CONSEF, a exemplo da decisão prolatada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF Nº 0162-02/10, que refutou, de plano, preliminar de nulidade, invocando a incompetência do agente de tributos autuante, suscitada pelo contribuinte autuado em idênticas circunstâncias fáticas.

Acompanho o voto do nobre Relator. Voto no sentido de que seja considerada PREJUDICADA a defesa e EXTINTO o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto a preliminar suscitada de ofício, e, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 232535.0008/09-0, lavrado contra **R&BM COMERCIAL DE MATERIAIS HIDRÁULICOS LTDA.**, devendo o mesmo ser cientificado dessa Decisão. Os valores recolhidos pelo contribuinte, via parcelamento da dívida, deverão homologados pela autoridade fazendária competente com encaminhamento dos autos à repartição de origem para acompanhamento do parcelamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR