

A. I. Nº - 232190.0002/09-6
AUTUADO - UNIMAR SUPERMERCADO LTDA.
AUTUANTE - MARIA VIRGINIA JANSEN MUAKAD
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET 01.10.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0252-05/10

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. Nos termos do art. 156, inciso I do CTN extingue-se o crédito tributário com o pagamento total do débito pelo sujeito passivo, ficando, consequentemente, também extinto o processo administrativo fiscal em conformidade com o inciso IV, do artigo 122, do RPAF/99. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 11/08/2009, exige multa no valor de R\$ 276.000,00 em razão da utilização de equipamento de controle fiscal sem autorização do fisco estadual, aplicada a penalidade por cada equipamento. Auto de Infração referente a 10 ocorrências de Penalidade Fixa de ECF. Art. 824, H inciso I do RICMS multa 42, XIII A, “b”, item 1.4 multa por equipamento.

O autuado ingressa com defesa, fls 59 a 63, e prima facie protesta pela falta de caracterização da infração apontada, haja vista que o texto legal prevê a figura jurídica da “utilização” do equipamento de controle fiscal sem autorização da Secretaria da Fazenda, conforme o inciso XIII-A, alínea “b”, item 1.4 do art. 42 da Lei 7.014/96. Destarte, aduz que integra o tipo legal da infração apontada, a utilização do equipamento, o que evidentemente não pode ser conformatado nos fatos descritos na peça vestibular, haja vista que o próprio agente fiscal responsável pela operação declara que não constatou a presença dos equipamentos no estabelecimento, e sim, tão-somente a presença de algumas “bobinas” de fita-detalhe, sobre as quais atribuiu, por presunção não autorizada, a utilização irregular dos equipamentos emissores de cupom fiscal. O fato é que houve puramente apreensão de bobinas de ECF utilizadas, não tendo sido encontrados em uso os ECFs indicados no auto de infração.

Observa que as únicas presunções regularmente autorizadas pelo § 3º do art. 2º do RICMS, dizem respeito à ocorrência de operações ou prestações tributáveis, e não no sentido de que a apreensão de “bobinas” de fita-detalhe pode levar a dedução de que está havendo utilização de equipamento não autorizado.

Insurge-se contra a autuação, pois para a devida caracterização da infração, seria preciso que o autuante constatasse, em tempo real (em flagrante delito), a efetiva utilização dos equipamentos não autorizados, o que de fato não ocorreu, pois sequer os equipamentos indicados foram encontrados no estabelecimento do contribuinte, o que torna evidente a falta de previsibilidade legal da conduta, consequente falta de caracterização jurídica, o que justifica a decretação da nulidade com relação à infração impugnada. Justifica que os equipamentos apreendidos apenas se prestavam para treinamento dos funcionários, jamais para substituir os equipamentos autorizados, o que pode ser comprovado pelas leituras solicitadas pelo autuante que retratam valores acumulados insignificantes. Ao final, requer a nulidade do auto de infração, bem como o direito de provar tudo quanto alegado, por todos os meios de direito admitidos.

O autuante presta informação fiscal, fls. 68 a 70, e esclarece que a autuação encontrou fundamento em decorrência da utilização de 10 equipamentos de ECF, não autorizados, para uso pela Secretaria da Fazenda, após arrecadação de documentos encontrados no estabelecimento durante verificação e apuração de Denúncia Fiscal. Os ref bobinas/rolos de fita-detalhe, e 8 leituras X. Destaca que as bobin Unimar Supermercado Ltda, Rua Filogonio de Oliveira, 141, Loja CNPJ 0786520/0001-73, conforme cópias de alguns documentos. Lo

mas sim de uma infração devidamente comprovada, a prova material são as bobinas personalizadas com os dados do autuado e apreendidas durante a ação fiscal.

Relata que embora os dez equipamentos não tenham sido encontrados, o contribuinte foi devidamente intimado a apresentá-los, mas não o fez. Lembra que as bobinas devem ser guardadas e das 459 encontradas, 11 são do período de 2006 até 2009, (fls. 22 a 33) e as 8 leituras X, fls 13 a 16, foram emitidas por equipamentos não autorizados. Reconhece que o fato foi constatado por meio da análise dos documentos arrecadados e apreendidos, encontrados durante a ação fiscal, o que caracteriza a infração apontada. Espera que a penalidade seja mantida.

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,

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 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 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, ser 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, 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 pre-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 competências que a norma legal conferia ao cargo antes da investidura.

Os agentes dos 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 pagamento total do auto de infração, conforme extrato SIGAT, fl. 75. Este procedimento implicou no reconhecimento do crédito tributário do Estado.

Neste caso, a efetivação do pagamento conduz à extinção do processo, conforme previsto no art. 122, inciso IV do RPAF/99, tornando a defesa apresentada sem eficácia.

Assim, fica extinto o processo administrativo fiscal, nos termos do artigo 156, inciso I, do CTN, e PREJUDICADA a defesa apresentada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 232190.0002/09-6, lavrado contra **UNIMAR SUPERMERCADO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA