

A. I. Nº - 217440.0031/14-1
AUTUADO - PROVEDAS COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - FERNANDO JOSÉ PEREIRA DE CASTRO
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 12.02.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0009-04/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade, entre eles a competência do agente que o praticou. A lavratura de “termo de ocorrência” inválido, que não materialize a “fiscalização de mercadorias em trânsito”, não lhe empresta tal qualidade. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura do Auto de Infração foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal, em afronta às normas contidas na Lei 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/07/2014, reclama o valor de R\$9.848,60, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da falta de recolhimento do imposto referente a antecipação parcial ou total, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido.

O sujeito passivo, em sua defesa, fls. 16 e 17, após transcrever a infração, afirma inexistir qualquer débito tributário, pelos motivos que elencou:

- 1 - Várias notas fiscais referem-se a produtos de divulgação, propaganda e marketing, que entraram na empresa como outras entradas e brindes, não sendo devida a antecipação tributária, de acordo com a legislação vigente;
- 2 - Diversas notas fiscais vieram com crédito destacado de 12% e alíquota interna na saída do seu estabelecimento é de 10%, conforme decreto de atacadista, não havendo que se falar em antecipação parcial ou total;
- 3 - O imposto devido das notas fiscais que de fato tem a exigência da antecipação parcial ou total, foram quitados conforme comprovantes de pagamentos que anexou.

Junta cópias dos livros Registro de Entradas e resumos de pagamentos dos impostos referentes aos meses de junho e julho de 2014, que, no seu entendimento, demonstram que a empresa recolhe os seus tributos nas datas exigidas pela legislação. Acrescenta ainda que o estabelecimento encontra-se totalmente regular com os seus benefícios e credenciamento em dia.

Pede que o Auto de Infração seja julgado totalmente IMPROCEDENTE.

O autuante ao prestar a informação fiscal à fl. 96, diz que após constatar a veracidade dos argumentos trazidos pelo contribuinte na peça defensiva, resta comprovada a inexistência do crédito reclamado, razão pela qual requer a Improcedência da infração.

VOTO

O Auto de Infração acusa a falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas no Estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos Documentos Fiscais anexos, em razão de Antecipação Total do ICMS das operações subsequentes.

Consta ainda dos autos que *"Operações de circulação de mercadorias constatada nesta data por verificação fiscal que identificou os eventos de trânsito de mercadorias preconizadas no Ajuste SINIEF 05 de 30 de março de 2012 (Ciência da Operação e Conformação da Operação). Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data real entrada no estado das citadas mercadorias, e seguindo o Princípio do Direito tributário "in dubio pro reo" foi considerada como data de ocorrência do fato gerador a data da Constatação dos eventos.*

Examinando as peças processuais do presente Auto de Infração, verifico a existência de vícios jurídicos intransponíveis, ligados à legalidade do lançamento. A instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação.

No presente caso, como o Auto de Infração foi emitido no modelo próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias (Modelo 4), teria de ser precedido, forçosamente, da lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, mediante emissão do instrumento próprio.

Verifico que apesar de, à fl. 09, constar um "Termo de Ocorrência Fiscal", o mesmo não se presta para fundamentar o procedimento fiscal adotado, haja vista que conforme inserido na descrição dos fatos do Auto de Infração a data da real entrada das mercadorias no estado foi presumida, conforme trecho transcrito: *"Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data real entrada no estado das citadas mercadorias, e seguindo o Princípio do Direito tributário "in dubio pro reo" foi considerada como data de ocorrência do fato gerador a data da Constatação dos eventos"*.

É de se ressaltar que de acordo com o Resumo para Constituição de Crédito Tributário anexado às fls. 07/08, a exigência diz respeito aos documentos fiscais ali indicados. Da análise do citado documento constata-se que se tratam de Notas Fiscais eletrônicas emitidas no período compreendido entre maio a julho de 2014, portanto, não se justifica a presunção da data de ocorrência do fato gerador.

Neste caso, caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento e não trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide (modelo 4).

Ademais, verifico através de consulta no sistema INC desta Secretaria que o sujeito passivo é optante pelo regime normal de apuração do imposto, desde 27/09/2010. Assim, se faz necessário apontar na legislação tributária do Estado da Bahia, quem seria a autoridade administrativa que a norma conferiu de forma privativa a competência para realizar o lançamento tributário.

Assim é que o RPAF/BA prevê em seu Art. 42, com redação em vigor a partir de 01/07/09:

"Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, sendo que:.

II- 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.

II- 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".

Da leitura do dispositivo legal verifica-se que a competência para fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de comércio é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura do auto de infração.

Dessa forma, não obstante seja da alçada dos Agentes de Tributos Estaduais, no Estado da Bahia, a fiscalização no trânsito de mercadorias e nas empresas optantes pelo Simples Nacional, a partir da vigência da Lei nº 11.470/09, estando autorizados a aplicar respectivas penalidades, não detêm os mesmos competência para lavrarem Autos de Infração, em face aos contribuintes fora daqueles limites. Isto porque tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Assim, o presente Auto de Infração não poderia ser lavrado por Agente de Tributos, por carência de competência.

Em face das irregularidades apontadas, concluo que se encontra configurada uma nulidade insanável, já que o ato qualificado neste caso, foi formalizado por servidor sem competência legal.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas.

Em conclusão, de ofício, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade e de ofício, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **217440.0031/14-1**, lavrado contra **PROVENDAS COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÃO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2015.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA