

A. I. Nº - 232195.0033/14-9
AUTUADO - ARMAZÉM TOP ALTO LTDA.
AUTUANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 03/03/2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0013-04/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. 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 Intimação” 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 nº 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo. Representação à autoridade competente da circunscrição fiscal da empresa autuada para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas, obedecidos os prazos decadências. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/04/2014, exige ICMS no valor de R\$14.292,53 acrescido da multa de 60% em decorrência da falta do seu recolhimento referente à antecipação tributária – parcial ou total, conforme o caso, 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.

Consta como informação no corpo do Auto de Infração: “*Antecipação Parcial e Total. Mercadorias com predominância de charque, margarina e almôndegas. Antecipação Parcial, e cortes bovino, de frango e suíno. Antecipação Total. Contribuinte “credenciado”. Recolhimento a menor do ICMS, referente a “Antecipação Tributária Parcial e Total”, antes da entrada das mercadorias, adquiridas em outros Estados, no território baiano. No valor do crédito fiscal informado, está inclusa a importância de R\$ 185.330,43 paga pelo contribuinte a título de “antecipação tributária”. Integra(m) este processo DANFE(s) diversos, que encontram-se anexados. Mandado de Fiscalização Monitoramento, emitido pelo COE, número 2014 3 30 19064035000112-2014329. Período fiscalizado: fevereiro e março de 2014”.*

A empresa autuada impugna o lançamento fiscal (fls. 88/91). Após transcrever a acusação fiscal, observando que na planilha apresentada pela fiscalização, em relação a “alguns itens”, a empresa havia recolhido ICMS a maior do que supostamente era devido.

Contesta totalmente a diferença de imposto ora exigida, pois o autuante desconsiderou por completo ser ela empresa atacadista, detentora do benefício de redução de base de cálculo, conforme determinações do Decreto nº 7.799/2000, já que celebrou Termo de Acordo com a SEFAZ, tendo o mesmo sido deferido através do Processo nº 34202620137, Parecer nº 27939/2013 de 06/11/2013 (fls. 92 dos autos). Em assim sendo, por força do art. 1º do nominado decreto, possui direito à redução de base de cálculo de 41,176%, fato que não foi levado em consideração pela fiscalização no momento da autuação.

Afirma que o trabalho da fiscalização “*é tão insubsistente*” que, também em relação à própria MVA utilizada em alguns itens resta ela equivocada, conforme exemplo que apresenta, ou seja: a MVA a ser utilizado para carne de frango é de 17,65% quando a alíquota interestadual é de 7% e de 11,33% quando a alíquota interestadual é de 12%, conforme disposto no Decreto nº 14.341/2013. A fiscalização utilizou MVA de 23,25% para as Notas Fiscais nºs 26310, 69630 e 69498, distorcendo a base de cálculo do imposto.

Aponta outro equívoco cometido pela fiscalização ao não considerar os pagamentos realizados relativo à Nota Fiscal nº 927130. Anexa os comprovantes de pagamentos, cujo imposto foi recolhido na data de vencimento.

E assim se manifesta: “*Portanto, totalmente insubsistente e nulo de pleno direito o auto de infração lavrado e ora impugnado, já que cometeu manifesto erro na determinação da base de cálculo e desconsiderou pagamento efetivo de ICMS conforme acima mencionado, devendo ser cancelada a exigência e crédito tributário nele lançado*”.

Em seguida, insiste em afirmar que a fiscalização deveria ter adotado a redução de base de cálculo na apuração do imposto. Neste momento, transcreve orientações do próprio site da Secretaria da Fazenda a respeito de freqüentes perguntas quanto à antecipação parcial e os benefícios fiscais existentes nas saídas subseqüentes das mercadorias (item 18 destas orientações).

Por tudo quanto exposto, requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Na sua informação fiscal (fls. 168/170), o autuante afirma que a questão principal do lançamento é que o imposto foi exigido em vista do fato da empresa se encontrar descredenciada. Diz ser esta “*uma questão incontestável, reconhecida pelo próprio contribuinte*”, que além de não questionar a ação fiscal invoca apenas que a ação fiscal não considerou os abatimentos do benefício fiscal a que possuía. E continua: “*Em resumo o autuado não quer pagar nada de antecipação parcial invocando um direito de um benefício que só é amparado nas comercializações e no final pede a nulidade do procedimento sem ampara legal e sem nenhum argumento convincente*”.

Afirma que a ação fiscal encontra-se perfeita e acabada, pois indicados os dispositivos legais infringidos, bem como, o da multa aplicada, explicitação das alíquotas aplicáveis e da base de cálculo utilizada (cópias das NF's apensadas aos autos) e a identificação do infrator e da infração.

Quanto ao “*argumento do desconto apresentado pelo contribuinte*” ele somente é previsto para as empresas cadastradas como normais e com atividade econômica de atacadista e detentor do referido benefício. Como o autuado encontra-se descredenciado, o benefício a ele não se aplica. E continua: “*A requerente tenta fugir do pagamento legal da antecipação parcial que só foi descoberto pela ação da COE, uma nova ferramenta de trabalho importante criada pela administração tributária e que estamos cumprindo através do mandato de Fiscalização constante na folha 08*”.

Afirma que a empresa tinha conhecimento de estar em “situação irregular de descredenciado” e assim, deveria recolher o ICMS tempestivamente, antes da entrada no seu estabelecimento, em obediência ao comando ao art. 12-A da Lei nº 7.014/96. Diz que o argumento do defendente somente poderia ocorrer caso ele estivesse credenciado, conforme determina o art. 332, § 2º do Decreto nº 13.780/2012 (RICMS/12).

Passa, em seguida, a discorrer sobre o prazo de recolhimento da antecipação tributária (na entrada das mercadorias no território baiano – art. 352-A (RICMS/97) e traz aos autos ementa do Acórdão JF nº 0101-01/14 (que trata da não aceitação de denúncia espontânea após início da ação fiscal) afirmando ser pacífica a questão. E neste caminhar, rebate o argumento da empresa de que lançou o pagamento espontaneamente com os descontos e sem o valor da multa, pois “*apresentou a alíquota que foi aplicada para fins de apuração do montante do imposto a ser*

pago, qual seja, além da memória de cálculo onde consta a relação dos danfes e mercadorias objeto da autuação e que inclusive já consta no referido processo". Invoca, por pertinência, as disposições contidas no RPAF/BA que exclui a competência dos contribuintes de impor as suas normas em detrimento das normas legais de qualquer natureza, criando "uma verdadeira desorganização administrativa".

Voltando a discorrer sobre o "desconto" argüido pelo contribuinte, observa que ele encontra-se vinculado à *tempestividade* do recolhimento do imposto, ou seja, "*no caso de descredenciado: antes da entrada do território baiano*", conforme comando dos arts. 273 e 332, III, "d", do RICMS/12, conforme transcreve.

Solicita a manutenção integral do Auto de Infração.

VOTO

Ao analisar o presente processo, restam configurados diversos vícios insanáveis, que o inquina à sua nulidade.

Embora vislumbrando a falta do Termo de Início de Fiscalização e da iliquidez da base de cálculo do imposto ora exigido, dois motivos outros, de suma importância, levam o presente Auto de Infração a não ter qualquer validade jurídica.

O ICMS é imposto que tem como fato gerador, em síntese e basicamente, "*a circulação de mercadorias e serviços*". A sua fiscalização investida, privativamente, do poder e dever de, constatando qualquer irregularidade tributária, buscar recuperar esta receita, espontaneamente ou de ofício (art. 142 do CTN), atua, em linha geral, em duas frentes. A primeira, na busca da *circulação de mercadorias e serviços* de fatos pretéritos, ou já acontecidos. A outra, no exato momento da ocorrência do fato gerador.

Diante desta situação, a Fazenda Estadual, para melhor desenvolver suas atividades, dividiu as equipes de fiscalização em duas linhas mestras:

A primeira exercendo suas atividades no trânsito de mercadorias, ou seja, no exato momento da ocorrência do fato gerador do imposto. Inclusive, a constatação imediata de uma irregularidade pode ensejar a lavratura de Auto de infração, **modelo 4**, que a Secretaria de Fazenda instituiu para diferenciá-lo daquele lavrado no estabelecimento da empresa.

A segunda equipe exerce suas atividades na busca de fatos pretéritos, portanto não mais no trânsito de mercadorias e sim no estabelecimento do contribuinte, ou mesmo, monitorando, via sistemas informatizados existentes, **as suas operações comerciais já realizadas**. Porém em ambos os casos, para que o contribuinte seja penalizado com a lavratura de um Auto de Infração, o fisco estadual, por dever de ofício, deve seguir, com total obediência, todo um procedimento legal (e definido no RPAF/BA) sob pena de seu ato não ter qualquer validade jurídica. E mais uma vez, corroborando tal situação, a própria Secretaria de Fazenda Estadual determina a lavratura do Auto de Infração em instrumento próprio, ou seja, **modelo 3**.

No caso presente, embora o Auto de Infração tenha sido lavrado por agente de tributo lotado na IFMT Metro, ele não é um Auto de Infração de trânsito, mas de monitoramento (auditoria sumária) do ICMS recolhido pelo contribuinte do período de fevereiro e março de 2014. Ou seja, ele deixou de ser uma abordagem imediata à alguma atitude adotada pelo contribuinte em um exato momento, para ser um acompanhamento de seus procedimentos fiscais durante um período.

Em assim sendo, nos termos em que está posta a legislação, é incompatível com a operação de trânsito a apuração de imposto lastreado em fato pretérito, como ocorreu no presente caso. Na situação sob análise, caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data

de ocorrência dos fatos geradores, e não conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide, visando não onerar a Fazenda Pública

E, através de consulta no sistema INC desta SEFAZ (fl. 13) denota-se que o sujeito passivo, embora uma microempresa, é optante pelo regime normal de apuração do imposto (conta corrente fiscal). Assim, necessário apontar, na legislação tributária do Estado da Bahia, quem é a autoridade administrativa que a norma confere de forma privativa a competência para realizar o lançamento tributário.

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 e/ou indústria é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura do auto de infração, quer seja o contribuinte microempresa ou mesmo empresa de pequeno porte. Observa-se que um pequeno empresário tem por opção a escolha de se enquadrar no Simples Nacional, mas, como dito, escolha, não obrigatoriedade.

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, eles não detêm 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.

Por tudo exposto, concluo que se encontra configuradas nulidades insanáveis e absolutas na presente ação fiscal já que seu ato foi formalizado por servidor sem competência legal e em instrumento legal incompatível com os fatos apurados.

Voto, de ofício, pela nulidade da ação fiscal com fundamento no art. 18, II, do RPAF/BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, de ofício, julgar NULO o Auto de Infração nº 232195.0033/14-9, lavrado contra **ARMAZÉM TOP ALTO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2015.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA