

A. I. N° - 213080.0077/14-7
AUTUADO - GD PAISAGISMO E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 03/03/2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0018-04/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. Auto de Infração Modelo 4, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Não observância dos aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício. Como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. 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 nº 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 17/10/2014, reclama o valor de R\$12.346,74 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 tributária 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. 39 a 40, após descrever a autuação discorda da exigência relativa a quatro notas fiscais de compras emitidas nos meses de setembro e outubro, pelos seguintes motivos:

1. Nota do dia 24/09/2014 nº-11.986, com base de cálculo de R\$ 8.742,50 e valor do DAE de código 2175, devidamente recolhido no valor total de R\$ 1.031,61, sendo R\$ 874,25 de valor principal e R\$157,36 de multa por infração.
2. Nota do dia 04/09/2014 nº-5.721, com base de cálculo de R\$ 19.842,00 e valor do DAE de código 1755, devidamente recolhido no valor de R\$ 1.073,06.
3. Nota do dia 01/10/2014 nº-19.750 com base de cálculo de R\$ 1.788,30 e valor do DAE de código 2175, devidamente recolhido no valor de R\$ 73,46.
4. Nota do dia 03/10/2014 nº 25.963, com base de cálculo de R\$ 10.417,90 e valor do DAE de código 2175, devidamente recolhido no valor de R\$ 496,84.

Anexa cópia do Documento de Arrecadação acompanhado dos respectivos documentos fiscais, e finaliza requerendo a consideração dos referidos valores.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 75/76 esclarecendo que a questão principal se resume a exigência do imposto pelo fato da empresa se encontrar descredenciada e isto é inquestionável e

reconhecida pelo próprio contribuinte, pois o mesmo apenas requer um suposto abatimento

Diz que parte dos recolhimentos apresentados foram abatidos do débito apurado, conforme se pode observar na peça vestibular e os não considerados referem-se a recolhimentos espontâneos efetuados pelo contribuinte após a ação fiscal.

Aduz que *"o autuado recolheu tudo espontâneo após a intimação e não quer pagar mais nada da antecipação parcial e requer apenas um abatimento inexistente sem nenhum argumento convincente com pedidos que foge aos procedimentos da denúncia espontânea"*.

Reafirma que o autuado é sabedor de que estava em situação irregular de descredenciamento e o mesmo reconhece que o ICMS relativo a Antecipação Parcial é devido e não foi recolhido, questiona apenas a forma de exigir o crédito tributário, clamando indevidamente pela nulidade sem nenhum amparo legal.

Entende que em relação ao tema o Regulamento do ICMS é pacífico quanto à questão, dando garantia ao seu entendimento, de forma que o ICMS é exigido "nas entradas", conforme prevê o artigo 352 do RICMS, que transcreveu.

Informa ainda que a multa não poderia ser desprezada, pois não é poder discricionário do servidor, pois a mesma foi amparada no art. 42, inciso IV, alínea "i" da Lei nº 7.014/96.

Aduz que *"não há como sustentar os argumentos do autuado quanto a sua ilegitimidade quanto paciente do tributo devido, devendo o presente auto de infração ser ratificado pela decisão deste Colendo Órgão Julgador"*.

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 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.

Examinando as peças processuais do presente Auto de Infração, verifico, de fato, 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, o que não ocorreu.

Para embasar a acusação foi elaborado um demonstrativo denominado "Notas Recebidas", acompanhado de uma Intimação para apresentação de DANFES, Mandado de Fiscalização (ordem de Serviço), memória cálculo do cálculo do imposto exigido e fotocópias de diversos documentos fiscais, fls.5 a 34.

Da análise dos citados documentos constata-se que a exigência fiscal diz respeito a Documentos Auxiliares de Notas Fiscais Eletrônicas - DANFES emitidos no período compreendido entre 28 de agosto a 09 de outubro de 2014, portanto, não se justifica a lavratura de Auto de Infração no modelo 4, com data de ocorrência em 17/10/2014, já que, de acordo com os documentos inseridos nos autos, restou comprovado que se tratam de fatos pretéritos, enquanto que a ação fiscal no trânsito de mercadorias é instantânea. Nesta situação, o preposto autuante, constatando a conduta infracional, lavra o flagrante, apreendendo ou não mercadorias e/ou documentos, e impõe a exigência fiscal em relação àquele ato que está presenciando, o que não ficou demonstrado nos autos.

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 trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide.

Ademais, verifico através de consulta no sistema INC desta secretaria que o sujeito passivo, à época dos fatos geradores era optante pelo regime normal de apuração do imposto. 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 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.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 2130800077/14-7, lavrado contra **GD PAISAGISMO E COMÉRCIO LTDA**. Recomenda-se a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2015.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA