

A. I. Nº - 213080.0070/14-2
AUTUADO - M FREITAS DA SILVA – ME
AUTUANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 18.03.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0032-04/15

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 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 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 de decadências. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 07/10/2014, exige ICMS no valor de R\$13.461,44, 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 que a empresa encontra-se “descredenciada” no cadastro da Secretaria de Fazenda Estadual e que o imposto teve sua base de cálculo apurada nos próprios documentos fiscais autuados.

A empresa autuada impugna o lançamento fiscal (fls. 132/139) afirmando que, de fato, não recolheu o imposto no prazo legal, porém não deixou de recolhê-lo, ou seja, o recolheu a menor e fora do prazo, quer imposto por antecipação parcial ou total.

Com base nas planilhas elaboradas pelo fiscal autuante, elabora três planilhas, como se segue:

A primeira com as notas fiscais de suas aquisições interestaduais com mercadorias não enquadradas no regime da substituição/antecipação tributária, portanto sendo devido o imposto por antecipação parcial. Nesta planilha demonstra o valor a recolher, o valor recolhido (ou não) e a diferença a ser exigida. Aponta diferença na ordem de R\$5.146,68 (fls. 134/136).

A segunda planilha com duas situações: notas fiscais com o ICMS-ST retido na fonte sobre determinadas mercadorias e ICMS devido por antecipação parcial. Aponta o ICMS-ST retido. De igual forma, o valor a recolher, o valor recolhido (ou não) e a diferença a ser exigida do ICMS antecipação parcial. Indica diferença na ordem de R\$775,76 (fl. 137). Apresenta cópias das notas fiscais.

Por fim, na terceira e última planilha, exclusivamente as notas fiscais com mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária. Informa que destas, não poderia haver a exigência do imposto, pois retido na fonte, com exceção daquela de nº 2832. Entende devido o ICMS no valor de R\$36,66.

Aponta o valor do imposto a ser exigido na presente ação fiscal na ordem de R\$5.959,10. Solicita que este CONSEF aceite suas razões de defesa.

Na sua informação fiscal (fls. 272/275), a autuante primeiramente aponta a irregularidade apurada na presente ação fiscal, qual seja; **“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL sobre as mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação por contribuinte descredenciado”** (sic).

Afirma, em seguida, que a questão principal do lançamento é que o imposto foi exigido em vista do fato de a empresa se encontrar descredenciada. Diz ser esta *“uma questão incontestável, reconhecida pelo próprio contribuinte”* e que ele *“nada mais questiona a não ser o de requerer uma análise do débito e conclui-se por um suposto abatimento inexistente de pagamentos efetuados, já que se existisse o recolhimento informado não guarda conformidade com a legislação.”*

Ressalta que os recolhimentos ditos realizados não constam *“em nossos arquivos conforme podemos observar na peça vestibular”*. Ainda, conforme intimação anteriormente feita (visando resguardar o direito de defesa da empresa), o autuado não apresentou qualquer documento ou recolhimento. E arremata: *“É importante observar que os documentos de recolhimento entregues (fls. 150 a 159) foram todos considerados foi devido o recolhimento espontâneo sem a multa efetuados pelo contribuinte após a ação fiscal. Em resumo, o autuado recolheu apenas parte do ICMS sem explicar de que, tudo espontâneo após a intimação dia 17 e não quer pagar mais nada da antecipação parcial e requer apenas um abatimento inexistente sem nenhum argumento convincente com pedido que foge aos procedimentos da denúncia espontânea. Enfim trata-se de uma inobservância ao artigo 138 parágrafo único do Código Tributário Nacional.”*

Passa, em seguida, a discorrer sobre os procedimentos legais para constituição do crédito tributário, ou seja, as determinações do art. 325-A do RICMS/2012. Nesta sua argumentação, diz que a empresa tinha conhecimento de estar em *“situação irregular de descredenciado”*, estando o fato *“sacramentado”*. Entende que o impugnante, apenas, questiona a forma como foi exigido o imposto por antecipação parcial, *“clamando indevidamente pela nulidade sem nenhum amparo legal”*.

Informa que a multa aplicada não poderá ser *“desprezada”* diante do que dispõe o art. 42, IV, da Lei nº 7.014/96. Requer a manutenção do Auto de Infração.

VOTO

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

Embora vislumbrando inconsistência na apuração do imposto do presente Auto de Infração, o que poderia levá-lo a sua nulidade, 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 e do período de julho a setembro de 2014, o que se denota não ser possível a lavratura de uma Auto de Infração – Modelo 4 para a presente ação fiscal, pois resta patente que a ação fiscal tratou de auditoria de fatos pretéritos, com datas de ocorrências diversas, que devem ser rigorosamente apuradas, inclusive para que o Erário não seja lesado.

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

Verifico, ainda, através de consulta no sistema INC desta SEFAZ (fl. 13) 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 encontram 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. Recomenda-se a Inspeção da circunscrição fiscal do contribuinte que seja verificada a possibilidade de se instaurar nova ação fiscal, no estabelecimento da empresa (observados os prazos decadenciais), objetivando resguardar o Erário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 213080.0070/14-2, lavrado contra **M FREITAS DA SILVA - ME**.

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR