

A. I. N° - 118505.0194/14-4
AUTUADO - SEVENX DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS LTDA.
AUTUANTE - LAURICE SOARES MENEZES
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 07.08.2015

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0130-04/15

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 04/11/2014, exige ICMS no valor de R\$16.530,00, acrescido da multa de 60% em decorrência da falta do seu recolhimento na primeira repartição fiscal de fronteira ou do percurso, sobre mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada.

Consta como informação no corpo do Auto de Infração:

Falta de recolhimento do ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL sobre as mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra Unidade da Federação por contribuinte na condição de INAPTO.

NF-e – DANFE recebido conforme relação, Memória de Cálculo nº 0.037, cópia do mesmo, intimações e outros documentos apensos, referem-se ao período fiscalizado de 02/10/2014.

MANDADO DE FISCALIZAÇÃO N° 13396712000113-20141019.

A base de cálculo foi apurada através do DANFE, acrescido da MVA.

TODA a documentação aqui acostada é parte integrante do processo que constitui prova material da infração à legislação do ICMS.

A empresa impugna o lançamento fiscal (fls. 31/44). Após transcrever a acusação fiscal, requer a nulidade da ação, aduzindo a inexistência de justa causa para lavratura do Auto de Infração, desaguando na preterição do seu direito de defesa.

Neste seu arrazoado comenta:

- a) com base no art. 37 da CF/88, necessário que a autoridade fiscalizadora obedeça aos princípios da legalidade, moralidade, eficiência, proporcionalidade e razoabilidade.
- b) Que o fisco, por dever, deveria “*zela* pelo caráter pedagógico” em suas autuações. Assim, deveria agir de forma preventiva por meio de uma fiscalização educativa antes de qualquer ação repressiva, como a “*ilegítima* como a autuação fiscal impugnada”.

- c) Sacando das determinações do art. 5º, LV, da CF/88 diz que diante da desobediência aos princípios acima mencionados, foi tolhido de exercer o contraditório e sua ampla defesa, o que levava o Auto de Infração a ser nulo desde o seu nascêdo.
- d) O Auto de Infração não traz elementos suficientes para caracterizar com segurança a infração a ele ora imputada. Não existem os “elementos mínimos” (documentos) necessários à sua configuração. Observa que foram desobedecidos os princípios da legalidade e publicidade insculpidos no art. 37, da CF/88.
- e) Houve erro na lavratura do lançamento fiscal já que, conforme determinações do art. 38, do RPAF/BA, somente deve ser lavrado Auto de Infração em valor igual ou superior a R\$39.720,00. O presente, inclusive com a multa aplicada é da ordem de R\$26.448,00.
- f) Embora na descrição dos fatos tenha sido afirmado estar a empresa INAPTA perante este Órgão Fazendário, foi ela acusada de ser contribuinte “*com inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada*” Ao derredor do tema, informa que somente teve sua condição alterada para “*NÃO HABILITADO*” em 24/02/2015, ou seja, quando da ação fiscal, e quando adquiriu mercadorias em 11/06/2014 e 02/10/2014 (neste momento afirma que as notas fiscais foram anexadas pelo próprio Órgão Fazendário, mas não explica onde), esta alteração ainda não havia sido realizada, restando sua situação regular. E tal fato, inclusive, está sendo questionado.

Diante de tudo exposto, entende restar absolutamente provada a nulidade da ação fiscal.

No mérito diz que a fiscalização não havia observado que em 11/06/2014, através da NF-e nº 021 adquiriu mercadorias. Neste momento, houve o destaque do imposto, recolhidos via GNRE e DAE nos valores de R\$21.294,00 e R\$2.520,00.

Em 30/09/2014, por razões comerciais, devolveu, através da NF-e nº 50.954, as mercadorias adquiridas constantes na NF-e nº 021, tendo destacado o ICMS-ST, “*gerando consequentemente crédito fiscal*”.

Acordou, em seguida, com o fabricante adquirir as mesmas mercadorias (cigarros) na mesma quantidade devolvida, porém com uma diferença de preço: os cigarros seriam “tipo box” ao invés de “maço” conforme compra anterior. Diante da diferença a maior de preço, recolheu o imposto no valor de R\$770,00 e R\$100,00 através de GNRE e DAE e em relação à NF-e nº 037.

Insurge-se contra a negativa da Secretaria de Fazenda em reconhecer a compensação do recolhimento do imposto que havia realizado nos dois negócios comerciais, entendendo que, em qualquer situação, tem direito a essa compensação e não o dever de pagar para depois solicitar restituição.

Apresenta, ainda, os seguintes argumentos:

1. Não é o responsável tributário pelo pagamento, já que a responsabilidade do ICMS-ST é do fabricante da mercadorias (cigarros).
2. Base de cálculo do imposto errônea. A fiscal autuante aplicou, sobre a base de cálculo, MVA quando deveria obedecer ao quanto disposto no Convênio ICMS 34/94 (preço mínimo de venda no varejo).

Passa, em seguida, a impugnar a multa a aplicada, a entendendo excessiva e confiscatória. Entende que para o caso, poderia ser ela de 5% do valor comercial das mercadorias.

Abre tópico sobre “excesso de exação” onde sugere que o Fisco oriente melhor seus auditores fiscais para que ele não atue ao arrepio da lei e do ordenamento jurídico. Faz comentários a respeito do assunto.

Com base em tudo exposto, requer que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente, tornando sem efeito a multa aplicada. E caso ela subsista que seja transformada para o patamar de 5% do valor comercial das mercadorias adquiridas.

Por fim, requer a regular intimação sobre o desfecho da lide.

Na sua informação fiscal (fls. 58/62), a autuante afirma que a questão principal do presente lançamento fiscal é a exigência do imposto pelo fato da empresa se encontrar inapta perante o fisco estadual, inclusive situação “*reconhecida pelo próprio contribuinte*” diante de seu argumento de não haver justa causa para a autuação. E continua: “*Em resumo o autuado não quer pagar nada de antecipação parcial e o crédito reclamado devido ao Estado cair no esquecimento, sem contudo esquecendo de que a cobrança da antecipação parcial independe da época que adquiriu os produtos, ou seja, de que sua situação era regular ou irregular, mesmo sabendo que o ICMS da antecipação parcial é devido. Requer apenas que a ação fiscal deve "ser reconhecido totalmente nulo, e consequentemente cancelado."*”

Ressalta que os documentos, base da autuação, estão anexados ao processo visando obedecer ao direito de defesa do contribuinte.

Passa, em seguida, a argumentar sobre os procedimentos legais para a constituição do crédito fiscal. Neste caminhar, afirma estarem indicados os seus fundamentos legais (com a respectiva alíquota e base de cálculo), descrita a hipótese de incidência tributária e discriminado o imposto e multa aplicada. Afirma que as notas fiscais estão todas relacionadas com a identificação do infrator. Observa que o impugnante, em qualquer momento, não contestou tal situação, apenas alegou que houve “*preterição ou prejuízo de direito, que gerou a ação fiscal entendendo que tal argumento são elementos formais que não podem ser questionados, a não ser para efeito de procrastinação do julgamento*”.

A respeito do argumento defensivo de que houve violação aos princípios da “*legalidade, moralidade, eficiência, proporcionalidade e razoabilidade*”, diz ser afirmativa que não corresponde realidade, já que não criou normas, apenas aplicou a legislação tributária posta em obediência a sua função e o direito de defesa foi totalmente respeitado, e as provas, contundentes, encontram-se apensadas aos autos. E conclui: “*A realidade completa que mostram os fatos aqui descortinados é que a requerente tenta fugir do pagamento legal da antecipação parcial*”.

A respeito da multa, diz ser dever da fiscalização aplicá-la, pois a norma legal não dá o poder discricionário ao fisco. Em assim sendo foi cumprido o quanto disposto no art. 42, da Lei nº 7.014/96. Transcreve trecho do voto do Acórdão JJF nº 0012-04-10 para corroborar tal argumento.

Conclui seu arrazoado da seguinte forma: “*O autuado é sabedor de que estava em SITUAÇÃO IRREGULAR de descredenciado e isto está sacramentado. Quanto outras exigências não encontra respaldo legal exigido pela autuada, para tanto é só o requerente mesmo já ter recebido toda documentação solicitar a qualquer momento que será atendido. A via escolhida pelo requerente é uma forma de postergar o pagamento do tributo. Afirmamos que o crédito foi reclamado em obediência à nossa legislação, que determina através do artigo 12A da Lei nº 7.014 a cobrança da ANTECIPAÇÃO PARCIAL. É indiscutível, e a própria autuada reconhece que o ICMS da mercadoria relativo ao objeto da autuação relativo a Antecipação Parcial é devido e não foi recolhido, enfim não questiona o crédito reclamado invoca apenas "tertulia flacida". É importante ressaltar e informar que o requerente procura de todas formas eximir-se do pagamento da antecipação parcial. Querer desconsiderar a ação fiscal é mudar todo procedimento instaurado através da Lei nº 7014/96 que baseou toda a ação fiscal*”.

Solicita a manutenção integral do Auto de Infração.

VOTO

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

Embora vislumbrando a falta do Termo de Início de Fiscalização na forma determinada pela legislação tributária deste Estado e que a infração diz respeito ao produto cigarro, enquadrado no

regime na substituição tributária, portanto não podendo se exigida a antecipação parcial, como acusada, porém com o cálculo do imposto sendo aplicada MVA, 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 monitoramente (auditoria sumária) do ICMS recolhido pelo contribuinte e em relação a uma aquisição feita pelo contribuinte em 02/10/2014 (NF-e nº 037). A ação fiscal iniciou em 21/10/2014, conforme “Monitoramento Viés de Risco de Sonegação Fiscal nº 13396712000113-20141019” (precisamente: uma Ordem de Serviço - fls. 10/11). O Termo de Ocorrência Fiscal data de 03/11/2014 (fl. 14) e o Auto de Infração foi lavrado em 04/11/2014, sem qualquer conhecimento da empresa autuada. Ou seja, ele deixou de ser uma abordagem imediata a 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 desta SEFAZ (fl. 12) resta provado que o sujeito passivo, não é optante do Simples Nacional, recolhendo o imposto através do regime normal de apuração (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 e não optante do Simples Nacional 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.

Em assim sendo, as questões aborda pelo impugnante, neste momento, perdem eficácia.

Represento à autoridade competente da circunscrição fiscal da empresa autuada para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas, obedecidos os prazos decadenciais.

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, julgar NULO o Auto de Infração nº 118505.0194/14-4, lavrado contra **SEVENX DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS LTDA**. Representa-se à autoridade competente da circunscrição fiscal da empresa autuada para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas, obedecidos os prazos decadenciais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2015.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – JULGADOR