

A. I. Nº - 210313.0008/18-6
AUTUADO - TMC DISTRIBUIDOR E ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - NOE AMERICO MASCARENHAS FILHO
INFAZ - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 15.08.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0126-04/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL 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 epígrafe, lavrado em 13/01/2018, exige ICMS no valor de R\$94.788,31, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação.

O autuado, através do seu representante legalmente habilitado, apresentou impugnação, fl. 45 a 53, inicialmente falando sobre a tempestividade da mesma.

Pede preliminarmente a nulidade do lançamento por incompetência do agente responsável pela lavratura do Auto de infração, arguindo que todo lançamento tributário é, na sua essência, um ato administrativo que precisa atender aos requisitos de validade reconhecidos pela doutrina e jurisprudência, entre eles, a competência do agente público que o realiza.

Após transcrever citação do Mestre HELY LOPES MEIRELLES sobre o tema, registra que o Auto de Infração não foi lavrado por Auditor Fiscal da Secretaria da Fazenda do estado da Bahia devidamente investido na função, mas sim por Agente de Tributos, que, como será demonstrado a seguir, não possui competência para tanto.

Transcreve o teor do art. 42 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, com redação alterada pelo Decreto n. 11.806, de 26 de outubro de 2009, e assevera que a intenção clara do legislador de limitar a competência do Agente de Tributos, direcionando-a especificamente à fiscalização de empresas optantes pelo Simples Nacional e a mercadorias em trânsito.

Prossegue informando que no caso em tela não se trata de empresa optante pelo Simples Nacional e, muito embora o auto indique como “local da lavratura” o Posto Fiscal Honorato Viana, as mercadorias em tela não estavam em trânsito, sendo, portanto, flagrante a incompetência do Agente de Tributos.

Após indicar as notas fiscais e respectivas datas de emissão, objeto da acusação assevera que a autuação não decorreu de fiscalização de mercadorias em trânsito, mas sim de uma ação posterior ao trânsito das mesmas, o que, sabidamente, foge à competência do Agente de Tributos.

Baseado nos ensinamentos de Celso Antonio Bandeira, cujo teor transcreveu, diz que não há como considerar válido o ato administrativo tributário emanado de agente fiscal incompetente, realizado além dos limites traçados pela legislação tributária.

Com base no art. 18, I do RPAF/BA requer a nulidade do Auto de Infração.

Acrescenta que além da preliminar que compromete integralmente a validade da autuação adentra ao mérito para observar que inexistente falta de recolhimento de ICMS referente à antecipação tributária total.

Explica que segundo o autuante a infração em questão tem enquadramento legal no art. 332, inciso III, “a” e “d” do RICMS/BA. Após transcrever o seu teor esclarece que no caso presente não se trata de contribuinte com situação irregular pois se encontra devidamente credenciada perante a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Frisa que antecipadamente à entrada das mercadorias no território baiano foi efetuado o pagamento do ICMS devido, conforme documentos que informa estar anexando. Por isso entende que o agente partiu de uma premissa equivocada e ainda laborou em equívoco, quando desconsiderou o ICMS destacado na nota, à alíquota de 12%, que, sabidamente, repercute em crédito fiscal a ser aproveitado pela Peticionante, nos termos da legislação em vigor.

Informa que o Sr. Agente de Tributos aplicou, erroneamente, o limite de crédito instituído pelo Convênio nº 89/2005 (7%), desconsiderando as alterações instituídas pela Lei Complementar nº. 160/2017, regulamentada pelo Convênio nº 190/2017, e já devidamente incorporada pelo Estado da Bahia (Decreto n. 18.270/2018), não havendo que se falar em limite à manutenção do crédito destacado em nota.

Observa que não há qualquer vedação para o uso do crédito fiscal relativo a mercadorias advindas do Distrito Federal, razão pela qual faz jus ao crédito de 12%. Nesta linha, é bom registrar que, o Estado da Bahia, inclusive, por meio do Decreto 18.219/2018 (DOE de 26/01/2018), REVOGOU na integralidade o Decreto 14.213/2012, o qual tratava sobre o tema da glosa fiscal, em relação à vedação e quais créditos seriam admitidos para fins de dedução no cálculo da Antecipação Parcial do imposto.

Conclui não haver qualquer vedação ou limitação para o uso do crédito fiscal relativo a mercadorias advindas de outros Estados. Como faz jus ao crédito de 12%, correspondente ao valor do ICMS destacado nas respectivas notas, restou, portanto, integralmente pago o ICMS-ST devido nas referidas operações.

Afirma que não há que se falar em falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS referente à antecipação tributária total, visto que o valor devido foi inteiramente recolhido, antes da entrada da mercadoria no estado da Bahia, como se pode verificar compulsando os comprovantes de pagamento anexos. Também não há que se falar em contribuinte descredenciado, tendo em vista que a mesma encontra-se devidamente credenciada e habilitada para as operações que exerce, conforme se pode atestar em consulta ao próprio sistema da SEFAZ.

Finaliza requerendo o acolhimento da preliminar arguida, para declarar Nula a autuação lavrada por autoridade incompetente e, adentrando à análise do mérito, seja julgado totalmente IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração, eis que restou comprovado o recolhimento integral do ICMS devido por antecipação tributária total antes da entrada da mercadoria no território deste Estado.

Protesta ainda por todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente a realização de diligência, juntada posterior de documentos, e outros elementos probantes, em qualquer fase do

processo, com o objetivo único de se provar a veracidade de tudo o que foi alegado, a fim de que fique, completamente, provada a improcedência da presente Notificação.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal, fls. 149 a 150 inicialmente destaca que não lhe cabe ir de encontro ao ordenamento jurídico vigente, e sim cumpri-lo, sob pena de responsabilidade pela desobediência. Se a legislação vigente contiver incorreções, o foro indicado não é este. Deve o insatisfeito recorrer ao Judiciário para tentar obter a restituição de seu direito supostamente sonegado.

Quanto a preliminar arguida de incompetência, após transcrever o disposto no artigo 1º a Lei nº 11.470 de 08/04/2009 diz que a lei restringiu a fiscalização do ICMS, até então privativa do Auditor Fiscal, ao Agente de Tributos, entretanto, somente na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo SIMPLES NACIONAL. Nesta esteira, o Governador do Estado da Bahia editou o DECRETO Nº 14.208 de 13/11/2012, publicado no Diário Oficial em 14/11/2012, que dispõe sobre o novo modelo de Fiscalização no Trânsito de Mercadorias com base em documentos fiscais eletrônicos.

Transcreve o artigo 1º da citada legislação e informa que para a operacionalização do estabelecido neste decreto, foi criada a COE - Central de Operações Estaduais, local onde está sendo feito o monitoramento e controle das operações das notas fiscais

Aduz que em um destes monitoramentos, a COE emitiu a Ordem de Serviço através do Mandado de Fiscalização nº 14345032000303-2017, culminando na lavratura deste auto de infração. Todas as notas fiscais objeto deste auto de infração foram emitidas no mês de dezembro de 2017, o mandado foi emitido em 30 de dezembro de 2017, toda ação fiscal concluída em 13 de janeiro de 2018.

Entende que "a defesa está fazendo confusão ao vincular esta ação fiscal à fiscalização que é feita em estabelecimentos. Nesta ação fiscal, não houve visita ao estabelecimento onde funciona a empresa, não houve qualquer intimação ou lavratura de termo de início de fiscalização. Todo o trabalho esteve voltado ao monitoramento das notas fiscais eletrônicas recebidas pelo autuado, onde a COE detectou que houve irregularidades nas operações destas notas fiscais eletrônicas em trânsito com o pagamento do ICMS efetuado a menor, e isto não houve contestação pelo autuado. Este é o novo modelo de fiscalização de trânsito determinado pelo Decreto Estadual nº 14.208 de 13/11/2012, acima citado. Fiscalização de estabelecimentos é outra coisa. "

Assevera que a empresa encontra-se com a situação "DESCREDENCIADA", e, como se não bastasse, não possui o Regime de Pagamento Diferenciado, haja vista que as mercadorias objeto desta ação fiscal são produtos de carne, o que o obriga a só transitar neste Estado acompanhado do pagamento antecipado do ICMS. Outro erro da defesa foi o de fazer menção de um decreto de glosa de créditos, que não foi aplicado nesta ação fiscal, fazendo confusão com o Convênio ICMS 89/2005.

Reafirma que não tem o poder discricionário de aplicar a legislação de forma diversa do que está estabelecido, cabendo sim, ao Poder Judiciário dirimir e decidir sobre conflitos, desde que provocado por qualquer das partes e conclui pela manutenção da autuação.

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 nos autos a seguinte informação: *"Empresa DESCREDENCIADA adquirindo mercadorias em outra Unidade da Federação com o pagamento do ICMS antecipação total efetuado a menor, conforme DANFES nº 521, 522, 523, 524, 172536, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534 e 537, emitidos no mês de dezembro de 2017. Ação fiscal executada em cumprimento ao Mandado de Fiscalização COE nº 345032000303-20171230 prova de infração à legislação do ICMS. Toda a documentação aqui citada encontra-se anexa aos autos para produzir prova de*

infração à legislação do ICMS. Cobrança efetuada em consonância com o Convênio ICMS 89/05, base de cálculo efetuada observando a MVA ou pauta fiscal vigente, o que for maior. O DANFE nº 172536, apesar de constar na memória fiscal, foi integralmente pago.”

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade do lançamento sob o argumento de que o Auto de Infração foi lavrado por Agente Incompetente. Diz que nos termos do art. 42 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, com redação alterada pelo Decreto nº 11.806, de 26 de outubro de 2009, o agente de tributo possui atribuição exclusiva para fiscalizar empresas optantes do Simples Nacional e mercadorias em trânsito.

Assevera que no caso em tela não se trata de empresa do Simples Nacional e apesar do Auto de Infração indicar como “local de lavratura” o Posto Fiscal Honorato Viana, as mercadorias em tela não estavam em trânsito.

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 caso presente, o próprio fiscal autuante ao prestar a Informação Fiscal, diz que a ação fiscal não foi efetuada em estabelecimento, pois não houve qualquer intimação ou lavratura do Termo de Início de fiscalização. Assim sendo, tratando-se de fiscalização de trânsito, a mesma teria de ser precedida, forçosamente, da lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, mediante emissão do instrumento próprio.

Verifico que apesar de à fl. 05/06 constar um “Termo de Ocorrência Fiscal”, o mesmo não se presta para fundamentar o procedimento fiscal adotado, haja vista que no mesmo somente consta a assinatura do autuante. Além do que, a situação em tela não se enquadra na situação descrita no art. 28, inciso IV-A do RPAF/99, que assim determina:

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

(...)

IV-A - Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos; “

É de se ressaltar que de acordo com o demonstrativo anexado à fl. 07, denominado “Notas Recebidas”, 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 02 a 29 de dezembro 2017, portanto, não se justifica a lavratura de Auto de Infração de trânsito de Mercadorias, com data de ocorrência em 13/01/2018, 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 é 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.

A Lei Estadual nº 11.470/09, que alterou o Código Tributário deste Estado, determina:

Art. 1º Os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, que institui o Código Tributário do Estado da Bahia, passam a vigorar com a seguinte redação:

§ 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

§ 2º 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. (grifo não original)

§ 3º 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.

Parágrafo único. A aplicação do disposto no caput deste artigo dar-se-á a partir de 1º de julho de 2009.

Tais determinações foram absorvidas pelo RPAF/BA que 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 dos dispositivos legais, 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 as respectivas penalidades, não detêm os mesmos, competências 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 à 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 **210313.0008/18-6**, lavrado contra **TMC DISTRIBUIDOR E ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.**

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de julho de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR