

A. I. N° - 232232.0076/17-3
AUTUADO - SAMAVI DISTRIBUIÇÃO LTDA.
AUTUANTE - JACKSON FERNANDES DE BRITO
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 30/04/2019

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0038-04/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS À 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. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura do Auto de Infração, foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal, tendo em vista tratar-se de contribuinte optante pelo regime normal de apuração do imposto e a ação fiscal não ocorreu no trânsito de mercadorias, 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 lide, lavrado em 13/09/2017, exige o valor de R\$29.392,06, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da falta de recolhimento do imposto antecipação tributária total, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previsto na legislação fiscal.

Consta ainda a seguinte informação: *“Aos viste e dois dias do mês de agosto de 2017, no exercício das nossas funções fiscalizadoras, nos termos da legislação em vigor, em cumprimento do Mandado de Fiscalização nº 33798646000115-2017729, de 29 de julho de 2017, emitido pela Central de Operações Estaduais – COE/SEFAZ-BA, lavramos o presente Auto de Infração, tendo em vista a falta do recolhimento do ICMS e/ou recolhimento a menor, relativo às entradas neste Estado da Bahia, das mercadorias adquiridas para comercialização, relacionadas nos DANFE’s nºs: 154436, 307089, 30928, 155418, 155419, 155420, 489829, 155682, 131645, 134956, 256848, 314098, 361700, 490284, 309011 e 135425, conforme Termo de Ocorrência Fiscal e seu anexo, bem como a Planilha de Cálculos da Antecipação Parcial, em razão da antecipação do ICMS das operações, encontra-se tal contribuinte em situação de descredenciamento. Operações de circulação de mercadorias, constatadas por verificação fiscal, que identificou os eventos de trânsito de mercadorias, preconizadas no Ajuste SINIEF 05, de 30 de março de 2012, bem como as orientações previstas no Decreto nº 14.208 de 13 de novembro de 2012, que dispõem sobre o novo modelo de trânsito de mercadorias.”*

O sujeito passivo, através de advogado legalmente habilitado, apresenta defesa às fls. 40 a 44, inicialmente transcrevendo o teor da infração. Após assevera ser a mesma improcedente, e informa tratar-se de empresa que atua no ramo de Comércio Atacadista de produtos alimentícios em geral, conforme seu Contrato Social, e é signatário de Termo de Acordo de Atacadista junto a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia conforme RESUMO FISCAL COMPLETO emitido no

Domicílio Tributário Eletrônico, que lhe confere redução na base de cálculo do ICMS nos termos do Decreto nº 7799/2000, cujo teor transcreve.

Aduz que a ação fiscal não considerou o Termo de Acordo de Atacadista, e transcreve respostas desta secretaria, publicado em seu site, sobre o tema. Após diz que os pagamentos das antecipações parciais realizaram-se conforme legislação vigente, conforme planilhas que informa estar anexando e respectivos recolhimentos.

Finaliza solicitando a Total Improcedência do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a informação de fiscal à fl. 110 a 111, diz que na peça defensiva, o contribuinte contesta a lavratura do Auto de Infração, tendo em vista a inobservância quanto ao benefício fiscal concedido através do Termo de Acordo de Atacadista, conferido pelo Decreto nº 7.799/00. Questiona ainda, a impossibilidade de recolhimento de qualquer valor a título de antecipação parcial, tendo a mercadoria sido adquirida dos estados do norte, nordeste, centro-oeste, inclusive do Espírito Santo, quando a alíquota for de 12% (doze por cento).

Assevera que se trata de Auto de Infração, que exige o cumprimento da obrigação tributária principal, cuja previsão legal consta no Art. 12-A, da Lei nº 7.014/96, portanto, houve o cometimento da infração, por parte do contribuinte, pois, tendo em vista a falta do recolhimento, e/ou recolhimento a menor, do ICMS devido, por antecipação parcial, encontrando-se o contribuinte com sua inscrição estadual em situação de descredenciamento.

Em seguida informa que após a constatação de que o contribuinte realmente é detentor de Termo de Acordo de Atacadista, conforme Decreto nº 7.799/00, promoveu a devida correção dos cálculos, que passaram a figurar na nova “Planilha de Cálculos da Antecipação Parcial - Após Correção”, cuja apuração passou a constituir o valor de R\$5.926,18 (cinco mil novecentos e vinte e seis reais e dezoito centavos).

Quanto à alegação de que não há antecipação parcial sobre mercadorias adquiridas com alíquota interestadual de 12%, questiona tal alegação, acrescentando que, conforme o Art. 69 do citado Decreto, que transcreve o contribuinte somente fará jus ao percentual de crédito de 10% nas situações ali descritas.

Conclui acatando as alegações do contribuinte, quanto a não observância da existência do Termo de Acordo de Atacadista de que é detentora, razão pela qual foram excluídos os valores indevidamente reclamados. Entretanto, mantém integralmente, o restante dos valores devidos, apurados conforme Planilha de Cálculos, onde foram apropriados os créditos devidos, além dos valores espontaneamente recolhidos.

VOTO

O presente Auto de Infração acusa a falta de recolhimento do ICMS, antecipação tributária total, em aquisição interestadual de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito, inapto, ou que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal.

Examinando as peças processuais do Auto de Infração, verifico a existência de vícios jurídicos intransponíveis, ligados à legalidade presente Auto 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.

Para embasar a acusação fiscal, foi elaborado um demonstrativo denominado “Planilha de Cálculos da Antecipação Parcial”, fl. 04, acompanhado de cópias de Documentos Auxiliares de

Notas Fiscais Eletrônicas - DANFEs, fls. 16 a 36, Mandado de Fiscalização nº 3379864600115-20177729.

Da análise dos citados elementos, constata-se que a exigência fiscal diz respeito a Documentos Fiscais emitidos no período compreendido entre 05 de julho a 11 de julho de 2017, portanto, não se justifica a lavratura de Auto de Infração - Trânsito de Mercadorias, com data de ocorrência em 13/09/2017, 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. No caso presente, caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento e não trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide.

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, já que de acordo com o extrato emitido pelo sistema INC- Informações do Contribuinte, emitido por esta SEFAZ, anexado à fl. 14 do PAF, se trata de contribuinte optante pelo regime normal de apuração do imposto.

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:

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 nº 11.470/09, estando autorizados a aplicar 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, conluso que se encontra configurada uma nulidade insanável, por inobservância do devido procedimento legal, conforme art. 18, IV, "a" do RPAF/BA, já que o ato qualificado neste caso, foi formalizado por servidor sem competência legal, consequentemente, deixo de examinar as questões de mérito suscitadas pelo sujeito passivo.

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.

Do exposto, decreto de ofício a NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232232.0076/17-3**, lavrado contra **SAMAVI DISTRIBUIÇÃO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2019.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA