

A. I. N° - 491301.0079/19-0
AUTUADO - DILLAB COMÉRCIO DE ARTIGOS FEMININOS LTDA.
AUTUANTE - VALDELICE DE FREITAS SENA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 31/08/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0147-03/20-VD

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 presente Auto de Infração foi lavrado em 10/09/2019, e exige crédito tributário no valor de R\$85.473,67, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, pela aquisição de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, destinadas a comercialização, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal, descredenciado, no mês de setembro de 2019, conforme DANFs 72, 440515, 9260258, 15554, 75, 77, 564384, 2222, 2010, 441862 fls.05/17, Mandado de Fiscalização do COE fl. 04. (Infração 54.05.08).

O Autuado impugna o lançamento fiscal fls.28/36. Reproduz a acusação fiscal. Diz que estava credenciada à época dos fatos geradores apensando comprovante do dia 11/09/2019. Portanto poderia realizar o pagamento até o dia 25 do mês subsequente à data de emissão do MDFe vinculado à operação. Aduz a impossibilidade de se cobrar ICMS referente as notas fiscais n° 440515 e 441832, por tratarem de mercadorias não destinadas a comercialização, visto que se referem a aquisições para o ativo fixo.

Invoca o art. 2º do Decreto n° 12.469/10 c/c com o art. 3º do Decreto n° 18794/18, que reduz a carga tributária interna para o equivalente a 4,25%, nas operações com gemas, pedras preciosas ou semi-preciosas, artefatos de joalheria sua partes e peças, de metais preciosos ou semi-preciosos. Conclui que em razão desta redução, é evidente que não há ICMS devido no presente caso. Exemplifica como entende que seria o cálculo destas operações com dados numéricos.

Aduz a necessidade de se excluir da base de cálculo do auto de infração, as mercadorias que já foram vendidas, visto que já se aplicou a alíquota interna devida na operação.

Requer: (i) a exclusão do lançamento fiscal das notas fiscais 440515 e 441862 por se tratarem de mercadorias para o ativo fixo; (ii) a exclusão das notas fiscais 72, 75 e 77 por se tratar de aquisições de artefatos de joalheria, cuja carga tributária devida é de 4,25% na saída interna portanto, menor do que a carga tributária interestadual; (iii) a exclusão das notas fiscais em que

os produtos já foram comercializados, visto que na venda ao consumidor final, o imposto aqui perseguido já foi recolhido, em respeito a não cumulatividade; (iv) realização de diligência, a fim de refazer o lançamento, considerando-se as mercadorias já comercializadas no mercado interno. Protesta pela apresentação de prova suplementar, e requer que as futuras publicações dos atos processuais sejam realizadas em nome da Dra Tatiana de Mello Biar, OAB/RJ nº 115.5121 estabelecida na Av. João Cabral de Melo Neto, 850, bl. 03, sala 1205, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, CEP 22.775-057, sob pena de nulidade.

A Autuante presta a informação fiscal fls.127/130. Reproduz a acusação fiscal. Sintetiza as alegações da defesa. Informa que o autuado teve sua inclusão no cadastro da SEFAZ em 19/08/2019 e conforme legislação vigente, art.332, § 2º, inciso I do RICMS/BA, só poderia ser credenciado para realizar pagamentos dia 25 do mês subsequente após 06 meses de atividade no estado da Bahia, e que já tivesse adquirido mercadoria de outra unidade da Federação.

Relaciona os requisitos para que uma mercadoria possa ser considerada bem do ativo permanente, o que entende excluiria a autuada.

Esclarece que a base de cálculo estabelecida no Decreto 12.469/10 é um benefício fiscal condicionado, como não foi satisfeita a condição, recolhimento no mesmo prazo de vencimento do imposto, equivalente a 0,25 de contribuição ao Centro Gemológico da Bahia, como isso não ocorreu, não há que se falar em benefício fiscal.

Sobre o pedido de que deveriam ser excluídas do levantamento, as operações que deram saída normalmente com o recolhimento do imposto, informa que o autuado não fez qualquer recolhimento referente a apuração do ICMS, desde a data da ação fiscal até apresentação da defesa. Opina pela procedência total da autuação.

VOTO

Versa o presente Auto de Infração lavrado em 10/09/2019, em exigência de crédito tributário no valor de R\$85.473,67, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, pela aquisição de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, destinadas a comercialização, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal, descredenciado, no mês de setembro de 2019, conforme DANFs 72, 440515, 9260258, 15554, 75, 77, 564384, 2222, 2010, 441862 fls.05/17, mandado de fiscalização do COE fl. 04. (Infração 54.05.08).

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.

Compulsando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que a exigência fiscal se sustenta em documentos Fiscais emitidos no período compreendido entre 20 de agosto a 31 de agosto de 2019, portanto, não se justifica a lavratura de Auto de Infração - Trânsito de Mercadorias, com data de ocorrência em 10/09/2019, 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 de 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, se trata de contribuinte optante pelo regime normal de apuração do imposto.

Nos termos estabelecidos na Lei Estadual nº 11.470/09, que alterou o Código Tributário deste Estado, os §§ 2º e 3º determinam que: *competem 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*; Aos Agentes de Tributos Estaduais, compete: *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, concluo 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.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 491301.0079/19-0, lavrado contra DILLAB COMÉRCIO DE ARTIGOS FEMININOS LTDA.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA — JULGADOR