

A.I. Nº - 089604.0143/21-5
AUTUADO - FÁGNER ALVES MIRANDA EIRELI
AUTUANTE - JOSÉ ANTÔNIO CORREIA DE SOUZA
ORIGEM - DAT SUL / INFRAZ SUDOESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/06/2024

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0101-02/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. De acordo com o art. 12-A da Lei nº 7.014/96, independente do regime de apuração, é devido o pagamento na entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização. A defesa não conseguiu elidir a infração. Rejeitada a arguição de nulidade. Os Auditores Fiscais têm competência funcional plena para efetuar o lançamento tributário, tendo a Lei nº 11.470/09 atribuído competência concorrente com o ATE no que concerne às operações de trânsito de mercadorias e empresas optantes do Simples Nacional. Não foi contestado o mérito. Considerando que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas, a infração é subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 21/12/2021, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 153.236,54, acrescido da multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, pela constatação da infração a seguir descrita.

INFRAÇÃO 01 – 007.021.003: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte - Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, para os períodos de agosto a novembro de 2020 e fevereiro a setembro de 2021.

Enquadramento legal: Art. 12-A da Lei nº 7.014/96 c/com o art. 321, inc. VII, alínea “b” do RICMS/2012.

A autuada através de seus advogados, apresentou impugnação ao lançamento, fls. 30 a 35, na qual inicialmente requereu, com fulcro no art. 272, § 5º do CPC, que todas as intimações alusivas ao feito sejam dirigidas exclusivamente aos patronos da autuada no endereço indicado, em razão da celeridade processual.

Ao relatar os fatos observa que a ação fiscal não merece prosperar, porque falta ao autuante competência legal para constituir o crédito tributário, uma vez que o servidor ocupa o cargo de Auditor Fiscal, como consta do corpo do Auto de Infração, cuja incompetência pode ser conferida diante da legislação e da comprovação no Doc. 04, que a empresa autuada é optante do Simples Nacional desde o dia 29/07/2020, sendo o Auto de Infração lavrado em 21/12/2021, cuja ciência

ocorreu em 06/01/2022, razão pela qual a Junta, ao decidir sobre lavratura do Auto de Infração em apreço, nunca deverá resolver de plano, sem qualquer aprofundamento quanto a real existência do fato gerador.

Conclui que o mesmo deve ser julgado nulo em razão da incompetência da autoridade Fiscal para proceder ao lançamento de ofício, uma vez que contraria o art. 42, inc. I do Decreto nº 7.629/99.

Ressalta que corrobora com esse entendimento decisões reiteradas do CONSEF, cujas ementas transcreve - Acórdãos JJF nº 0173-02/19-NF, JJF nº 0029-06/19-NF, CJF nº 0262-12/19 e JJF nº 0132-03/15.

Aduz que tal vício de forma acarreta a nulidade do procedimento porque ao Auditor Fiscal não é permitido lavrar Auto de Infração e/ou Notificação Fiscal contra empresas optantes do Simples Nacional, uma vez que tal competência é atribuída por lei aos Agentes de Tributos Estaduais, como determina o art. 42, inc. II do RPAF/BA em consonância com seu art. 18, inc. I.

Acrescenta que nesse sentido, é pacífico o entendimento não só do CONSEF, como do Poder Judiciário, no sentido de que a função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, sendo que a constituição do crédito tributário é de competência exclusiva dos Auditores, salvo as exceções indicadas em Lei, a exemplo de créditos tributários lançados sobre as microempresas e empresas de pequeno porte, optantes do Simples Nacional, ou no caso de mercadorias em trânsito, o que não é o caso, uma vez que a autuada não é a transportadora das mercadorias.

Salienta que a Lei nº 11.470/09 introduziu alterações na Lei nº 8.210/2002 e nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei nº 3.956/81 – COTEB, modificando as atribuições dos Auditores Fiscais e dos Agentes de Tributos Estaduais.

Conclui que em vista das irregularidades procedimentais e processuais elencadas, a autuação se encontra inquinada de vícios insanáveis, no que se refere à incompetência legal do servidor que praticou o ato fiscalizatório, que deveria ter sido praticado por Agente de Tributos, uma vez que o art. 18, incisos I e IV alínea “a”, do RPAF/BA, dispõem, serem inválidos os atos praticados por servidor incompetente.

Requer, que o CONSEF decrete a nulidade do Auto de Infração por ser de direito e da mais lúdima justiça.

O autuante prestou a informação fiscal às fls. 56 a 59, onde registrou que conforme o Ofício nº 51/2021 do Procurador Geral do Estado da Bahia, é legalmente permitido o Auditor Fiscal lavrar auto de infração, em resposta às indagações acerca das repercussões do julgamento da ADI 4233:

“1) A atividade de constituição de crédito tributário, bem como a função fiscalizadora lato sensu (planejamento, coordenação e execução das atividades de fiscalização) foram compreendidas pelo STF como privativas de servidor investido no cargo por concurso público de nível superior. Daí advir a decisão de dar interpretação conforme à Constituição Federal ‘para excluir do âmbito de incidência dos incisos I e II do art. 2º da Lei 11.470/09, os Agentes de Tributos Estaduais cuja investidura se deu em data anterior à Lei 8.210/02’. As demais providências complementares e acessórias ao lançamento tributário não foram alcançadas pela modificação legislativa e, portanto, não foram vedadas pelo STF aos atuais ATE.

2) Sim, os Auditores deverão promover o lançamento tributário nas hipóteses em tela, pois possuem atribuição funcional para tanto.

3) O fiel cumprimento da decisão do STF dependerá do exame dos termos finais do acórdão e, ainda, da decisão a ser proferida no bojo dos embargos de declaração que serão apresentados para modulação de seus efeitos e outros esclarecimentos que se façam necessários. Eventuais ajustes na legislação devem ser examinados sob a ótica da eficiência administrativa e do interesse da arrecadação tributária, de forma que não haja prejuízo à função precípua de fiscalização de tributos estaduais”.

Conclui que o contribuinte autuado é devedor do *quantum* apurado no Auto de Infração, por ser de inteira Justiça, deve ser julgado procedente.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de deixar de recolher a antecipação parcial do ICMS decorrente de aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, tempestivamente impugnada.

O sujeito passivo é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição de Microempresa, apura o imposto no regime de conta corrente fiscal desde 01/01/2024, sendo que no período entre 20/07/2020 e 31/12/2023, era optante do Simples Nacional e explora a atividade econômica principal de comércio varejista de madeira e artefatos e de materiais de construção em geral.

O Termo de Início de Fiscalização lavrado pelo autuante em 01/12/2021, cientificou o contribuinte do início da ação fiscal, que foi intimado a quitar o débito ou apresentar impugnação ao Auto de Infração em 03/01/2022, via Correios, fls. 23 e 24.

Consta apensado aos autos cópia impressa dos demonstrativos sintéticos e analíticos, fls. 05 a 16 frente e verso, e em arquivos eletrônicos gravados no CD, fl. 17.

Compulsando os autos não constato equívocos de natureza formal assim como atesto que o direito de ampla defesa e contraditório do contribuinte foi plenamente preservado.

A defesa não contestou o mérito, tampouco apresentou fatos, evidências ou provas que pudessem elidir a infração restringindo-se a arguir nulidade do lançamento sob o argumento de que sendo a autuada optante do Regime do Simples Nacional e tendo o Auto de Infração sido lavrado por um Auditor Fiscal, é nulo o lançamento com base no art. 18, inc. I do RPAF/99 em razão de faltar competência legal ao autuante para constituir o crédito tributário, fato que diz ser facilmente comprovado diante da condição cadastral da autuada, optante do Simples Nacional desde 29/07/2020.

O fundamento da arguição recai sobre uma questão decorrente da publicação da Lei nº 11.470, de 08/04/2009, que alterou dispositivos da Lei nº 3.956/1981, *in verbis*:

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.

§ 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.

Observo que o art. 107, traz como competência plena para constituir créditos fiscais na forma prevista no art. 142 do Código Tributário Nacional, os Auditores Fiscais e como competência supletiva aos Agentes de Tributos Estaduais para constituir o crédito tributário decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos optantes pelo Simples Nacional.

Este é o entendimento da Procuradoria Geral do Estado, expressado na resposta ao Ofício do Gabinete do Secretário da Fazenda nº 45/2020 de 05/03/2020, de lavra do i. Procurador Luiz Romano (Processo SEI nº 013.1308.2021.0008266-93), que respondeu ao seguinte questionamento da SEFAZ: “Podem os Auditores assumir o lançamento tributário independente de alteração legislativa? ”, emitindo o seguinte parecer:

“Como se deflui da Lei 8.210/02, os Auditores têm competência funcional plena no que toca ao lançamento tributário, tendo a Lei 11.470/09 atribuído competência concorrente com o ATE no que toca às operações de trânsito e de micro e pequenas empresas. Pela decisão do STF, somente os novos ATE, aprovados em concurso público de nível superior, poderão exercer o lançamento. Até que isso ocorra, a competência funcional pode - e deve - ser exercida pelos Auditores, sob pena de indesejável vácuo na fiscalização, em prejuízo à atividade tributária e arrecadação estadual”.

Portanto, tenho como superada essa questão e consequentemente afastado a arguição de nulidade.

Ademais, verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. O crédito foi constituído por agente capaz, a descrição do fato infracional se apresenta de forma clara, é possível se determinar com certeza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Como dito linhas acima, a defesa não contestou o mérito da infração, fato que faz incidir o disposto no art. 140 do RPAF/99: *“O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”.*

Portanto, tenho a infração como subsistente.

Os acordões do CONSEF trazidos como paradigmas na defesa, não servem de socorro a autuada, uma vez que todos tratam da falta de competência dos Agente de Tributos Estaduais na constituição do crédito tributário em casos que fugiram do escopo previsto art. 107, § 3º da Lei nº 3.956/1981 e não dos Auditores Fiscais.

Quanto ao pedido para que todas as intimações alusivas ao feito sejam dirigidas exclusivamente aos patronos da autuada, não existem óbices ao atendimento. Entretanto, se a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, sendo feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem ao contribuinte, na forma do art. 108 do RPAF/99, não é motivo de anulação dos atos processuais.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **089604.0143/21-5**, lavrado contra **FÁGNER ALVES MIRANDA EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 153.236,54**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2024.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR