

A. I. Nº - 904406-0/03
AUTUADO - MARIA APARECIDA DA SILVA DE CANSANÇAO
AUTUANTE - HELENA DOS REIS REGO SANTOS
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 23.12.03

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0507/01-03

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. EMPRESA FUNCIONANDO EM CASA RESIDENCIAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO PELA FISCALIZAÇÃO DO TRÂNSITO DE MERCADORIAS. De acordo com o extrato do sistema de cadastro, a empresa estava apenas intimada para cancelamento, não estava cancelada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias em 8/9/03, diz respeito a mercadoria destinada a empresa que funciona em uma residência, sendo incompatíveis as atividades da empresa com o local. Imposto lançado: R\$ 2.299,44. Multa: 100%.

O autuado defendeu-se argüindo como preliminar a incompetência absoluta da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia para proceder a esta autuação, haja vista se tratar de empresa classificada como microempresa, amparada por isso pela Lei (federal) nº 9.317/96, que dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, mediante o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES). Fundamenta sua tese na regra do art. 17 da citada lei, segundo o qual competem à Secretaria da Receita Federal as atividades de arrecadação, cobrança, fiscalização e tributação dos impostos e contribuições pagos de conformidade com o SIMPLES. Argumenta que a lei federal em epígrafe não delega competência à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia para fiscalizar e autuar os contribuintes, lançando tributo e aplicando multa. Transcreve os arts. 19 e 20 da supracitada lei. Conclui ser o fisco estadual incompetente para autuar as empresas com base na legislação do ICMS, haja vista que a legislação estadual está nitidamente em confronto com a lei federal, tendo a lei federal prevalência sobre a estadual. Aduz que, ainda que o fisco estadual tenha celebrado convênio com a Receita Federal no sentido de disciplinar a forma de participação das unidades federadas nas atividades de fiscalização, nos termos do § 3º do art. 17 da Lei 9.317/96, considerando-se o disposto no art. 18, mesmo assim o fisco procedeu de modo temerário, pois as irregularidades e enquadramento legal se afiguram abusivos e ilegais, tendo em vista que o procedimento fiscal contraria a norma federal, ao arbitrar a multa de 100%, que constitui flagrante confisco do estabelecimento do autuado.

Quanto ao mérito, alega a defesa que o auto é juridicamente ineficaz, por ter sido lavrado fora do estabelecimento da empresa. Argumenta que, se o RICMS/BA é totalmente omissa quanto a esse aspecto, devia então o procedimento fiscal ter recorrido, analogicamente, ao que preceitua o Decreto (federal) nº 70.235/72, cujo art. 10 obriga que a lavratura do Auto seja feita no local da verificação da falta, isto é, no próprio estabelecimento fiscalizado, porque qualquer infração cometida por este somente poderia ocorrer dentro do estabelecimento, exceto nos casos de feiras, exposições, mostras e operações semelhantes. Baseia o seu ponto de vista no art. 196 e seu parágrafo único, do CTN. Diz que a doutrina é taxativa quanto à obrigatoriedade da lavratura do Auto de

Infração no local do estabelecimento fiscalizado, sendo ineficaz a sua lavratura na repartição fiscal, como ocorreu no presente caso, ou no escritório do agente fiscal ou em qualquer outro local diverso do do estabelecimento fiscalizado, quando nenhum motivo relevante impedir esse procedimento normal e usual da fiscalização, evitando-se que sejam lavrados autos “por correspondência”, sob pena de quebra da segurança jurídica e da seriedade que deve existir nas relações entre o fisco e os contribuintes, com um visível desprezo ao princípio do contraditório, pois, durante as diligências de fiscalização, o contribuinte tem o direito sagrado de se fazer representar, através de seu contabilista e, se necessário, também por seu advogado. Sustenta que, se o Auto é lavrado fora do estabelecimento, sem sequer serem pedidas explicações ou esclarecimentos por escrito acerca de eventuais falhas ou irregularidades, a quebra do contraditório é evidente. Cita nesse sentido trecho da lavra do prof. Bernardo Ribeiro de Moraes.

A defesa passa em seguida a abordar o princípio da impessoalidade do ato administrativo, alegando ofensa ao art. 37, “caput”, da Constituição. Se a chamada ação fiscal tivesse sido desencadeada para reprimir eventual sonegação fiscal ou fraude fiscal em geral, direcionada contra todas as empresas de um determinado ramo, e se todas as empresas do mesmo ramo fossem fiscalizadas em profundidade, com levantamento específico de estoques, estouro de caixa, verificação da existência de passivo fictício, depósitos bancários nas contas dessas empresas ou de seus dirigentes e parentes até o terceiro grau ou sem origem documental comprovada, contemporânea e idônea, aí, então, o tratamento tributário seria equivalente para todos, e não somente seria mantida a impessoalidade exigida pelo “caput” do art. 37 da Constituição para todo e qualquer ato administrativo, como o é o Auto de Infração, mas, ainda, esse procedimento, levando em conta todos os contribuintes de um mesmo ramo de atividade, garantiria a isonomia constitucional a que se refere o art. 5º, “caput”.

Prosegue protestando que não há prova material da ocorrência do fato motivador do procedimento, qual seja, que as mercadorias fossem destinadas a empresa sediada uma residência, em local incompatível com as atividades da empresa. Diz que o estabelecimento é uma microempresa regulada pela Lei nº 9.317/96, que dá tratamento diferenciado, simplificado e favorecido aos pequenos contribuintes em relação aos impostos e às contribuições que menciona. Frisa que o fato gerador do ICMS vincula-se à ocorrência de um ato de comércio que traduza a venda (circulação econômica) ou a transferência da propriedade da mercadoria (circulação jurídica). A defesa baseia-se no Decreto-lei nº 406/68, que a seu ver está em pleno vigor, o qual, sendo lei complementar nacional, prevalece sobre o decreto estadual que aprovou o regulamento do imposto objeto deste lançamento. Sustenta que o fato gerador de tributos é sempre uma situação fática, já prevista hipoteticamente em lei, e que, por isso mesmo, não pode ser presumido, porque necessita de uma existência real, efetiva e concreta, devendo, assim, ser provado documentalmente, o que não foi feito no presente caso.

Outro ponto questionado pela defesa diz respeito à motivação do procedimento, alegando que o Auto de Infração não tem motivação idônea e pertinente, porque o fisco não comprovou que houvesse ocorrido sonegação de impostos, pois, o contribuinte autuado goza dos benefícios da Lei nº 9.317/96, que dispõe sobre o SIMPLES. Argumenta que, em se tratando de fato gerador de imposto, a ocorrência deste não pode ser presumida, como teria acontecido no presente caso. Ao contrário, o fato imponível deve ser identificado, quantificado, qualificado em todas as circunstâncias, devendo estas ser pormenorizadamente descritas no corpo do Auto de infração, para permitir defesa ampla, e, acima de tudo, tudo deve ser provado, materialmente, com provas documentais idôneas e contemporâneas. A seu ver, não há embasamento fático para o lançamento do imposto neste caso, pois o Auto de Infração não guarda conformidade com as expressas previsões legais dos arts. 114, 141, 142 e seu parágrafo único, 144, do CTN, e com o art. 1º, II, do Decre-

to-lei nº 406/68. Anota que o Auto de infração, sendo um ato administrativo-fiscal, é nulo e ineficaz se não tem motivação adequada e pertinente, porque, sendo sempre vinculado e regrado, deve estar sempre de acordo com as previsões legais pertinentes.

A defesa considera confiscatória a multa de 100%. Diz que, além de absolutamente indevida, tal pena assume o caráter de abuso do poder fiscal, por ser manifestamente contrária aos requisitos da Lei (federal) nº 9.317/96.

Conclui alertando que, se o crédito írrito vier a ser inscrito na dívida ativa, será nulo, e a própria execução fiscal estará eivada de nulidade, porque o título executório em que ela vier a se escudar não terá origem legal e tampouco valor legal.

Pede que com fundamento nas Súmulas 346 e 473 do STF, sejam determinadas diligências, para produção de prova pericial contábil-fiscal, por contador habilitado, a fim de positivar a não-ocorrência do fato gerador do imposto. Requer a juntada das provas obtidas em contraditório pleno, apuradas em processo regular. E que o Auto de Infração seja julgado insubsistente, pela inexistência de causas legais e legítimas que lhe dêem embasamento.

A auditora responsável pelo procedimento prestou informação dizendo que, no momento em que a fiscalização foi iniciada, a empresa estava regularmente escrita, porém, em visita a seu endereço, foi constatado que é uma residência, sem infra-estrutura para efetuar operações em varejo. Quanto à alegação da defesa de que o auto deveria ser lavrado no estabelecimento, a auditora contrapõe que não somente visitou o estabelecimento como o fotografou, entretanto não pôde tirar a foto de toda a fachada da casa porque a rua é muito estreita, de modo que, não sendo ela uma profissional em fotografia, conseguiu fotografar apenas o indispensável para provar que o local é uma residência e não tem infra-estrutura para comércio. Aduz que intimou o contador da empresa para que apresentasse as Notas Fiscais de entrada, contudo o mesmo não as apresentou. Comenta que, de acordo com o art. 109, VI, do RICMS, um documento fiscal, embora revestido das formalidades legais, se tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude, é um documento inidôneo, portanto sujeito ao regime normal de apuração do imposto. Opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O lançamento em análise diz respeito a mercadoria que segundo o fisco seria destinada a empresa que funciona em uma residência, sendo incompatíveis as atividades da empresa com o local onde funciona.

O autuado defendeu-se argüindo uma série de preliminares. Mesmo quando aborda a questão de mérito, as razões suscitadas têm basicamente natureza de preliminares, salvo quando nega o fato material, clamando pela falta de prova da acusação.

Não tem fundamento a alegação de incompetência da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia para proceder a esta autuação. É infundada a tese de que a legislação estadual dependa de delegação de competência da lei federal para fiscalizar e lançar tributos. Em matéria tributária, não existe nenhuma hierarquia entre a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios. Cada uma dessas pessoas políticas, no âmbito de sua competência, tem autonomia para instituir, fiscalizar, lançar e cobrar os tributos que lhe são constitucionalmente reservados. A Lei (federal) nº 9.317/96, que dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, mediante o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), é válida, em princípio, apenas para os tribu-

tos da União. É prevista a adesão – facultativa – dos demais entes tributantes. A Bahia não aderiu ao SIMPLES, preferindo instituir o seu próprio sistema, que é o chamado SimBahia. Além disso, como a defesa toma por referência preceitos do Decreto-lei nº 406/68, convém dizer que aquele diploma, no tocante ao ICMS, está praticamente revogado, haja vista a abrangência da Lei Complementar nº 87/96. Ultrapasso, por isso, a primeira preliminar suscitada.

Quanto ao fato de o Auto de Infração ter sido lavrado fora do estabelecimento da empresa, é igualmente desprovida de fundamento a alegação da defesa. O autuado alega que, como a legislação estadual é omissa, deveria ser seguida, por analogia, a orientação do decreto federal que disciplina o regulamento do processo administrativo fiscal. Não sei por que essa fixação pela legislação federal. Os Estados têm autonomia constitucional para regular o processo administrativo. Na Bahia, o processo administrativo fiscal é disciplinado pelo regulamento aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Pois bem, nos termos do § 1º do art. 39 do citado regulamento, o Auto de Infração pode ser lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração. Assim sendo, ultrapasso, também, a segunda preliminar.

A defesa apegue-se em seguida aos princípios da impessoalidade do ato administrativo e da isonomia, alegando ofensa aos arts. 37 e 5º da Constituição. Nesse ponto, cumpre observar que o princípio da impessoalidade contemplado no art. 37 da Constituição tem sentido diverso do que é comentado pela defesa. A impessoalidade a que se refere a Carta significa, no dizer de José Afonso da Silva, que os atos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário (*Curso de Direito Tributário*. 20. ed. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 647).

Porém, embora não seja correta a fundamentação no princípio da impessoalidade do ato administrativo, a tese da defesa, ao associar suas ponderações ao art. 5º da Constituição, chama a atenção para um aspecto básico: a forma impessoal como deve atuar a fiscalização estadual. O autuado protesta que, em nome do princípio da isonomia, a ação fiscal seria idônea se esse tipo de procedimento fosse desencadeado de forma geral.

Sem dúvida, os contribuintes devem ter tratamento isonômico. No caso em exame, a mercadoria foi apreendida no Posto Fiscal João Durval. De acordo com o instrumento à fl. 7, o destinatário se encontrava com sua inscrição “ativa”. Considerando-se que o destinatário é estabelecido em Feira de Santana, é evidente que a fiscalização do trânsito não teria como adivinhar que a empresa funcionaria em uma residência. Foi juntada cópia de Ficha de Localização de Contribuinte (FLC) à fl. 6, protocolada na repartição 2 dias após a ação fiscal. A determinação, neste caso específico, de fazer uma visita prévia ao estabelecimento para então liberar a mercadoria foge à normalidade das rotinas ou praxes fiscais. Mesmo convicto de que a fiscalização assim agiu com o propósito de cumprir à risca o seu mister, não posso deixar de considerar que não é assim que o fisco procede, sempre. Ou seja, não se faz a checagem prévia do endereço do destinatário de todas as cargas em trânsito. Só quando há suspeita fundada de irregularidade. Mas vou ultrapassar também esta preliminar, haja vista que a fiscalização do trânsito tem o direito de, atendidos os critérios de razoabilidade, adotar toda medida que considerar adequada para bem desempenhar a função.

No entanto, de acordo com o extrato à fl. 7, a empresa estava apenas intimada para cancelamento, não estava cancelada. A inscrição somente é cancelada após o edital de cancelamento.

Enfim, tendo em vista o instrumento à fl. 7, que informa se encontrar o destinatário “ativo” no cadastro estadual na data da ocorrência, tem razão a defesa ao alegar a falta de prova da infração.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **904406-0/03**, lavrado contra **MARIA APARECIDA DA SILVA DE CANSANÇÃO**.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA