

AI. N° - 281240.0189/07-6
AUTUADO - R SANTANA MINIMERCADO LTDA.
AUTUANTE - AURELINO ALMEIDA SANTOS
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 06.08.08

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0107-05/08

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 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 nº 8.210/02, no Regulamento do ICMS, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Vícios insanáveis do processo elencados em parecer da Procuradoria Estadual. Decretada de ofício a **NULIDADE** do lançamento de ofício, com espeque no art. 18, inc. I e IV, “a”, do RPAF/99. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/01/2008, exige ICMS no valor de R\$5.933,76, acrescido da multa de 50%, relativo à falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, na condição de microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), referente ao período de 01/05/06 a 30/05/06.

O autuado, em sua impugnação à fl. 32 dos autos, alega que o autuante lavrou o auto sem observar a existência do Auto de Infração nº 019290.0018/07-9 que contempla o mesmo período, tal seja 31.01.2006 a 31.05.2007, em que apurou suposta omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Afirma que há relação entre as infrações, vez que esta só existe em face daquela. Aduz que a ligação existe, pois à época do pagamento do imposto, a monta apurada não correspondia à importância demonstrada pelo Autuante e, por conseguinte, não era devido o ICMS ora indicado logo não se podendo falar em falta de pagamento no prazo e na condição de microempresa, pois não tinha conhecimento do valor autuado. Acrescenta que o Auto de Infração anterior também foi objeto de contestação.

Diz que o presente auto, atribuindo novas faixas de enquadramento, novamente cobra o mesmo imposto sobre o mesmo fato gerador em face ao auto anterior.

Nos requerimentos finais pede que o auto seja declarado nulo em face da existência do Auto de Infração 019290.0018/07-9 anteriormente lavrado ou, seja julgado improcedente vez que não deixou de recolher o ICMS na faixa de enquadramento de ME e que não pode ser tributado em um mesmo período sob duas formas: como empresa normal no auto anterior e neste como empresa do SimBahia.

O autuante, em sua informação fiscal, à fl. 51, diz que o contribuinte foi autuado a partir do monitoramento fiscal por não ter recolhido o ICMS na condição de cadastrado no SimBahia com base na declaração de saídas e entradas apresentada conforme demonstrativo de fl. 08.

Aduz que o levantamento fiscal deste auto foi efetuado com base no demonstrativo de compras e vendas do próprio contribuinte e o Auto de Infração anterior, o de nº 019290.0018/07-9 foi elaborado a partir das informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões referentes a valores omitidos pelo contribuinte sem nenhuma correspondência entre os autos.

VOTO

O Auto de Infração acusa a falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, relativo a Microempresa inscrita no cadastro de contribuintes do Simbahia.

Na impugnação apresentada, o autuado contestou os valores autuados alegando que tais valores já estariam contemplados em outro Auto de Infração anteriormente lavrado que ainda discute administrativamente, por serem oriundos de um mesmo período abrangido em ações fiscais distintas. O autuante informa que o auto anterior não se vincula a este que lavrou porque possuem base de tributação distinta.

Analizando os autos, vejo que o Auto de Infração nº 019290.0018/07-9, anteriormente lavrado, cuja cópia foi colacionada aos autos na fl. 42, abrangendo o período 01.01.06 a 31.05.2007, tem descrita a infração de omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito enquanto o presente auto, abrangendo o período 01.05.06 a 30.12.2006 trás a infração de falta de recolhimento de ICMS no prazo regulamentar, na condição de microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).

Compulsando os autos, vejo que na Informação Fiscal o autuante expõe que este Auto de Infração foi feito com base no demonstrativo de compras e vendas do próprio contribuinte anexado à fl. 08. Entretanto, não obstante verificar que a coluna da Receita Bruta Mensal contida na Planilha de Cálculo para Recolhimento do ICMS de Empresas SimBahia de fl. 06, assinada exclusivamente por Agente de Tributos Estaduais, e que produziu a diferença de ICMS exigida neste auto não coincidir com os valores da receita apostos no demonstrativo de compras e vendas fornecido pelo contribuinte, o que vai de encontro com o afirmado pelo autuante ao dizer que fez o lançamento com base nos dados fornecidos pelo contribuinte, algo que por si só já conduziria a uma análise da nulidade do lançamento sob o prisma do art. 18, inciso IV, “a” do RPAF, vejo que o próprio lançamento tributário comporta uma análise mais aprofundada para dirimirmos aspectos que dizem respeito à sua imperfeição.

Isso porque, no curso da instrução processual, restou demonstrado que o Auto de Infração padece de vício insanável que o inquia de nulidade.

É de corriqueira sabença que o lançamento tributário é composto de uma série de atos concatenados que têm por objetivo a verificação da(o): a) ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente; b) determinação da matéria tributável; c) cálculo do montante do tributo devido; d) identificação do sujeito passivo; e, sendo o caso, d) proposição da aplicação da penalidade cabível. Outrossim, na dicção do art. 142, do CTN, a constituição do crédito tributário, pelo lançamento, é ato privativo da autoridade administrativa, razão pela qual a competência para o exercício dessa específica atividade estatal se encontra firmada na legislação das respectivas entidades federativas que exercem o poder de tributar, a saber: União, Estados, Municípios e o Distrito Federal.

Assim é que, deflui-se com clareza solar do quanto acima esposto, que o Auto de Infração somente ocorrerá se, após o exercício das atividades de fiscalização, a cargo da autoridade administrativa cuja competência foi outorgada pela lei, houver a demonstração de que a conduta do contribuinte foi contrária às determinações legais que regem o tributo, fazendo-se, em decorrência, o lançamento do gravame e da correspondente penalidade cabível.

Precedendo, entretanto, à formalização do Auto de Infração, deverá a autoridade administrativa, conforme já descrito no art. 142, desenvolver a prática de diversos atos, no sentido de verificar a ocorrência dos elementos objetivos anteriormente indicados.

Portanto, a atividade de lançamento é procedural, ou seja, é composta de diversos atos que podem culminar, ou não, na lavratura do Auto de Infração.

Nesse sentido, traz-se à colação escólio de José Souto Maior Borges, em sua obra “Lançamento Tributário”, publicada pela Editora Malheiros, 2^a edição, 1999, p. 157, que tratou da matéria com profunda acuidade:

“O Auto de Infração é ato procedural que se formaliza mediante um só documento, relacionado com uma unidade jurídica complexa que lhe é subjacente. Mas sob essa unidade formal se esconde sua diversidade de funções técnicas. Trata-se de ato procedural cuja complexidade é revelada pela circunstância de que no Auto de Infração, como nota comum a multiforme legislação pertinente à matéria, vêm normalmente mescladas (a) a aplicação das normas que disciplinam a cobrança do tributo, inconfundível com (b) a aplicação das normas que prescrevem a sanção de ato ilícito, a cominação de penalidades tributárias e, finalmente, (c) a aplicação da norma processual tributária, pela intimação ao autuado para cumprir a exigência fiscal ou impugná-la no prazo que lhe for assinado. Cumpre, portanto, extrair a variedade irredutível, sob a aparência de uma inexistente unidade do regime jurídico, que decorre da unitária formalização desse ato processual. Sua forma, portanto, é unificada; a estrutura do Auto de Infração, complexa”.

Pari passu, também invocando a proceduralidade do lançamento tributário, posiciona-se Alberto Xavier in “Do Lançamento, Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário”, publicado pela Editora Forense, 2^a edição, 2001.

Ora, pacífica é a legislação tributária estadual, ao consignar, no art. 107, §§ 1º e 2º, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB), que a função fiscalizadora e a lavratura de Auto de Infração para a exigência de tributos, acréscimos e multas é ato privativo de auditores fiscais. Em concordância com o COTEB, o art. 925, do RICMS/97, estabelece a seguinte regra:

“Art. 925. A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais:

Parágrafo único. Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a execução de tarefas de subsídio à fiscalização”.

No que se refere às funções de apoio ou de subsídio à fiscalização, o RICMS foi expresso, por exemplo, a autorizar que o agente de tributos lavrasse Termo de Apreensão, na fiscalização do trânsito de mercadorias, conforme estabelece o art. 941 da já invocada norma regulamentar.

Na mesma esteira, a Lei Estadual nº 8.210, de 22 de março de 2002, ato normativo editado após o Regulamento do ICMS e de hierarquia superior, enumera, em seu art. 7º, incisos II, III, IV e V, as atribuições dos titulares dos cargos de Agentes de Tributos Estaduais, no que se refere à área de fiscalização, fazendo menção que os referidos servidores são autorizados a executar procedimentos de fiscalização de receitas estaduais no trânsito de mercadorias, sob coordenação de auditor fiscal, podendo também proceder: i) ao monitoramento de contribuintes de baixa capacidade contributiva; ii) efetuar diligências para coleta de informações e documentos e; iii) realizar a contagem física de estoques com exame da respectiva documentação.

Noutro giro, quanto ao início do procedimento fiscal, a matéria se encontra albergada nas disposições do art. 26 do RPAF, nos seguintes termos:

“Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;

II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;

IV - emissão de Auto de Infração ou de Notificação Fiscal.

V – revogado;”

Por outro lado, o ato conclusivo do procedimento fiscal, quando apurada a prática de infração à legislação tributária se efetivará via Auto de Infração, conforme prescreve o art. 38 do RPAF, sendo este ato de competência privativa dos auditores fiscais, nos termos do art. 42, do mesmo Diploma Regulamentar. Por competência privativa, à luz do que dispõe a melhor doutrina do direito administrativo, deve-se entender a competência que se diz exclusiva, nem sendo possível a sua prorrogação nem mesmo a delegação a outros servidores integrantes da Administração Pública.

Assim, de acordo com o que foi observado alhures, o Auto de Infração é ato formal e conclusivo do lançamento, exigível quando apurada infração legislação tributária, via de regra precedido de uma série de outros atos, todos voltados à verificação da ocorrência do fato gerador, identificação do sujeito passivo, quantificação da base de cálculo e proposição da penalidade cabível, não se podendo entender, portanto, o Auto de Infração exclusivamente como a peça que encerra o procedimento fiscalizatório.

Esse entendimento, do caráter procedural do lançamento, e, em decorrência, do próprio Auto de Infração, deflui da interpretação sistemática da legislação processual em vigor, que em diversos dispositivos, abordam esta matéria. Senão, vejamos. O já mencionado art. 925, do RICMS, consigna que a atividade fiscalizadora é exercida pelos Auditores Fiscais, com o apoio de agentes de tributos. Note-se que a aludida norma regulamentar não reza que as atividades fiscalizatórias, de competência de auditor fiscal, podem ser substituídas pela ação dos agentes de tributos. Além disso, o art. 41, incisos I e II, do RPAF, estatui que o Auto de Infração far-se-á acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal - nos quais se fundamentará obrigatoriamente -, e dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido (grifos nossos)

Ora, tomando-se como paradigma as próprias normas insertas no COTEB, no Regulamento do ICMS, no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal e na Lei nº 8.210/02, depreende-se que os atos de fiscalização que não foram expressamente atribuídos à competência de agente de tributos, em situação de igualdade com os auditores fiscais - a exemplo da lavratura do termo de apreensão -, devem ser exclusivamente praticados por auditores fiscais, que detêm, em face do quanto insculpido no art. 925, a competência privativa para exercer as atividades de fiscalização. Permite a legislação, tão-somente, que alguns procedimentos fiscais sejam executados por agentes de tributos, sob a coordenação de Auditor Fiscal, cabendo a esta última autoridade fazendária a responsabilidade pelas conclusões decorrentes do procedimento fiscal, considerando ademais que as atividades de subsídios ou de apoio à fiscalização, atribuídas aos agentes de tributos, não significa que estes servidores podem se substituir os auditores fiscais nas atribuições legais que lhes foram conferidas.

Ressalta-se que mesmo naquelas atividades de apoio, mencionadas no parágrafo único, do art. 925, do RICMS/97, jamais poderão ser praticadas sem que tenham sido chanceladas e homologadas pela autoridade fiscal competente, no caso, o auditor fiscal, sob pena de invalidade de todos os atos do procedimento, por vício de incompetência.

No caso vertente, ao analisar o auto e demonstrativos que o integram, identifiquei no presente processo a prática de atos de fiscalização essencial pela Agente de Tributos Estadual Antonia Ferreira dos Santos Silva, Cadastro 079904-6, qual seja a Planilha de Cálculo para Recolhimento do ICMS de Empresas SimBahia (fl. 06), conforme se pode deduzir da leitura das peças que instruem o lançamento de ofício. De acordo com as normas que regem a atividade de fiscalização

de tributos estaduais no Estado da Bahia retromencionadas, a citada servidora não se encontra investida pela lei para o exercício das funções de fiscalização que praticou, merecendo destaque os atos referentes à quantificação de imposto, materializado na Planilha de Cálculo para Recolhimento do ICMS de Empresas SimBahia (fl. 06), que, por sinal, materialmente não corresponde com a afirmação do autuante no que diz respeito à receita informada pelo contribuinte. Neste aspecto, curiosamente observo que o valor da receita bruta inserta na Planilha de Cálculo para Recolhimento do ICMS de empresas SimBahia de fl. 06, elaborado pela Agente de Tributos Estaduais (ATE), foi obtido somando ao valor das vendas indicado pelo contribuinte no demonstrativo de fl. 08, os valores indicados no Relatório de Informações TEF – Anual de fl. 09, valores esses referentes a vendas cujos pagamentos foram efetuados através de cartões de crédito e/ou débito e que já tiveram exigência tributária através do Auto de Infração nº 019290.0018/07-9, anteriormente lavrado abrangendo o período 31/01/2006 a 31/05/2007.

Também observo que a coluna de ICMS Recolhido da Planilha de Cálculo para Recolhimento do ICMS de Empresas SimBahia (fl. 06), acha-se sem valores, o que indica não haver o contribuinte efetuado o recolhimento do que é devido na sua condição de microempresa. Assim, mesmo considerando que valores das vendas informados pelo autuado na fl. 08 não o fariam mudar de faixa de contribuição, há imposto a ser exigido do contribuinte dado à sua condição de microempresa, fato gerador distinto daquele que deu origem ao Auto de Infração 010290.0018/07-9 anteriormente lavrado contra o autuado.

Por oportuno cabe mencionar que a citada planilha elaborada pelo ATE constitui o documento existente no processo que serviu de respaldo material à acusação estampada no Auto de Infração, sendo, portanto, o principal elemento de instrução do PAF. Portanto, neste processo, resta evidenciado que atos fiscalizatórios essenciais foram integralmente praticados sem a presença e a coordenação do autuante.

Importante frisar, portanto, reiterando o quanto já desenvolvido acima, que no Estado da Bahia, somente o Auditor Fiscal pode executar atos administrativos que compõem a estrutura nuclear do lançamento tributário, por ser ato de competência privativa dos mesmos. Conforme leciona Antônio Flávio de Oliveira, ...“*Diferentemente do que ocorre com os atos jurídicos em geral, que somente reclamam para a sua prática a capacidade da parte e pertinência com o objeto que se pretende dispor, mediante a realização do ato, os atos administrativos para a sua a prática exigem além da capacidade de quem os confecciona, que este esteja vinculado ao cargo público que dentre suas atribuições possua aquela de expedir o ato em questão. Não basta, pois, que seja a pessoa que irá praticar o ato capaz, deverá demonstrar que está investido de autoridade para a sua realização. Trata-se da chamada competência administrativa, ou em termos técnicos ‘atribuição’, sem o qual a realização do ato resultará nula ou anulável, conforme impossível ou possível a sua convalidação*”.

(Ato Administrativo: o fenômeno da encampação por defesa de mérito em ação de mandado de segurança. Fórum Administrativo – Direito Público, Belo Horizonte, a, 6, n. 60, p. 6837, fev, 2006).

Por ser a atividade de lançamento competência privativa de auditor fiscal resulta ser impossível e ilegal a convalidação de atos praticados por outros servidores, ainda que integrantes dos quadros da administração tributária.

Tendo em vista as irregularidades procedimentais e processuais já elencadas, cabe trazer em socorro ao entendimento que esposo neste processo, excerto do parecer da Procuradoria Estadual, nos autos do Auto de Infração nº 017484.0007/06-0, Acórdão nº 210-12/08: “... prova material e primaz do ato administrativo do lançamento tributário, na hipótese em alento, os demonstrativos de apuração da materialidade do fato gerador do imposto e do seu ‘quantum debeatur’, deveriam passar, ao menos, pelo crivo ou vista formal de auditor fiscal vinculado a operação de fiscalização, sob pena de fazer tabula rasa da disposição contida nos art. 6º e 7º da Lei nº 8.210/02. Logo em seguida destacou o sr. Procurador (...), “que os atos praticados de forma isolada pelos agentes de tributos carecem de elemento essencial à sua validade, qual seja, a formal participação de auditor fiscal vinculado ao ato de fiscalização, no sentido de coordenar

estas atividades, restando, desta forma, eivados de vício de origem e, mais que isto, sem possibilidade de convalidação”..., para concluir que ... “não há como se reconhecer no Estado da Bahia possibilidade da realização por agentes de tributos de atos inerentes aos procedimentos de fiscalização e, por epítrope, atos imanentes ao lançamento tributários, sem que haja ato formal que expresse a coordenação das atividades por auditor fiscal”.

Destarte, à luz do quanto acima exposto, restando demonstrado que a autuação se encontra inquinada de vícios insanáveis, tanto no que se refere à incompetência legal do servidor que praticou o ato de fiscalização - em especial a quantificação do valor da base de cálculo, doc. fl. 06 -, quanto no que se refere à determinação da segurança da infração, sem prejuízo de defeitos do próprio lançamento que deveria ter sido fiscalizado pelo auditor fiscal para fins de homologação das informações fornecidas pelo contribuinte, e, com espeque, no quanto disposto no art. 18, incisos I e IV “a”, do RPAF, que dispõem, respectivamente, serem inválidos os atos praticados por servidor incompetente e, lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, voto no sentido de decretar, de ofício, a NULIDADE do Auto de Infração.

Outrossim, recomendo à autoridade fiscal responsável pela Inspetoria de origem do processo, a renovação da ação fiscal, desta feita a salvo das falhas acima indicadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO, o Auto de Infração n.º 281240.0189/07-6, lavrado contra **R SANTANA MINIMERCADO LTDA.**, recomendando-se à autoridade fiscal responsável pela Inspetoria de origem do processo, a renovação da ação fiscal, desta feita a salvo das falhas acima indicadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de julho de 2008.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA