

A. I. N° - 087163.0079/07-2
AUTUADO - ENCHOVAIS SABRINA COMÉRCIO DE CAMA E MESA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ SILVIO LEONE DE SOUSA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 09/11/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0333-03/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. LANÇAMENTO EFETUADO POR SERVIDOR INCOMPETENTE. Os demonstrativos ou planilhas de auditoria que contenham detalhes que não possam ser especificados no corpo do Auto de Infração devem ser assinados por quem tenha competência para lavrar o Auto, pois aqueles demonstrativos ou planilhas fazem parte do Auto de Infração. O inciso II do art. 41 do RPAF, ao se reportar aos demonstrativos e levantamentos fiscais que devam ser anexados ao Auto de Infração, refere-se expressamente aos demonstrativos e levantamentos “elaborados pelo fiscal autuante”. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 24/03/2008, refere-se à exigência de R\$7.741,00 de ICMS, acrescido da multa de 50%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), nos meses de janeiro a dezembro de 2006. Valor do débito: R\$3.418,63.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição empresa de pequeno porte, referente às aquisições para comercialização, de mercadorias provenientes de outros Estados, nos meses de abril e de junho a outubro de 2006. Valor do débito: R\$4.322,37.

O autuado apresentou impugnação à fl. 32, alegando que deve ser efetuada nova análise da autuação fiscal, tendo em vista que na infração 02, não foi considerado o desconto de 50%, por se tratar de uma empresa optante pelo simples. Pede que seja desconsiderado o valor de R\$4.322,37, porque o valor correto é R\$2.161,18.

Consta à fl. 30, requerimento de parcelamento de débito relativo ao montante parcial apurado no presente Auto de Infração, e conforme extrato SIGAT à fl. 37, foi parcelado o valor principal de R\$5.579,81.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 35 dos autos, diz que não deve ser acatada a alegação do contribuinte, porque se trata de empresa de pequeno porte e o benefício alegado nas razões de defesa é destinado às microempresas, conforme art. 352-A do RICMS/BA.

VOTO

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, tendo sido constatadas duas infrações, sendo a primeira, por falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no SIMBAHIA. A segunda infração trata da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição empresa de pequeno porte, referente às aquisições para comercialização, de mercadorias provenientes de outros Estados.

Na sessão de julgamento foi levantada uma questão preliminar sob a argüição de nulidade, baseada na afirmativa de incompetência funcional, e no teor do artigo 41 do RPAF/99, quanto aos documentos que devem acompanhar o Auto de Infração.

Foi constatado que o levantamento fiscal à fl. 07 dos autos foi assinado por funcionário do Fisco ocupante do cargo de Agente de Tributos Estaduais - ATE, encontrando-se outros demonstrativos sem qualquer assinatura de preposto fiscal desta SEFAZ.

Vale salientar, que de acordo com o art. 15, inciso II, do RPAF/BA, os atos, termos, informações e papéis de trabalho devem conter o nome o cargo ou função do servidor responsável pela emissão ou elaboração do instrumento, e o número do seu cadastro funcional.

Observe que os demonstrativos correspondentes à auditoria realizada devem ser assinados por quem tenha competência para lavrar o Auto de Infração, haja vista que os mencionados demonstrativos fazem parte do Auto de Infração; e de acordo com os incisos I e II do art. 41 do mencionado RPAF/BA, 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 levantamentos elaborados pelo fiscal autuante.

Não há demonstrativos e levantamentos elaborados pelo Fiscal autuante, e sim pela Agente de Tributos Estaduais, estando o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incurso na hipótese prevista no artigo 18, I do RPAF/99:

Art. 18. São nulos:

I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;

Portanto, é nulo o presente Auto de Infração, porque o lançamento do crédito tributário foi feito sem observância do regramento jurídico pertinente (RPAF, art. 18, I, e art. 41, II), recomendando-se à autoridade competente que determine a renovação do procedimento fiscal.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

VOTO EM SEPARADO

Acompanho o voto do nobre Relator.

Este Auto de Infração se baseia em demonstrativo fiscal elaborado por agente de tributos (fl. 7) e em demonstrativos que não foram assinados por ninguém (fls. 8, 10, 12, 14, 16 e 21). Demonstrativos que dão suporte o Auto de Infração constituem partes integrantes dele, e precisam ser assinados pela autoridade competente. Demonstrativos fiscais sem assinatura não passam de folhas de papel em branco. E demonstrativo de auditoria fiscal assinado por quem não tem competência legal para efetuar auditoria tem existência de fato, mas não tem eficácia nem validade jurídica.

Concentro-me no demonstrativo à fl. 7, já que os demais sequer foram assinados. O demonstrativo em apreço foi elaborado pela nobre agente de tributos (ATE) Célia Maria Santos Adorno.

A formatação desse instrumento que se convencionou chamar de Auto de Infração tem limitações de espaço e de configuração, de modo que nem sempre é possível inserir nele todos os elementos em que o auditor se baseou ao efetuar a auditoria, e por isso a autoridade lançadora se vale do recurso de explicitar algumas coisas em peças anexas, que, embora fisicamente distintas, constituem *partes integrantes do Auto*, tal como se estivessem efetivamente contidas no próprio corpo do Auto.

A lavratura de Auto de Infração na situação em análise é da competência privativa de auditores fiscais (COTEB, art. 107, § 2º). Os demonstrativos ou planilhas que contenham detalhes que não tenham sido especificados no corpo do Auto de Infração devem estar assinados por quem tenha competência para lavrar o Auto, pois aqueles demonstrativos ou planilhas – repito – fazem *parte integrante* do Auto de Infração. O termo “integrante” vem de íntegro, inteiro, indiviso.

Nesse sentido, o inciso II do art. 41 do RPAF, ao se reportar aos demonstrativos e levantamentos fiscais que devam ser anexados ao Auto de Infração, quando for o caso, deixa bem claro quem é

que os deve assinar, ao acrescentar em seguida à menção àqueles demonstrativos e levantamentos a expressão “elaborados pelo fiscal autuante”.

Eis a regra do art. 41, II, do RPAF:

“Art. 41. O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

.....

II – dos demonstrativos e dos levantamentos *elaborados pelo fiscal autuante*, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido (o grifo é meu).”

Analisando o instrumento à fl. 7, noto que se trata de demonstrativo elaborado por agente de tributos.

Isto constitui nítido desvio de função, ou mesmo usurpação de competência.

Auditoria fiscal, na situação destes autos, é tarefa de auditor.

Os demais demonstrativos, por não estarem assinados por ninguém, sequer merecem apreciação.

É nulo por conseguinte o presente Auto de Infração, porque o lançamento do crédito tributário foi feito sem observância do regramento jurídico pertinente (RPAF, art. 18, I, e art. 41, II).

O lançamento tributário é um procedimento *vinculado*, ou seja, regrado por preceitos jurídicos. A autoridade fiscalizadora deve agir como manda a legislação.

Acompanho portanto o voto do nobre Relator, pela NULIDADE do lançamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 087163.0079/07-2, lavrado contra **ENCHOVAIS SABRINA COMÉRCIO DE CAMA E MESA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO EM SEPARADO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR