

AI. Nº - 156743.0014/11-0
AUTUADO - COOPERATIVA DOS PEQUENOS PRODUTORES E PRODUTORAS
AGROECOLOGISTAS DO SUL DA BAHIA LTDA – COOPASB
AUTUANTE - RICARDO JORGE FERNANDES DIAS
ORIGEM - INFAZ ILHEUS
INTERNET - 12/04/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0056-03/12

EMENTA: ICMS. MERCADORIAS EM ESTOQUE. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. EXERCÍCIO FECHADO. OMISSÃO DE ENTRADAS. 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 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal e que a base de cálculo não está demonstrada de forma clara e compreensível. Incerteza quanto ao débito a ser lançado de ofício. Vícios insanáveis do processo. Decretada de ofício a nulidade do lançamento, 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. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 28.07.2011 exige ICMS no valor de R\$151.042,34 acrescido da multa de 100%, relativo à falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre diferença de maior expressão monetária, as entradas, apurada através de levantamento quantitativo de estoques no exercício de 2010.

O autuado em sua impugnação às fls. 21/24 dos autos, alega que é uma Cooperativa formada pela associação de pequenos agricultores sem capital fixo, que se propõe a exercer atividade solidária a serviços diretos aos sócios e que são todos associados ao PRONAF- Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar, anexando as fichas de inscrição dos associados para comprovar o alegado. (fls. 29 a 186).

Aduz que não visam lucros nem fazem retiradas. Colocam os produtos agrícolas *in natura* no mercado sem empreender qualquer transformação com o objetivo de reduzir o custo para o cooperado.

Afirma que o auto de infração é resultado de uma denúncia formulada por pessoa inescrupulosa e destruidora. Diz que não possui assessoria fiscal tributária especializada por ser a cooperativa humilde não podendo arcar com estes custos.

Sobre o auto de infração, diz que o estoque final referente ao cacau em bagas em 31.12.2010, era de 2.779,25 sacas que foi vendido em 2011, porém não realizou os devidos registros e o fiscal autuante registrou Zero. Alega que não possui os livros fiscais, mas que não houve sonegação do imposto vez que o ICMS é recolhido pelos compradores finais que não se creditam quando comprem na associação autuada. Argumenta que quando vende o produto não se debita do

imposto logo seus clientes não podem se creditar, portanto não existe prejuízo para o erário estadual.

Afirma que não possui livro de Inventário porque a praga cupim destruiu grande parte de seus livros e talões de notas fiscais o que impediu que fizesse uma escrituração padrão. Pede a improcedência do auto de infração.

O auditor fiscal presta informação (fl. 202) esclarecendo que o auto de infração foi lavrado em julho de 2011 pela falta de recolhimento do ICMS constatado em levantamento quantitativo de estoques.

Declara que o levantamento foi efetuado pelo colega José Ângelo de Souza Neto - Agente de Tributos que recebeu a denúncia e intimou a autuada, fl.05, apurando a diferença de 2.778,25 sacos de cacau gerando o demonstrativo de fl. 15, no valor de R\$ 151.042,34.

Salienta que o autuado contestou o débito tributário alegando não ter sido possível encerrar a escrituração das atividades de compras e vendas assim ficou impossibilitado de apresentar os livros e documentos fiscais.

Diz que a defesa não traz qualquer fato digno de consideração, pois a cooperativa se equipara aos comerciantes para os fins de direito e obrigação fiscal. Requer a procedência da autuação.

O contribuinte volta a se manifestar, fl. 206, repetindo os argumentos da inicial. Afirma que recebe o cacau em bagas in natura, de seus associados, um pouquinho de cada. Afirma que não possui operário fiscal para formalizar uma contabilidade.

Sustenta que recebe o produto agrícola ensacado e o despacho é imediato para as empresas moageiras sem o destaque do ICMS nas notas fiscais de saídas e que qualquer tributarista ou auditor fiscal pode ver que não houve sonegação do imposto.

Afirma que como as empresas compradoras não podem se creditar, elas pagam o ICMS nas saídas, no momento da venda para outras empresas que vão transformar o cacau em outros produtos como chocolate, licor etc.

Repete que a instituição não visa lucros e seus associados vivem em assentamentos do Movimento Sem Terra – MST, o que prova que são trabalhadores.

Afirma que deseja retificar declaração registrada na defesa inicial sobre estoques por se tratar de equívoco. Assegura que não possui estoque, pois o produto assim que chega na cooperativa vai direto para as empresas moageiras (compradores).

Afirma que isso pode ser provado através de uma diligência e que não pode ser tratado como sonegador. Pede a improcedência do auto de infração.

Em nova informação fiscal, fl.213, o autuante descreve os fatos que ensejaram a autuação e os argumentos alinhados pela defesa.

Diz que o contribuinte alega que não houve sonegação fiscal, pois o ICMS seria recolhido pelos compradores, as empresas Cargil e Calheira Almeida, além de afirmar que os livros e talões de nota fiscal foram destruídos pelos cupins o que o impediu de fazer uma escrituração padrão.

Diz que os argumentos são meramente procrastinatórios e que mantém integralmente a autuação.

VOTO

O Auto de Infração acusa a falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, as entradas, apurada através de levantamento quantitativo de estoques no exercício de 2010.

Na impugnação apresentada, o autuado contestou alegando que ocorreram equívocos na sua declaração sobre estoques, visto que seus livros e documentos foram destruídos pelos cupins, não possuindo qualquer mercadoria no final do exercício fiscalizado.

O auditor fiscal autuante informa que o levantamento que embasou a autuação, demonstrativo de Estoques, foi realizado pelo colega José Ângelo de Souza Neto - Agente de Tributos Estaduais, responsável pelos procedimentos que resultaram no auto de infração.

Compulsando os autos, vejo confirmada esta informação, pois a autuação foi feita com base em uma cópia da declaração de estoques (fl. 7), não verifico no processo a via original, documento elaborado e assinado exclusivamente por Agente de Tributos Estaduais, e que resultou na constatação de diferença nos estoques, gerando o ICMS exigido, o que nos conduz a uma análise da nulidade do lançamento sob o prisma do art. 18, inciso IV, "a" do RPAF, isso porque, restou demonstrado que o Auto de Infração padece de vício insanável que o inquina de nulidade, razão pela qual não adentrarei no mérito da imputação atribuída ao sujeito passivo.

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.

Igualmente, 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, conclui-se claramente do quanto acima exposto, 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 descrito no art. 142 do CTN, desenvolver a prática de diversos atos, no sentido de verificar a ocorrência dos elementos objetivos anteriormente indicados.

Portanto, a atividade de lançamento é procedimental, ou seja, é composta de diversos atos que podem culminar, ou não, na lavratura do auto de infração.

A lei estadual nº 11.470/09 introduziu alterações na lei 8.210/2002 e nos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, que instituiu o Código Tributário do Estado da Bahia, que passaram a vigorar com a seguinte redação:

"Art.107- ...

§ 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.”

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.

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 prova necessárias à demonstração do fato arguido.(grifos nossos)

No caso vertente, ao analisar o auto e demonstrativos que o integram, identifiquei no presente processo a prática de ato de fiscalização essencial pelo Agente de Tributos Estadual, José Ângelo de Souza Neto, qual seja, Declaração de Estoques, (fl. 07) conforme se pode deduzir da leitura das peças que instruem o lançamento de ofício, referente a mercadorias que não se encontravam em trânsito e em estabelecimento que não é optante do SIMPLES NACIONAL, contrariando o §3º do art. 107 da Lei nº 3.956 de 1981(COTEB).

De acordo com as normas que regem a atividade de fiscalização de tributos estaduais no Estado da Bahia retro mencionadas, o citado servidor não se encontra investido pela lei para o exercício das funções de fiscalização que praticou no estabelecimento autuado, merecendo destaque os atos referentes à quantificação de imposto, materializado na Planilha de Declaração de Estoques. (fl.07).

Ademais, verifico que o Auto de Infração em lide atribuiu ao sujeito passivo o cometimento da irregularidade decorrente da falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças **tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre diferença de maior expressão monetária, as entradas**, apurada através de levantamento quantitativo de estoques no exercício de 2010.

Analisando as peças processuais, verifico que não é isto que está demonstrado no levantamento fiscal fl.15. Este instrumento demonstra que houve no referido exercício apenas omissões de entradas. Sendo o ato administrativo de lançamento fiscal vinculado e sujeito aos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, entendo que o lançamento em lide não tem como prosperar, já que, do modo como foi feito, não representa com segurança a infração e o montante do débito tributário, cerceando o direito de defesa do contribuinte, o que implica em sua nulidade.

Tendo em vista as irregularidades procedimentais e processuais já elencadas, 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, 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.

Represento à autoridade competente verificar a possibilidade de instauração de novo procedimento fiscal a sal das falhas apontadas.

Voto pela 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 N.º **156743.0014/11-0**, lavrado contra **COOPERATIVA DOS PEQUENOS PRODUTORES E PRODUTORAS AGROECOLOGISTAS DO SUL DA BAHIA LTDA – COOPASB**, recomendando-se à autoridade fiscal responsável pela Inspeção de origem do processo, verificar a possibilidade da renovação da ação fiscal, desta feita a salvo das falhas acima indicadas.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2010.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR