

PROCESSO - A. I. Nº 206951.0007/14-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SILVA & GUSMÃO LTDA. - ME
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0132-03/15
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/12/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0332-11/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Ação fiscal de constituição do crédito tributário praticada por agente público em desacordo com as normas que estabelece limites de competência para fiscalização de mercadorias em trânsito e estabelecimentos optantes do Simples Nacional. São nulos os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor sem a devida competência legal (art. 18, I do RPAF). Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/BA, com vistas ao reexame da Decisão proferida que julgou Nulo o Auto de Infração lavrado em 15/12/14 para exigir ICMS no valor de R\$71.115,87, acrescido da multa de 100%, pela 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (infração 05.08.01). O contribuinte escriturou vendas de refeição como não tributada deixando de recolher o ICMS sobre tais operações.

Na Decisão proferida a 3ª JJF fundamentou que os elementos que compõem o PAF indicam que a empresa autuada é optante do SIMPLES NACIONAL desde 22.07.2011 (fl. 809), que foi instituído pela LC 123/06, estabelecendo tratamento diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e que:

Compulsando os autos, vejo que a ação fiscal que culminou na lavratura do Auto de Infração em análise gerando o ICMS exigido, foi desenvolvida por Auditora Fiscal, 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.

Entendo no presente caso, a ocorrência da impossibilidade de saneamento através de diligência fiscal, considerando que a lavratura do Auto de Infração não se encontra em consonância com os termos do art. 42, inciso II do RPAF/99, in verbis:

Transcreveu o art. 42, I e II do RPAF/BA, que trata da limitação da função fiscalizadora exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais e ressaltando que considerando a provável existência de crédito a favor da Fazenda Pública estadual, com fulcro no art. 156 do mencionado Regulamento, representou à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, a salvo das falhas aqui apontadas.

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

A 3ª JJF recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, I, “a”, item 1, do RPAF/BA.

VOTO

O Recurso de Ofício, interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, decorre da declaração de

nulidade de ofício do lançamento por entender que não foi obedecido o devido processo legal.

Verifico que o Auto de Infração acusa falta de recolhimento do ICMS em decorrência da apuração de omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito.

Na Decisão proferida foi fundamentado que o contribuinte é optante do Simples Nacional, cuja atividade de fiscalização é restritiva aos Agentes de Tributos Estaduais e a ação fiscal foi movida por Auditora Fiscal, que não tinha a devida competência legal.

Pela análise dos elementos contidos no processo, contrato que:

- a) O período fiscalizado engloba fatos geradores relativos aos meses de junho/12 a dezembro/13;
- b) A cópia espelho do portal do Simples Nacional (Receita Federal), acostada à fl. 809 identifica que o estabelecimento autuado é optante do Simples Nacional desde 22/07/11;
- c) O preposto do Fisco Estadual que exerceu a atividade de fiscalização é identificado como Auditora Fiscal (fl. 7).

Conforme fundamentado no voto da Decisão recorrida, o art. 42, I do RPAF/BA, com a redação dada pelo Dec. 11.809/09, estabelece que:

Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:

I - 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.

Muito embora, seja questionável a restrição de competência, que antes da alteração era “*privativa dos Auditores Fiscais*”, o inciso II do mesmo dispositivo e diploma legal estabelece que a competência para constituir 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 é dos Agentes de Tributos Estaduais.

Pelo exposto, conforme fundamentado na Decisão ora recorrida, restou comprovado à prática de atos administrativos por servidor sem a devida competência legal, nos termos do art. 18, I do citado Regulamento.

Recomenda-se que a autoridade competente adote providências no sentido de renovar a ação fiscal a salvo de falhas.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **206951.0007/14-5**, lavrado contra **SILVA & GUSMÃO LTDA. - ME**. Recomenda-se que a autoridade competente adote providências no sentido de renovar a ação fiscal a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS