

A. I. Nº - 278858.0028/20-7
AUTUADO - PEDREIRA OUROLÂNDIA EIRELI
AUTUANTE - DEIA CUNHA ERDENS
ORIGEM - INFRAZ CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 21/10/2021

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0163-01/21-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. REGULARMENTE ESCRITURADAS. O sujeito passivo, limitou-se em sua defesa a arguir de forma genérica, que a autuação se encontra inquinada de irregularidades procedimentais e processuais, além da incompetência legal do servidor que praticou o ato de fiscalização. Todavia, a autuação atende aos requisitos legais, e a mesma foi executada por servidora competente, investida no cargo de Auditora Fiscal. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, lavrado em 22/12/2020, faz exigência de ICMS no valor histórico de R\$304.440,88, mais multa de 60%, em face da seguinte acusação:

Infração 01 – 02.01.03: *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”.*

Refere-se aos meses de janeiro a abril, setembro a dezembro de 2019; e janeiro a outubro de 2020.

Enquadramento legal: art. 2º, inciso I e artigo 32 da Lei nº 7.014/96, combinado com o artigo 332, inciso I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa aplicada de 60%, conforme o artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte ingressou com defesa administrativa em 22/04/21, peça processual que se encontra anexada às fls. 31 a 36. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por sua advogada, a qual possui os devidos poderes, conforme instrumento de procuração constante nos Autos à fl. 38.

A Impugnante inicia sua peça defensiva requerendo que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos da Autuada, e endereçadas a estes no endereço constante do rodapé da peça defensiva.

Em seguida aduz que a ação fiscal não merece prosperar, alegando que a autuante ocupa o cargo de Agente de Tributos Estaduais, e que dessa forma lhe falta competência legal para constituir o presente crédito tributário.

Cita a CF/88, o art. 2º, do RPAF/BA, dizendo que os princípios de direito devem ser perseguidos no processo administrativo fiscal, com destaque aos princípios da verdade real e da ampla defesa. Acrescenta que no julgamento deve ser perquirida a verdade fática, abstraindo a versão unilateral da Autuante, notadamente para combater eventuais excessos decorrentes do exercício do Poder de Polícia Administrativa, e que a penalidade somente deve ser aplicada à luz de documentos comprobatórios da suposta infração.

Pontua que o administrador público não pode agir ao seu livre-arbítrio, somente podendo se comportar conforme o ordenamento predeterminado pelo legislador. Frisa que o agente público exerce uma atividade vinculada, ficando obrigado a agir de acordo com o que determina a

legislação que trata da matéria, não cabendo qualquer margem de discricionariedade quanto ao modo de apreciação dos fatos apurados. Assinala que a inobservância dessa vinculação corre o risco de violar as disposições do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Menciona, ainda, ensinamentos da Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, a respeito do ato administrativo, e das regras básicas a serem respeitadas pela fiscalização, concluindo que há ausência de formalidade essencial e ocorrência de vício insanável, pelo que requer a nulidade do Auto de Infração, citando o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Passa na sequência a tecer considerações a respeito do seu entendimento de incompetência da autoridade fiscal.

Alega que o lançamento foi efetuado por uma Agente de Tributos Estadual na fiscalização de estabelecimento comercial.

Assinala que tal fato contraria as regras de direito material e formal estipuladas nas leis e regulamentos, além das rotinas administrativas que devem ser observadas.

Salienta que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) considerou inaplicáveis aos agentes de tributos estaduais empossados antes da vigência da Lei estadual 8.210/2002, as normas que ampliaram as atribuições desses cargos.

Frisa que na sessão virtual encerrada em 26/02/2021, o colegiado julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4233, por entender que os dispositivos da Lei 8.210/2002, que reestruturou os cargos de pessoal da Secretaria da Fazenda Estadual, e a Lei 11.470/2009, que ampliou as funções do cargo de agentes de tributos estaduais, resultaram em ofensa ao postulado do concurso público.

Enfatiza que prevaleceu, no julgamento, o voto do ministro Alexandre de Moraes, segundo o qual as novas atribuições são todas pertinentes com a exigência de formação em curso superior, pois estão relacionadas ao exercício de atividades de planejamento, coordenação e constituição de créditos tributários. Asssevera que, desse modo, devem ser excluídas do âmbito de sua incidência os servidores que ingressaram no cargo antes da exigência de nível superior, uma vez que ocupavam cargo de nível médio.

Nesse diapasão, ressalta ser pacífico o entendimento não só do Órgão Julgador Administrativo Baiano, como do Poder Judiciário, no sentido de que a função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais sendo sua a competência exclusiva para a constituição do crédito tributário.

Ao final, considerando ter demonstrado que a autuação se encontra inquinada de irregularidades procedimentais, processuais e vícios insanáveis, no que se refere à incompetência legal do servidor que praticou o ato de fiscalização, que deveria ter sido praticado por auditor fiscal, requer a nulidade do Auto de Infração.

A autuante presta informação fiscal, às fls. 50/51, inicialmente comunicando que é Auditora Fiscal, investida no cargo através de concurso público (1993), e nomeada e empossada em 1995.

Em seguida esclarece que os arquivos de Escrituração Fiscal Digital — EFD, enviados pelo contribuinte mensalmente bem como as Notas Fiscais emitidas e recebidas, foram analisados, sendo identificado o fato gerador, quantificada a base de cálculo e o enquadramento da infração em comento.

Acrescenta que os valores que originaram o Auto de Infração constam nas planilhas às fls. 09 a 26.

Ressalta que o contribuinte não apresenta nenhuma comprovação do recolhimento dos valores devidos e nenhuma excludente da exigibilidade do débito decorrente das operações, limitando-se a embasar sua defesa na alegada incompetência da autuante, com base na premissa inverídica de que a mesma seria Agente de Tributos Estaduais e não Auditora Fiscal.

Ao final, dizendo ser incabível a alegação da defesa, mantém na íntegra a autuação.

VOTO

O presente processo imputa ao autuado a falta de recolhimento de ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O sujeito passivo, limitou-se em sua defesa a arguir, de forma genérica, que a autuação se encontra inquinada de irregularidades procedimentais e processuais, além do vício insanável, no que se refere à incompetência legal do servidor que praticou o ato de fiscalização, por entender que a mesma é uma Agente de Tributos Estaduais.

Entretanto, descabe a arguição de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, uma vez que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento acostado aos autos.

O presente Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN, e 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Por outro lado, também descabe a alegação de incompetência da autuante, uma vez que a ação fiscal e a autuação foram executadas por servidora investida no cargo de Auditora Fiscal, conforme pode ser verificado na identificação e assinatura da mesma, à fl. 03 do Auto de Infração.

No mérito, a autuante demonstrou, através das planilhas às fls. 09 a 22, e na mídia à fl. 24, a subsistência da imputação fiscal, após análise dos arquivos de Escrituração Fiscal Digital — EFD, enviados pelo contribuinte, bem como das Notas Fiscais emitidas.

O autuado, por sua vez, não apresentou qualquer elemento que pudesse se contrapor ao levantamento fiscal realizado.

Registro, que o artigo 123 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive, levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143 do mesmo diploma legal.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 278858.0028/20-7, lavrado contra **PEDREIRA OUROLÂNDIA EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$304.440,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2021.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR