

SUMÁRIO

1. Nulidades Processuais II – A incompetência funcional.
2. Casuística.

1 – A preliminar de incompetência funcional.

Competência é “o círculo definido por lei dentro do qual podem os agentes exercer legitimamente sua atividade”¹ ou, ainda, “o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções”.²

O inciso I do art. 20 da Lei nº 16469/09 – nova lei que Regula o processo administrativo tributário goiano – informa serem nulos os atos praticados por autoridade **incompetente** ou **impedida**.

Em regra, as causas de **impedimento** para lançar não vêm relacionadas expressamente. Podemos, entretanto, citar as hipóteses em que o servidor se encontrar no período de férias ou licenças. Outra situação de impedimento para lançar ocorre em relação à matéria objeto da consulta tributária, no período entre a protocolização do processo de consulta e 20 (vinte) dias contados da data que o consultante tiver ciência da resposta (art. 50 da Lei 16469/09).

A **competência**, por sua vez, é deferida pela lei de nº 13266/98, a qual arrola todas as atribuições e limites de atuação do agente fiscal. A incompetência caracteriza-se, portanto, quando o ato não está no rol das atribuições legais do agente que o praticou.

Assevere-se que “lotação” e “competência” são conceitos inconfundíveis e dissociados, visto que a lotação não delimita a competência do Agente do Fisco. Segundo o art. 16 da Lei nº 13266/98, “lotação é o quantitativo de funcionários fiscais que devem ter exercício na administração tributária, na forma do regulamento”. Heli Lopes Meirelles³ define a lotação como “o número de servidores que devem ter exercício em cada repartição ou serviço.” A lotação decorre de **ato administrativo infralegal** e não tem o condão de afetar a competência fiscal.

A competência, por sua vez, decorre de lei e alcança todo o território goiano, podendo haver, inclusive,

extraterritorialidade, quando o Auditor Fiscal pode atuar em outras unidades da Federação, a exemplo da fiscalização do ICMS devido por substituição tributária, sob a nuência do Estado da circunscrição do contribuinte a ser auditado.

Em caso de infração aos limites regionais, o contribuinte não pode opor tal fato contra a Fazenda Pública para liberar-se da ação fiscal, visto que o Auditor agiu dentro da sua competência. O caso, entretanto, pode reclamar medidas administrativo-disciplinares.

Ilação absurda seria contrapor, suspender ou invalidar uma Lei, chancelada pela sanção governamental, a ato administrativo interno, infralegal, exarado por gerência setorial de órgão do executivo.

Interpretando a referida lei, a Instrução Normativa nº 504/01- GSF dispõe, em seu artigo 4º, que “na ordem de serviço expedida para o funcionário fiscal deve constar obrigatoriamente a classificação da empresa correspondente a cada período a ser fiscalizado.”

A razão primeira da norma é determinar que se explicita, na ordem de serviço, a classificação da empresa em cada exercício a ser fiscalizado, de forma que a autoridade fiscal tão-somente examine e fiscalize exercícios cujo valor de receita bruta da empresa não extrapole o limite de sua competência legal.

Os equívocos mais comuns, no que tange à competência legal do Auditor Fiscal, constatados por ocasião dos julgamentos no CAT, são os seguintes:

- Lançamento efetuado por duas ou mais autoridades fiscais com competências diversas, no qual falta a assinatura, nos levantamentos fiscais, da autoridade que possui a competência para lançar;
- Ordem de Serviço designada a servidor que não possui competência ampla para fiscalizar todos os exercícios de determinada empresa, haja vista a variação do seu porte para fins de fiscalização (IN 504/01 GSF);
- Confusão entre o regime tributário diferenciado aplicável à microempresa e à empresa de pequeno porte com a classificação das empresas para fins de fiscalização. (o **regime tributário** vem descrito no espelho cadastral da empresa. No novo sistema de cadastro (WEB), encontra-se na aba “dados fiscais”,

¹ Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 13ª Ed. Editora Lumen Juris. 2005.

² Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª ed. Ed. Malheiros, 2006.

³ *Direito Administrativo Brasileiro*, ed. Revista dos Tribunais, 14ª ed., São Paulo, 1989, pag. 361

no campo "regime". O porte para fins de fiscalização, por seu turno, é regido pela IN nº 504/01-GSF e pode ser encontrado no seguinte caminho, no Sistema de Grande Porte da SEFAZ: 5- Ope-

rações Fiscais; 14- Monitoramento de Contribuintes; 1- Inscrição; 11- Porte da Empresa).

2-Casuística.

Proc. nº 3017524050962. Recurso da Fazenda Pública para Conselho Pleno, 22/05/07.

Ementa: ICMS. Obrigação principal. Reforma do acórdão cameral. Decisão não unânime.

Reformada a decisão cameral que anulou o auto de infração por incompetência funcional, os autos devem retornar à Segunda Instância para apreciação do mérito.

Voto: (...) A Fazenda Pública, discordando da decisão cameral que considerou nulo o auto de infração por incompetência funcional, recorre, asseverando que a competência da autoridade fiscal é plena e conferida pela Lei 13.266/98, não havendo delimitação por qualquer outro ato administrativo, como ordem de serviço, que nada mais é senão instrumento de controle administrativo.

Em contradição, o sujeito passivo argumenta que a atividade de fiscalização não se desenvolveu dentro do prazo constante da primeira ordem de serviço, fls. 7, observando que a segunda, fls. 108, por estar diferente o termo final, não deve ser aceita, ressaltando que o início da ação fiscal só aconteceu em 08.03.06. Por esse fato e também por inexistir qualquer ato do Secretário da Fazenda designando as autoridades fiscais a exercerem atividades em local diverso de sua lotação, pugna pela manutenção da incompetência funcional da autoridade lançadora.

A grande questão alegada pelo autuado é de que, uma vez determinada a unidade administrativa de exercício do funcionário integrante da carreira do fisco, a administração fazendária só poderia designar o exercício em órgão diverso de sua lotação por meio de ato do Secretário da Fazenda, conforme dispõe o art. 18 da Lei 14.663/98.

Isso é uma verdade, mas em nada interfere para efeito da validade da presente fiscalização, pois, no máximo, a falta de um possível ato do Secretário da Fazenda constituiria uma irregularidade de natureza administrativa que não tem o condão de tornar incompetente o agente, haja vista sua atribuição estar condicionada apenas ao disposto no art. 4º da Lei 13.266/98. Portanto, para efeito de lançamento do crédito tributário, o que precisa certificar é se a pessoa é ou não parte integrante do Quadro de Pessoal do Fisco.

O cargo é criado por lei, conferindo ao agente denominação própria e definindo a sua atribuição. É o que se tem pela citada norma legal acima, assim:

"Art. 4º As atribuições conferidas, privativamente, aos funcionários fiscais, integrantes do Quadro de Pessoal do Fisco da Secretaria da Fazenda, são as seguintes:"
(...)

A nulidade do lançamento de crédito tributário só acontecerá se o ato fosse praticado por pessoa não ocupante de cargo integrante do Quadro de Pessoal do Fisco, conforme art. 8º da Lei 13.266/98, o que não é o caso em estudo, conforme a identificação da inicial

Verifica-se que a ordem de serviço é dispensável e desnecessária para efeito de validade da constituição do crédito tributário, pois trata-se de um elemento para gestão administrativa do pessoal do fisco, por isso mesmo, conforme jurisprudência desta Casa, não é por ela dada restrição ao controle de lançamento.

O entendimento do Senhor Representante Fazendário, em seu recurso, elucida ainda mais a questão, pois: *"assevere-se, a par de tudo isso, que a competência da autoridade fiscal é plena e deferida pela lei, no caso, a de nº 13.266/98, a qual é auto-aplicável e arrola todas as atribuições e limites de atuação do agente fiscal, sem confiná-la a qualquer outro ato administrativo, como Ordens de Serviço e congêneres, que nada mais são que instrumentos de logística administrativa e recursos humanos, de caráter "interna corporis", que não interessam ao público externo à SEFAZ".* E mais, *"não cabe ao intérprete, por seu turno, criar restrições onde a lei não restringe".* A lei sequer faz referência a outro instrumento normativo regulamentador das competências fiscais.

(...) Em última análise, vê-se a irrelevância da argumentação defensiva relativamente ao tema, haja vista o necessário entrelaçamento do desenvolvimento da atividade fiscal em todo o território goiano, observando os parâmetros da regularidade do lançamento.

Diante de tudo isso, vê-se que não restou configurada a incompetência funcional das autoridades lançadoras do crédito tributário, devendo os autos retornarem a uma das câmaras julgadoras para apreciação do mérito.

Ante o exposto, conheço do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dou-lhe provimento, para reformar a decisão cameral que anulou o auto de infração.