

N. F. Nº - 278858.0026/20-4  
NOTIFICADO - PEDREIRA OUROLÂNDIA EIRELI  
NOTIFICANTE - DEIA CUNHA ERDENS  
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CHAPADA DIAMANTINA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29.11.2021

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0137-05/21NF-VD**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTA 1%. A infração atribuí, à Notificada, dar entrada ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal conforme obrigação disposta nos arts. 217 e 247 do RICMS/2012, restando comprovado o descumprimento da obrigação acessória, não houve enfrentamento do mérito e nem sequer a Notificada trouxe aos autos elementos para desconstituí-lo, adentrando-se a alegar a nulidade do lançamento, lastreada na hipótese equivocada deste ter sido realizado por agente fiscal incapacitado para a ação fiscal. Infração subsistente. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal em epígrafe, no Modelo Fiscalização de Estabelecimento, lavrada em **22/12/2020**, exige da Notificada multa no valor histórico de R\$33.030,27, mais acréscimo moratório no valor de R\$691,64, perfazendo um total de R\$33.721,91, em decorrência do cometimento de uma única infração, cujo período de apuração se fez nos meses de abril, novembro e dezembro de 2019 e janeiro a outubro de 2020:

Infração 01 – 16.01.06: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal.

Enquadramento Legal: artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto de nº 13.780/12. Multa tipificada no art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96.

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de seu representante, manifestando impugnação apensada aos autos (fls. 28 a 33), protocolizada na CORAP NORTE/PA SAC IRECE na data de 22/04/2021 (fl. 27).

Em seu arrazoado, a Notificada inicia sua peça alegando a tempestividade, por seus advogados constituídos mediante instrumento de mandato anexo (Doc. 02) e invocando o disposto nos Artigos 5º, LV da Constituição Federal de 1988, 145, I do CTN, e Artigo 123 e seguintes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo decreto de nº 7.629/99, irrisignada com a exigência fiscal constante na Notificação Fiscal de nº 2104260035/20-3 (Doc. 03), com ciência da autuada em 17/03/2021, e considerando “*dies a quo*” 18/03/2021 e “*dies ad quem*” 18/05/2021.

Requeru que com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, 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 presente petição, em razão da celeridade processual.

Arguiu que em que pese o denodo da eminente Notificante, sua ação fiscal não merece prosperar, porque falta-lhe competente legal para constituir o presente crédito tributário, uma vez que a referida servidora ocupa o cargo de AGENTE DE TRIBUTOS ESTADUAIS, como consta do corpo da Notificação Fiscal em apreço.

Consignou no tópico “DO DIREITO” que a CF/88 e as leis infraconstitucionais fundamentais que lhe seguem, atribuem encargos, deveres ou funções para os órgãos da administração pública que

devem se desincumbir deles com a maior presteza possível, nesse sentido a instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo fiscal devem observar, entre outros, princípios como o da verdade, da legalidade, da ampla defesa, do devido processo legal (art. 2º do RPAF/BA).

Complementou que é indispensável a demonstração pelo Fisco quanto ao critério adotado, a fonte e demais dados necessários ao entendimento e comprovação da acusação fiscal, bem como a falta de apreciação de todos os argumentos alegados na peça impugnativa configura inobservância aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Isto porque o administrador fiscal, como todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto sua função própria é a de aplicador das leis, é a de fazer as pessoas cumprirem as leis.

Frisou que o Decreto nº 7.629/99, prevê os princípios de direito que devem ser perseguidos no processo administrativo fiscal, com destaque aos princípios da verdade real e da ampla defesa, razão porque os eminentes julgadores devem perquirir a verdade fática, abstraindo a versão unilateral da Notificante, notadamente para combater eventuais excessos decorrentes do exercício do Poder de Polícia Administrativa, sendo que a penalidade somente deve ser aplicada à luz de documentos comprobatórios da suposta infração.

Assinalou que o administrador público não pode agir ao seu livre-arbítrio, somente podendo se comportar conforme o ordenamento predeterminedado pelo legislador. O agente público exerce uma atividade vinculada, portanto, fica 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. A inobservância dessa vinculação corre o risco de violar as disposições do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Discorreu que a função administrativa tributária deve ser exercida pela autoridade fiscal em obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro de mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade. Portanto a função fiscal, exercício do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento, está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal.

Grifou os dizeres da Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, lembrou que o ato administrativo de medida de polícia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas por lei, quanto à competência, à forma, aos fins e mesmo com relação aos motivos ou ao objeto. Quanto aos dois últimos, ainda que a Administração disponha de certa dose de discricionariedade, esta deve ser exercida nos limites traçados pela lei, em uma relação de inquestionável subsunção.

Explicou, a consagrada mestra, que regras básicas a serem respeitadas pela fiscalização são: a) a necessidade, em consonância com a qual medida de polícia só deve ser adotada para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações ou interesse público; b) a da proporcionalidade, que significa a exigência de uma delação necessária entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado; e, c) eficácia, no sentido de que a medida deve ser adequada para impedir o dano ao interesse público.

Apontou que diante da ausência de formalidade essencial acima mencionada, diante da ocorrência de vício insanável, em estrita consonância com o artigo 18, IV, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, quando o lançamento não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, este Egrégio Conselho Fazendário Baiano deve decidir pela nulidade do lançamento de ofício.

Defendeu no tópico “DA INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL EM FACE DA INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE FISCAL” que a presente Notificação Fiscal é assinada por autoridade fiscal incompetente para constituir o presente crédito tributário, visto que o lançamento foi efetuado por uma Agente de Tributos Estadual na fiscalização de estabelecimento

comercial, sendo notório que o procedimento efetuado pela Agente de Tributos está, indubitavelmente, em desacordo com as rotinas legais estabelecidas para a fiscalização. É cediço, que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, cabendo a autoridade fiscalizadora agir de acordo com o ordenamento jurídico vigente, preconizando a merecida observação às regras de direito formal, que determinam a quem compete a constituição do crédito, bem como os procedimentos a ele inerente.

Salientou que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) considerou inaplicáveis aos agentes de tributos estaduais empossados antes da vigência da Lei estadual de nº 8.210/2002 da Bahia, sendo este o caso da referida servidora, as normas que ampliaram as atribuições desses cargos.

Enfatizou 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 de nº 8.210/2002, que reestruturou os cargos de pessoal da Secretaria da Fazenda Estadual, e a Lei de nº 11.470/2009, que ampliou as funções do cargo de agentes de tributos estaduais, **resultaram em ofensa ao postulado do concurso público**. Isso porque a legislação passou a exigir formação superior como requisito para acesso ao cargo de agente (antes de nível médio) e atribuiu-lhe funções típicas de auditor fiscal, como a constituição de créditos tributários referentes ao trânsito de mercadorias e aos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional.

Destacou 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. 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. Para o ministro, os antigos agentes, com a edição da Lei de nº 11.470/2009, passaram a exercer atribuições típicas de nível superior, hipótese que viola o artigo 37, inciso II, da Constituição da República. Nesse sentido, decretada a procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade de todos os dispositivos impugnados das referidas Leis.

Afirmou que 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, no que se refere à incompetência legal do servidor que praticou o ato de fiscalização, que deveria ter sido praticado por Auditor Fiscal, uma vez que o art. 18, incisos I e IV "a" do RPAF/BA, dispõem, serem inválidos os atos praticados por servidor incompetente. Tal vício de forma, acarreta a nulidade do procedimento, porque aos AGENTES DE TRIBUTOS ESTADUAIS não é permitido lavrar auto de infração/notificação fiscal por faltar competência legal para assim proceder, como determina o art. 18, I do RPAF-BA, *in verbis*:

*Art. 18. São nulos: I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;*

Finalizou, por todo o exposto, requereu a decretação da **NULIDADE TOTAL da referida Notificação Fiscal**, por ser de direito e da mais LÍDIMA JUSTIÇA.

A Notificante, prestou Informação Fiscal às folhas 46 e 47 onde destacou que a Notificação Fiscal foi lavrada em 22 de dezembro de 2020 com ciência da Notificada em 17/03/2021 e defesa tempestivamente apresentada. Foi cobrada multa formal pela não escrituração de entradas de mercadorias no estabelecimento.

Sintetiza que a Notificada iniciou sua defesa afirmando que a "*ação fiscal não merece prosperar, porque falta-lhe competente legal para constituir o presente crédito tributário. Uma vez que a referida servidora ocupa o cargo de AGENTE DE TRIBUTOS ESTADUAIS, como consta do corpo da Notificação Fiscal em apreço.*", justificando sua afirmação com citações legais, doutrinárias e jurisprudenciais.

Alegou que "*a Notificação Fiscal 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 “ e que “a autuação se encontra inquinada de 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, uma vez que art. 18, incisos I e IV “a”, do RPAF/BA, dispõem, serem inválidos os atos praticados por servidor incompetente.”*

Informou que a Autuante é Auditora Fiscal investida no cargo através de concurso público no ano de 1993, nomeada e empossada em 1995.

Explicou que os arquivos de Escrituração Fiscal Digital - EFD, enviados pela Notificada mensalmente bem como as Notas Fiscais emitidas e recebidas, foram analisados, onde foi identificado o fato gerador, quantificada a base de cálculo e o enquadramento na infração prevista nos arts. 217 e 247 do Dec. 13.780/12, com multa prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/96 que originaram a Notificação Fiscal, cujos valores constam nas planilhas em fls. 10 a 23.

Garantiu que a Notificada, através do seu defensor, não apresentou 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.

Finalizou que sendo assim, uma vez informado que a Ação Fiscal e a notificação decorrente, foram executadas por servidora investida no cargo de Auditora Fiscal, conforme pode ser verificado mesmo na identificação e assinatura da presente Notificação Fiscal, é incabível a alegação da defesa, e, portanto, considero que deve ser mantida na íntegra a autuação.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído. É o relatório.

## VOTO

A Notificação Fiscal em epígrafe, no Modelo Fiscalização de Estabelecimento, lavrada em **22/12/2020**, exige da Notificada multa no valor histórico de R\$33.030,27, mais acréscimo moratório no valor de R\$691,64, perfazendo um total de R\$33.721,91, em decorrência do cometimento de uma única infração (16.01.02) - dar entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, cujo o período apuratório se fez nos meses de abril, novembro e dezembro de 2019 e janeiro a outubro de 2020.

O enquadramento legal utilizado, baseou-se nos artigos 217 e 247 do RICMS, aprovado pelo Decreto de nº 13.780/12, e multa tipificada no art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96.

Em sua defesa, de forma sintetizada, a Notificada arguiu que a ação fiscal da Notificante não merece prosperar, porque falta-lhe competência legal para constituir o presente crédito tributário, uma vez que a referida servidora ocupa o cargo de AGENTE DE TRIBUTOS ESTADUAIS, sendo autoridade fiscal incompetente para o lançamento que foi efetuado na fiscalização de estabelecimento comercial, sendo que o ato de fiscalização deveria ter sido praticado por Auditor Fiscal, estando assim eivado de nulidade conforme disposto no art. 18, incisos I e IV “a” do RPAF/BA. A Notificada alicerçou esse entendimento, tendo-se em vista o julgamento parcialmente procedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4233, que dispôs que os dispositivos da Lei de nº 8.210/2002, que reestruturou os cargos de pessoal da Secretaria da Fazenda Estadual, e a Lei de nº 11.470/2009, que ampliou as funções do cargo de agentes de tributos estaduais, **resultaram em ofensa ao postulado do concurso público.**

Disse ser indispensável a demonstração pelo Fisco quanto ao critério adotado, a fonte e demais dados necessários ao entendimento e comprovação da acusação fiscal, bem como a falta de

apreciação de todos os argumentos alegados na peça impugnativa, configura inobservância aos princípios da ampla defesa e do contraditório, e que o agente público exerce uma atividade vinculada, portanto, fica 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. A inobservância dessa vinculação, corre o risco de violar as disposições do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Apontou, que diante da ausência de formalidade essencial, diante da ocorrência de vício insanável, em estrita consonância com o artigo 18, IV, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, quando o lançamento não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, este Egrégio Conselho Fazendário Baiano deve decidir pela nulidade do lançamento de ofício. Finalizou requerendo a Nulidade Total da notificação.

A Notificante, de forma reduzida, prestou Informação Fiscal onde informou que é Auditora Fiscal investida no cargo através de concurso público no ano de 1993, nomeada e empossada em 1995, e que foram analisados os arquivos mensalmente da EFD, onde foi identificado o fato gerador, quantificada a base de cálculo e o enquadramento da infração e da multa prevista, que originaram a Notificação Fiscal, cujos valores constam nas planilhas em fls. 10 a 23, e que a Notificada não apresentou 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, finalizando pela manutenção na íntegra da notificação.

Analisando os fatos constantes nestes autos, vejo que a acusação refere-se à falta de registro de notas fiscais na escrita da Notificada “*entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal*”, nos meses de abril, novembro e dezembro de 2019 e janeiro a outubro de 2020.

Compulsando os autos, verifico encontrar-se na folha 01, da peça acusatória, o item – Emitente da Notificação Fiscal constando o Nome da Autuante, seu cadastro e seu Cargo – Auditor Fiscal com sua assinatura. Na folha 02, apresenta-se o Demonstrativo de Débito – Fiscalização de Estabelecimento, referente à presente Notificação Fiscal, onde ao final, situa-se os dados da Autuante bem como o seu Cargo de Auditor Fiscal. Presente à folha 04, existe a Ordem de Serviço de nº 505573/20, emitida em nome da Autuante, com o seu cadastro, bem como sua assinatura aposta à folha 05, com seu carimbo de Auditor Fiscal.

Ademais, observo existir nas peças que compuseram a instrução processual uma mídia (CD – fl. 24), onde há além das peças citadas anteriormente, a relação em arquivo Excel das Entradas não escrituradas para os anos de 2019 e 2020, estando estas relações apostas aos autos às folhas 10 a 23. E, à folha 25 a intimação à Notificada na data de 04/02/2021, concedendo-lhe o prazo de 60 dias para apresentação de defesa ou pagamento da Notificação Fiscal, informando também que o feito fora realizado pela Auditora Fiscal Déia Cunha Erdens em 22/12/2020, onde acrescenta, que em tempo, envia-se cópia da Notificação Fiscal, demonstrativo, Ordem de Serviço, Entradas não Escrituradas anos 2019 e 2020, e web recebidas ano 2019.

Na situação sob análise, verifiquei através do documento do Sistema de Informações do Contribuinte – INC, da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, acostado aos autos às folhas 06 e 07, que a Notificada está cadastrada na condição de **Empresa do Regime Normal, não sendo optante do Simples Nacional**, todavia, no período de 20/12/2017 a 31/12/2018, estivera cadastrada como optante do Simples Nacional.

Desta forma, na condição funcional de Auditora Fiscal, a Notificante, teria a capacidade tributária para integrar a bilateralidade desta relação jurídica tributária, sendo, portanto, competente para a lavratura desta Notificação Fiscal com características de estabelecimento, conforme depreende da leitura da Lei de nº 11.470/2009, que trouxe as alterações dos §§ 1º e 2º, do art. 107 da Lei de nº 3.956,

de 11 de dezembro de 1981 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), e art. 42 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, transcritos, *in verbis*:

*RPAF*

*“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;***

*II - 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.”*

Do deslindado, a Notificante é competente para a lavratura da Notificação Fiscal de nº **278858.0026/20-4**, em função da Notificada, no período da apuração dos meses de abril, novembro e dezembro de 2019, e janeiro a outubro de 2020, não ser optante do Regime do **Simples Nacional**, e **observe que** o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade da Notificação Fiscal.

Em relação ao mérito propriamente dito, de dar entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, a Notificada não o enfrentou e nem sequer trouxe elementos para desconstituir o lançamento.

Isto posto, acato o opinativo da Notificante, e voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **278858.0026/20-4**, lavrado contra **PEDREIRA OUIROLÂNDIA EIRELI**, devendo ser intimada a notificada, para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$33.030,27**, prevista no art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR