

A. I. Nº - 207150.0019/22-3
AUTUADO - RENATA BOAMOND RODRIGUES
AUTUANTE - JOSÉ ANTÔNIO RODRIGUES PEREIRA
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 30/11/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0240-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. EMPRESA OPTANTE PELO REGIME DO SIMPLES NACIONAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO; **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA; **c)** PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não acolhido o argumento defensivo de ilegalidade no lançamento e na própria ação fiscal, por se tratar de ato praticado por servidor incompetente para tal mister, em razão de ser auditor fiscal, em situação em que o Art. 42, inciso II do RPAF/BA é taxativo ao atribuir aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização em microempresa e/ou empresa de pequeno porte optante pelo regime do Simples Nacional. À luz de orientação jurídica emanada da PGE/PROFIS, só a partir da data da publicação da ata de julgamento da ADI 4233, que até 10 de março de 2021 ainda não tinha ocorrido, as atribuições dos agentes de tributos estaduais para promover lançamento tributária estavam mantidas na forma pela Lei nº 8.210/2002 e pelo próprio COTEB. A lavratura do presente auto de infração obedece aos requisitos previstos em lei, especificamente ao disposto pelo art. 6º, I, “a” da Lei nº 8.201/02, não estando maculada por vício de forma. Lançamento efetuado em 26/12/2022, devidamente autorizado pela autoridade fazendária competente para realização da fiscalização amparada por Ordem de Serviço específica, enquanto que à época em que o lançamento tributário ocorreu os ATE não mais possuíam competência legal para promover lançamento tributário em qualquer circunstância. Não apresentados argumentos relacionados ao mérito da autuação. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 26/12/2022, para exigir crédito tributário no montante de R\$ 592.371,80, mais multas, em decorrência das seguintes imputações:

- **Infração 01 – 017.001.001:** *“Deixou de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional. Conforme demonstrativos anexos, que ficam fazendo parte integrante deste lançamento”*. Valor lançado R\$ 93.593,79, mais multa de 75% com previsão no Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e Art. 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/1996, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07.

- **Infração 02 – 017.002.001:** *“Deixou de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor. Conforme demonstrativos anexos, que ficam fazendo parte integrante deste lançamento”.* Valor lançado R\$ 11.182,97, mais multa de 75% com previsão no Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e Art. 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/1996, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07.

- **Infração 03 – 017.003.007:** *“Falta de recolhimento do ICMS em razão de saídas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais, presumidas pela constatação de saldo credor de Caixa – com dolo. Conforme demonstrativos anexos, que ficam fazendo parte integrante deste lançamento”.* Valor lançado R\$ 487.595,04, mais multa de 150% com previsão no Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e Art. 44, inciso I e § 1º da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/1996, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07.

O autuado, por intermédio de seus Representantes Legais, ingressou com Impugnação ao lançamento tributário, fls. 17 a 22, tendo inicialmente requerido que todas as intimações relacionadas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos indicados, cujo endereço consta no rodapé da peça defensiva, em razão da celeridade processual.

Em seguida passou a argumentar que a ação fiscal não merece prosperar porque falta ao autuante competência legal para constituir o presente crédito tributário, posto que se trata de servidor ocupante do cargo de auditor fiscal, cuja incompetência para tal fim pode ser facilmente comprovada diante da simples análise do extrato do Simples Nacional e do Sintegra, Doc. 04, o qual comprova que era optante do Simples Nacional no período de 04/04/2019 a 31/12/2021, daí porque o lançamento em apreço, ao seu argumento, nunca deverá resolver de plano, sem qualquer aprofundamento quanto a real existência do fato gerador.

Ao adentrar as razões da impugnação, voltou a sustentar que o Auto de Infração deve ser julgado nulo por ter sido lavrada por auditor fiscal incompetente para tal procedimento, uma vez que contraria a Lei que ampara seu direito, ou seja, Art. 42, inciso I, do Decreto nº 7.629/99 que dispõe sobre a competência dos auditores fiscais para o exercício da função fiscalizadora. Para resguardar seu argumento, transcreveu ementas de diversos julgados deste CONSEF decidindo pela nulidade de autos de infração, que, ao seu entender, oferecem respaldo ao seu questionamento.

Citou que tal vício de forma acarreta a nulidade do procedimento porque ao auditor fiscal não é permitido lavrar autos de infração contra empresas optantes do Simples Nacional uma vez que tal competência é atribuída por lei aos agentes de tributos estaduais, como determina o art. 42, II em consonância com o art. 18, I, ambos do RPAF/BA, transcritos.

Disse que esse entendimento é pacífico não apenas neste Órgão Julgador Administrativo, como no Poder Judiciário no sentido de que a função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que a constituição do crédito tributário é de competência exclusiva dos auditores fiscais, salvo as exceções indicadas em Lei, a exemplo de créditos tributários lançados sobre as microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes do Simples Nacional ou no caso de mercadorias em trânsito, o que não é o caso em comento, uma vez que não é o transportador da mercadoria.

A este respeito salientou que a Lei estadual nº 11.470/09 introduziu alterações na Lei nº 8.210/2002, e os parágrafos 1º, 2º e 3º do art.107 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), passaram a vigorar com as atribuições pertinentes aos auditores fiscais, que, a estes é permitido a atribuição de constituir créditos fiscais, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Desta forma, requereu a nulidade do Auto de Infração com fulcro nos incisos I e IV “a” do RPAF/BA, por ser inválido ato praticado por servidor incompetente.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 53 e 54, citando uma breve síntese dos fatos e, em seguida, salientou que o autuado não contestou os fatos narrados no lançamento fiscal, pelo que, ao seu entendimento, com eles concorda tacitamente, observando, ainda, que o autuado se limitou a contestar o aspecto formal do lançamento, arguindo sua incompetência sob o argumento de que *“ao auditor fiscal não é permitido lavrar auto de infração/notificação fiscal contra empresas optantes do Simples Nacional”*.

Pontuou que o autuado citou que a Lei Estadual nº 11.470/09, que alterou a Lei nº 8.210/02 e o Código Tributário do Estado da Bahia atribuindo aos agentes de tributos estaduais a competência concorrente para constituir créditos tributários na fiscalização de mercadorias em trânsito e nas empresas optantes pelo Simples Nacional, entretanto, a Lei nº 11.470/09 foi contestada nesse aspecto, através da ADI 4.233/BA, julgada em fevereiro de 2021, onde ficou firmado que os agentes de tributos estaduais que ingressaram anteriormente a Lei nº 8.210/02 não poderiam constituir créditos tributários, por não terem prestado concurso para cargo de nível superior, por esta criado.

Desta forma, continuou, como não ocorreu nenhum concurso para o cargo de agente de tributos estaduais após a Lei nº 8.210/02, não havia servidor, nesse cargo, habilitado a constituir crédito tributário no trânsito de mercadorias e das empresas optantes pelo Simples Nacional.

Com isso, a competência para efetuar o lançamento do crédito fiscal, nestes casos, retornou ao auditor fiscal que possui competência plena para efetuar o lançamento de créditos tributários, conforme se infere do inciso I, Art. 6º da Lei nº 8.210/02, com a alteração conferida pela Lei 11.470/09.

Concluiu pontuando que, conforme decisão do STF na ADI 4.233/BA, enquanto não for provido o cargo de agente de tributos estaduais, de nível superior, que detém a competência concorrente para efetuar lançamentos de créditos tributários no trânsito de mercadorias e contra empresas optantes do Simples Nacional, essa atribuição fica a cargo dos auditores fiscais que possuem competência plena para constituição de créditos tributários.

VOTO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 26/12/2022, para exigir crédito tributário no montante de R\$ 592.371,80, mais multas, em decorrência das imputações devidamente indicadas no relatório que antecede o presente voto, relacionadas a contribuinte optante pelo regime do Simples Nacional.

Em sua peça defensiva o autuado alegou ilegalidade no presente lançamento e na própria ação fiscal, por se tratar, ao seu entender, de ato praticado por servidor incompetente para tal mister, originado de auditor fiscal em situação em que o Art. 42, inciso II do RPAF/BA é taxativo ao atribuir aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito, salientando, também, que a Lei estadual nº 11.470/09 introduziu alterações na Lei nº 8.210/2002, e os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), passaram a vigorar com as atribuições pertinentes aos auditores fiscais, que, a estes é permitido a atribuição de constituir créditos fiscais, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional, pugnando, assim, pela nulidade do Auto de Infração.

Da análise das peças e argumentos que integram os presentes autos vejo que não assiste razão ao autuado em seus argumentos.

Isto posto, ressalto que o lançamento em lide foi processado em 26/12/2022, por auditor fiscal integrante do Grupo Ocupacional Fisco e devidamente autorizado por autoridade fazendária competente, para realização da fiscalização, estando amparado por Ordem de Serviço específica para tal fim.

Assim é que, sob o ponto de vista da legalidade do procedimento fiscal, **focando a data da sua realização**, acima referida, vejo que a Lei nº 3.956/81 – Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, em seu Art. 107, §§ 1º, 2º e 3º, davam suporte à realização do procedimento fiscal:

Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

§ 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.

Da mesma forma, a Lei nº 8.210, de 22 de março de 2002, que reestruturou o Grupo Ocupacional Fisco da Secretaria da Fazenda, assim previa:

Art. 2º - O Grupo Ocupacional Fisco abrange as carreiras de Auditor Fiscal e de Agente de Tributos Estaduais.

Art. 4º - Integrarão a carreira de Agente de Tributos Estaduais 1.300 (um mil e trezentos) cargos de provimento efetivo, de mesmo nome, distribuídos em 8 (oito) classes.

Art. 7º - São atribuições dos titulares dos cargos de Agente de Tributos Estaduais:

I - arrecadar receitas estaduais;

II - planejar, coordenar e executar atividades de fiscalização de receitas estaduais, observado o Anexo II desta Lei;

III - constituir créditos tributários, limitando-se ao trânsito de mercadorias e à fiscalização de estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

Vejo também que a Procuradoria Geral do Estado, a respeito desta questão, se pronunciou em 10 de março de 2021 através do Despacho PGE/RDF 00028077379 relacionado ao PROCESSO SEI: 013.1308.2021.0008266-93, que teve como objeto a ADI 4233 - Reestruturação das Carreiras do Fisco Baiano, tendo a SEFAZ como órgão interessado, prestou a seguinte orientação jurídica, ao responder questionamento formulado pela Administração da SEFAZ:

“A partir de que data os ATE estarão impedidos de promover lançamento tributário?”

A eficácia das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade (como é o caso da ADI) ocorre a partir da publicação da ata de julgamento, independente da publicação do acórdão ou intimação pessoal do Governador do Estado. Ademais, consoante se extrai do artigo 28 da Lei 9.868/99, a decisão em ADI - inclusive para fins de interpretação conforme a Constituição -, tem eficácia geral (erga omnes) e efeito vinculante à Administração estadual. Até a presente data, não houve publicação da ata mas, em regra, essa movimentação processual não tende a demorar. A partir dessa data - e até que venha qualquer tipo de esclarecimento ou modulação temporal por força dos embargos de declaração - os atuais ATEs perdem a atribuição de promover lançamento tributário”.

Portanto, à luz da orientação jurídica acima reproduzida, é que, só a partir da data da publicação da ata de julgamento da ADI 4233, que até 10 de março de 2021 ainda não tinha ocorrido, as atribuições dos agentes de tributos estaduais para promover lançamento tributária estavam mantidas na forma acima delineada pela Lei nº 8.210/2002 e pelo próprio COTEB.

Portanto, a lavratura do presente auto de infração, ocorrida em 26/12/2022, obedece aos requisitos previstos em lei, especificamente ao disposto pelo art. 6º, I, “a” da Lei nº 8.210/02, não estando maculado por vício de forma, como acusa o autuado.

Isto posto, não acolho o pedido de nulidade do Auto de Infração suscitado pelo autuado, vez que o lançamento tributário ocorreu em 26/12/2022 época em que os ATE não mais possuíam competência legal para promover lançamento tributário em qualquer circunstância.

Quanto ao pedido no sentido de que todas as intimações relacionadas ao presente feito sejam

dirigidas exclusivamente aos Patronos indicados, cujo endereço consta no rodapé da peça defensiva, em razão da celeridade processual, observo que as intimações atinentes a processos administrativos fiscais atendem ao previsto pelo Art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, entretanto, nada obsta que a solicitação formulada pelo autuado possa ser também atendida.

Em conclusão, e considerando que não foram encontradas irregularidades no preparo do processo e os princípios processuais foram preservados, e considerando também que não foram carreados aos autos argumentos relacionados ao mérito da autuação, concluo votando pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207150.0019/22-3**, lavrado contra **RENATA BOAMOND RODRIGUES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 592.371,80**, acrescido das multas de 75% sobre R\$ 104.776,76 e de 150% sobre R\$ 487.595,04, com previsão no Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e Art. 44, inciso I e § 1º da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/1996, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR