

**A. I. N°** - 232143.0030/20-0  
**AUTUADO** - O MERCADÃO COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI  
**AUTUANTE** - MILTON ANUNCIAÇÃO DE SOUZA  
**ORIGEM** - DAT NORTE / INFAZ VALE DO SÃO FRANCISCO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 11/03/2024

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF N° 0024-04/24-VD

**EMENTA:** ICMS. EMPRESA OPTANTE PELO REGIME DO SIMPLES NACIONAL. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA. Não acolhido o argumento defensivo de ilegalidade no presente lançamento e na própria ação fiscal, por se tratar de ato praticado por servidor incompetente, que atua na área administrativa e não integrante do Grupo Fisco. A ação fiscal, levada a efeito por agente de tributos estaduais, foi deflagrada sobre contribuinte optante pelo regime do Simples Nacional, com desenvolvimento de roteiros específicos para fiscalização desse tipo de contribuinte, os quais não foram contestados pelo autuado em relação ao mérito da autuação. Lançamento efetuado em 12/02/2020, por agente de tributos estaduais integrante do Grupo Ocupacional Fisco e devidamente autorizado pela autoridade fazendária competente para realização da fiscalização amparada por Ordem de Serviço específica. À luz de orientação jurídica 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 delineada pela Lei n° 8.210/2002 e pelo próprio COTEB. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos da exigência de crédito tributário no montante de R\$ 104.714,36, mais multa de 75% com previsão no Art. 35 da Lei Complementar n° 123/06 e Art. 44, inciso I da Lei Federal n° 9.430/96, com redação dada pela Lei n° 11.488 de 15/06/07, em decorrência de auto de infração expedido em 12/02/2020 por agente de tributos estaduais, relacionados a fatos geradores ocorridos no período de julho/2017 a dezembro/2018, com a seguinte imputação: **Infração 01 – 17.02.01:** *“Efetuiu recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos 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.*

*Recolhimento a menor do que o devido do ICMS Simples Nacional de mercadorias adquiridas para comercialização. Conforme valores apurados e declarados no PGDAS, CD-R contendo todos os Arquivos e demonstrativo de débitos. O movimento econômico das compras e relação das vendas mensais com cartões de créditos e/ou débitos informados pelas administradoras nos formatos PDF em anexo”.*

O autuado ingressou com Impugnação ao lançamento, fl. 26, requerendo conduta de nulidade relativa, quando não absoluta parcial, vez que carente de efeito na ordem jurídica, pois, tornando tais atos passíveis não só de decretação de nulidade pelo poder judiciário, como

responsabilização dos agentes públicos, autores do ato guerreado.

Acrescentou que, destarte o desencontro aventado pelo agente fazendário, aqui enfrentado pelos justos argumentos e fundamentos que apresenta, defendeu que devem ser contundentemente rechaçados por este Conselho de Fazenda, assim em sublime amparo à manutenção da harmonia e da higidez jurídicas, bem como de todos os preceitos constitucionais aplicáveis na espécie, aduzidos ou não na presente peça.

Com base nos argumentos acima, pontuou que considerando a falta de segurança à natureza da alegada infração fiscal, apresentando divergência entre as ações fiscais e a própria legalidade, não há outra alternativa a não ser recorrer a este Conselho de Fazenda, sendo esta a defesa.

Concluiu apresentando os seguintes pedidos:

- Requereu que a douta procuradoria atesta que a mesma foi de encontro aos princípios que norteiam a fiscalização que é o início da ação fiscal por um servidor administrativo, não integrante do Grupo Fisco, o que transforma a ação fiscal completamente nula.
- Que seja declarado nulo o auto de infração lavrado pelo agente de tributos Milton Anunciação de Souza e que se dê o arquivamento do presente processo administrativo fiscal.
- Solicitou que a informação sobre a tramitação deste processo seja encaminhada para o escritório com endereço na Rua Wenceslau Alban Corujeira, 01 – Bairro Castelo Branco – Salvador Bahia, CEP. 41.320-555.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 32 e 32v, com um breve resumo dos argumentos defensivos, destacando que o autuado não se insurgiu contra o mérito do procedimento fiscal e nem da autuação.

Observou que é um servidor público competente, lotado na SEFAZ e integrante do Grupo Ocupacional do Fisco, exercendo o cargo de agente de tributos estaduais nos termos definidos na Lei nº 8.210/2002, transcrevendo os seus artigos 2º, 4º e 7º para embasar seu argumento, afirmando que, desta forma, inexistente a alegada incompetência funcional da sua parte ao lavrar o presente Auto de Infração, posto que exerceu sua prerrogativa funcional no estrito cumprimento legal, regulamentar e vinculada, limitando-se a constituir o crédito tributário na fiscalização de estabelecimentos e em estrita observação aos roteiros definidos na Ordem de Serviço emitida.

Assim, concluiu sustentando que a pretensão do autuado não deve ser acatada e pugnou pela Procedência integral do Auto de Infração.

## VOTO

Conforme relatado o presente Auto de Infração foi expedido em 12/02/2020 por agente de tributos estaduais lotado na Infaz Vale do São Francisco que, em obediência à Ordem de Serviço nº 500542/20 procedeu, de forma regular, a ação fiscal no estabelecimento do autuado, de cuja conclusão processou a exigência de crédito tributário no montante de R\$ 104.714,36, 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, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07, relacionados a fatos geradores ocorridos no período de julho/2017 a dezembro/2018, com a seguinte imputação: **Infração 01 – 17.02.01:** *“Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos 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.*

*Recolhimento a menor do que o devido do ICMS Simples Nacional de mercadorias adquiridas para comercialização. Conforme valores apurados e declarados no PGDAS, CD-R contendo todos os Arquivos e demonstrativo de débitos. O movimento econômico das compras e relação das vendas mensais com cartões de créditos e/ou débitos informados pelas administradoras nos formatos PDF em anexo”.*

Em sua peça defensiva o autuado alegou ilegalidade no presente lançamento e na própria ação fiscal, por se tratar de ato praticado por servidor incompetente, que atua na área administrativa e não integrante do Grupo Fisco, pugnando assim, pela nulidade do Auto de Infração, argumentos estes que foram contestados pelo autuante, suscitando a procedência 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 porque, a ação fiscal foi deflagrada sobre contribuinte optante pelo regime do Simples Nacional, com desenvolvimento de roteiros específicos para fiscalização desse tipo de contribuinte, os quais não foram contestados pelo autuado.

Isto posto, ressalto que o lançamento foi processado em 12/02/2020, por agente de tributos estaduais integrante do Grupo Ocupacional Fisco e devidamente autorizado pela autoridade fazendária competente para realização da fiscalização amparada por Ordem de Serviço específica.

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 se 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, e a SEFAZ como órgão interessado, com 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, esse 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.

Isto posto, não acolho o pedido de nulidade do Auto de Infração suscitado pelo autuado, vez que o lançamento tributário ocorreu em 12/02/2020 época em que os ATE tinham competência legal para promover lançamento tributário em empresas optantes pelo regime do Simples Nacional.

Em conclusão, e considerando que não foram carreados aos autos argumentos relacionados ao mérito da autuação, e observando que as intimações relacionadas a processos administrativos fiscais atendem ao previsto pelo Art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, vejo que a solicitação formulada pelo autuado para encaminhamento das intimações para o endereço que indicou, poderá ser também atendida, desde que comprovado sua vinculação ao autuado.

Isto posto, voto pela PROCEDÊNCIA do 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 **232143.0030/20-0**, lavrado contra **O MERCADÃO COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 104.714,36**, acrescido da multa de 75%, prevista no Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e Art. 44, inciso I da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR