

PROCESSO	- A. I. N° 232209.3006/16-1
RECORRENTE	- EFEITO CONTRACT COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE MÓVEIS LTDA.-EPP
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0224-0219
ORIGEM	- DAT METRO / INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 15/10/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0354-12/25-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOR. EMPRESA OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. Ajustes realizados pelo autuante reduzem valores do lançamento, com cujo resultado concorda a defesa. Após decisão do STF que deliberou sobre a ADI 4233, foi impetrado Embargos de Declaração pelo Estado e pela Assembleia Legislativa estadual buscando que fosse definido o início dos efeitos da decisão tomada pelo STF, em março de 2021, quando do julgamento da mencionada ADI, à unanimidade, o Plenário do STF estabeleceu que a decisão anterior que proibiu Agentes de Tributos Estaduais de nível médio de exercer novas funções de nível superior, passaria a valer a partir da publicação da ata do julgamento. No mérito, prevaleceu que apenas servidores aprovados em concurso público com as novas exigências possam exercer as funções do cargo, ficando mantida a validade dos atos praticados pelos agentes que ingressaram no cargo antes de 2002, hipótese dos presentes autos. Não acolhidas as questões preliminares. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDICO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado em razão de a Decisão proferida por meio do Acórdão da 2ª JJF n° 0224-02/19, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 29 de junho de 2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 48.580,57, além de multa de 75%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. 17.02.01. Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – 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, ocorrência constatada nos meses de junho de 2012, janeiro, abril, novembro e dezembro de 2013, janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2014.

A empresa autuada apresentou impugnação ao lançamento, por meio de seu advogado constante às fls. 20 a 28. Informação fiscal, constante às fls. 284 a 287. Em 29/05/2018, o feito foi convertido em diligência (fls. 289 e 289-v), com o fito de se prestar a devida informação fiscal, enfrentando e se posicionando em relação aos todos os aspectos preliminares e de mérito contidos na peça defensiva, concluindo pelo acatamento ou não dos mesmos, com a devida fundamentação, além de elaborar demonstrativos analíticos, sendo o caso, com ciência ao contribuinte autuado.

Atendendo ao quanto solicitado, o autuante, às fls. 294 a 297, ratifica mais uma vez as mesmas palavras contidas na primeira Informação Fiscal. Intimado do teor da nova informação fiscal prestada (fls. 306 e 307), o sujeito passivo retorna ao feito (fl. 309). Solicita que, caso sejam ultrapassadas as questões prejudiciais inseridas na defesa, seja o Auto de Infração julgado, no máximo, “procedente em parte”, com a condenação fixada em R\$ 2.982,38, correspondente ao mês de junho/2012.

Em nova intervenção (fl. 312), o autuante se posiciona pela procedência em parte do lançamento, no valor de R\$ 2.982,38, diante da última informação fiscal prestada.

A JJF apreciou a controvérsia conforme o voto condutor:

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos da infração trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Ainda assim, existem questões preliminares a serem apreciadas.

A primeira delas diz respeito à conexão entre a presente autuação e o Auto de Infração 2322093007/16-8, lavrado contra si, no mesmo dia e horário, fruto da mesma Ordem de Serviço (503065/16), a qual, de plano, resta prejudicada, diante do fato de tal lançamento ter sido julgado em 24/09/2019 por esta mesma Junta de Julgamento Fiscal, sendo que a decisão de improcedência do mesmo não trouxe qualquer prejuízo para a defesa, muito ao contrário.

Em relação ao fato de o lançamento ter sido efetuado por “autoridade incompetente”, na medida em que a prática de tal ato seria, ao seu entender, privativo dos Auditores Fiscais, e que tal matéria foi inclusive objeto de “ação direta de constitucionalidade”, ainda pendente de julgamento, que contou com os pareceres favoráveis da OAB, Ministério Público Federal e da Advocacia Geral da União, valem algumas considerações.

A atribuição para a constituição do crédito tributário encontra-se prevista no artigo 107 e parágrafos da Lei 3.956/81, que vem a ser o Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), em alteração prevista pela Lei 11.470/09, de 08 de abril de 2009, DOE de 09 de abril de 2009, efeitos a partir de 01 de julho de 2009:

“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”.

O fato de o contribuinte ser empresa optante pelo regime de apuração previsto no chamado Simples Nacional, faz com que a fiscalização esteja a cargo, sim, dos Agentes de Tributos Estaduais, na forma do § 3º acima transcrita, tendo, pois, quanto a esse aspecto, o devido respaldo legal.

A existência, conforme mencionado na peça defensiva, em andamento de “ação direta de constitucionalidade”, ainda não julgada, mesmo que com favoráveis pareceres da OAB, Ministério Público Federal e da Advocacia Geral da União, não invalida a eficácia do disposto legal acima mencionado, até o seu julgamento definitivo e o seu trânsito em julgado.

Quanto ao Acórdão JJF 0076-03/12, trazido como paradigma para a entendida nulidade, assevero não ser este o entendimento predominante neste Conselho, à vista das decisões constantes nos Acórdãos JJF 0015-02/17, 0147-02/16 e 0183-02/19, que repeliram tal argumento, este último relativo a lançamento contra a mesma empresa.

Ademais, a base para a decretação da falta de competência para o lançamento na decisão mencionada pela defesa se baseou no seguinte argumento, extraído do mesmo:

“De acordo com o § 1º do art. 1º da Lei 11.470, de 08/04/2009. ‘a função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais’. 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 (§ 2º do art. 1º da Lei 11.470/09). Aos Agentes de Tributos Estaduais compete 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 (§ 3º do art. 1º da Lei 11.470/09).

A presente autuação foi efetuada em estabelecimento de contribuinte do regime normal de apuração do ICMS, conforme extrato INC à fl. 05 do PAF, tendo sido lavrados os Termos de Visita Fiscal e Termo de Verificação de Aplicativo Utilizado (fls. 27/28 e 30/31 do PAF), concluindo-se que embora tenha sido lavrado o Auto de Infração no modelo 4, foi efetuada fiscalização no estabelecimento.

Vale salientar, que a competência para a lavratura de Auto de Infração é regulada por lei, estando em vigor a Lei 11.470/09, devendo ser considerada para a delimitação da competência dos prepostos fiscais para declarar a ocorrência dos fatos geradores de obrigações tributárias, a situação cadastral do contribuinte no momento da autuação, ou seja, a definição quanto à competência para a lavratura de Autos de Infração depende do tipo de fiscalização (trânsito ou estabelecimento) e a situação cadastral do contribuinte.

Este Auto de Infração baseia-se em verificação efetuada por Agente de Tributos Estaduais no estabelecimento do autuado que se encontra cadastrado nesta SEFAZ na condição de contribuinte normal. A lavratura de Auto de Infração na situação em análise é da competência privativa de auditores fiscais.

Chega-se à conclusão de que a autuação foi efetuada sem a observância da competência específica dos agentes de tributos que deve ser, no caso de fiscalização de estabelecimento, apenas para as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional”.

Ou seja: o motivo foi diverso do alegado pela defesa, razão pela qual não pode ser albergado.

Frente ao pedido defensivo para realização de revisão do lançamento, de igual modo resta prejudicado, pelo fato de, tendo sido solicitada diligência para que fosse prestada a informação fiscal na forma regulamentar, o que não aconteceu inicialmente, o autuante refez os demonstrativos, acatando a argumentação defensiva, e eliminando as discordâncias existentes.

Em relação ao pedido para encaminhamento dos atos processuais para os advogados da empresa, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado.

Entretanto, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do domicílio tributário eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127-D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e científá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato do processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder Judiciário há algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido.

Assim, frente a adoção do DTE, as intimações por via postal ou outro meio perderam o sentido.

Ainda assim, os advogados da empresa poderão ser comunicados através de tal meio, na condição de “Perfil 3”, de procurador eletrônico, na qual o acesso será com e-CNPJ ou com e-CPF oportunidade em que o sistema verificará a lista dos estabelecimentos escolhidos no momento da criação da Procuração.

Apreciando o mérito, a defesa apresentou diversos pontos nos quais vislumbrava equívocos cometidos por parte do autuante, o qual, quando da realização da diligência determinada, revisou todos os pontos do levantamento realizado, concordando com os argumentos da defesa apresentados e indicando remanescer valor anteriormente tido como devido pela empresa, encerrando-se, pois, qualquer lide quanto aos demais aspectos da autuação, o que me inclina a acolher a informação fiscal prestada.

Todavia, esta, de forma pouco clara e estranha, aponta ainda remanescerem valores devidos, sem, contudo, indicá-los de forma precisa e expressa. Entretanto, este julgador nada pode fazer no sentido de recomendar à Inspetoria a qual se submete o contribuinte a apurar qual seriam estes débitos, tendo em vista o lapso temporal decorrido, já abarcado pela decadência.

Assim, em função de tais argumentos, o lançamento é tido como procedente em parte, no valor de R\$ 2.982,38, conforme fl. 297 do PAF.

O advogado do recorrente apresenta inconformismo no Recurso Voluntário às fls. 329-30.

Suscita nulidade relativa à questão prejudicial afastada pela JJJ, devido ao fato de a autuação ser

lavrada por “autoridade incompetente”, na medida em que o lançamento de ofício é ato privativo dos Auditores Fiscais. Junta decisão do CONSEF (A-0076-03/12), onde destaca a nulidade. Salienta que a matéria foi inclusive de “ação direta de constitucionalidade”, pendente de julgamento, que contou com os favoráveis pareceres anexos ao PAF, proferida pela OAB e pela Advocacia Geral da União. Pleiteia pela Nulidade do lançamento de Ofício, com lastro do art. 18, I do RPAF, consequentemente, pede pelo Provimento do Recurso Voluntário e reconhecimento da nulidade apontada.

Registrada a presença do advogado Dr. Fernando Marques Villa Flor na sessão de videoconferência que exerceu o seu direito regimental de fala.

É o Relatório.

VOTO

Trata-se Recurso Voluntário apresentado visando modificar a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado a imputação “Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – 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”, referente aos exercícios de 2012 a 2014, no valor de R\$ 48.580,57.

A JJF manteve parcialmente a autuação seguindo a diligência revisitada pelo autuante nas fls. 294/97, que após reanálise dos argumentos defensivos o autuante destacou os equívocos apontando que: **a)** “documentos e códigos de classificação fiscal destes autos, verifica-se que razão cabe ao Contribuinte. Logo, os mesmos passam a se adequarem aos dos apresentados pela Defesa do mesmo. Isto pode ser observado no DEMONSTRATIVO “U”, onde, agora retificados, os valores da coluna “FATURAMENTO APURADO” (levantados pelo Fisco) igualam-se com os da coluna “FATURAMENTO DECLARADO” (apresentados pelo Contribuinte)” e **b)** “Este Demonstrativo serve de base para o DEMONSTRATIVO “C2”, cujos valores da sua coluna “RECEITAS BRUTAS DECLARADAS” (letra “J”), coincidem, respectivamente, com as RECEITAS BRUTAS AUFERIDAS nos Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS) declarado pelo próprio Contribuinte; Ocorre, porém, que nos meses de JUNHO/2012, JANEIRO/2013, ABRIL/2013, NOVEMBRO/2014 e, por fim, DEZEMBRO/2014, os valores do ICMS devidos pelo Contribuinte foram maiores do que os declarados. Gerando assim, alguns valores residuais a serem cobrados”. O colegiado de piso acolheu a desoneração feita pela revisão, remanescendo ainda o valor de R\$ 2.982,38, referente ao mês de junho de 2012.

O patrono do recorrente renovou suas alegações quanto ao fato de que a autuação foi lavrada por “autoridade incompetente”, na medida em que o lançamento de ofício é ato privativo dos Auditores Fiscais. Disse que a matéria foi inclusive de “ação direta de constitucionalidade”, pendente de julgamento, que contou com os favoráveis pareceres anexos ao PAF, proferida pela OAB e pela Advocacia Geral da União. Pleiteia pela Nulidade do lançamento de Ofício, com lastro do art. 18, I do RPAF, consequentemente, pede pelo Provimento do Recurso Voluntário e reconhecimento da nulidade apontada.

Na decisão de piso verificou que a autuação tem atribuição para a constituição do crédito tributário, conforme o artigo 107, § 3º da Lei nº 3.956/81, vez que o COTEB, em alteração prevista pela Lei nº 11.470/09, tendo destaque de que: “§ 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”. Assim, sendo a empresa autuada optante pelo regime de apuração previsto no chamado Simples Nacional, faz com que a fiscalização esteja a cargo, sim, dos Agentes de Tributos Estaduais, na forma do § 3º, tendo, pois, quanto a esse aspecto, o devido respaldo legal.

Vejo que há vários julgados proferidos pelo CONSEF, mantendo o julgamento referendada pelo STF. Tomando como exemplo o julgamento do Acórdão da JJF nº 0140-06/25-VD, no qual me filio e

que transcrevo trecho do voto que acredito ser relevantes para sanar a discussão da lide quanto essas questões sobre as atribuições dos Agentes de Tributos:

"Inicialmente, em relação ao argumento defensivo acerca da competência dos Agentes de Tributos Estaduais, o que, inclusive, motivou em momento processual de recusa na realização de diligência por parte da Inspetoria do Extremo Sul, bem como arguição do sujeito passivo, merece ser feito um pequeno resumo dos fatos até então ocorridos.

Quanto à ADI 4233, relevante se firmar que o Plenário do STF considerou inaplicáveis aos Agentes de Tributos Estaduais empossados antes da vigência da Lei nº 8.210/2002 as normas que ampliaram as atribuições desses cargos.

Em julgamento realizado de forma virtual e encerrado em 26/02/21, o colegiado julgou parcialmente procedente a mencionada ADI 4233, tendo prevalecido 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.

Assim, deveriam 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, pois, segundo o Ministro, os antigos Agentes, com a edição da Lei 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 votaram os ministros Gilmar Mendes, Nunes Marques, Dias Toffoli e Luiz Fux (presidente), tendo as ministras Rosa Weber (relatora) e Cármem Lúcia e os ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio se posicionado pela procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade de todos os dispositivos impugnados.

Em relação ao pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo 24 e do Anexo V da Lei nº 8.210/2002, que reestruturou os cargos de pessoal da Secretaria da Fazenda Estadual, os ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes, Nunes Marques, Dias Toffoli e Luiz Fux votaram pela improcedência da ADI.

A justificativa apresentada foi a de que a exigência de curso superior para os novos candidatos ao cargo de Agente de Tributos Estaduais configura simples reestruturação da administração tributária estadual, fundada na competência do estado para organizar seus órgãos e estabelecer o regime aplicável aos seus servidores.

Diante do fato de não ter sido atingido o quórum exigido pelo artigo 97 da Constituição Federal (Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público), o Tribunal não se pronunciou sobre a inconstitucionalidade desses dispositivos e, nesse ponto, o julgamento ficou destituído de eficácia vinculante.

O ministro Luís Roberto Barroso se declarou impedido.

Foram opostos Embargos de Declaração ao julgamento, pelo Estado da Bahia, e o julgamento, nessa fase de embargos, praticamente foi reiniciado, inclusive em relação aos votos já prolatados.

Tal mudança decorreu em função do voto-vista do Ministro Dias Toffoli, que se posicionou de maneira diversa ao relator, ministro Alexandre de Moraes, no que diz respeito à modulação dos efeitos do Acórdão, em torno da possibilidade ou não dos atuais Agentes de Tributos Estaduais poderem continuar constituindo crédito tributário pelo período definido pelo STF.

Entendia o ministro Dias Toffoli, ao não conhecer dos embargos de declaração opostos, divergindo do Ministro Alexandre de Moraes com relação aos termos da modulação temporal dos efeitos, dando parcial provimento dos embargos de declaração opostos pelo Governador do Estado da Bahia e pela Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, para dar efeitos prospectivos à decisão, de modo a somente produzir efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata de julgamento, tempo hábil para a realização de concurso público, a nomeação e a posse de novos Agentes de Tributos Estaduais, evitando-se, assim, prejuízo à prestação do serviço público, e, até o advento do termo supra, entendia que ficam ressalvados dos efeitos da decisão embargada os atos praticados pelos Agentes de Tributos Estaduais que ingressaram no cargo antes da edição da Lei nº 8.210/2002 do Estado da Bahia, tendo sido o processo destacado pelo Ministro Dias Toffoli.

Diante de tal pedido de destaque na apreciação dos embargos, o julgamento passaria da esfera virtual para o plenário presencial, possibilitando assim aos ministros o debate do contraditório e uma análise mais detida da questão.

Isso, entretanto não aconteceu, tendo, em 10/11/2023 sido iniciado no Pleno, por meio de sessão virtual o julgamento, encerrado no dia 20/11/2023.

Uma importante questão a ser lembrada, como dito acima no voto-vista, foi a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, e neste sentido, entendo esclarecedor transcrever trechos do artigo publicado em 14/08/2023, de autoria de Wilson Sahade Filho e Marcelo Athayde Azambuja, disponível para consulta no endereço

eletrônico: www.conjur.com.br/2023-ago-14/sahade-azambuja-efeitos-adi-4233-agentes-tributos-estaduais/.

(...)

“Primeiramente, ressalta-se que o escopo deste artigo não consiste em discutir a decisão de mérito do STF, mas sim abordar a necessidade de modulação dos efeitos dessa decisão, uma vez que podem acarretar graves reflexos, conforme será exposto adiante.

(...)

Vale mencionar que o próprio governador da Bahia informou nos autos da ADI 4.233 que ‘já foi autorizado o concurso público para o provimento do cargo de Agente de Tributos Estaduais, com requisito de escolaridade superior’.

Com base nisso, essa proposta pode ser considerada uma solução viável para que a Bahia cumpra o teor da decisão do STF, ao mesmo tempo em que assegura a preservação dos princípios da segurança jurídica e do interesse público, evitando perdas na arrecadação estatal.

Ademais, destaca-se que o eminente Supremo já utilizou desse mecanismo em diversas ocasiões, a exemplo do julgamento da ADI 875/DF (julgada em conjunto com as ADIs 1987, 3243 e 2727) e da ADI 5867/DF de 2021.

Dessa forma, caso o STF não estenda os efeitos da decisão até a realização de novo concurso público, a técnica do apelo ao legislador pode ser utilizada para estabelecer um prazo terminativo para correção ou adequação da situação. Essa medida permitiria ao estado da Bahia cumprir a decisão do STF e preservar a segurança jurídica e o interesse público.

Ante o exposto, demonstra-se que o atual voto proferido pelo ministro relator, Alexandre de Moraes, acompanhado pela ministra Cármen Lúcia e pelo ministro Edson Fachin traz um grande risco ao arrecadamento da Bahia e, por consequência, ao próprio bem estar do povo baiano”.

Dito isso, lembro que a atribuição se encontra quanto as funções fiscalizadoras na Lei nº 3.956/81, artigo 107:

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

(...)

§ 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”.

Como já mencionado linhas acima, apreciando a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4233, em decisão publicada em 04/03/2021, o plenário do STF, de forma unânime, declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 11.470/2009, a qual modificou o mencionado artigo 107 do COTEB, que alterou e transferiu atribuições que eram privativas dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia para os atuais ocupantes do cargo de Agentes de Tributos Estaduais.

Tal Lei impugnada promoveu a transferência aos atuais Agentes de Tributos Estaduais de atribuições características de cargo de nível superior com poder de gestão, concretizada pelas ações de planejar, coordenar e fiscalizar, inclusive a competência para proceder lançamento das infrações tributárias verificadas no trânsito de mercadorias e junto às empresas inscritas no Simples Nacional.

Essas atribuições anteriormente eram conferidas exclusivamente aos Auditores Fiscais, tendo a Corte entendido ter havido violação à exigência de prévio concurso público prevista na Constituição e afronta à Súmula Vinculante 43, do próprio Tribunal, que veda que servidor seja investido em atribuições de cargo para o qual não prestou concurso público, configurando forma inconstitucional de provimento derivado no serviço público.

Como visto, a ADI 4233 foi julgada parcialmente procedente, conferindo-se interpretação conforme a Constituição aos incisos I e II, do artigo 2º da Lei nº 11.470/2009 do Estado da Bahia, para excluir do seu âmbito de incidência os Agentes de Tributos Estaduais cuja investidura se deu em data anterior à Lei nº 8.210/2002, do mesmo Estado.

Assim, a conclusão do julgamento foi no seguinte sentido: Ser inconstitucional a lavratura de Autos de Infração pelos Agentes de Tributos, que realizaram o concurso público de nível médio de escolaridade. Alcançaria a todos os atuais Agentes, exceto para aqueles recém concursados e investidos para o novo cargo homônimo (Agente de Tributos), com exigência de nível superior de escolaridade e com a possibilidade de constituição de crédito tributário.

Esse movimento acontece cumprindo rigorosamente a orientação da Procuradoria Geral do Estado (PGE), que, por meio de parecer público, se posicionou a respeito de tal decisão do Supremo Tribunal Federal (STF).

A decisão do plenário do STF, cuja ata já foi publicada, deliberou sobre a ADI 4233, tendo a PGE sustentado a posição do Estado pela constitucionalidade da reestruturação das carreiras do fisco baiano. Houve, porém, por parte do STF, um entendimento parcialmente diferente.

De acordo com o parecer da PGE, “da decisão do STF se extrai a validade das normas naquilo que passaram a exigir nível superior para o cargo de ATE, bem como a constitucionalidade da ampliação de seu rol de atribuição funcional, aí inserida a competência para atividades de fiscalização e a constituição de créditos tributários, limitada ao trânsito de mercadorias e micro e pequenas empresas (optantes pelo Simples). Em contrapartida, limitou o exercício dessa nova competência aos ATE aprovados em novo concurso, onde já se exija nível superior”.

Em síntese, a decisão do STF impediria a constituição, pelos atuais Agentes de Tributos Estaduais, de créditos tributários na fiscalização de mercadorias em trânsito e de empresas optantes pelo Simples Nacional, admitindo o exercício dessa atribuição apenas para novos integrantes da carreira que ingressaram após concurso público com exigência de nível superior.

Também enfatizou a PGE que “pela decisão do STF, somente os novos ATE, aprovados em concurso público de nível superior, poderão exercer o lançamento. Até que isso ocorra, a competência funcional pode - e deve - ser exercida pelos Auditores, sob pena de indesejável vácuo na fiscalização, em prejuízo à atividade tributária e arrecadação estadual”.

Em resposta à consulta específica formulada, após a decisão do STF, a Representação da PGE em Brasília, atuando junto aos Tribunais Superiores, diante a provocação da Administração Tributária, em 08/03/2021 se pronunciou nos seguintes termos:

“Trata-se de questionamento encaminhado pelo Secretário de Fazenda quanto aos efeitos da decisão recém proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 4233/BA. Para melhor contextualizar a questão, vale uma breve retrospectiva dos fatos.

Questionava-se na ADI dois aspectos da reorganização do Grupo Operacional Fisco promovida pelas Leis nº 8.210/02 e 11.470/09, ambos relacionados ao cargo de Agente de Tributos Estaduais (ATE): (i) possibilidade de alteração do nível de escolaridade exigido no respectivo concurso público e (ii) validade de elastecimento de atribuição funcional para abranger a constituição de crédito tributários nas hipóteses de mercadorias em trânsito e empresas optantes pelo SIMPLES.

Nos autos, o Estado da Bahia defendeu a constitucionalidade de ambas as alterações, sintetizando que (i) é dado à administração pública alterar nível de escolaridade para provimento de determinado cargo em virtude do aumento da complexidade das suas atribuições e (ii) a atribuição de nova função decorre da racionalização da atividade fiscalizatória, restringindo às tarefas menos complexas que originariamente sobrecarregavam os Auditores.

O STF, no entanto, optou por uma via intermediária. Entendeu ser possível a atribuição de competência concorrente do ATE para efetuar lançamentos tributários nas hipóteses citadas mas que tal atribuição somente pode ser de fato exercida por ATE que ingressar no serviço público por concurso de nível superior. Assim restou resumido o julgamento:

‘Decisão: O Tribunal, nos termos do voto médio do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta para, conferindo interpretação conforme à Constituição aos incisos I e II do art. 2º da Lei 11.470/2009 do Estado da Bahia, excluir do seu âmbito de incidência os Agentes de Tributos Estaduais cuja investidura se deu em data anterior à Lei 8.210/2002, do mesmo Estado. Também votaram nesse sentido os Ministros Gilmar Mendes, Nunes Marques, Dias Toffoli e Luiz Fux (Presidente). Os Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Carmen Lúcia julgaram procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade material dos citados dispositivos, conferindo efeitos prospectivos (ex nunc) à presente declaração de inconstitucionalidade, fixando como marco temporal de início da sua vigência a data de publicação da decisão de julgamento. O Ministro Marco Aurélio acompanhou parcialmente a Relatora, divergindo apenas no tocante à modulação dos efeitos da decisão. No tocante à declaração de inconstitucionalidade material do art. 24 e do Anexo V da Lei nº 8.210/2002 do Estado da Bahia, o Tribunal computou cinco votos (dos Ministros Rosa Weber, Relatora, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia e Despacho PGE/RDF 00028077379 SEI 013.1308.2021.0008266-93 / pg. 5 Marco Aurélio) pela procedência da ação; e cinco votos (dos Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes, Nunes Marques, Dias Toffoli e Luiz Fux) pela improcedência da ação direta e, por não se ter atingido o quórum exigido pelo artigo 97 da Constituição, não se pronunciou a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos, em julgamento destituído de eficácia vinculante e efeitos erga omnes. Por fim, deixou de modular os efeitos da decisão por não ter alcançado o quórum previsto no art. 27 da Lei nº 9.868/99. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Plenário, Sessão Virtual de 19.2.2021 a 26.2.2021’.

Do voto vencedor do Min. Alexandre de Moraes extrai-se o entendimento no sentido de que a previsão de curso superior para os novos ATE configura simples reestruturação fundada na competência do Estado para organizar seus órgãos e estabelecer o regime aplicável aos seus servidores, da qual não decorre, em linha de princípio, qualquer inconstitucionalidade. Da mesma forma, o STF recusou a declaração de inconstitucionalidade da regra legal que atribuiu ao ATE competência para lançamento tributário, nas

hipóteses ali previstas.

Mas justamente por ser tal atribuição pertinente com a exigência de formação em curso superior, já que relacionadas ao exercício de atividades de planejamento, coordenação e constituição de créditos tributários, limitou o exercício das novas funções ao ATE aprovado em concurso público de nível superior, excluindo a eficácia dos incisos I e II do art. 2 da Lei 11.470/09 do em relação aos ATE egressos no cargo anteriormente a Lei 8.210/2002, do mesmo Estado.

Em síntese, da decisão do STF se extrai a validade das normas naquilo que passaram a exigir nível superior para o cargo de ATE, bem como a constitucionalidade da ampliação de seu rol de atribuição funcional, aí inserida a competência para atividades de fiscalização e a constituição de créditos tributários, limitada ao transito de mercadorias e micro e pequenas empresas (optantes pelo Simples). Em contrapartida, limitou o exercício dessa nova competência aos ATE aprovados em novo concurso, onde já se exija nível superior. Tendo em vista que desde a edição da Lei 8.210/02 não houve novo concurso público para o cargo de ATE, na prática, a decisão acaba por impedir a aplicação das competências atribuídas pelo art. 2 da Lei 11.470/09. Por outro lado, os votos divergentes não adentraram no pleito de modulação, inclusive para salvaguardar todos os efeitos jurídicos dos lançamentos até aqui efetuados por ATE. Esses, dentre outros, poderão ser objeto de embargos de declaração após a publicação e exame pormenorizado do acórdão.

Dito isso, passo aos questionamentos formulados.

1) 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 Despacho PGE/RDF 00028077379 SEI 013.1308.2021.0008266-93/pg. 6 declaração - os atuais ATE perdem a atribuição de promover lançamento tributário.

2) Podem os Auditores assumir o lançamento tributário independente de alteração legislativa?

Como se desfui da Lei 8.210/02, os Auditores têm competência funcional plena no que toca ao lançamento tributário, tendo a Lei 11.470/09 atribuído competência concorrente com o ATE no que toca às operações de trânsito e de micro e pequenas empresas. Pela decisão do STF, somente os novos ATE, aprovados em concurso público de nível superior, poderão exercer o lançamento. Até que isso ocorra, a competência funcional pode - e deve - ser exercida pelos Auditores, sob pena de indesejável vácuo na fiscalização, em prejuízo à atividade tributária e arrecadação estadual.

São minhas considerações sobre o assunto, notando que eventuais questionamentos poderão ser trazidos em sede de embargos de declaração, com impacto no acima exposto" (Grifei).

Tendo sido apresentados embargos de declaração pelo governador da Bahia e pela Assembleia Legislativa estadual buscando que fosse definido o início dos efeitos da decisão tomada pelo STF, em março de 2021, quando do julgamento da mencionada ADI, à unanimidade, o Plenário do STF estabeleceu que a decisão anterior que proibiu Agentes de Tributos Estaduais de nível médio de exercer novas funções de nível superior, passaria a valer a partir da publicação da ata do julgamento.

No julgamento de mérito, prevaleceu, pois, o voto do Ministro Alexandre de Moraes, segundo o qual as novas atribuições são todas relacionadas com formação em curso superior, pois dizem respeito ao exercício de atividades de planejamento, coordenação e constituição de créditos tributários. Para o ministro, o exercício dessas funções pelos antigos agentes violaria a regra constitucional do concurso público.

Tal decisão reiterou que apenas servidores aprovados em concurso público com as novas exigências poderiam exercer as funções do cargo, mas manteve a validade dos atos praticados pelos Agentes de Tributos Estaduais que ingressaram no cargo antes de 2002. Desta maneira, em resumo, entendeu o STF que a nova legislação passou a exigir nível superior como requisito para acesso ao cargo e estabeleceu funções típicas de Auditor Fiscal. Assim, os agentes de nível médio que ingressaram na carreira antes das mudanças não poderiam exercer essas funções, pois estaria configurada burla à regra constitucional do concurso público.

A decisão estabeleceu que apenas servidores aprovados em concurso público com as novas exigências possam exercer as funções do cargo, ficando mantida a validade dos atos praticados pelos agentes que ingressaram no cargo antes de 2002, hipótese dos presentes autos.
(...)"

Portanto, a decisão citada pelo patrono do recorrente em suas razões recursais, são insuficientes

para elidir o valor remanescente da autuação.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232209.3006/16-1 lavrado contra **EFEITO CONTRACT COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE MÓVEIS LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 2.982,38, acrescido da multa de 75%, prevista na Lei Federal nº 9.430/96 c/c artigo 44, inciso I, na redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2025.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

IGOR LUCAS GOUVEIA BAPTISTA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR DA PGE/PROFIS