

A. I. N° - 089604.0115/22-0
AUTUADO - EDILEUZA S M FARJALA DE ALMEIDA
AUTUANTE - JOSÉ ANTÔNIO CORREIA DE SOUZA
ORIGEM - DAT SUL / INFAS SUDOESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/04/2025

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0053-06/25-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. A ressalva prevista na lei não diz respeito à “capacidade para constituir créditos tributários”, mas sim ao “caráter privativo” da competência atribuída aos Auditores Fiscais, haja vista que tal prerrogativa deve conviver com aquela outra atribuída aos Agentes de Tributos. Essa é a inteligência do art. 6º, inciso I, alínea “a” da Lei nº 8.210/02. Arguição de nulidade rejeitada. Mérito não atacado. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/09/2022 (ciência em 19/10/2022, pelo DT-e), exige ICMS no valor histórico de R\$ 390.727,35, além de multa de 60%, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01 – 007.021.001 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Às folhas 17/22, o Sujeito Passivo apresenta impugnação, mediante a qual aduz os seguintes argumentos.

Argumenta que, como se pode observar no corpo do Auto de Infração em comento, em que pese o denodo do eminentíssimo autuante, a sua ação fiscal não merece prosperar, porque lhe falta competência legal para constituir o presente crédito tributário, uma vez que o referido servidor ocupa o cargo de AUDITOR FISCAL, como consta do Auto de Infração em apreço. Ademais, aponta que a incompetência da nobre AUTORIDADE FISCAL, pode ser facilmente comprovada diante da simples análise do extrato do Simples Nacional e do Sintegra (Doc. 04), no qual comprova que a empresa autuada é optante do Simples Nacional desde o exercício de 2020. Daí porque sustenta que a respeitável Junta, ao decidir sobre lavratura do Auto de Infração em apreço, nunca deverá resolver de plano, sem qualquer aprofundamento quanto a real existência do fato gerador.

Alega inobservância do devido processo legal em face da incompetência da autoridade fiscal, argumentando que, do exame dos dados cadastrais relacionados com o sujeito passivo autuado, extraídos diante da consulta do Simples Nacional e do Sintegra (Doc. 04), verifica-se que a autuada é optante do Simples Nacional desde o exercício de 2020. Destarte, a exigência fiscal lavrada pelo AUDITOR FISCAL deve ser julgada NULA, em razão da incompetência da dita autoridade para proceder ao lançamento de ofício, uma vez que contraria a Lei que ampara o direito do contribuinte (Decreto nº 7.629/99), cujo art. 42, inciso I transcreve para apoiar a sua tese.

Corroborando o assunto, colaciona decisões reiteradas do CONSEF/BA, conforme abaixo.

“2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACORDÃO JJF N° 0173-02/19NF EMENTA: ICMS. NULIDADE DO LANÇAMENTO. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. FALTA DE VALIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Comprovado tratar-se de Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias lavrado em consequência de uma ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, sob o

regime normal de apuração do ICMS. Nos termos do art. 107, § 3º da Lei nº 3.956/81, falece competência ao Agente de Tributos Estaduais autuante, a constituição do crédito tributário no caso concreto. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO JJF Nº 0029-06/19NF EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSEVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIO INSANÁVEL. Notificação Fiscal lavrada em estabelecimento de contribuinte inscrito no CAD-ICMS na condição de NORMAL. Competência exclusiva dos auditores fiscais nos termos do § 2º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981. Notificação NULA, conforme art. 18, I do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Decisão unânime.

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0262-12/19 EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade, entre eles a competência do agente que o praticou. A lavratura de “termo de ocorrência” inválido, que não materialize a “fiscalização de mercadorias em trânsito”, não lhe empresta tal qualidade. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura do Auto de Infração foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal, em afronta às normas contidas na Lei nº 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

ACÓRDÃO JJF Nº 0132-03/15 Ementa: ICMS. NULIDADE. LEVANTAMENTO DE VENDAS VIA CARTÕES DE DÉBITO E/OU CRÉDITO. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTADAS APURADA POR VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. Comprovado nos autos que o autuado no período da ação fiscal é optante do simples nacional, e os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura do Auto de Infração foram efetuados por servidor sem competência legal, contrariando o art. 156 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/00. Vício formal insanável. Decretada de ofício a nulidade do lançamento, com espeque no art. 18, incisos I e IV, “a” do RPAF/99. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo da falha apontada (grifos acrescidos). Auto de Infração NULO. DECISÃO UNÂNIME”.

Conclui, assim, que tal vício de forma acarreta a nulidade do procedimento, porque ao AUDITOR FISCAL, não é permitido lavrar Auto 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, cujos textos transcreve.

Nesse sentido, sustenta que é pacífico o entendimento, não só do Órgão Julgador Administrativo Baiano, como do 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, 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 a autuada não é a transportadora das mercadorias.

Salienta, ainda, que a Lei Estadual nº 11.470/09 introduziu alterações na Lei nº 8.210/2002 e nos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, que instituiu o Código Tributário do Estado da Bahia, que passaram a vigorar com a seguinte redação:

“Art.107- (...) § 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.

Parágrafo único - A aplicação do disposto no caput deste artigo dar-se-á a partir de 1º de julho de 2009”.

Tendo em vista as irregularidades procedimentais e processuais já elencadas, à luz do quanto acima exposto, conclui restar 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 agente de tributos, uma vez que o art. 18, incisos I e IV “a” do RPAF/BA, dispõem, serem inválidos os atos praticados por servidor incompetente.

Por todo exposto e por tudo o mais que consta dos autos, o autuado REQUER, que este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF decrete a NULIDADE do AUTO DE INFRAÇÃO por ser de direito e da mais LÍDIMA JUSTIÇA.

Ademais, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, requer 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, tudo em razão da celeridade processual.

Nesses termos, pede deferimento.

Às folhas 46-A/50, O autuante presta informação fiscal, aduzindo o que segue.

Relata que o contribuinte, na sua defesa, alega, às folhas 18 a 22, que o preposto autuante não é competente para lavratura do presente Auto de Infração, juntando legislação que julga embasar seu convencimento. Argumenta, porém, que não faz referência ao trabalho demostrado na apuração do quanto é devedora do imposto lançado pelo Auditor Fiscal, que, no cumprimento do dever legal, assim o fez. Afirma que o contribuinte utiliza de argumentos meramente protelatórios, que nada mudam o trabalho do preposto fiscal em tela. Baseado nos dados fornecidos pelo contribuinte, sustenta que é de competência do fisco baiano apurar o quanto lhe é devido, caso o contribuinte não recolha no prazo e tempo determinado pela legislação vigente.

Transcreve teor do Ofício nº 51/2021, do Procurador Geral do Estado da Bahia, no qual foi emitido parecer reconhecendo que é legalmente permitido, ao Auditor fiscal, lavrar auto de infração, conforme abaixo:

"A fim de adequar as atividades de fiscalização tributação à recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) relativa a ADI 4233, voltamos a solicitar orientação de cumprimento, destacando as seguintes questões pelo seu potencial de controvérsia e por conta de discussões ocorridas no âmbito da Sefaz:

- 1. A função fiscalizadora dos Agentes de Tributos Estaduais fica mantida, abrangendo todas as atividades relacionadas no artigo 28 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, com exceção daqueles previstas nos seus incisos VI e VII*
- 2. Enquanto não houver Agentes de Tributos Estaduais investidos no cargo após a edição da Lei 8.210, de 22 de março de 2002, através de concurso público com exigência de nível superior, compete exclusivamente aos Auditores Fiscais constituir créditos, inclusive na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo simples nacional*
- 3. Para fiel cumprimento da decisão do STF relativa à ADI 4233 é dispensável promover ajustes imediatos na legislação estadual"*

Neste contesto, o despacho proferido na ADI nº 4233 também tem entendimento favorável à legalidade do Auditor Fiscal lavrar auto de infração:

Trata-se de questionamento complementar oriundo da SEFAZ visando novos esclarecimentos acerca dos efeitos da decisão proferida pelo STF nos autos da ADI 4233.

De início, vale salientar que ainda não há acórdão publicado de forma que o convencimento sobre o alcance e extensão é retirado da ata de julgamento, bem como do voto do Min. Alexandre de Moraes (Relator designado), disponibilizado na ocasião do julgamento virtual.

Nesse contexto, reafirma-se que o racional da decisão do STF foi estabelecer que (i) as atividades de planejamento, coordenação e constituição de crédito tributário relativo às operações de trânsito e de empresas optantes do SIMPLES podem ser atribuídas ao ATE mas, por demandarem formação em curso superior, (ii) somente podem ser exercidas por ATE que ingresse no cargo mediante concurso de nível superior.

No curso do julgamento, não houve consideração do fato de que todos os ATE atualmente na ativa são egressos do concurso de nível médio, de forma que a decisão necessariamente implica na limitação das atividades de coordenação do lançamento tributário aos Auditores. Essa e outras questões paralelas, situações concretas e eventual necessidade de ajustamento da legislação baiana não foram tratadas no âmbito da ADI e, dependendo da relevância para a causa, poderão ser objeto de embargos de declaração, tudo a depender do inteiro teor do acórdão.

Dito isso, passo à resposta às indagações:

1) A atividade de constituição de crédito tributário, bem como a função fiscalizadora *lato sensu* (planejamento, coordenação e execução das atividades de fiscalização) foram compreendidas pelo STF como privativas de servidor investido no cargo por concurso público de nível superior. Daí advir a decisão de dar interpretação conforme à Constituição Federal “para excluir do âmbito de incidência dos incisos I e II do art. 2º da Lei 11.470/09, os Agentes de Tributos Estaduais cuja investidura se deu em data anterior à Lei 8.210/02”. As demais providências complementares e acessórias ao lançamento tributário não foram alcançadas pela modificação legislativa e, portanto, não foram vedadas pelo STF aos atuais ATE.

2) Sim, os Auditores deverão promover o lançamento tributário nas hipóteses em tela, pois possuem atribuição funcional para tanto.

3) O fiel cumprimento da decisão do STF dependerá do exame dos termos finais do acórdão e, ainda, da decisão a ser proferida no bojo dos embargos de declaração que serão apresentados para modulação de seus efeitos e outros esclarecimentos que se façam necessários. Eventuais ajustes na legislação devem ser examinados sob a ótica da eficiência administrativa e do interesse da arrecadação tributária, de forma que não haja prejuízo à função precípua de fiscalização de tributos estaduais.

São as informações a respeito, permanecendo à disposição para qualquer outro esclarecimento”.

Portanto, em conformidade com o apurado, a autoridade fiscal conclui a sua peça informativa, asseverando que o contribuinte, acima mencionado, é devedor do quantum consta no presente Auto de Infração, por ser de inteira Justiça. Salvo melhor juízo.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de exigência fiscal decorrente de uma única infração, descrita como “*Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pela Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado*”.

O Sujeito Passivo se opôs, alegando incompetência da autoridade fiscal para efetivar o lançamento, ao argumento de que os auditores fiscais não possuem competência para fiscalizar empresas enquadradas no Simples Nacional.

Quanto à competência para a fiscalização de empresas enquadradas no regime do Simples Nacional, tal matéria se encontra disciplinada pela Lei nº 8.210/02, que reestrutura o Grupo Ocupacional Fisco da Secretaria da Fazenda, cujo art. 6º, inciso I, alínea “a” assim dispõe.

“Art. 6º - São atribuições dos titulares dos cargos de Auditor Fiscal:

I - constituir privativamente:

a) 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;
... (grifos acrescidos).”

Uma leitura menos atenta do texto legal pode levar à interpretação, a contrário senso, de que os ocupantes do cargo de Auditor Fiscal não poderiam “constituir” créditos tributários junto aos estabelecimentos optantes pelo Simples Nacional.

Esse não é, todavia, o melhor entendimento, vez que a ressalva existente na alínea “a”, do inciso I, do art. 6º da Lei nº 8.210/02, acima reproduzida, não diz respeito à capacidade para constituir créditos tributários, mas sim ao “caráter privativo” da competência atribuída aos Auditores Fiscais, haja vista que tal prerrogativa deve conviver com aquela outra atribuída aos Agentes de Tributo.

Nesse sentido, foi o Despacho da Procuradoria Judicial da PGE (em atuação junto ao Distrito Federal), emitido em resposta a Consulta formulada pelo Secretário da Fazenda, encaminhada através de Ofício GAB nº 45/2020, quando entendeu que os Auditores Fiscais possuem competência plena para constituir créditos tributários, conforme abaixo.

“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 (grifo acrescido). 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."

Nem poderia, aliás, ser diferente, pois a interpretação restritiva da competência atribuída aos ocupantes do cargo de Auditor Fiscal agride ao interesse público, já que aponta para consolidar o entendimento que, uma vez prevalecente, estabeleceria um vácuo legal no exercício das prerrogativas constitutivas do crédito tributário, na seara do trânsito de mercadorias e das empresas optantes pelo Simples Nacional.

Ora, tal tese não pode conviver com o princípio da continuidade da atividade pública, indispensável à arrecadação de tributos e ao provimento de recursos para custear a prestação dos serviços públicos indispensáveis ao regular funcionamento da vida em comum.

Assim, afasto a arguição de nulidade, haja vista que os auditores fiscais possuem competência plena para constituir créditos tributários, inclusive junto a empresas optantes pelo Simples Nacional.

No mérito, o Sujeito Passivo nada aduziu, sucumbindo às provas acostadas ao processo.

Do exposto, julgo PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 089604.0115/22-0, lavrado contra EDILEUZA S M FARJALA DE ALMEIDA, devendo ser intimado, o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 390.727,35, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de março de 2025.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR