

A. I. N ° - 269130.0051/19-3
AUTUADO - LEIZER APARECIDA E ONDUMAR FERREIRA LTDA.
AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLO
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ OESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 03/02/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0265-04/21-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. SAÍDAS POSTERIORES TRIBUTADAS. MULTA. É legal a exigência do ICMS por antecipação parcial quando comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização. Infração caracterizada. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/12/2019, exige multa, no valor de R\$118.556,05, sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posteriormente tributada normalmente.

O autuado através de advogado legalmente habilitado ingressa com defesa, fls. 08 a 17, e preliminarmente, pós falar sobre a tempestividade da apresentação da mesma, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, requer que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente ao advogado JUVENAL SÉRGIO OLIVEIRA – OAB/BA 44.711, e dirigidas ao endereço constante do rodapé da presente petição, sob pena de nulidade.

Após transcrever o teor da infração diz que a mesma não merece prosperar por dois motivos:

1º) A ação fiscal se baseia na EFD, e, *no entanto*, a autuada não foi intimada para corrigir as inconsistências de sua escrituração fiscal digital, como determina o artigo 247, § 4º do RICMS/BA (vigente há época da ocorrência);

2º) Tal imputação de infração deixou de observar que a partir de janeiro de 2018 o Decreto nº 18.219/2017 revogou o Decreto nº 12.413/12, que vedava a utilização de créditos de ICMS, conforme consta do § 2º do artigo 1º do Decreto revogado. Tudo porque a autuada adquiriu suas mercadorias dos atacadistas relacionados no anexo único do Decreto revogado e obedeceu ao regramento nele constante, como se pode observar nas notas fiscais em anexo (Doc. 03).

Por tais motivos esta Junta de Julgamento Fiscal, se não decidir pela nulidade da ação fiscal, certamente a julgará improcedente, consoante às razões de fato e de direito que passa a expor:

Transcreve o disposto no art. 2º do RPAF e diz que tal enunciado nos remete aos princípios de direito invoca necessariamente a Constituição Cidadã, marco histórico da nova era democrática que nos coloca no mesmo cenário político daqueles que vivenciam o estado de direito. Sendo assim, não há como olvidar os direitos e garantias fundamentais assegurados pela nossa Carta Magna.

O Código Tributário Nacional, Lei Complementar à Constituição, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível como forma de proteger o contribuinte. Evidencia-se tal afirmativa principalmente no artigo 112 do CTN quando se usa o princípio do *in dubio pro contribuinte*.

Fala sobre a função fiscal e diz que a mesma está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal. Nesse sentido não podem prosperar tais imputações devido aos vícios que possuem, o que levará fatalmente a decretação da sua NULIDADE.

Em seguida aduz que autuante lavrou o auto de infração em apreço, sem intimar o Contribuinte para retificar a escrituração fiscal digital – EFD e sem observar o prazo legal de 30 dias para entrega ou retificação da EFD, conforme preceitua o artigo 247, § 4º do RICMS/BA (vigente há época da ocorrência). Portanto, quando o autuante não concede prazo correto para entrega ou retificação da EFD, deixa de observar o devido processo legal incorrendo em nulidade.

Neste tocante, não se encontra no processo administrativo em comento, qualquer intimação com prazo de 30 dias para envio ou para retificação de sua escrituração fiscal digital - EFD apresentada com inconsistências. Portanto, em relação a sua EFD, não foi estabelecido na intimação o prazo previsto no art. 247 § 4º do RICMS/BA, haja vista que o Decreto nº 13.780/12, estabelece que em caso de não entrega ou em entrega com inconsistências, deve ser fornecida ao contribuinte, o prazo de trinta dias para entrega ou correção da EFD.

Assim, como o autuante não observou os requisitos previstos na legislação pertinente, ou seja, não concedeu a autuada o prazo legal para que fossem retificadas as EFDs, é absolutamente nula a referida infração por inobservância do devido processo legal, nos termos do art. 18, II, do RPAF estadual. Assim, tal falha é insanável haja vista que não se trata de incorreção eventual, devido ao equívoco no procedimento fiscal, o que comprometeu a sua eficácia, implicando nulidade da autuação.

Abre o tópico denominado *“Da cobrança indevida face a revogação do Decreto Nº 14.213/12”*, dizendo que o mencionado Decreto, dispõe sobre a vedação da utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único deste Decreto, contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975. O crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente foi admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo Único deste Decreto.

Frisa que o Convênio ICMS 190/2017, dispõe, nos termos autorizados na Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017, sobre a remissão de créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre as correspondentes reinstituições.

De acordo com a Cláusula oitava, do referido Convênio ICMS 190/2017 foram remidos e anistiados os créditos tributários do ICMS, constituídos ou não, decorrentes dos benefícios fiscais instituídos, por legislação estadual ou distrital publicada até 8 de agosto de 2017, em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal.

No caso em apreço, o que se vê é que os valores constantes no presente lançamento, decorrentes do Decreto 12.413/2012, em consonância com o previsto no Convênio ICMS 190/2017, não devem ser exigidos, já que foram remidos e anistiados os créditos tributários constituídos, decorrentes do mencionado Decreto, razão porque deve-se concluir pela insubsistência da autuação fiscal.

Transcreve decisões deste Consef e do Poder Judiciário da Bahia, bem como o Superior Tribunal de Justiça, para corroborar a sua tese.

Finaliza requerendo a nulidade total do referido Auto de Infração e, se assim não entender, por precaução, subsidiariamente, que decida pela sua IMPROCEDÊNCIA, por ser de direito e da mais LÍDIMA JUSTIÇA.

A autuante presta Informação Fiscal, às fls. 348 a 356, fazendo um resumo dos argumentos defensivos e em seguida diz que em relação a afirmativa da autuada de não ter sido intimada para correção de inconsistências comprometendo a legalidade da autuação a empresa engana-se redondamente, pois o parágrafo indicado pela autuada foi revogado no mesmo dia do envio do

Termo de início de Fiscalização.

Observa também, que as condições para a emissão da intimação não foram atendidas pois as EFDs foram entregues e não se trata de inconsistência.

Frisa que a não emissão da intimação não compromete o atendimento aos preceitos legais aplicáveis aos trabalhos de auditoria, de modo que não cabe falar em nulidade por falta de observância do devido processo legal e em momento algum a fiscalização preteriu o direito de defesa da autuada, que, evidentemente o exerceu plenamente, razão da elaboração dessa informação fiscal.

Aduz que a autuada assinala, como segunda razão para a nulidade do processo, o Decreto nº 18.219/2017 (DOE de 26/01/2018), por meio do qual, o Governador do Estado da Bahia REVOGOU na integralidade o Decreto nº 14.213/2012, com efeitos válidos a partir de 27 de janeiro de 2018. Entretanto, o referido decreto informava quais créditos seriam vedados e quais aceitos para fins de dedução no cálculo da Antecipação Parcial/Antecipação por substituição apenas dentro da Bahia.

A fiscalização, como atividade vinculada calculou a antecipação parcial exatamente como previsto no art. 12 da Lei nº 7.014/96 e frisa que até a revogação do decreto de 2012 o crédito a abater seria no mínimo o valor da Bc x Alíquota interestadual. No período auditado 2019, o crédito é o valor destacado no documento fiscal.

Assim, o argumento de que “os créditos não devem ser exigidos” atenta contra a legislação vigente, não podendo ser aceito pela fiscalização, atividade vinculada que é, ressaltando que na lista de itens cuja AP foi calculada não há mercadorias isentas ou ST.

Transcreve o teor do art. 18 do RPAF e afirma que o servidor que lavrou o auto é competente para fazê-lo; a empresa teve, tem e exerceu seu direito de defesa; ainda não foi tomada decisão a respeito do processo; a infração e o infrator estão claramente definidos. Não há, portanto, razões para a nulidade do processo.

Finaliza opinando pela cobrança integral do auto de infração.

VOTO

A acusação fiscal diz respeito a multa sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posteriormente tributada normalmente.

O autuado, valendo-se de interpretação ao Art. 247, § 4º do RICMS/BA, arguiu que deveria ter sido intimado pela fiscalização, com a concessão de 30 dias para entrega ou retificação da EFD. Reconhece que houve equívoco na escrituração das notas fiscais objeto do presente lançamento e por outro lado deixou de se apropriar de créditos advindos de notas fiscais idôneas.

De início destaco que o referido § 4º do Art. 247 do RICMS/BA, foi revogado através do Decreto nº 19.274, de 04/10/10, efeitos a partir de 01/11/19, data anterior ao início da ação fiscal, ocorrido em 08/11/2019, oportunidade em que o contribuinte tomou ciência da intimação, enviada através de DT-e, comunicando o início da fiscalização, conforme se verifica através do documento anexado à fl. 03.

Ademais, o que se exige é cobrança de multa no percentual de 60% sobre o valor que deveria ter sido recolhido a título de antecipação parcial, diferentemente da interpretação do autuado, ao citar o Art. 247, § 4º do RICMS/BA, como sendo mera inconsistência no envio da EFD, passível de correção, quando intimado pelo Fisco nesse sentido.

Logo, no caso presente, ainda que o § 4º do Art. 247 do RICMS/BA estivesse vigente, não se trata de situação passível de concessão de prazo de trinta dias para escrituração de notas fiscais não

registradas, pois não é caso de inconsistência na EFD, pois, de tudo que consta dos autos, tem-se que a ação fiscal tomou por base o exame levado a efeito na EFD do autuado, não tendo detectado ou apontado qualquer inconsistência nos arquivos magnéticos por ele transmitidos, mas, repito, detectou utilização indevida de crédito fiscal.

Assim é que, por não vislumbrar falha procedimental do autuante ao não intimar o autuado, com concessão de prazo de trinta dias para, neste caso, processar o refazimento de sua escrita fiscal referente ao exercício fiscalizado, é que não acolho este pedido de nulidade do Auto de Infração.

No mérito, o sujeito passivo assevera ser indevida a acusação, pois o Estado da Bahia revogou o Decreto nº 14.213/12, visando a não exigência fiscal sobre as isenções, incentivos e benefícios fiscais, em consonância com o estabelecido no Convênio ICMS 190/2017.

O mencionado Decreto, tratava sobre a vedação da utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único deste Decreto, contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975.

Assim, o crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente era admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo Único do Decreto.

O Convênio ICMS 190/2017, dispõe sobre a remissão de créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre as correspondentes reinstituições.

De acordo com a Cláusula oitava, do referido Convênio ICMS 190/2017 foram remidos e anistiados os créditos tributários do ICMS, constituídos ou não, decorrentes dos benefícios fiscais instituídos, por legislação estadual ou distrital publicada até 8 de agosto de 2017, em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal.

Ocorre que no caso presente, verifico que os fatos geradores ocorreram no exercício de 2019, e o Decreto nº 14.213/12 foi revogado através do Decreto nº 18.219 de 26 de janeiro de 2018.

No mais, determina o art. 12-A da Lei nº 7014/96:

***Art. 12-A.** Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.*

E o RICMS/12, a respeito do momento do recolhimento do imposto determina (redação da época dos fatos geradores):

***Art. 332.** O recolhimento do ICMS será feito*

III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo: (Grifo acrescido)

b) não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS;

Portanto, o impugnante obrigado está, por dever legal, a recolher o ICMS devido por antecipação parcial de suas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, o que não ocorreu, razão pela qual se exige a multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96, já que as saídas dessas mesmas mercadorias foram tributadas normalmente.

Em relação ao cálculo do imposto que deveria ter sido recolhido o qual foi aplicada a multa no percentual de 60% observo que foi obedecido o disposto no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, ou seja, foi deduzido o imposto quando destacado no documento fiscal de aquisição.

Ante o exposto, 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 **269130.0051/19-3**, lavrado contra **LEIZER APARECIDA E ONDUMAR FERREIRA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$118.556,05**, 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, 09 de dezembro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR