

PROCESSO	- A. I. N° 210374.0006/18-7
RECORRENTE	- BERNADETE MODESTO FERREIRA SILVA
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0023-04/21-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / INFRAZ ITABERABA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 19.05.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0112-11/24-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. É devida a antecipação parcial do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, por empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional. Não é devida a antecipação na aquisição de mercadoria não destinada à comercialização. Aquisição de mercadoria destinada a mostruário excluída do levantamento fiscal que embasou a autuação. Não há nos autos elementos probatórios capazes de obliterar a parte remanescente da imputação fiscal. Não elidida a presunção de legitimidade da autuação prevista no Art. 143 do RPAF/BA (Decreto n° 7.629/99). Infração parcialmente subsistente. NULIDADE: Não acolhida a preliminar de nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão recorrida julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide lavrado em 28/06/2018, para exigir crédito tributário no valor histórico principal de R\$ 36.199,94 (trinta e seis mil, cento e noventa e nove reais e noventa e quatro centavos), em decorrência da seguinte imputação:

Infração 01 - 07.21.03: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, 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. Fatos geradores ocorridos nos meses de abril de 2014; novembro de 2015; julho a novembro de 2016; fevereiro a setembro, novembro e dezembro de 2017. Enquadramento legal: Art. 12-A da Lei 7.014/96 C/C art. 321, VII, “a” do RICMS publicado pelo Decreto 13.780/2012. Multa de 60% prevista no Art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

O Contribuinte foi notificado do Auto de Infração e ingressou com defesa administrativa às fls. 153/167. Em informação fiscal acostada aos autos às fls. 181 a 183. Cientificada da informação fiscal, a impugnante apresenta tempestivamente duas manifestações de teor semelhante.

Em Pauta Suplementar, sessão de 29/03/2019, em face das manifestações defensivas, de fls. 186/194 e 196/204, nas quais a impugnante alega que: (i) o Autuante não apresentou o demonstrativo que lastreou a acusação fiscal; (ii) a falta de apresentação do demonstrativo que fundamenta a imputação impede o sujeito passivo de verificar quais as Notas Fiscais que devem ser segregadas da receita declaradas nas PGDAS; e (iii) não se vislumbra nos autos a comprovação da entrega dos relatórios, demonstrativos e documentos que fundamentaram as acusações fiscais, de forma a proporcionar ao contribuinte plenas condições de exercer o seu direito de defesa. E, em razão de ter sido observado que não havia nos autos comprovação de entrega, ao Contribuinte, dos

demonstrativos de fls. 06 a 26, e da mídia de CD, de fl. 150, que embasaram a lavratura do Auto de Infração em lide.

A 1^a JJF decidiu converter o presente processo em diligência (fls. 240/241) à INFRAZ ITABERABA, para que:

1. “O Autuante produza Informação Fiscal acerca das Manifestações defensivas apresentadas pela Autuada, às fls. 186/194 e 196/204, especialmente no que tange à alegação de que a fiscalização não apresentou os relatórios, demonstrativos e documentos que fundamentaram as acusações fiscais, de forma a proporcionar ao contribuinte plenas condições de exercer o seu direito de defesa;
2. Seja anexada aos autos a comprovação de entrega, ao Contribuinte, dos demonstrativos de fls. 06 a 26, e da mídia de CD, de fls. 150, que embasaram a lavratura do Auto de Infração em lide;
3. Na hipótese da inexistência da mencionada comprovação, entregar ao Sujeito Passivo, mediante intimação com recibo específico que deverá ser anexado aos autos, cópia dos demonstrativos de fls. 06 a 26, e da mídia de CD, de fls. 150, que embasaram a lavratura do Auto de Infração em lide, reabrindo o prazo de defesa (60 dias) para o mesmo se manifestar, querendo (arts. 123, 138, § 1º e 146 do RPAF/BA - Decreto nº 7.629/1999).

Após a execução das providências acima solicitadas, na hipótese da apresentação de nova manifestação defensiva pela Autuada, encaminhar o PAF ao Autuante para a produção de nova Informação Fiscal”..

Em atendimento ao solicitado na diligência, o autuante anexou aos autos, à fl. 248, que embasaram a lavratura do Auto de Infração em lide, e produziu nova informação fiscal (fls. 249/250). Cientificado o autuado, de fls. 252/253, do resultado da diligência. Em manifestação do autuante produz uma terceira informação fiscal (fls.277/278). Anexou três cópias de DANFES (fls. 269 a 271), as quais apenas servem para ratificar a legitimidade do débito, já que são mercadorias destinadas à comercialização, estão sujeitas à antecipação parcial e fazem parte da planilha de folhas 06 a 22 do PAF.

Após a devida instrução processual, a 4^a JJF assim decidiu:

VOTO

O Auto de Infração em lide, totalizou o valor histórico principal de R\$ 36.199,94 (trinta e seis mil, cento e noventa e nove reais e noventa e quatro centavos), e é composto de 01 (uma) Infração, detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Preliminarmente, registro que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo, são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

(...)”

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário:

“CTN - LEI N° 5.172/1966

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)”

Destaco ainda, que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato:

"RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

(...)"

No caso concreto, o contribuinte suscita a nulidade do Lançamento de Ofício, alegando que: (i) o autuante não apresentou o demonstrativo que lastreou a acusação fiscal; (ii) a falta de apresentação do demonstrativo que fundamenta a imputação impede o sujeito passivo de verificar quais as Notas Fiscais que devem ser segregadas das receitas declaradas nas PGDAS; (iii) não se vislumbra nos autos a comprovação da entrega dos relatórios, demonstrativos e documentos que fundamentaram a acusação fiscal, de forma a proporcionar ao contribuinte plenas condições de exercer o seu direito de defesa; (iv) não existe nenhum levantamento ou demonstrativo que indique de onde vieram tais valores, que faça referência a notas fiscais, bases de cálculo ou qualquer método de apuração de tais valores, que demonstrassem a procedência da acusação; (v) não há como se saber qual foi o critério adotado pelo agente fiscal na quantificação da base de cálculo.

Passo então a apreciar a nulidade suscitada, mediante a argumentação que se segue.

Após verificar o resultado da diligência (fls. 240/241), concretizado pela informação fiscal de fls. 249/250, constato que: (i) fora anexado aos autos, às fls. 248, comprovação da entrega à autuada, de cópia dos demonstrativos de fls. 06 a 26, e da mídia de CD, de fls. 150, que embasaram a lavratura do Auto de Infração; (ii) a rubrica do representante da empresa (fls. 27), consta em todas as folhas dos demonstrativos, de folhas 06 a 26, que embasaram o lançamento, fato que indica que estas mesmas planilhas foram entregues no momento da ciência do Auto de Infração; (iii) ainda assim, fora reaberto o prazo de defesa de 60 (sessenta) dias (fls. 252/253) para o contribuinte se manifestar, querendo; (iv) os demonstrativos de fls. 06 a 26 indicam claramente de onde vieram os valores lançados, fazendo referência às notas fiscais arroladas no levantamento, as bases de cálculo consideradas e o método de apuração destes valores, evidenciando o critério adotado pelo agente fiscal na quantificação da base de cálculo. Assim, não procedem as alegações defensivas apresentadas pela defendant como motivos capazes de justificar o seu pedido de nulidade. Afasto, portanto, a nulidade suscitada contra o Auto de Infração, em lide.

Na sequência, após análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico que: (i) a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível; (ii) foram determinados, com segurança, a infração e o infrator; (iii) foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; e (iv) não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Portanto, o mesmo está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do Art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No que tange ao mérito da autuação, nas peças defensivas interpostas neste PAF (fls. 153 a 167; fls. 186 a 193; fls. 196 a 203 e fls. 255 a 271), a Autuada suscitou a improcedência do Lançamento, alegando falta de motivação para a lavratura do Auto de Infração em tela, a qual estaria caracterizada pela cobrança de ICMS por antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros Estados: (a) com base de cálculo reduzida; (b) com ICMS retido na fonte por substituição tributária; (c) sobre mercadorias isentas; (d) destinadas a uso/consumo; (e) destinadas ao ativo imobilizado; e (f) outras não tributadas, tais como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, etc., anexando cópias dos DANFES das Notas Fiscais nºs 45.762, de 09/09/2016 (fls. 271); 2.640, de 28/10/2016 (fls. 270) e 3.249; de 20/04/2017 (fls. 269), buscando comprovar a existência de operações isentas que entende incluídas no levantamento fiscal que deu origem ao lançamento.

No que concerne à suposta ausência de motivação para a lavratura do Auto de Infração, arguida pela Defendente, restou evidenciado nos documentos e elementos produzidos pelo Autuante, ao longo da ação fiscal, em especial nos Demonstrativos de apuração do imposto a ser exigido (fls. 06 a 26), que a autuação se deu em razão da constatação de falta de recolhimento do ICMS/Antecipação Parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, caracterizando a existência de motivação necessária para a efetuação do Lançamento de Ofício pelo Autuante. Não assiste razão à Autuada.

Por sua vez, o Art. 12-A da Lei nº 7014/1996, define que as aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, dentre as quais, se encontram aquelas listadas nos Demonstrativos de fls. 06 a 26, que embasaram a exigência fiscal, ficam sujeitas à antecipação parcial do ICMS, sem encerramento da fase de tributação, independentemente do regime de apuração adotado pelo contribuinte, exceto na hipótese daquelas, cujas operações internas sejam acobertadas por: (i) isenção; (ii) não incidência; ou (iii) antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação, estando a Autuada enquadrada nesta hipótese:

"Lei nº 7014/1996

(...)

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.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I - isenção;

II - não-incidência;

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

(...)

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

(...)

III - em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 12-A, o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição.

(...)"

Verifico que, embora a Autuada tenha afirmado em sede de suas peças defensivas, que houve cobrança indevida do ICMS por antecipação parcial sobre aquisições de mercadorias provenientes de outros Estados: (a) com base de cálculo reduzida; (b) com ICMS retido na fonte por substituição tributária; (c) sobre mercadorias isentas; (d) destinadas a uso/consumo; (e) destinadas ao ativo imobilizado; e (f) outras não tributadas, tais como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, etc., à exceção da Nota Fiscal nº 45.762, de 09/09/2016 (fls. 271), cujas mercadorias se destinam a mostruário, conforme nota contida no campo “DADOS ADICIONAIS”, não há no PAF mais nenhum outro documento ou elemento probatório capaz de comprovar tais alegações defensivas. Entendo que a referida nota fiscal deve ser excluída do levantamento fiscal (fls. 06 a 26) que embasou a autuação.

Julgo, portanto, que no presente caso, está caracterizada a responsabilidade do Sujeito Passivo pelo lançamento e recolhimento do ICMS que remanesceu após a exclusão da Nota Fiscal nº 45.762, de 09/09/2016 (fls. 271), do levantamento fiscal que dá supedâneo à autuação em lide, referente à antecipação parcial do ICMS, sem encerramento da fase de tributação, nas aquisições interestaduais das mercadorias arroladas nos Demonstrativos de fls. 06 a 26, em especial pelo fato daquele não ter trazido aos autos outros documentos e/ou outros elementos probatórios, capazes de obliterar a imputação fiscal descritas linhas acima, em relação ao crédito tributário que restou exigido após a retirada do imposto relacionado com o documento fiscal acima referenciado, vez que, na dicção do Art. 123, § 5º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), abaixo reproduzido, caberia à Autuada apresentar provas capazes de elidir a exigência fiscal, na fase de Impugnação do Lançamento:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação.

(...)

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

(...)"

Destarte, como a única prova documental apresentada nas peças de defesa interpostas foi a Nota Fiscal nº 45.762, de 09/09/2016 (fls. 271), considero que houve apenas a negativa de cometimento da infração, relativamente às demais aquisições interestaduais de mercadorias, acobertadas pelas notas fiscais arroladas nos Demonstrativos de fls. 06 a 26, fato que, à luz do disposto no Art. 143 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), também abaixo reproduzido, não desonera o Contribuinte de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

(...)"

In fine, após a exclusão do valor de ICMS de R\$ 54,83, correspondente à ocorrência relacionada com a Nota Fiscal nº 45.762, de 09/09/2016 (fls. 271), reduzindo o valor do crédito reclamado referente ao mês de setembro/2016, de R\$ 2.179,68 para R\$ 2.124,85, concluo que, no que tange à:

Infração 01 - 07.21.03 - que trata da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, 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, remanesce a exigência fiscal relativa às demais ocorrências arroladas no Demonstrativo fiscal de fls. 06 a 26, as quais não foram elididas pelas razões anteriormente explicitadas, no valor histórico principal de R\$ 36.145,11 (trinta e seis mil, cento e quarenta e cinco reais e onze centavos). Infração parcialmente procedente.

Pelas razões acima expostas, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com redução do valor histórico total da exigência fiscal, de R\$ 36.199,94 (trinta e seis mil, cento e noventa e nove reais e noventa e quatro centavos), para R\$ 36.145,11 (trinta e seis mil, cento e quarenta e cinco reais e onze centavos).

O advogado do recorrente interpõe Recurso Voluntário, às fls. 300/08, onde teceu o seguinte:

Reporta que constata-se nos autos do processo administrativo fiscal em apreço, a ilustre autuante procedeu de forma irregular, ao lavrar o Auto de Infração em tela, realizando a cobrança de ICMS por antecipação parcial referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação com base de cálculo reduzida, mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, sobre mercadorias isentas, para uso/consumo, ativo imobilizado, mercadorias não tributadas como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, etc.

Evidencia que as Notas Fiscais em anexo (Doc. 01) são oriundas dos estados de Minas Gerais, Goiás, Espírito Santo, Pernambuco e Paraíba, bem como se apresenta no demonstrativo do autuante, os estados origens de cada uma das Notas fiscais (Doc. 02). Destaca que não subsiste a exigência do pagamento de ICMS por antecipação parcial, sobre mercadorias que tiveram redução de base de cálculo, sofreram substituição tributária, isentas, para uso/consumo etc., porque contrariam as decisões do CONSEF/BA (A-0090-04/16; A-0017-11/15; A-0017-11/16; A-0040-05/15).

Acrescenta que o servidor público que procedeu a lavratura da referida exigência fiscal detém o cargo de AGENTE DE TRIBUTOS ESTADUAIS. Ocorre que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) considerou inaplicáveis aos agentes de tributos estaduais empossados antes da vigência da Lei Estadual nº 8.210/2002 da Bahia, sendo este o caso da referida servidora, as normas que ampliaram as atribuições desses cargos.

Pontua sobre a revogação do Decreto. Fala que a Decisão recorrida desconsiderou que a partir de janeiro de 2018, o Decreto nº 18.219/2017 revogou o Decreto nº 14.213/12, que considerava que a antecipação parcial deve ser calculada com base no valor total dos produtos que compõem uma nota fiscal, incluindo suas adições ou deduções, aplicando a diferença da alíquota interna da Bahia vezes a base de cálculo sobre a alíquota interestadual. Isto porque, consta do § 2º, do artigo 1º do decreto revogado que a vedação aos benefícios fiscais, aplicam-se ao cálculo da antecipação parcial. Tudo porque a autuada adquiriu suas mercadorias dos atacadistas relacionados no anexo único do decreto revogado e obedeceu ao regramento nele constante.

Esclarece que que os valores constantes do presente lançamento, decorrentes do Decreto nº 14.213/2012, em razão do previsto no Convênio ICMS 190/2017, não devem ser exigidos, já que foram remidos e anistiados os créditos tributários constituídos ou não, decorrentes do mencionado Decreto, haja vista que as Notas Fiscais em anexo (Doc. 01) são oriundas dos estados de Minas Gerais, Goiás, Espírito Santo, Pernambuco e Paraíba, bem como se apresenta no demonstrativo do autuante, os estados origens de cada uma das Notas fiscais (Doc. 02). Razão pela qual esta Emérita Câmara de Julgamento Fiscal se não decidir pela nulidade da ação fiscal.

Refuta 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 24/1975. Discorreu que 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 foi celebrado o Convênio ICMS 190/2017, estabelecendo os procedimentos e prazos que as unidades federadas deveriam observar para remissão dos créditos tributários decorrentes do uso de isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiros-fiscais instituídos. Em consonância com a materialização pelas unidades federadas da celebração do referido Convênio, o Estado da Bahia, por meio do Decreto nº 18.219/2018, publicado no DOE de 27/01/2018, revogou o Decreto nº 14.213/2012, visando a não exigência fiscal sobre as isenções relacionadas em seu Anexo Único, em alinhamento com a convalidação dos atos instituídos por todas as unidades federadas, nos termos da Lei Complementar nº 160/2017, e do Convênio ICMS 190/2017.

Salienta, que o Convênio ICMS 190/2017, dispõe, nos termos autorizados na Lei Complementar nº 160/2017, 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 CF, bem como sobre as correspondentes reinstituições.

Explica que, 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.

Assinala que, ao ver os valores constantes no presente lançamento, decorrentes do Decreto nº 14.213/2012, em consonância com o previsto no Convênio ICMS 190/2017, onde sustenta que 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. Colaciona decisão do CONSEF (A-0156-03/19; A-0080-0319), além de juntar decisão do STJ (STJ - RMS 31714 / MT 2010/0044507-3).

Alega inocorrência da autoridade fiscal, onde trouxe as mesmas alegações que já foram exportadas na parte inicial da peça recursal. Acrescenta que o colegiado de piso julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4233, ajuizada pelo partido Democratas (DEM). Frisa que na ADI foi arguido que os dispositivos da Lei nº 8.210/2002, que reestruturou os cargos de pessoal da Secretaria da Fazenda Estadual, e a Lei nº 11.470/2009, que ampliou as funções do cargo de agentes de tributos estaduais, resultaram em ofensa ao postulado do concurso público. Isso porque a legislação passou a exigir formação superior como requisito para acesso ao cargo de agente (antes de nível médio) e atribuiu-lhe funções típicas de auditor fiscal, como a constituição de créditos tributários referentes ao trânsito de mercadorias e aos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional.

Consignou que prevaleceu, 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. Desse modo, devem 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. Para 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 CF. Nesse sentido decretada a procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade de todos os dispositivos impugnados.

Assinala que o Auto de Infração é ato formal e conclusivo do lançamento, exigível quando apurada infração legislação tributária, geralmente precedido de uma série de outros atos, todos voltados à verificação da ocorrência do fato gerador, identificação do sujeito passivo, quantificação da base de cálculo e proposição da penalidade cabível, não se podendo entender,

portanto, o Auto de Infração exclusivamente como a peça que encerra o procedimento fiscalizatório.

Sustenta que restou 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 auditor-fiscal, uma vez que o art. 18, incisos I e IV, “a” do RPAF/BA, dispõem, serem inválidos os atos praticados por servidor incompetente.

Afirma ser 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 sendo sua a competência exclusiva para a constituição do crédito tributário.

Finaliza requerendo a Nulidade Total e Improcedência do Auto de Infração.

Acrescenta, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, solicitando 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.

VOTO

Preliminarmente, conheço o Recurso Voluntário emanado da presente Decisão, consoante os termos do art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99.

Manifesto que foram suscitadas pela Recorrente, questões preliminares e/ou prejudiciais no recurso em exame, as quais serão analisadas primeiramente e em etapa posterior, passaremos ao exame do mérito do Recurso Voluntário em comento.

No Recurso Voluntário interposto, a Recorrente suscita preliminar de nulidade lastreada na pretensa incompetência do fiscal autuante, que é agente de tributos, para a constituição do crédito tributário em questão, conforme o art. 18 do RPAF e o art. 42, II.

Temos que a legitimidade dos lançamentos de ofícios constituídos por agentes de tributos estaduais foi pacificada pelo STF. Neste caso, o STF modulou os efeitos de sua decisão para validar os lançamentos efetuados até 31/01/2024, conforme recente decisão da Corte Suprema, em fevereiro de 2024, que deu provimento parcial aos Embargos de Declaração, abaixo reproduzida:

“Decisão: (ED-terceiros) O Tribunal, por unanimidade, deu parcial provimento aos embargos de declaração opostos pelo Governador do Estado da Bahia e pela Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, para, modulando os efeitos da decisão embargada, conceder-lhes efeitos ex nunc, a partir da publicação da ata deste julgamento, preservando a validade dos atos já praticados pelos agentes de tributos estaduais que ingressaram no cargo antes da edição da Lei nº 8.210/02 do Estado da Bahia, nos termos do voto reajustado do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Ministro André Mendonça. Impedido o Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente). Presidiu o julgamento o Ministro Edson Fachin (Vice-Presidente). Plenário, 1º.2.2024.

Rejeitada preliminar de nulidade.

Encerrada a análise das preliminares suscitadas, passo ao exame do mérito do Recurso Voluntário.

No mérito da peça recursal, a Recorrente a princípio argumenta que nos autos ocorreu cobrança irregular de antecipação parcial referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação com base de cálculo reduzida, mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, sobre mercadorias isentas, para uso/consumo, ativo imobilizado, mercadorias não tributadas como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, etc.

Tal afirmação não encontra guarida na documentação acostada no presente recurso (DOC 1), haja vista que pelo exame detalhado das notas fiscais colacionadas (fls. 310 a 375), não foram encontradas NFs nas situações tributárias acima descritas, de maneira oposta, todos os documentos apresentados na peça recursal foram emitidos com o Código de Situação Tributária – CST 000 (mercadoria tributada integralmente) e CFOP 6101 (venda interestadual de mercadoria produzida pelo remetente).

Portanto, a cobrança do ICMS da antecipação parcial referente a documentação integrante deste recurso é devida por se enquadrar perfeitamente no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, a seguir transcrito:

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.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I - isenção;

II - não-incidência;

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

(...)

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

(...)

III - em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 12-A, o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição.

(...)"

O Decreto nº 18.219/2017 revogou o Decreto nº 14.213/12, que considerava a antecipação parcial. A Recorrente argumenta que a Decisão recorrida desconsiderou que a partir de janeiro de 2018, deveria ser calculada com base no valor total dos produtos que compõem uma nota fiscal, incluindo suas adições ou deduções, aplicando a diferença da alíquota interna da Bahia vezes a base de cálculo sobre a alíquota interestadual, bem como afirmar que os valores constantes do presente lançamento, decorrentes do Decreto nº 14.213/2012, em razão do previsto no Convênio ICMS 190/2017, não devem ser exigidos, já que foram remidos e anistiados os créditos tributários constituídos ou não, decorrentes do mencionado Decreto.

No que se refere ao Decreto nº 14.213/12, temos que esta norma legal teve sua vigência plena de efeitos durante o período de 01/12/2012 a em 26 de janeiro de 2018, tendo sido revogado pelo Decreto nº 18.219/2017.

O fulcro deste decreto se pautava na vedação a utilização créditos fiscais pelos contribuintes adquirentes estabelecidos neste estado relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS NÃO AUTORIZADO por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75.

Em seu parágrafo segundo, o referido decreto inclui na hipótese de vedação do crédito no cálculo do ICMS do imposto devido por substituição tributária e antecipação parcial.

Decreto nº 14.213/2012

Art. 1º Fica vedada a 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.

§ 1º O crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo Único deste Decreto.

§ 2º O disposto no caput deste artigo também se aplica ao cálculo do imposto devido por substituição tributária e por antecipação tributária parcial.

Da verificação dos cálculos do ICMS devido da antecipação parcial realizada pelo autuante constante no lançamento de ofício (fls. 06 a 26), constata-se que não foi aplicada a vedação de créditos fiscais prevista no art. 1º do Decreto nº 14.213/12 (relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS NÃO AUTORIZADO por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75), tendo o valor do imposto antecipado sido apurado mediante a aplicação da diferença entre as alíquotas interna e a interestadual, sobre a base de cálculo do ICMS presente no documento fiscal acrescida do IPI.

Desta forma, pelo acima exposto, não procede o apelo da Recorrente pela insubsistência da

cobrança fundamentada na condição de que os valores constantes no presente lançamento são decorrentes do Decreto nº 14.213/2012, e, portanto, estariam sujeitos ao benefício da remissão e anistia prevista na Cláusula oitava do Convênio ICMS 190/2017, no qual o estado da Bahia figura como signatário.

Com relação a solicitação da Recorrente de que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos e endereçadas ao endereço constante do rodapé do Recurso Voluntário, acolho em nome do princípio da celeridade processual.

Pelo exposto, me alinho a posição do julgador de piso que em seu voto condutor assevera que está caracterizada a responsabilidade do Sujeito Passivo pelo lançamento e recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial do ICMS, sem encerramento da fase de tributação, pelo fato daquele não ter trazido aos autos outros documentos e/ou outros elementos probatórios, capazes de elidir a imputação fiscal.

Voto pela manutenção da Decisão recorrida e NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 210374.0006/18-7, lavrado contra **BERNADETE MODESTO FERREIRA SILVA**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 36.145,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ERICK VASCONCELOS TADEU SANTANA – RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS