

A. I. N° - 436491.0005/20-3
AUTUADO - J. R. ÓTICA LTDA.
AUTUANTE - MÉRCIA DOS PRAZERES BRAMONT
ORIGEM - DAT METRO - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14/05/2024

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0081-03/24-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. A antecipação parcial é prevista no art. 12-A, da Lei nº 7.014/96, incidindo sobre as aquisições de mercadorias para comercialização, independentemente do regime de apuração. O sujeito passivo não logra em êxito em elidir a acusação fiscal. Infração caracterizada. Indeferida prejudicial de decadência e não acatada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 18/02/2020, exige crédito tributário no valor de R\$ 35.478,05, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da Infração 01 - **007.021.001**. 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, nos meses de março de 2015 a dezembro de 2019. Demonstrativo às fls. 9 a 109.

O Autuado impugna o lançamento, fl. 177 a 312, articulando os argumentos resumidos a seguir.

Requer, de início, que doravante, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos legítimos representantes legais do Autuado na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme especificados na procuração à fl. 313.

Suscita a nulidade da autuação com base no inciso I, do art. 18, do RPAF-BA/99, considerando que o lançamento foi realizado por “autoridade incompetente”. Assinala que a competência para efetivação de lançamentos de ofício é, de forma exclusiva dos Auditores Fiscais, sendo vedado aos ilustres Agentes de Tributos tal atribuição.

Destaca, reproduzindo trecho de matéria emitida pelo SINDFISCO-MS, fls. 306 e 307, frisando que, nesse sentido o STF, ADIN 4233, já formou maioria para reconhecer a inconstitucionalidade material do art. 24, e do Anexo V, da Lei 8.210/2002, bem como dos incisos I e II, do art. 2º, da Lei 11.470/2009, que retiraram atribuições privativas dos Auditores Fiscais da Bahia.

Observa que, não obstante voto da Ministra Rosa(Relatora), tenha concedido efeitos “ex tunc” à decisão, o Ministro Marco Aurélio se posicionou pela retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, o que poderá ensejar nulidades dos Autos de Infração lavrados pelos ATEs. Nesse mesmo sentido, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, nos Autos Petição Cível nº 800532-20.2019.8.05.000(Acórdão anexo), reconheceu a “incompetência funcional” dos ATEs, determinando a nulidade do PAF de nº 134838/2018(SIPRO), eis que conduzido por ATEs.

Destaca que a decisão administrativa, dessa forma viciada, teve o PAF correspondente julgado “*natimorto*”.

Assinala que mesmo ultrapassada a prejudicial acima o Poder Judiciário do Estado da Bahia vem reconhecendo a impropriedade da cobrança da antecipação parcial, de empresas do Simples Nacional, por considerar tal imposição ilegal (além de inconstitucional), conforme sentença anexa, proferida pelo Juízo da 11ª Vara de Fazenda Pública de Salvador, nos autos do Pro. 8073630-712019.8.05, cujo trecho do mérito reproduz, fls. 307 a 311.

Destaca ainda, por cautela, que as parcelas lançadas no Auto de Infração referente aos meses de março e maio de 2015, foram atingidas pela decadência do direito de constituição do crédito tributário, uma vez que o Autuado somente foi intimado do lançamento em 01/06/2020.

Por fim, frisa que o Autuado foi equiparado, para fins de pagamento da “antecipação parcial”, ao contribuinte sujeito ao regime normal, se pode dizer que deve também obter o mesmo “status”, diante das consequências do alegado não recolhimento, ou seja, da extensão do fato. Assim, nos termos do art. 112, do CTN, em caso de condenação, considerando não existir no PAF qualquer indicio de ausência de pagamento do ICMS decorrente de regime aplicável e, agravando ainda mais a situação, ante a ausência de possibilidade de utilização do crédito tributário, que lhe seja aplicada apenas a multa, na forma do § 1º, art. 42, da Lei 7.014/96.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

Conclui pugnando nulidade ou procedência do Auto de Infração.

O Autuante presta informação fiscal, às fls. 316 a 317, nos termos a seguir resumidos.

No tocante à preliminar de decadência suscitada, destaca que no exercício de 2015 o Autuado não recolheu qualquer valor a título de ICMS Antecipação Parcial. Desta forma, observa que o Impugnante entendeu ter sido observada a orientação do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0.

Ao cuidar do mérito, destaca que, como se vê dos demonstrativos que integram o presente Auto de Infração, foi apurado o ICMS Antecipação Parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias adquiridas para revenda.

Reafirma que, no período o Autuado não recolheu valor algum a título do imposto exigido no presente Auto de Infração, conforme faz prova a “Relação de DAES” às fls. 110 a 114.

Rebatendo à alegação do Autuado de que “foi equiparada, para fins de pagamento da “antecipação parcial”, ao Contribuinte sujeito ao regime normal, se pode dizer que deve também obter o mesmo “status” diante das consequências do alegado não recolhimento, ou seja, da extensão dos efeitos do fato.” afirma inexistir qualquer motivo para tal entendimento. Inclusive, o próprio Auto de Infração é de estabelecimento SIMPLES NACIONAL.

Assevera ser fato comprovado nos autos que o Autuado não recolheu o ICMS Antecipação Parcial reclamado no Auto de Infração.

Conclui requerendo a procedência do Auto de Infração.

O Patrono do Autuado, Dr. Fernando Marques Villa Flor, OAB/BA - 11.026, em sustentação oral na assentada de julgamento, reiterou todas as suas razões de defesa articuladas em sua Impugnação.

VOTO

Inicialmente, cabe enfrentar a preliminar de nulidade sob o fundamento de que o lançamento foi perpetrado por autoridade incompetente, com base no inciso I, do art. 18, do RPAF-BA/99, pelo fato de que o STF, no julgamento da ADIN 4233, já ter formado maioria para reconhecer a inconstitucionalidade material para reconhecer a inconstitucionalidade material do art. 24, e do Anexo V, da Lei 8.210/2002, bem como dos incisos I e II, do art. 2º, da Lei 11.470/2009, que retiraram atribuições privativas dos Auditores Fiscais da Bahia.

Por importante, saliento que o Supremo Tribunal Federal - STF concluiu o julgamento dos Embargos de Declaração opostos pelo Governador do Estado da Bahia e pela Assembleia Legislativa do Estado da Bahia - ALBA, relativos à ADI 4233, no Plenário, em Sessão Virtual ocorrida no período de 10/11/2023 a 20/11/2023.

Na decisão proferida pela Corte, os ministros acompanharam, à unanimidade, o voto do Relator (Ministro Alexandre de Moraes), oportunidade em que acolheram parcialmente os embargos de declaração para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade anteriormente publicada, *in verbis*:

“Voto: Diante do exposto, NÃO CONHEÇO dos Embargos de Declaração opostos pelo Sindicato dos Servidores da Fazenda do Estado da Bahia SINDSEFAZ e pela Federação dos Trabalhadores Públicos do Estado da Bahia FETRAB e ACOELHO PARCIALMENTE os 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-lhe efeitos ex tunc, a partir da data da publicação do acórdão embargado.”

Assim, como base na decisão supra aludida, no dia 20/11/2023, se verifica claramente que a Corte Suprema modulou os efeitos da sua anterior decisão de mérito (Data de Publicação DJE 29/04/2021 - ATA Nº 70/2021. DJE nº 80, divulgado em 28/04/2021) para que somente produzisse efeitos a partir do dia 29/04/2021, em diante (sem, portanto, retroagir).

Logo, os Autos de Infração lavrados pelos Agentes de Tributos Estaduais, anteriores ao dia 29/04/2021, não são afetados pela decisão do STF, devendo, esse CONSEF, avaliar regularmente a pertinência, ou não, das respectivas exigências tributárias. No que se refere aos Autos de Infração lavrados posteriormente a essa data dia 29/04/2021, tais lançamentos, se houver, devem ser julgados à luz da decisão proferida pelo STF, ou seja, devem ser DECLARADOS NULOS por incompetência da autoridade lançadora.

Pelo supra expendido, essa situação já foi ultrapassada no âmbito desse CONSEF, uma vez que de acordo com modulação proferida pelo STF, os autos lavrados até 29/04/2021 não foram alcançados pelos efeitos da ADI 4233, ou seja, os servidores citados possuíam competência para lavratura de Autos de Infração em empresas optantes pelo Simples Nacional até a supra citada data.

Portanto, como o presente Auto de Infração foi lavrado em 18/02/2020, se afigura superada a preliminar suscitada.

No que concerne a aventada prejudicial de decadência pelo Autuado relativa aos meses de março e maio de 2015, observo que em relação ao tema Decadência, a PGE - Procuradoria Geral do Estado, por meio da Procuradoria Fiscal, através da emissão do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, manifestou o entendimento de que *“Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis, apura o monte do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas”*.

Os recentes julgados, envolvendo questionamento em torno da contagem do prazo decadencial, prolatados pela Segunda Instância desse CONSEF, têm acompanhado o entendimento esposado no referido Incidente de Uniformização.

Assim, apurando-se débito não declarado e não pago (situação de total omissão, nada havendo a homologar), aplica-se as disposições do inciso I, do art. 173, do CTN. O prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado. Logo, no presente caso, sem qualquer pagamento, não há o que ser homologado. Assim, resta evidenciado que a exação atinente aos meses de março e maio de 2015.

Ademais, depois de examinar todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a Lei nº 7014/96 e o RICMS-BA/2012. A

irregularidade apurada está devidamente demonstrada nos levantamentos fiscais, que servem de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com os fatos descritos no corpo do Auto de Infração.

No mérito, o presente lançamento imputa ao sujeito passivo 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.

Em sede defesa, o Impugnante, ao cuidar especificamente acerca do mérito, alegou, tão-somente, que o estabelecimento autuado, para fins de “antecipação parcial” está sujeito “ao regime normal”, se pode dizer deve também obter o mesmo “status”, diante das consequências dos alegados não recolhimentos, ou seja, da extensão dos efeitos do fato.”

Pugnou ainda que fosse aplicada apenas a multa, no prevista no § 1º, art. 42, da Lei 7.014/96, em caso de condenação, nos termos do art. 112, do CTN, ante a inexistência nos autos de qualquer ausência de pagamento do ICMS decorrente do regime aplicado.

O Autuante, em sua informação, pugnou pela manutenção da autuação, destacando que nos demonstrativos que integram os presentes autos foi apurado o ICMS antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para revenda.

Assinalou que, no período autuado, não foi recolhido qualquer valor a título de antecipação parcial, conforme se verifica às fls. 110 a 114.

A legislação de regência que disciplina a cobrança de ICMS antecipação parcial nas aquisições interestaduais estatui normatização, *in verbis*:

Lei 7.014/96

“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.”

RICMS-BA/12

“Art. 274. No caso de antecipação parcial decorrente de aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, independentemente da receita bruta, fica concedida uma redução de 20% (vinte por cento) do valor do imposto apurado, na hipótese de o contribuinte recolher no prazo regulamentar, não cumulativa com a redução prevista no art. 273.

“Art. 321. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido:

[...]

VII - nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros estados e Distrito Federal, com ou sem encerramento da tributação;”

[...]

b) sem encerramento da tributação (antecipação parcial), hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor, sem prejuízo das reduções previstas nos arts. 273 e 274.

Da inteligência dos dispositivos normativos supra reproduzidos, nitidamente se depreende que inexistente, em seu teor, qualquer excepcionalidade que possa acolher a tese da Defesa de que o estabelecimento autuado, “para fins de “antecipação parcial” está sujeito “ao regime normal”, se pode dizer deve também obter o mesmo “status”, diante das consequências dos alegados não recolhimentos, ou seja, da extensão dos efeitos do fato”.

No tocante alegação defensiva de não existir no PAF qualquer indicio de ausência de pagamento do ICMS decorrente de regime aplicável, não converge com a realidade dos fatos, eis que constam às fls. 110 a 114, cópia das “Relação de DAES”, emitidas pelo sistema da SEFAZ, INC - Informações do Contribuinte, nas quais não constam qualquer pagamento relativo a ICMS antecipação parcial.

Depois de compulsar todos os elementos e peças que integram os autos, constato que a autuação se afigura respaldada na legislação que rege as operações sujeita à antecipação parcial do imposto, cuja exação se encontra lastreada em demonstrativos que explicitam de forma minudente a origem dos valores apurados e, o Autuado não apontou qualquer incompreensão ou inconsistência numérica nos cálculos efetuados.

Logo, resta cabalmente evidenciado nos autos que a autuação foi perpetrada de forma escoreita.

No que concerne ao pleito do Impugnante para que fosse aplicada apenas a multa, na forma do § 1º, art. 42, da Lei 7.014/96, não há como prosperar, eis que, como já explicitado, o Autuado não comprovou qualquer recolhimento no período, *in verbis*:

“§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II;”

Portanto, como a dispensa do pagamento do tributo é condicionada, para que seja aplicada a multa prevista na alínea “d” do inciso II, art. 42, da Lei 7.014/96, se afigura imperiosa a comprovação do recolhimento do imposto nas operações de saída das mercadorias com sujeição à antecipação parcial, o que não ocorrera no presente caso.

Por isso, fica indeferida a solicitação do Autuado.

Quanto à solicitação para que, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos legítimos representantes legais do Autuado na ação administrativa, esclareço inexistir qualquer óbice para o acolhimento do pedido pela Secretaria deste CONSEF, contudo o não atendimento não implica nulidade, nos termos do RPAF-BA/99. Ademais, o representante do Autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber as intimações atinentes ao presente feito.

Concluo pela subsistência da autuação.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 436491.0005/20-3, lavrado contra **J. R. ÓTICA LTDA.**, devendo ser intimado o Autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 35.478,05**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2024.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA