

**A. I. Nº** - 210544.0270/18-7  
**AUTUADO** - SIGNCENTER COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI - EPP  
**AUTUANTE** - EVANDRO JOSÉ PEREIRA  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 11/07/2019

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0065-05/19**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 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. Entretanto, a escolha da via judicial pelo sujeito passivo, implica em renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme Art. 126 do COTEB. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 24/09/2018, constitui crédito tributário no valor histórico de R\$36.716,79, mais multa de 60%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1: 54.05.08 – Falta de recolhimento do ICMS, referente à antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96.

Foi lavrado Termo de Ocorrência Fiscal, às fls. 07/08, relatando a apreensão das mercadorias, objeto dos DANFE’s nºs 114636, 114637, 114638, 66447, 66448, 66449, 66450, 66451 e 1909 (fls. 09 a 18).

O autuado apresenta defesa administrativa às fls. 50 a 57 dos autos, contestando integralmente o Auto em tela, pelas razões que passo a expor.

Cita, inicialmente, a legislação que regulamentou a cobrança da Antecipação Parcial do ICMS, quando das aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização no Estado da Bahia.

Em seguida transcreve o artigo 13º da LC nº 123/2006, que elenca os impostos e contribuições devidas pelos optantes do Simples Nacional, entendendo que em se tratando de empresas optantes do mencionado regime, é ilegal e incompatível estender a inclusão das mesmas na regra da Antecipação Parcial do ICMS.

Considera que tal inclusão fere frontalmente o Princípio da não cumulatividade do ICMS, ou seja, o contribuinte optante pelo Simples Nacional, paga o imposto antecipado e não tem pela natureza do próprio Regime Fiscal do Simples, condições de compensar o que foi devido, em cada operação relativa à circulação de mercadorias, com o montante cobrando nas operações anteriores, procedentes de outros Estados da Federação.

Deste modo, alega que só quem pode usufruir da compensação da Antecipação Parcial do ICMS, são aqueles contribuintes do Regime Normal, onde a conta corrente fiscal (débito e crédito), por

natureza do Regime, apura o que se pagou antecipado.

Destarte, entende que a cobrança em lide é ilegal e inconstitucional.

Alega, ainda, que a Antecipação Parcial, para os optantes do Simples Nacional, atenta também contra o Princípio do bis In idem, visto que os optantes já pagam o ICMS no sistema do Simples Nacional pelo seu faturamento.

Apresenta a tabela inserta no Anexo I, da LC 123/2006, que prevê o recolhimento do Simples de acordo com a Receita Bruta da empresa, bem como algumas decisões de outros tribunais, visando justificar sua argumentação.

Acrescenta que o próprio Ministério Público Estadual já se manifestou sobre a matéria, em processo requerido pelo CRC-BA (Conselho Regional de Contabilidade Seção Regional da Bahia).

Ao final, apresenta os seguintes pedidos: *I) que o referido auto seja desconsiderado, pelas razões de fato e de direito acima expostas; II) que seja suspensa a exigibilidade do auto em pauta, até o julgamento do mérito no âmbito administrativo deste Egrégio Conselho; III) que seja suspensa a exigibilidade do referido auto até o julgamento definitivo do “mandamus”, item-2.3 deste instrumento, tramitando na 3ª Vara da Fazenda Publica-Salvador sob o número 0548504-35.2018.8.05.0001 (documento anexo).*

O autuante apresenta informação fiscal, às fls. 34/36, inicialmente esclarecendo que em plantão no Posto Fiscal Benito Gama, ao realizar a fiscalização de praxe nos documentos fiscais que acobertam as mercadorias destinadas ao contribuinte acima nomeado, optante pelo Regime do Simples Nacional, lavrou Auto de Infração reclamando o crédito tributário pelo não recolhimento do ICMS por antecipação parcial, cuja razão se deu em face de descredenciamento por restrição de crédito-Dívida Ativa.

Aduz que o Artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, é cristalino quanto à sua interpretação: Que nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida a antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado.

Acrescenta que, em paralelo, o RICMS/BA no Art. 321, VII, “b”, esclarece a maneira do cálculo do imposto, corretamente aferido.

Afirma que a ação fiscal realizada é válida porque o autuante baseou-se nas normas tributárias que regem o RICMS/BA em vigor, e que não há porque “desconsiderar” a autuação, uma vez que inexistente esta opção na Lei nº 7.629/99 que rege o RPAF.

Esclarece que ao ingressar com a presente defesa no âmbito administrativo direcionada ao CONSEF pelo reclamante, já se configura a suspensão da exigibilidade do crédito em consonância ao Art. 151 do CTN pareado ao RPAF.

Solicita que seja julgado procedente.

## VOTO

Inicialmente, devo destacar que o lançamento obedeceu a todos os requisitos previstos na norma, para validade e consequente produção de efeitos, especialmente quanto à observância do art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Ressalto ainda, que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

O Auto de Infração em lide, é composto de uma única infração, na qual se imputa ao Autuado a falta de recolhimento do ICMS, referente à antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não

preenche os requisitos na legislação fiscal.

Consta nos autos, que o Autuado em momento anterior ao início da ação fiscal, ajuizou o Mandado de Segurança nº 0548504-35.2018.8.05.0001, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA (fl. 59), por meio da qual, objetiva a concessão de tutela jurisdicional no sentido de lhe desobrigar do recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial.

Todavia, não há impedimento ao exercício do direito da Fazenda Pública estadual de efetuar o lançamento, nos termos do Art. 142 do CTN. Significa dizer que deve o lançamento ser efetuado no intuito de prevenir a decadência.

O Art. 117 do RPAF/BA dispõe que:

***“Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.***

*§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:*

*I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;*

***II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.***

*§ 2º A ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário, salvo quando:*

*I - acompanhada do depósito do seu montante integral;*

*II - concedida medida liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão.*

*§ 3º A suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de depósito do valor ou de concessão de medida liminar em mandado de segurança não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.*

*§ 4º Quando o contribuinte ou responsável, antecipando-se a procedimento administrativo ou medida de fiscalização, promover contra a fazenda pública estadual qualquer ação judicial em que se discuta matéria tributária, a repartição fiscal competente deverá providenciar e fornecer à Procuradoria Geral do Estado, por provocação desta:*

*I - Termo de Ocorrência, a ser imediatamente lavrado para apurar a situação tributária do contribuinte, com relação à questão discutida em juízo;*

*II - os elementos de informação que possam facilitar a defesa judicial da Fazenda Pública e a completa apuração do crédito tributário.*

*§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, se a matéria discutida envolver procedimentos futuros, serão realizadas verificações periódicas para controle das atividades tributáveis.”*

Já os artigos 126 e 127-C, IV do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB estabelecem que:

***“Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.***

...

*Art. 127-C. Encerra-se o processo administrativo fiscal, contencioso ou não, com:*

...

*IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial.”*

Conforme se verifica da leitura dos dispositivos legais acima reproduzidos, a escolha pelo Contribuinte pela via judicial, importa em desistência da defesa pela via administrativa, situação na qual, o processo deve ser encaminhado à PGE/PROFIS, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, inclusive, acompanhamento do processo no âmbito do judiciário.

Ressalto ainda que, conforme disposto no Art. 167, I a III do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos, a declaração de invalidade em tese de lei, ou

outro ato normativo vigente no ordenamento jurídico, a negativa de aplicação de ato normativo emanado dos poderes Legislativo e Executivo e as decisões transitadas em julgado proferidas por membros do Poder Judiciário.

Diante do exposto, fica PREJUDICADA a análise do mérito da defesa.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do mérito da defesa apresentada, referente ao Auto de Infração nº **210544.0270/18-7**, lavrado contra **SIGNCENTER COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI - EPP**, no valor de **R\$36.716,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, em razão da propositura de medida judicial, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme Art. 126 do COTEB.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2019.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR