

N. F. Nº - 217681.0033/19-1
NOTIFICADO - PARATY ATACADO E DISTRIBUIDORA LTDA
NOTIFICANTE - AGENOR CARDOSO SILVA
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23.10.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0324-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. Cobrança da antecipação tributária parcial em transação interestadual. Contribuinte descredenciado. Notificado obteve concessão de liminar em Mandado de Segurança, anteriormente à lavratura da presente Notificação Fiscal, obrigando o Estado a fazer o recredenciamento para o recolhimento da Antecipação Parcial do ICMS no dia 25 do mês subsequente e a manutenção do benefício fiscal do Decreto nº 7.799/2000 (Acordo Atacadista). A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB. Instância única. Notificação Fiscal. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 06/05/2019, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 12.500,20, e multa de 60% no valor de R\$ 7.500,12, perfazendo um total de R\$ 20.000,32, pela falta de recolhimento da Antecipação Parcial do ICMS, em aquisição interestadual de produtos para comercialização no Estado da Bahia por contribuinte descredenciado.

Infração 01 - 54.05.08 – Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “b” do Inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.780/12, c/c art.12-A, inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96.

Tipificação da Multa: Alínea “d”, inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96.

A Notificada ingressa através do escritório de advocacia Pinheiro Silva Advogados Associados, representado pela Dra. Érica Dourado Souza, OAB/BA nº 61.865, com defesa e anexos fls. 12 a 35, falando inicialmente que o sujeito passivo tomou ciência em 08/05/2019, iniciando-se nesta data o prazo de 60 dias, conforme art.123 do RPAF, cujo término se dará em 05/07/2019, razão pela qual reputa-se a presente tempestiva.

Esclarece que, o Contribuinte é pessoa jurídica dedicada ao comércio atacadista de mercadorias em geral e usufrui do benefício fiscal do Decreto 7.799/2000, o qual prevê a redução da base de cálculo nas operações de saídas internas para estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS. Conforme os fatos descritos na notificação fiscal, a autuação ocorreu por estar o Contribuinte na condição de descredenciado e, por consequência disso, não ter realizado

o recolhimento antecipado do imposto das mercadorias adquiridas para comercialização oriundas de outro Estado.

No entanto, ressalta que tal cobrança foi imputada à notificada de forma equivocada, vez que a lavratura da notificação fiscal somente ocorreu em decorrência do descredenciamento que deu-se de forma indevida. Além disso, informa que sendo o Contribuinte signatário do Termo de Acordo dos Atacadistas, foi calculado o imposto com a redução da base de cálculo no valor de R\$ 4.149,47 e devidamente recolhido no dia 20/05/2019.

Desse modo, informa que no dia 29/04/2019 foi proferida decisão liminar na ação anulatória nº 8001064-77.2019.805.146 suspendendo a exigibilidade da cobrança do crédito tributário que motivou o descredenciamento. Por isto, considerando-se que a data da autuação 06/05/2019 foi posterior a liminar proferida em 29/04/2019, requer-se a V. S^a. que seja anulada a presente notificação fiscal, visto que o Contribuinte encontrava-se em situação regular com as obrigações fiscais, ademais no que tange a multa acessória imputada, requer-se o julgamento da improcedência vez que não aduz razão para cobrança, conforme comprovado o equívoco quanto ao descredenciamento do contribuinte.

VOTO

A Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar a antecipação parcial das mercadorias destinadas a contribuinte descredenciado, como está descrito no corpo da Notificação Fiscal que aqui copio.

“O contribuinte acima qualificado encontra-se na condição de DESCREDENCIADO no cadastro do ICMS-BA, adquiriu mercadorias para comercialização oriundas de outra unidade da federação conforme DANFE nº 2272076, cópia anexa, não efetuou o pagamento do ICMS devido por antecipação tributária antes da entrada no território da Bahia.”

No que diz respeito aos aspectos formais, constato que o Notificante, descreveu a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, o prazo para interposição de defesa ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF-BA/99.

A Notificação decorre da aquisição em outra unidade da Federação de mercadorias para comercialização, sem o pagamento da Antecipação Parcial antes da entrada no Estado da Bahia por contribuinte que não atendia ao estabelecido no inciso IV do § 2º do art. 332 do RICMS-BA/12, para poder usufruir do prazo regulamentar para pagamento da obrigação tributária.

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:

a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes.

b) não enquadrados no regime de substituição tributária por antecipação e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS:

A cobrança da Antecipação Parcial do ICMS, nas transações interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, foi estabelecido pelo art.12-A da 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.

Nota: O art. 12-A foi acrescentado pela Lei nº 8.967, de 29/12/03, DOE de 30/12/03,

O Estado da Bahia regulamentou, através do art. 332, inciso III do RICMS/BA, que o ICMS referente a Antecipação Parcial deve ser recolhido antes da entrada das mercadorias, no território deste Estado, estabelecendo algumas condições, para permitir que o Contribuinte regularmente inscrito no cadastro da SEFAZ e sem nenhuma restrição, recolha o ICMS da Antecipação Parcial no dia 25 do mês seguinte da entrada da mercadoria na empresa. Estas condições estão regulamentadas no RICMS/BA, art. 332, §2º.

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:

a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes;

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

§ 2º O contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia - CAD-ICMS, que preencha cumulativamente os requisitos indicados a seguir, poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “a”, “b” e “c” e o item 2 da alínea “g” do inciso III do caput deste artigo, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e as operações com açúcar, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo, trigo em grãos, charque, jerked beef, enchidos (embutidos) e produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino:

I - possua estabelecimento em atividade no Estado da Bahia há mais de 06 meses e já tenha adquirido mercadoria de outra unidade da Federação;

II - não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa;

III - esteja adimplente com o recolhimento do ICMS.

A Notificante em sua peça defensiva informa que a presente Notificação Fiscal não poderia ser lavrada para cobrar a diferença do ICMS da Antecipação Parcial, por estar descumprindo uma ordem judicial, considerando que a empresa conseguiu uma Liminar em Mandado de Segurança nº 8001064-77.2019.805.0146 no dia 29/04/2019, suspendendo a exigibilidade da cobrança do crédito tributário que motivou o descredenciamento.

Analisando o Mandado de Segurança percebo que a Liminar foi concedida pelo Juiz da 1ª V DE FAZENDA PÚBLICA DE JUAZEIRO em 29/04/2019, com a seguinte decisão:

“Ante o exposto, e, em juízo não exauriente constato que se encontram presentes os elementos para a concessão da medida vindicada, pelo que defiro o pedido e determino ao ESTADO DA BAHIA que até ulterior decisão deste Juízo, imediatamente:

- a) Suste o processo da CDA relativa ao crédito tributário discutidos nestes autos;
- b) Suspenda a exigibilidade do crédito tributário relativo à infração 2 do PAF nº 279102.3001/16-9;
- c) Emita certidão positiva com efeito negativa, credencie imediatamente o Autor para recolhimento das antecipações até o dia 25 do mês subsequente à emissão das notas de compras de mercadorias;
- d) Abstenha-se de cassar quaisquer benefícios fiscais, em especial, os referentes ao Decreto nº 7.799/2000.”

Em consulta ao sistema DJ Eletrônico, verifico que foi publicado a intimação em 02/05/2019, observo, portanto, que no momento da lavratura da Notificação Fiscal, 06/05/2019, o sujeito passivo já havia obtido diferimento judicial, para permitir o pagamento do ICMS da antecipação até o dia 25 do mês subsequente, não podendo ser cobrado na entrada do Estado, conforme o item “c” da decisão judicial.

Importante ressaltar que não há impedimento ao exercício do direito da Fazenda Pública Estadual de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN. Equivale dizer que deve o lançamento ser efetuado no intuito de prevenir a decadência

CTN - LEI Nº 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.

(...)”

Todavia, a escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, conforme previsto no art. 117 do RPAF/BA.

RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

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.

(...)

Destaco ainda que os artigos 126 e 127-C, IV, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB coadunam com o previsto no artigo 117 do RPAF-BA/99.

COTEB/BA - Lei nº 3.956/81

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 depreende da leitura dos dispositivos legais acima reproduzidos, resta claro que a escolha do Contribuinte pela via judicial importa em desistência da defesa pela via administrativa, assim, fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário, no entanto, mantido o lançamento devido à decadência, 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.

Mister ressaltar que, conforme disposto no Art. 167, II e III do RPAF-BA/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos questão sob apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida, assim como a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do mérito da defesa apresentada, referente à Notificação Fiscal nº **217681.0033/19-1**, lavrado contra **PARATY ATACADO E DISTRIBUIDORA LTDA**, 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 Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2020.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR