

PROCESSO	- A. I. N° 110019.0025/21-4
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- TORA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LIMITADA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0050-02/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 23/11/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0306-11/22-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. Diante da existência de decisão judicial transitada em julgado, determinando o não recolhimento do ICMS Antecipação Parcial sobre as aquisições de mercadorias em operações interestaduais, não poderia o presente lançamento tributário ser constituído. Aplicação do artigo 125, inciso II da Lei nº 3.956/81. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em relação à Decisão recorrida que julgou improcedente o presente Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 02/12/2021 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$403.944,63, além de multa de 60% pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. 007.015.001. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2019 e janeiro a março, agosto a dezembro de 2020. Consta a indicação do autuante: "Conforme demonstrativo Tora11_Anexo_CMO - Notas Fiscais escrituradas na EFD". Valor da infração: R\$ 395.493,20.

Infração 02. 007.015.001. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, nos meses de março e dezembro de 2020, no total de R\$ 8.451,43. Informa o autuante que "Conforme demonstrativo Tora11_Anexo_CMO/DIFALNFE_SR - Notas Fiscais não escrituradas na EFD, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado".

Tempestivamente, o autuado, por seus advogados apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 32 a 37. Revela a improcedência das infrações 01 e 02, diante do fato da existência de demanda judicial já transitada em julgado, que garante à empresa o direito de não recolher a antecipação parcial do ICMS em questão.

Esclarece que em abril de 2008 ajuizou Mandado de Segurança sob o nº 0049349-76.2008.805.0001, com o propósito de obter do Poder Judiciário o reconhecimento da não incidência de Antecipação Parcial do ICMS, instituído pela Lei nº 8.967/03, incidente nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, tendo em vista a inaplicabilidade do regime à empresa, uma vez que não adquire mercadorias de outros estados para comercialização, mas sim, para integrar seu processo produtivo.

Fala que no referido processo que na sua atividade empresarial, adquire uma série de insumos provenientes de outros Estados da Federação (tais como carne, hambúrguer, pão, alface, bacon, entre outros diversos itens), os quais, após sofrerem processo de transformação, resultam nos produtos finais (sanduíches de diversos tipos), direcionados ao consumo de seus clientes.

Prestada Informação fiscal pelo autuante às fls. 78 a 80. Destaca a atividade econômica principal do autuado, é exatamente o imposto referente à Antecipação Parcial, sendo as razões defensivas estribadas no MS nº 0049349-76.2008.805.0001 da 9ª Vara de Fazenda Pública e a decisão da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Conclui que mirou exclusivamente na legislação tributária vigente, afinal a atividade da empresa autuada é a de “lanchonete, casa de chá, de sucos e similares”, sendo, portanto, devido o recolhimento do ICMS Antecipação Parcial.

Após as deliberadas pelas partes, a JJF proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

O lançamento constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado, ainda que ambas tenham o mesmo código.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através da lavratura de Termo de Início de Fiscalização, transmitido pelo Domicílio Tributário Eletrônico, cuja ciência se deu em 04/10/2021 (fl. 07).

A ciência do lançamento se deu em 03/12/2021, através do Domicílio Tributário Eletrônico, na forma do documento de fl. 25.

A memória de cálculo da autuação, com os demonstrativos analíticos e sintéticos se encontra às fls. 09 a 23, impressa, e em formato digital na mídia de fl. 26.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos 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 nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, o contribuinte compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos das infrações que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma de objetiva peça de impugnação.

Não existem questões preliminares a serem apreciadas, motivo pelo qual adentro na análise do mérito.

O contribuinte autuado se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, exercendo a atividade principal de “Lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares”, CNAE 56.11-2-03, estabelecido no município de Salvador.

A acusação é a de que teria deixado de recolher ICMS relativo a Antecipação Parcial quando da aquisição interestadual de mercadorias destinadas a comercialização pelo estabelecimento.

A tese defensiva é a de existência de decisão judicial transitada em julgado, que a desobrigaria do recolhimento do imposto lançado, devidamente confirmada pelos Tribunais Superiores (STJ e STF).

O autuante assevera ter cumprido com a legislação tributária vigente.

O deslinde da matéria se resume a existência de decisão judicial, devidamente confirmada tanto pelo STJ, quanto pelo STF, acostadas pela defesa, eximindo a empresa autuada do recolhimento do ICMS correspondente a Antecipação Parcial.

E não nos cabe aqui, enveredar pela legislação tributária, sequer tecer qualquer outra consideração quanto ao instituto da antecipação tributária, ou o fato de a empresa autuada ser ou não industrial ou a ela equiparada, mas, simplesmente, cumprir a determinação emanada do Poder Judiciário.

O ditado “ordem judicial não se discute, se cumpre”, evidentemente após se esgotarem todos os recursos cabíveis, como no caso, significa que firmada decisão judicial irrecorrível, os seus efeitos sejam fiel e firmemente cumpridos.

Fazer com que todas as decisões do Poder Judiciário sejam cumpridas, principalmente, vem a ser uma das mais importantes conquistas de um Estado democrático.

Sendo as decisões judiciais atos nos quais o Estado manifesta sua soberania e exerce poder sobre os cidadãos, além do Poder Judiciário ser, via de regra, a última instância dos órgãos públicos em que os conflitos entre pessoas físicas e/ou jurídicas e entre elas e a própria administração pública são resolvidos, daí a extrema importância das mesmas, as quais devem sempre ser respeitadas e atendidas quanto a suas determinações.

Por outro lado, o outro ditado, “decisão judicial se discute, mas deve ser cumprida”, de igual forma desemboca na imperatividade do cumprimento das decisões judiciais, as quais, devem ser cumpridas sempre, enquanto não forem reformadas.

Vemos ser a coação elemento fundamental do direito. Miguel Reale (Lições Preliminares de Direito, 19^a Ed., página 72), entende que a coação “não é o contraposto do direito, mas é, ao contrário, o próprio direito enquanto se arma da força para garantir o seu cumprimento. A astúcia do direito consiste em valer-se do

veneno da força para impedir que ela triunfe”, sendo a certeza da aplicação da sentença de fundamental importância, em nome da segurança das partes.

Não foi isso que se viu nos presentes autos, diante do fato demonstrado de ter o Estado Bahia simplesmente ignorado o teor das decisões judiciais em favor do contribuinte, realizando lançamento tributário sabidamente desnecessário, inconsistente e fadado ao arquivamento, à vista da decisão judicial contra a qual descabe qualquer outro recurso, frente aos documentos acostados pela defesa às fls. 73 e 74, emitidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Lembro, por oportunidade, o disposto no artigo 330 do Código Penal, que define o crime de desobediência, no qual incorreria a autoridade administrativa ao descumprir ordem judicial, e em se tratando de matéria tributária, não podemos esquecer a determinação do artigo 316, parágrafo 1º, também do Código Penal, que considera crime de excesso de exação a exigência de tributo ou contribuição que a autoridade sabe ou deveria saber indevido, o que, em última análise, caracterizaria a exigência de tributo afastado pelo Judiciário em decisão transitada em julgado, como no presente caso.

A administração fazendária deveria fazer a devida anotação no cadastro da empresa autuada, quanto a tal restrição, por força de decisão judicial irrecorrível, a fim de evitar alegações de desrespeito a lei, a decisão judicial ou de excesso de exação.

Por outro lado, o autuante comete equívoco ao tratar a decisão como pertinente a antecipação tributária, quando, em verdade, e isso se percebe facilmente da leitura das decisões colacionadas pela defesa, se reportam as mesmas a Antecipação Parcial do ICMS.

Evidentemente, caberia ao autuante lançar o crédito tido como devido, acaso desconhecesse a imposição judicial, e diante da afirmação defensiva, não contestada pelo mesmo de que tomou conhecimento das diversas decisões judiciais desfavoráveis ao Estado da Bahia, evitando custos e perda de trabalho técnico especializado na constituição de crédito tributário fadado a ineficácia diante do mandamus judicial, não restando ao julgador, frente aos expostos argumentos, e diante do disposto no artigo 125, inciso II da Lei 3.956/81 (não se incluem na competência dos órgãos julgadores questões sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida), acolher a tese defensiva e determinar a improcedência da autuação ora apreciada.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF/99, com as alterações promovidas pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

VOTO

Observa-se que a decisão da 2ª JJF (Acórdão JJF nº 0050-02/22-VD), desonerou o sujeito passivo reduzindo em sua integralidade o crédito tributário lançado de R\$403.944,63, além de multa de 60% pela constatação das seguintes infrações:

***Infração 01. 007.015.001.** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2019 e janeiro a março, agosto a dezembro de 2020. Consta a indicação do autuante: “Conforme demonstrativo Tora11_Anexo_CMO - Notas Fiscais escrituradas na EFD”. Valor da infração: R\$ 395.493,20.*

***Infração 02. 007.015.001.** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, nos meses de março e dezembro de 2020, no total de R\$ 8.451,43. Informa o autuante que “Conforme demonstrativo Tora11_Anexo_CMO/DIFALNFE_SR - Notas Fiscais não escrituradas na EFD, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado”.*

Fato que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Contemplando o Recurso de Ofício interposto pela 2ª JJF, verifico que a atividade da recorrente é de “Lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares”.

Observando o que dispõe o art. 5º, inciso I do RIPI, aprovado pelo Decreto nº 7212/2010, verifico que a recorrente não pratica “industrialização”, assim, resta comprovado que a mesma comercializa mercadorias. Eis abaixo o fundamento legal:

“Art. 5º Não se considera industrialização:

I - o preparo de produtos alimentares, não acondicionados em embalagem de apresentação:

a) na residência do preparador ou em restaurantes, bares, sorveterias, confeitorias, padarias, quitandas e semelhantes, desde que os produtos se destinem a venda direta a consumidor; ou..."

Corroborando, temos o entendimento da DITRI – Diretoria de Tributação através do Parecer 6842/12, que parte transcrevo:

"O fornecimento de refeições por restaurantes, lanchonetes, bares e estabelecimentos afins, diretamente a consumidor final, caracteriza-se como atividade comercial de forma que as aquisições interestaduais de mercadorias não enquadradas na substituição tributária, isenção ou não-incidência do imposto, destinadas ao preparo dessas refeições estão sujeitas à antecipação parcial do imposto, de que trata o RICMS-BA art. 352-A, nos termos da alínea "b" do inciso VII do art. 386..."

Nota-se que o autuante, acertadamente, baseado no entendimento de que a autuada, com a atividade desenvolvida de lanchonete, estaria obrigada ao que dispõe o Art. 12-A da Lei nº 7.014/96, que trata da Antecipação Parcial e assim se apresenta:

"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."

A controvérsia, contudo, é inócuia, pois, como demonstrado nos autos, há decisão judicial transitada em julgado, que desobrigou a Autuada a efetuar o recolhimento do imposto lançado, no caso Antecipação Parcial, na forma como está sendo cobrada nestes autos. Tal decisão pode ser confirmada através dos documentos emitidos pelos Tribunais Superiores (STJ e STF), fls. 49 a 74. O Trânsito em Julgado se deu em 14 de novembro de 2016, conforme certidão acostada fls. 69 e Termo de Baixa Definitiva em 06 de abril de 2017, fls. 74. Transcrevo trecho da decisão extraída da Apelação Cível nº 0049349-76.2008.805.0001-0, fl. 49:

"APELAÇÃO CIVIL MANDADE DE SEGURANÇA. ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTARIA.

"Não incide o regime de antecipação tributaria na aquisição de ingredientes no preparo de refeições coletivas pois estas mercadorias, oriundas de outras unidades da federação, não se destinam o consumo final, como é de exigência da lei, mas sim para, após atividade de transformação, dar origem a produto novo, distinto dos antes existentes, inteligência do disposto n art. 12-A da Lei Estadual 7.014/1996."

Dessa forma, não nos cabe aqui, enveredar pela legislação tributária, pois como diz o ditado “ordem judicial não se discute, se cumpre”.

Diante do disposto no artigo 125, inciso II da Lei nº 3.956/81 (não se incluem na competência dos órgãos julgadores questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidido), mantenho a decisão de piso, determinando pela improcedência, não dando provimento ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 110019.0025/21-4, lavrado contra **TORA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LIMITADA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS