

A. I. N° - 110019.0025/21-4
AUTUADO - TORA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - DEMÓSTHENES SOARES DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - DAT METRO / INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/04/20/22

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0050-02/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. 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 3.956/81. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 02 de dezembro de 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, constituídos na forma do instrumento de fl. 39, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 32 a 37, onde argumenta, após resumir os termos da autuação, 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 distribuído para a 9^a Vara de Fazenda Pública, sob o número 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 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 ter esclarecido 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.

Diz ter explicado que as operações interestaduais promovidas não se amoldam à sistemática implantada pela Lei 8.967/03, haja vista que as mercadorias adquiridas não são, a rigor, para fins de comercialização, como exige o artigo 12-A da Lei 7.014/96, mas sim, compõem o seu processo produtivo, culminando, após a devida transformação, em novo produto, este sim, comercializado.

Fala não possuir discricionariedade na aquisição dos seus insumos, mas é compelida, por força de contrato de franquia, a adquirir de fornecedores específicos, localizados em outras unidades da Federação, razão pela qual a nota marcante da sua atuação empresarial é contínua (100%) aquisição interestadual de matéria prima para integrar o processo produtivo realizado no estado da Bahia.

Na oportunidade, assevera ter juntado ao processo precedentes judiciais favoráveis aos contribuintes em outras discussões semelhantes, nos quais o Poder Judiciário do Estado da Bahia reconheceu a procedência da tese defendida.

Relata que após decisão desfavorável, interpôs Recurso de Apelação ao Tribunal de Justiça da Bahia, provido pela 3ª Câmara Cível conforme Acórdão anexado, prolatado em 12/07/2011 (doc. 03), sendo reconhecido lhe assistir razão, e determinando a não aplicação do regime de Antecipação Parcial do ICMS sobre suas aquisições interestaduais.

Diante do fato de a Procuradoria Geral do Estado da Bahia ter interposto Recursos Extraordinário e Especial, que tiveram seu seguimento negado pelo Tribunal de Justiça, o que culminou com a interposição de Agravo de Instrumento junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Quando de sua apreciação, o STJ conheceu o Agravo de Instrumento, mas não conheceu do Recurso Especial, pelos fundamentos expostos na decisão anexa, proferida pelo ministro Mauro Campbell Marques, em 13/05/2016 (doc. 04), o que motivou a interposição de Agravo Interno pelo Estado da Bahia, também não conhecido pela 2ª Turma, conforme Acórdão anexo proferido em 13/09/2016 (doc. 05).

Aduz ter sido lavrada Certidão de Trânsito pelo STJ em 14/11/2016, certificando que o Acórdão acima referido transitou em julgado em 08/11/2016 (doc. 06), determinando a remessa dos autos ao STF para julgamento do Recurso Extraordinário, tendo este órgão julgador em decisão proferida em 13/12/2016, da lavra da Ministra Carmen Lúcia, negado seguimento a tal Recurso, tendo sido lavrada em 27/03/2017 a Certidão de Trânsito em Julgado do feito, ocorrida em 25/03/2017, conforme doc. 08.

Com isso, obteve ganho definitivo em sua causa, tendo lhe sido reconhecido o direito de não recolher a Antecipação Parcial do ICMS sobre suas aquisições interestaduais, destacando que o processo foi amplamente apreciado pelo Poder Judiciário, tendo chegado à instância máxima (STF).

Menciona que o prazo para ajuizamento de eventual Ação Rescisória se encerrou em 25/03/2019, em virtude do quanto previsto no artigo 975 do CPC, e diante disso, trata-se de coisa julgada material, em caráter absolutamente definitivo, não cabendo questionamento de natureza judicial, muito menos administrativa, arremata.

Ressalta que todas as decisões supramencionadas e anexadas foram devidamente apresentadas ao autuante, não compreendendo o motivo de o mesmo, ainda assim, constituir o presente lançamento, creditando não ter atentado para os documentos entregues e que demonstram, sem sombra de dúvidas a não incidência do tributo em questão.

Pelo exposto, diante da demonstração da insubsistência da autuação, em virtude da existência de decisão judicial transitada em julgado que lhe reconheceu o direito de não se submeter à incidência da Antecipação Parcial do ICMS sobre as aquisições interestaduais dos itens em questão, requer ser julgado improcedente o Auto de Infração.

Apresentou documentos de fls. 49 a 74.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 78 a 80, após historiar a autuação, reproduzindo, inclusive o teor dos artigos 12-A da Lei 7.014/96 e 267 do RICMS/12, destaca a atividade econômica principal do autuado, esclarecendo ser o ICMS exigido, exatamente o imposto referente à Antecipação Parcial, conforme demonstrativos que integram o Auto de Infração, sendo as razões defensivas estribadas no MS 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.

Transcreve trecho da decisão do Desembargador Relator, para explicitar que a cobrança a que o mesmo se refere é o ICMS Substituição Tributária, exigida nas operações de mercadorias enquadradas naquele regime e destinadas à comercialização para consumidor final.

Diz que no caso do ICMS Antecipação Parcial, as mercadorias enquadradas neste regime, necessariamente, não são exigidas a destinação a consumidor final, e sim, a comercialização, e no caso aqui discutido, o autuado não é consumidor final pois as revende, embora juntadas a outras, na forma de sanduíches ou outras mercadorias que comercializa, não se caracteriza como processo de produção industrial perante a Legislação Tributária e órgãos de classe, não estando o autuado filiado, por exemplo, à FIEB.

Salienta estar apenas manifestando seu modesto e livre entendimento quanto ao relatado no voto de fls. 54 a 57 do relator, nada mais do que isso, diante do fato de não ser sua competência arguir decisões do Judiciário, não entendendo aplicável ao caso em tela.

Conclui no sentido de que extrapola a sua competência que mirou seu trabalho 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.

Foram os autos encaminhados para instrução e julgamento pelo órgão preparador em 09/02/2022, recebidos no CONSEF em 23/02/2022 e distribuídos a este relator em 08/03/2022 (fl. 81-v).

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, 19ª 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 oportuno, 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110019.0025/21-4**, lavrado contra **TORA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**.

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

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR