

N.F. N° - 272466.0179/22-1
NOTIFICADO - LEIZER APARECIDA FERREIRA BORGES CARIAS LTDA.
NOTIFICANTE - RENATO AGUIAR DE ASSIS
ORIGEM - DAT SUL/IFMT SUL – POSTO FISCAL BAHIA GOIÁS
PUBLICAÇÃO - INTERENT 10/06/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0105-02/22NF-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. Cobrança da antecipação tributária parcial em transação interestadual. Contribuinte descredenciado. Notificada obteve concessão de liminar em Mandado de Segurança, anteriormente à ação fiscal do trânsito de mercadoria da presente Notificação Fiscal, obrigando o Estado a fazer o recredenciamento para o recolhimento da Antecipação Parcial do ICMS até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal. 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

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 19/02/2022, exige da Notificada ICMS no valor histórico de **R\$10.457,46** mais multa de 60%, no valor de R\$6.274,48, totalizando o montante de R\$16.731,94 em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 054.005.008: 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 na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, Decreto de 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. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O Notificante **acrescentou na descrição dos fatos** que se trata de:

“Falta de recolhimento do ICMS da Antecipação Tributária Parcial da operação, nas aquisições interestaduais de mercadorias, por contribuinte descredenciado no CAD-ICMS/BA, conforme Danfe de nº. 2501629 combinado com art. 332, inciso III, alínea b, §2º RICMS/BA/12...”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se os seguintes documentos: Memória de Cálculo da Antecipação Parcial (fl. 06); Termo de Apreensão de nº. 2321751043/22-5, **datado de 12/02/2022** (fls. 03 a 05); cópia do Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico– DACTE de nº. 11.348 (fl. 11); cópia do DANFE da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº. 2.501.629, procedente do Estado de Minas Gerais (fl. 09), **emitida em 09/02/2022** pela Empresa “Lima e Pergher Indústria e Comércio S/A”, venda de produção, correspondentes às mercadorias de NCMs de nºs. 3808.94.29, 3402.90.39 e 3809.91.90 (desinfetantes, preparações para limpeza e agentes de acabamentos –

amaciante) objeto da notificação; Consulta da situação cadastral da Notificada— Descredenciado – Motivo Omissão de Pagamento (fl.08).

A Notificada se insurge contra o lançamento, **através de advogado**, manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 18 a 27), protocolizada na CORAP SUL/PA LUIS E. MAGALHÃES na data de 23/03/2022 (fl. 17).

Em seu arrazoado, preliminarmente, argui que com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, requerendo que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos da Notificada e endereçadas a estes no endereço constante do rodapé da presente petição, tudo em razão da celeridade processual.

Assinalou no tópico “**Dos Fatos**” que a ação fiscal não merece prosperar, porque falta-lhe competência legal para constituir o presente crédito tributário, uma vez que o referido servidor ocupa o cargo de AUDITOR FISCAL, como consta do corpo da Notificação Fiscal em apreço.

Pontuou que a incompetência do nobre AUDITOR FISCAL, pode ser facilmente comprovada diante da simples leitura do consignado no art. 42, II, do RPAF/BA que foi taxativo ao atribuir aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito.

Apontou no tocante ao mérito a irresignação da Notificada decorre do fato da empresa que até então encontrava-se devidamente credenciada para pagamento postergado do ICMS decorrente de antecipação tributária ter sido descredenciada por suposta infração com exigibilidade suspensa (Doc. 05).

Explicou que não restando qualquer alternativa para obstar o prejuízo irreparável, a Notificada impetrhou mandado de segurança com o objeto de reconhecer o recredenciamento para pagamento de ICMS até o dia 25 do mês seguinte, momento em que após a análise dos autos restou evidenciado o equívoco no parecer emitido pelo Inspetor Fazendário e foi determinada liminarmente o recredenciamento da empresa Notificada (Doc. 06).

Assinalou no tópico “**Das Razões de Impugnação**” no item “**Da Inobservância do Devido Processo Legal em Face da Incompetência da Autoridade Fiscal**” invocando a nulidade da Notificação em face da incompetência da Autoridade Fiscal, que procedeu o lançamento, ter sido efetuado por Auditor Fiscal em respaldo aos dizeres do art. 42, II, do RPAF/BA/99, citando acórdãos do CONSEF (fls. 20 a 21) em razão de ato praticado por Autoridade incompetente.

Aventou que tal vício de forma, acarreta a nulidade do procedimento, porque ao Auditor Fiscal, não é permitido lavrar auto de infração/notificação fiscal sobre mercadorias em trânsito, uma vez que tal competência é atribuída por Lei aos Agentes de Tributos Estaduais, como determina o art. 42, II em consonância com o art. 18, I do RPAF/BA/99.

Complementou que a Lei Estadual nº 11.470/09 introduziu alterações na Lei de nº 8.210/2002 e nos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei de nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, que instituiu o Código Tributário do Estado da Bahia, que passaram a vigorar com a seguinte redação:

Art.107-

(...)

§ 1º - A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

§ 2º - Compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Parágrafo único - A aplicação do disposto no caput deste artigo dar-se-á a partir de 1º de julho de 2009.

Proferiu no tópico “**Do Mérito**” que a irresignação da Notificada decorre do fato de que até então se encontrava devidamente credenciada **para pagamento postergado do ICMS decorrente de antecipação tributária** e ter sido descredenciada por suposta infração com exigibilidade

suspensa (Doc. 04). Em verdade, jamais houve momento em que a Notificada não estivesse credenciada para pagamento postergado de ICMS decorrente de antecipação tributária, mas tão somente um equívoco do Inspetor Fazendário da INFRAZ OESTE, inexiste assim, motivo para se exigir o pagamento do ICMS antecipadamente e por via de consequência para a lavratura da Notificação Fiscal em apreço. Citou diversos entendimentos no sentido de que é indevida determinada infração fiscal (fl. 24), padecendo de motivação a exação conforme ensinamentos citados de Celso Antônio Bandeira de Mello, discorrendo sobre o princípio da motivação, e de Hely Lopes Meirelles, e do Mestre Seabra Fagundes, donde elenca os 05 elementos a considerar no ato administrativo.

Complementou que a lei tributária atribui ao agente administrativo um poder vinculado, o qual serão praticados atos plenamente vinculados, sendo esta a expressão utilizada no art. 3º do CTN, que define o tributo como “prestação pecuniária, compulsória, cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Finalizou requerendo que se decrete a nulidade total DA NOTIFICAÇÃO FISCAL EM APREÇO, e se assim não entender decrete a IMPROCEDÊNCIA DA NOTIFICAÇÃO FISCAL. Ademais, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, requer que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos da Notificada e endereçadas a estes no endereço constante do rodapé da presente petição, tudo em razão da celeridade processual.

Verifico não haver Informação Fiscal.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído. É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 19/02/2022, exige da Notificada ICMS no valor histórico de **R\$10.457,46** mais multa de 60%, no valor de R\$6.274,48, totalizando o montante de R\$16.731,94 em decorrência do cometimento da Infração (054.005.008) da **falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial**, antes da entrada do território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos na legislação fiscal.

O enquadramento legal baseou-se na alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, Decreto de nº. 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei de nº 7.014/96 e multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei de nº 7.014/96.

Tem-se que a presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Autoridade Fiscal do POSTO FISCAL BAHIA-GOIÁS (fl. 01), relacionado ao DANFE da Nota Fiscal eletrônica (NF-e) de nº.2.501.629 (fl. 09), procedente do Estado de Minas Gerais, **emitida em 09/02/2022** pela Empresa “Lima e Pergher Indústria e Comércio S/A”, venda de produção, correspondentes às mercadorias de NCMs de nºs. 3808.94.29, 3402.90.39 e 3809.91.90 (desinfetantes, preparações para limpeza e agentes de acabamentos – amaciante), **sem o pagamento da Antecipação Parcial antes da entrada no Estado da Bahia** por contribuinte que não atendia ao estabelecido no inciso III do § 2º do art. 332 do RICMS/BA/12, **para poder usufruir** do prazo regulamentar (**até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal**) para pagamento da obrigação tributária, por estar descredenciado **por omissão de pagamento** (fl.08).

“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:

(...)

b) não enquadrados no regime de substituição tributária por antecipação 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:

(...)

III - esteja adimplente com o recolhimento do ICMS;

Entendo que antes de que seja feito qualquer exame acerca dos aspectos preliminares, procedimentais e meritórios em torno do presente lançamento, exsurge uma questão prejudicial que inviabiliza a prossecução do julgamento e a continuidade do debate administrativo da exigência tributária, uma vez que a Notificada juntou às folhas 48 a 50, decisão interlocutória proferida pelo r. Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Barreiras, concedendo **tutela liminar de urgência** para a Notificada, cuja parte dispositiva possui a seguinte dicção:

“Pelo exposto, em face das razões supra alinhadas, DEFIRO o pedido de tutela antecipada inaudita altera pars para determinar que seja deferido o pedido de credenciamento para pagamento do ICMS até o 25 do mês seguinte ao da entrada das mercadorias em seu estabelecimento, mantendo-se, assim, os efeitos do referido benefício, até o julgamento definitivo da lide”.

Note-se ser claro o *decisum* no tocante de que se restabeleça o credenciamento da Notificada para que se possa usufruir do benefício **estabelecido no § 2º do art. 332 do RICMS/BA/12, do recolhimento referente ao dia 25 do mês subsequente**.

Embora não seja necessário, bastando para a análise da questão prejudicial saber se há liminar ou não no caso, é de se consignar que referida tutela de urgência ainda está contemporaneamente a produzir efeitos jurídicos, conforme consulta efetuada a partir do site <http://www5.tjba.jus.br/portal/>, acessando-se o portal do E-SAJ e, a partir do “botão” consultas processuais/consulta de processos do 1º grau, ver a movimentação do proc. nº 8003465-62.2021.8.05.0022

Por conseguinte, verifica-se que a data da **decisão interlocutória é de 10/02/2022**, e que embora a Notificação Fiscal em tela tenha sido **lavrada em 19/02/2022**, a instantaneidade da ação do flagrante fiscal se fez na data especificada no Termo de Apreensão (fl. 04) em 12/02/2022, estando, de sorte, a **presente cobrança afetada pela tutela liminar anteriormente referida**.

Nesta esteira, o RPAF-BA/99 é cristalino ao determinar que a propositura de medida judicial pelo contribuinte implicar-se-á na desistência da impugnação na seara administrativa, consoante a inteligência do art. 117, a saber:

“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” (negritos da transcrição).

Constata-se que regra semelhante se encontra resguardada na Lei de nº 3956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), pelo comando do art. 126, c/c o art. 127-C, IV:

“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”.

Portanto, ao tomar esta Relatoria ciênciça da existênciça de Mandado de Segurança cuja tutela de urgênciça – equivocadamente ou não – consignou o credenciamento da Notificada que se encontrava na condiçôia de descredenciada **quando da ação fiscal**, motivo determinante para a exigênciça da presente lavratura, dúvidas não se quedam de que qualquer apreciação acerca da impugnação do contribuinte restou **prejudicada**, em face do esgotamento da instância administrativa, devendo o Processo Administrativo Fiscal – PAF ser encaminhado ao setor competente.

Em complemento, o artigo 122, inciso IV, do mesmo Regulamento prevê a extinção do PAF, com a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo, relativamente à matéria objeto da lide, antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa.

Diante de tal fato, caberá ao Poder Judiciário decidir sobre a questão, ficando, desta maneira, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até que a lide seja definitivamente resolvida, observando que a lavratura da Notificação Fiscal tem o condão de evitar os efeitos da decadênciça, devendo os autos, após as medidas de praxe, inclusive quanto as demais infrações, serem encaminhados para a Procuradoria Geral do Estado, a fim de que se adotem as devidas e necessárias providências.

No mesmo sentido do posicionamento ora adotado, menciona-se decisão da Câmara Superior do CONSEF, no Acórdão CS 0001-21/06, de 30/03/2006.

Isto exposto, tenho a Notificação Fiscal como subsistente, tendo em conta estar a **defesa apresentada prejudicada**.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** em instância **ÚNICA** a Notificação Fiscal de nº **272466.0179/22-1** lavrada contra **LEIZER APARECIDA FERREIRA BORGES CARIAS LTDA**, no valor de **R\$10.457,46**, acrescida de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo o feito ser encaminhado para a Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, para adoção das medidas cabíveis.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de maio de 2022

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR