

A. I. N° - 298950.0013/21-7
AUTUADO - TORA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LIMITADA
AUTUANTE - DENNIS ALVIM ALVES SANTOS
ORIGEM - DAT METRO/INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27/09/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0164-03/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO TEMPESTIVO. MULTA PERCENTUAL. Consta dos autos, decisões judiciais que excluem o Autuado da incidência do ICMS antecipação parcial. Exigências fiscais insubsistentes. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. MULTA. Infração reconhecida. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 07/12/2021, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$126.245,92, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

Infração 1 – 007.015.003 – Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, antecipação recolhida a menos ou não recolhida, nos meses de janeiro a março, maio a dezembro de 2019, janeiro a março, julho a dezembro de 2020, no valor de R\$120.145,00;

Infração 2 – 007.015.005 - Multa percentual sobre a parcela do ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, antecipação recolhida a menos ou não recolhida, no mês de abril de 2019, no valor de R\$4.301,92;

Infração 3 – 016.001.006 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias, ou serviços tomados, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2019 a dezembro de 2020, sendo aplicada multa de 1% do valor de cada nota fiscal não escriturada, totalizando R\$1.799,01.

O autuado impugna o lançamento às fls.22/28. Contesta dizendo ser tempestiva sua impugnação. Repete as infrações que lhe foram imputadas. Diz que vem, tempestivamente, por seus advogados (procuração e atos constitutivos anexos - doc. 01), apresentar sua impugnação administrativa à referida autuação, nos termos dos fundamentos de fato e de direito a seguir aduzidos.

Preliminarmente à análise do mérito da autuação, demonstra a tempestividade de sua defesa, a fim de que não parem dúvidas a esse respeito. Repete a acusação fiscal.

Informa ser empresa que se destina à exploração e operação de franquias da rede “*McDonald’s*”. Neste contexto, por força dos contratos firmados com sua franqueadora, é obrigada a adquirir uma série de insumos de outros Estados da Federação, tais como *carne, hambúrguer, pão, alface, bacon*, entre outros itens diversos, os quais, após sofrerem um processo de transformação, resultam nos produtos finais direcionados ao consumo de seus clientes (sanduíches de diversos tipos).

Diz que nesta oportunidade, desnecessário mencionar que preza pela reputação ilibada que possui, através da higidez na realização dos contratos que celebra e no adimplemento de suas obrigações, aspectos que refletem de modo peculiar, na lisura de seu comportamento, especialmente perante o Fisco.

Intrinsecamente relacionada a tais princípios, por sua vez, diz que está a premissa por ela estipulada de não sonegar qualquer valor devido ao Erário, representado por qualquer dos entes Federativos. Por conta disto, não obstante a grave crise econômica que assola o Brasil há algum tempo, sempre cumpriu com todas as suas obrigações perante a Administração Tributária.

Em dezembro de 2021, contudo, aduz que foi surpreendida pela autuação ora impugnada, responsável por formalizar duas infrações, com o mesmo teor da acusação conforme sintetiza.

Aduz que a despeito do notório saber jurídico e da competência técnica do Auditor Fiscal responsável pela lavratura, entende que o Auto de Infração sob exame é improcedente, impondo-se a sua imediata desconstituição, tendo em vista que a existência de demanda judicial já transitada em julgado, que lhe garante o direito de não recolher a antecipação parcial do ICMS em questão.

Ademais, afirma que em demonstração de sua boa-fé, reconhece que parte do valor cobrado na presente autuação é, de fato, devido, mais precisamente no tocante à Infração 03. E, por esta razão, informa que já providenciou o recolhimento destes itens, conforme DAE anexo (doc. 09). Neste sentido, contesta apenas, os itens que entende serem totalmente improcedentes.

Informa que em abril de 2008, ajuizou Mandado de Segurança distribuído à 9ª Vara da Fazenda Pública, sob o nº. 0049349-76.2008.805.0001, com o propósito de obter do Poder Judiciário, o reconhecimento da não incidência da Antecipação Parcial do ICMS, instituída pela Lei nº. 8.967/2003, incidente nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, tendo em vista a inaplicabilidade do regime à Autuada, uma vez que esta não adquire mercadorias de outros Estados para fins de comercialização, mas, sim, para integrar seu processo produtivo.

Nesse sentido, esclareceu, naquele processo, que, no exercício de 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 um processo de transformação, resultam nos produtos finais (sanduíches de diversos tipos), direcionados ao consumo dos seus clientes.

Explicou que as operações interestaduais promovidas, não se amoldam à sistemática implantada pela lei estadual nº. 8.967/2003, haja vista que as mercadorias adquiridas não são, a rigor, para fins de comercialização, como exige o artigo 12-A, inserido na lei nº. 7.014/96, mas, sim, compõem o processo produtivo da autuada, culminando, após a devida transformação, em novo produto, este sim comercializado.

Esclarece, ainda, que a empresa não possui 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 a contínua (100%) aquisição interestadual de matéria-prima para integrar o processo produtivo realizado aqui no Estado da Bahia.

Comenta que naquela oportunidade, juntou ao processo alguns precedentes judiciais favoráveis aos contribuintes em outras discussões semelhantes, nos quais o Poder Judiciário da Bahia reconheceu a procedência da tese defendida.

Informa que após ter sido proferida uma sentença desfavorável, a ora Impugnante interpôs Recurso de Apelação ao Tribunal de Justiça da Bahia, o qual foi provido pela Terceira Câmara Cível, conforme Acórdão anexo prolatado em 12/07/2011 (doc. 03), tendo o Desembargador Relator (Dr. Sinésio Cabral Filho) reconhecido assistir razão à Autora, determinando a não aplicação do regime da Antecipação Parcial do ICMS sobre as suas aquisições interestaduais. Em seguida, a Procuradoria do Estado da Bahia interpôs Recursos Extraordinário e Especial, sendo que este teve o seu seguimento negado pelo Tribunal de Justiça, o que culminou na interposição de Agravo de Instrumento ao Superior Tribunal de Justiça.

Informa que o STJ, por sua vez, conheceu do 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, que também não foi conhecido pela Segunda Turma, conforme Acórdão anexo proferido em 13/09/2016 (doc. 05).

Comenta que em seguida, foi lavrada a Certidão de Trânsito no STJ, em 14/11/2016, que certificou que o Acórdão acima referido transitou em julgado na data de 08/11/2016 (doc. 06), e determinou a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal, para julgamento do Recurso Extraordinário. Já no STF, foi proferida decisão, em 13/12/2016, pela Ministra Cármen Lúcia (doc. 07), a qual negou seguimento ao Recurso Extraordinário interposto pela Procuradoria do Estado da Bahia, tendo sido lavrada, em 27/03/2017, a Certidão de Trânsito em Julgado do feito, ocorrida em 25/03/2017, conforme documento anexo (doc. 08).

Explica que com isso, obteve ganho definitivo em sua causa, que lhe reconheceu o direito de não recolher a Antecipação Parcial do ICMS sobre as suas aquisições interestaduais. Destaca ainda, que o processo foi amplamente apreciado pelo Poder Judiciário, tendo chegado à instância máxima, que é o Supremo Tribunal Federal. Ademais, também menciona que o prazo para ajuizamento de eventual Ação Rescisória já se encerrou desde 25/03/2019, em virtude do quanto previsto no art. 975 do Código de Processo Civil. Diante disso, trata-se de coisa julgada material, em caráter absolutamente definitivo, não cabendo questionamento de natureza judicial, muito menos de natureza administrativa.

Ressalta que todas as decisões mencionadas e anexadas à Impugnação foram devidamente apresentadas ao Auditor Fiscal, responsável pela lavratura da presente autuação, não compreendendo a Autuada o porquê de ele ter, ainda assim, constituído os presentes lançamentos. Diz crer que o Auditor Fiscal não se atentou para os documentos que lhe foram entregues, que demonstram, sem sombra de dúvidas, a não incidência do tributo em questão.

Por todo o exposto, diz que tendo demonstrado a total insubsistência da autuação *sub judice*, em virtude de haver 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 seja julgada improcedente este Auto de Infração.

Ante o exposto, requer seja julgado parcialmente procedente o lançamento em exame, extinguindo as infrações 01 e 02 e homologando o pagamento quanto à infração 03.

O Autuante presta informação fiscal fls.74/76. Repete as infrações a empresa autuada que apresenta impugnação a este PAF. Preliminarmente, informa que todo o trabalho foi baseado na EFD (Escrituração Fiscal Digital) do contribuinte, nas notas fiscais eletrônicas recebidas/emitidas e nas informações constantes dos sistemas da SEFAZ/BA.

Ressalta que os livros e documentos válidos são os constantes na Escrituração Fiscal Digital, conforme preceitua o § 1º, do art. 247 do RICMS/BA-2012. Com relação a Infração 03, o contribuinte reconhece que o valor cobrado é devido, e que providenciou o pagamento conforme DAE anexo às fls. 68/69.

A respeito das infrações 01 e 02, enquadradas no art. 12-A, da Lei nº 7.014/1996, preceitua que nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto. Porém, após analisar as alegações da defendente, e tendo como base as decisões do Poder Judiciário (Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal), que julgaram procedente o pedido do contribuinte, e tratando-se de coisa julgada material em caráter absolutamente definitivo.

Dessa forma, solicita que sejam julgadas improcedentes as Infrações 01 e 02.

Ante o exposto, ciente de que procede dentro das normas de Auditoria, com a certeza de ter dirimido quaisquer dúvidas sobre a ação fiscal executada, reafirma o trabalho executado e

solicita, salvo melhor juízo, que o mesmo seja julgado improcedente para a Infração 01 e a Infração 02, e totalmente procedente a Infração 03.

Consta no processo à fl.78, extrato do SIGAT/SICRED com valores reconhecidos pelo autuado. Registro a presença na sessão de julgamento por vídeo conferencia, a presença do advogado da autuada que realizou a sustentação oral, Dr. Vitor Tanuri Gordilho – OAB/BA 28.031.

VOTO

O Auto de Infração em epígrafe é composto por 03(três) infrações arroladas pela fiscalização, conforme relatadas na inicial.

Preliminarmente, embora não tenham sido suscitadas questões prejudiciais referentes as formalidades inerentes ao procedimento fiscal, observo que o presente PAF se encontra apto a surtir seus efeitos legais e jurídicos.

Não vislumbro na autuação qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, que foi exercida plenamente, haja vista que o sujeito passivo demonstrou perfeito conhecimento das infrações, as quais foram fundamentadas em demonstrativos analíticos e documentos fiscais, cujas cópias foram fornecidas ao contribuinte, inexistindo cerceamento do direito de defesa.

Dessa forma, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18, RPAF/BA.

O defendente reconheceu o cometimento da infração 03, realizando o respectivo recolhimento do valor lançado, portanto a infração é procedente, considerando o encerramento da lide.

As infrações 01 e 02 foram rebatidas conjuntamente pelo defendente e assim serão apreciadas, visto que possuem a mesma natureza. Trata-se de multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, antecipação recolhida a menos ou não recolhida.

Nas razões defensivas, o autuado afirmou que estas infrações são improcedentes, impondo-se a sua imediata desconstituição, tendo em vista a existência de demanda judicial já transitada em julgado, que lhe garante o direito de não recolher a antecipação parcial do ICMS em questão.

Informou que em abril de 2008, ajuizou Mandado de Segurança distribuído à 9ª Vara da Fazenda Pública, sob o nº. 0049349-76.2008.805.0001, com o propósito de obter do Poder Judiciário, o reconhecimento da não incidência da Antecipação Parcial do ICMS, instituída pela Lei nº. 8.967/2003, incidente nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, tendo em vista a inaplicabilidade do regime à Autuada, uma vez que esta não adquire mercadorias de outros Estados para fins de comercialização, mas, sim, para integrar seu processo produtivo.

Em sede de informação fiscal, o Autuante afirmou que após analisar as alegações da defendente, e tendo como base as decisões do Poder Judiciário (Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal), que julgaram procedente o pedido do contribuinte, e tratando-se de coisa julgada material em caráter absolutamente definitivo, solicita que sejam julgadas improcedentes as Infrações 01 e 02.

Acolho as conclusões do Autuante, visto que alicerçadas nos documentos presentes no PAF e em comprovada decisão judicial, portanto em absoluta consonância com a legislação vigente.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o auto de infração nº **298950.0013/21-7**, lavrado contra a **TORA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LIMITADA**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.799,01**, prevista no art. 42, inciso IX da Lei 7014/96 e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2022.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR