

PROCESSO - A. I. Nº 110019.0029/21-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TORA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0049-02/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/11/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0333-12/23-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 Art. 125, II da Lei nº 3.956/81. Mantida a Decisão recorrida. Considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso de Ofício em razão da existência de decisão judicial transitada em julgado. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado contra o referido Auto de Infração, lavrado em 02/12/2021 e refere-se à cobrança de ICMS por antecipação parcial antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, adquiridas para fins de comercialização. Dividido em duas infrações, no valor histórico de **R\$ 270.926,28**, sendo R\$ 266.996,41 da infração 01 (**referente às notas fiscais escrituradas na EFD**) e R\$ 3.929,87 da infração 02 (**referente às notas fiscais não escrituradas na EFD**), bem como aplicação de multa no percentual de 60%. Referente ao período de 2019 e 2020.

A Autuada apresentou impugnação, por intermédio de seus representantes legais, às fls. 89 a 95. Trouxe as principais argumentações: **a)** tempestividade da peça defensiva; **b)** resumo da ação fiscal; **c)** da improcedência das infrações 01 e 02; e **d)** do pedido de improcedência.

Prestada informação às fls. 138 a 140, no qual o autuante reproduz as alegações que motivaram a lavratura do auto de infração. Traz a exigência do ICMS Antecipação Parcial, conforme previsto na Lei nº 7.014/96, artigo 12-A e, mais especificamente ao caso do autuado, transcreve o Art. 267, VI, “d” do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA) que versa sobre redução da base de cálculo equivalente a 4% e retifica a obrigatoriedade do recolhimento da Antecipação Parcial. Reforça que a atividade econômica principal do contribuinte é “5611-2/03 – Lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares”.

Pontua sobre o Mandado de Segurança da não incidência do ICMS Antecipação Tributária e alega que o autuado não é consumidor final pois as revende. Diz que apesar das mercadorias adquiridas sejam juntadas a outras, na forma de sanduiche ou outras mercadorias que comercializa, não se caracteriza como um processo de produção industrial.

Conclui que a atividade do contribuinte é “lanchonete, casas de chá, de sucos e similares” e, portanto, é devido o recolhimento do ICMS Antecipação Parcial.

Em relatório da 2ª JJF de nº 0049-02/22-VD é transcrito todos os argumentos de defesa da autuada e proferido o voto da referida Junta.

A JJF proferiu voto condutor após das devidas intervenções nos seguintes termos:

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. 22.

A memória de cálculo da autuação, com os demonstrativos analíticos e sintéticos se encontra às fls. 08 a 20, impressa, e em formato digital na mídia de fl. 23.

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 sentença judicial, devidamente confirmada tanto pelo STJ, quanto pelo STF, acostadas pela defesa, eximindo a empresa autuada do recolhimento do ICMS correspondente a Antecipação Parcial, ainda que o autuante tenha dito em contrário quando da informação fiscal, o que vem a se constituir em equívoco seu.

E não nos cabe aqui, enveredar pela legislação tributária, sequer tecer qualquer outra consideração quanto ao instituto da antecipação tributária, o fato de a empresa autuada ser ou não filiada à FIEB, ou 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 de 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 modo desemboca na imperatividade do cumprimento das decisões judiciais, as quais, devem ser cumpridas sempre, enquanto não forem reformadas, o que não é o caso em comento, à vista do trânsito em julgado.

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 sentença judicial contra a qual descabe qualquer outro recurso, frente aos documentos acostados pela defesa às fls. 133 e 134, 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, 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 irreversível, a fim de evitar alegações de desrespeito a lei, ao comando judicial ou de excesso de exação.

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 perdas de trabalho técnico especializado na constituição de crédito tributário fadado a ineficácia diante do mandamus judicial, não restando ao julgador, frente aos expostos argumentos, 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 art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Em sessão de julgamento do dia 04/11/2022 esta câmara aprovou, por unanimidade, a conversão do PAF em diligência à PGE para esclarecer os seguintes pontos:

- i) qual o objeto do Processo nº 0049349-76.2008.805.0001-0, e qual a sua fase processual?
- ii) Considerando existente coisa julgada, qual a extensão dos efeitos do referido processo, no estado em que se encontra, para o resultado deste PAF?

Em resposta aos questionamentos acima, a PGE/PROFIS proferiu Parecer de nº 2023024345-0 onde responde os itens, conforme entendimento abaixo:

- i) em análise com base tão-somente no relatório do acórdão e da Apelação Cível nº 0049349-76.2008.805.0001-0 trata-se da não incidência da antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias não destinadas à comercialização, especificamente os insumos para produção de alimentos. Diz que “(...) resta testificado o trânsito em julgado da decisão da demanda em desfavor do Estado da Bahia”;
- ii) Diz existir dificuldade em definir com exatidão a postulação da tutela jurisdicional em face da não juntada da inicial. No entanto, com base nos documentos acostados ao PAF, entende que: “(...) aplicando-se às hipóteses apenas alcançadas pela parte dispositiva do mandamus, qual seja, a não incidência da antecipação parcial na aquisição de insumos utilizados na confecção dos produtos ofertados ao consumo (insumos). Neste espeque, o comando judicial só alcançaria às mercadorias que possuíssem, de forma inequívoca, a natureza de insumos na preparação de refeições do autuado”.

Presente na sessão de videoconferência, Dr. Victor Tanuri Gordilho, no qual acompanhou o julgamento deste PAF.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 2ª JJF que desonerou o contribuinte totalmente do crédito tributário lavrado no valor atualizado de R\$ 464.902,01, conforme fl. 159, montante este superior a R\$ 200.000,00, de acordo com o Art. 169, I, “a” do RPAF/99, no qual conheço.

De fato, foi lavrado um auto de infração contra o contribuinte que apresentou Mandado de

Segurança, este em decisão transitada em julgado, onde descabe qualquer outro recurso, visto ter exaurido em todas as instâncias. Documento acostado pela defesa nas fls. 133 e 134, emitidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Vale destacar o parecer proferido pela PGE/PROFIS de nº 2023024345-0, em cumprimento de conversão do PAF em diligência, no qual é possível confirmar o trânsito em julgado da decisão em desfavor do Estado da Bahia. Ressaltando que o MS alcança **apenas** as mercadorias que possuírem a natureza de insumos na preparação de refeições do Recorrente.

É verdade que “*ordem judicial não se discute, se cumpre*”. Não obstante de tal afirmação, descabe a esta CJF enveredar à outra decisão se não pela manutenção da improcedência do Auto de Infração.

Cabe constatar e reforçar o pedido da 2ª JJF de evidenciar no cadastro do contribuinte tal restrição para cobrança de ICMS Antecipação Parcial aos produtos destinados a insumos na preparação de refeições, por força de decisão judicial irrecorrível, a fim de evitar alegações de desrespeito à lei.

Concluo pela manutenção do julgamento de IMPROCEDENTE do Auto de Infração em lide, portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto.

VOTO VENCEDOR

Peço vênia ao ilustre Relator para divergir do seu entendimento, tendo em vista que falta competência a este CONSEF para julgar a matéria posta, de acordo com o disposto no Art. 125, II da Lei nº 3.956/81 – COTEB, reproduzido pelo Art. 167, II do RPAF/99, *in verbis*:

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

...

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

...”

Conforme consta do Relatório acima, o Autuado obteve decisão favorável na Apelação Cível nº 0049349-76.2008.805.0001-0, a qual já transitou em julgado, no sentido da não incidência do ICMS relativo à antecipação parcial sobre os produtos que adquire para elaboração de refeições.

O cerne da discussão residuiu na interpretação de que as mercadorias são adquiridas para comercialização ou se são insumos para a sua atividade, assemelhando-se a uma industrialização, já que só há incidência do ICMS relativo à antecipação parcial nas aquisições para comercialização, conforme destacado no *caput* do Art. 12-A da Lei nº 7.014/96, transcrito abaixo:

“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.” (**grifo nosso**)

Observo que há total identidade entre a autuação e a ação judicial, já que ambas são relativas à cobrança de ICMS por antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação.

Portanto, entendo que a 2ª JJF não deveria sequer ter se manifestado quanto ao mérito da autuação, pois, nos termos do Art. 117 do RPAF/99, a “*propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa*”, convergindo com o disposto no Art. 126 da Lei nº 3.956/81 – COTEB, a seguir colacionado:

“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.”

Entretanto, visando a celeridade processual, tendo em vista que a referida Decisão judicial foi desfavorável ao Estado da Bahia, voto por considerar PREJUDICADA a análise do Recurso de

Ofício, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110019.0029/21-0**, lavrado contra **TORA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, Igor Lucas Gouveia Baptista e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Gabriel Henrique Lino Mota, João Vicente Costa Neto e Camila Magnavita da Fonseca Camargo.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 02 de outubro de 2023.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

GABRIEL HENRIQUE LINO MOTA – RELATOR/VENCIDO

MARCELO MATTEDI E SILVA - VOTO VENCEDOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS