

N. F. Nº - 128984.1716/22-6
NOTIFICADO - ZAMP S/A
NOTIFICANTE - RUI ALVES DE AMORIM
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL / POSTO FISCAL BENITO GAMA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 31/01/2025
PUBLICAÇÃO - INTERNET 31/01/2025

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0004-02/25 NF-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Sujeito passivo não recolheu o ICMS Antecipação Parcial da operação. Alegação de mercadoria destinada a utilização como insumo. Escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica em renúncia da discussão da lide na esfera administrativa. Aplicação do art. 117 do RPAF-BA. DEFESA PREJUDICADA. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente relatório atende ao disposto no Decreto 7.629/99 (RPAF-BA/99), art. 164, inciso II, especialmente quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos das peças processuais.

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada em 10/10/2022 no Posto Fiscal Benito Gama, com contribuinte cientificado em 18/04/2024 (via DT-e), para exigir um crédito tributário no valor de R\$ 5.300,32, acrescido de multa de 60%, perfazendo um total de R\$ 8.480,51, em decorrência do cometimento da infração **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 preenche os requisitos previstos na legislação fiscal”*.

Enquadramento Legal – Art. 332, III, “b” do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12 c/c Art. 12-A; Art. 23, inciso III; Art. 32 e Art. 40 da Lei nº 7.014/96. Tipificação da Multa - Art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Consta na descrição dos fatos a *“aquisição interestadual de mercadorias tributadas, procedentes de outra unidade federada e destinadas a comercialização por contribuinte do Estado da Bahia, cuja inscrição encontra-se na situação de DESCREDECENCIADO, por não atender os requisitos previstos na legislação tributária em vigor, e não ter sido efetuado o recolhimento do ICMS Antecipação Tributária Parcial na entrada do território deste Estado (...)”*.

Constam nos autos, dentre outros documentos: demonstrativo de débito, memória de cálculo, histórico dos pagamentos realizados (não localizados), consulta da situação cadastral do contribuinte, intimação via sistema DT-e e DANFES das NF-e nº 809786, 810325, 810434, 809767, 809768, 809772.

Foi lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal nº 1294831387/22-6, no Posto Fiscal Benito Gama, em 06/10/2022, referente as mercadorias constantes nos DANFES das notas fiscais referenciadas.

O notificado ingressou com impugnação (fls. 25/28), através de representante legal, na qual se qualificou, passando a discorrer sobre as razões da sua irresignação sobre a lavratura da Notificação Fiscal.

Informou que a Inspeção emitiu a Notificação Fiscal em análise para a cobrança de débito de Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e Serviços ("ICMS"), referente à antecipação tributária parcial, supostamente devido em operações de aquisição interestadual. A operação consistia em aquisição de mercadorias utilizadas como insumo no preparo de alimentos comercializados pela Requerente.

Esclareceu que no entender da Inspeção, a Requerente teria deixado de recolher o ICMS, de modo que não teria observado as regras de antecipação parcial, previstas no artigo 332, III, alínea b, do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia ("RICMS/BA"), e nos artigos 12-A, 23, inciso III, 32 e 40, da Lei nº 7.014.

No entanto, como seria demonstrado adiante, a Inspeção não se atentou ao fato de que a Requerente contava com decisão judicial, que lhe autorizaria a não recolher antecipadamente o ICMS incidente sobre as entradas de mercadorias oriundas de outros Estados, e que seriam utilizadas no preparo de alimentos comercializados em seu estabelecimento.

Desse modo, a Requerente não estaria obrigada ao recolhimento antecipado parcial do ICMS devido na entrada das mercadorias no território baiano, o que ensejaria o reconhecimento da improcedência do lançamento formulado por meio da Notificação Fiscal.

Motivo Determinante para o Cancelamento da Exigência Fiscal - Mandado de Segurança nº 0582616-98.2016.8.05.0001: desnecessidade de recolhimento antecipado do ICMS

Asseverou que na sistemática do pagamento antecipado parcial do ICMS, o contribuinte, em aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, estaria obrigado a recolher antecipadamente parte do valor do imposto que seria devido nas etapas subsequentes a serem realizadas no Estado da Bahia. Essa parcela do ICMS teria de ser apurada mediante a aplicação da alíquota interna, deduzindo-se o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Dessa maneira, a Notificação Fiscal foi emitida sob a acusação de que a Requerente, em determinadas aquisições interestaduais, supostamente teria deixado de recolher o valor do ICMS devido a título de antecipação parcial.

Entretanto, a improcedência da acusação decorria de um motivo bastante simples: a Inspeção teria desconsiderado o fato de que a Requerente obteve ordem judicial que lhe autorizava a não recolher antecipadamente o ICMS incidente sobre tais operações.

Como já teria dito, em 06/12/2016, a Requerente impetrou o Mandado de Segurança nº 0582616-98.2016.8.05.0001 perante o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia ("TJ/BA"), visando à obtenção de ordem judicial no sentido de que fosse dispensada do recolhimento antecipado do ICMS incidente sobre operações interestaduais de aquisição de mercadorias, utilizadas como insumos em seus processos de produção.

O feito teria sido devidamente processado em 15/02/2017, no Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, que concedeu a decisão liminar pleiteada nos seguintes moldes:

"III – Dispositivo. Posto isso, concedo segurança liminar para determinar à autoridade impetrada, ou quem suas vezes fizer, que se abstenha de exigir o pagamento da Antecipação Parcial do ICMS referente às operações interestaduais promovidas pelos estabelecimentos da Impetrante, relativamente aos bens adquiridos de outras unidades da Federação como insumos no processo produtivo. Notifiquem-se as autoridades apontadas como coatoras para que prestem, no prazo de dez dias, as informações que entenderem necessárias. Intime-se o Representante Legal da FPE. Abra-se vista ao Ministério Público, oportunamente. Autorizo que se utilize esta decisão como mandado e ofício."

Dessa forma, era notório que o débito em cobrança por meio da Notificação Fiscal estava acobertado pela ordem judicial proferida nos autos do referido Mandado de Segurança, uma vez que a operação autuada também se tratava de entrada de mercadorias a serem utilizadas no preparo de alimentos e seria posterior à data em que foi proferida a ordem judicial.

Ressaltou que a decisão liminar continuava vigente e, portanto, produzindo seus efeitos, tendo em vista que o processo ainda aguardava prolação de sentença, conforme indicava o anexo extrato processual extraído do *site* do TJ/BA (doc. 6).

Como demonstrado, a Requerente estaria autorizada a não recolher o imposto devido por antecipação, uma vez que contava com decisão judicial nesse sentido. Assim, mostrava-se incorreta a cobrança de ICMS ora exigida.

Da Conclusão e Pedido

Com base no exposto, reafirmou que a Requerente teria demonstrado a improcedência do lançamento tributário consignado na Notificação Fiscal, uma vez que obteve decisão judicial que determinava a não exigência do pagamento antecipado parcial do ICMS incidente sobre a operação em análise.

Alertou que a Requerente se colocava à disposição desta para apresentação de eventuais informações e documentos que comprovassem a natureza e o objeto das operações autuadas.

Pleiteou que fosse dado integral provimento a presente Justificação, com julgamento totalmente improcedente do lançamento contido na Notificação Fiscal em lide e a consequente extinção do crédito tributário correlato.

Por fim, indicou o endereço para recebimento das intimações relativas a este processo administrativo.

Na sessão de Pauta Suplementar, ocorrida em 18/07/2024, essa 2ª Junta de Julgamento deliberou pelo encaminhamento do processo a Procuradoria Geral do Estado (PGE/PROFIS), a fim de que se manifestasse sobre a repercussão do mencionado Mandado de Segurança no prosseguimento da presente lavratura.

A PGE/PROFIS exarou o Parecer nº 87/2024 (fls. 73/74), no qual defendeu não assistir razão ao contribuinte, como exposto:

“Como cediço, a eficácia da concessão de liminar em mandado de segurança cinge-se, na forma do quanto previsto no art. 151, IV, do Código Tributário Nacional - CTN, à suspensão da exigibilidade creditória, o que não impede o Fisco de proceder à constituição do crédito, efetuada mediante autuação, tampouco de formalizá-lo por conduto da inscrição em dívida ativa, eis que somente logra sobrestar a possibilidade de sua exigência.

(...)

Assim, no curso de uma medida suspensiva, a Fazenda Estadual não pode cobrar o débito, exigindo-o por meio de execução fiscal, mas não está impedida de lançá-lo por intermédio de autuação, tampouco de inscrevê-lo em dívida ativa, valendo ressaltar que deste ato nenhum prejuízo advém ao contribuinte, eis que, estando suspensa a exigibilidade, fará ele jus à concessão, na forma do art. 206 do Código Tributário Nacional, de certidão positiva com efeito de negativa, documento que, tal como previsto no dispositivo legal mencionado, tem os mesmos efeitos de certidão negativa para fins de comprovação de regularidade fiscal.

Por isso, e já aqui respondendo ao quanto questionado pela 2ª JJF, não obstante o quanto ora aduzido pelo contribuinte, não vislumbramos, nos presentes autos, a existência de razão para o cancelamento do lançamento, tal como pleiteado, podendo ser mantida a Notificação Fiscal.

Saliente-se, porém, que, em cumprimento à decisão judicial noticiada, a suspensão de exigibilidade do crédito tributário em questão deverá ser lançada em sistema, ensejando a emissão de certidão positiva com efeito de negativa a que faz jus o contribuinte. Ademais, estando obstada a prática de quaisquer atos de cobrança creditória, o débito respectivo não poderá ser protestado nem executado, ficando a adoção de tais medidas sobrestada até o deslinde final da demanda, acaso favorável ao Estado, ou até que venha a ser cassada ou reformada a aludida decisão judicial”.

Não consta informação fiscal no processo.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada durante ação ocorrida no trânsito de mercadorias,

decorrente da constatação da falta de recolhimento do ICMS devido a título de antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias constantes dos DANFES das NF-e nºs 809786, 810325, 810434, 809767, 809768, 809772, destinadas a contribuinte que se encontrava na situação de “descredenciado” por restrição de crédito inscrito em Dívida Ativa, situação que lhe restringe o direito a realização do pagamento do imposto em momento posterior.

A base legal da lavratura são os artigos 332, III, “b” do RICMS/BA c/c art. 12-A; art. 23, inciso III; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7014/96.

Antes de adentrar ao mérito do presente lançamento tributário, constato a existência de questão prejudicial que inviabiliza o debate no âmbito administrativo e o seu consequente julgamento.

Analisando os elementos trazidos aos autos, verifica-se que o sujeito passivo impetrou o Mandado de Segurança de nº 0582616-98.2016.8.05.000, em 06/12/2016, perante o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – TJ/BA, visando à obtenção de ordem judicial para que fosse dispensado do recolhimento antecipado do ICMS incidente sobre suas operações interestaduais de aquisição de mercadorias, utilizadas como insumos em seus processos produtivos.

Em 15/02/2017, obteve junto ao Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador a Decisão Liminar determinando à SEFAZ-BA “*que se abstenha de exigir o pagamento da Antecipação Parcial do ICMS referente às operações interestaduais promovidas pelos estabelecimentos da Impetrante, relativamente aos bens adquiridos de outras unidades da Federação como insumos no processo produtivo*”.

Por outro lado, como detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável deste Acordão, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através da Procuradoria Fiscal, firmou o seguinte posicionamento “*Como cediço, a eficácia da concessão de liminar em mandado de segurança cinge-se, na forma do quanto previsto no art. 151, IV, do Código Tributário Nacional - CTN, à suspensão da exigibilidade creditória, o que não impede o Fisco de proceder à constituição do crédito, efetuada mediante autuação, tampouco de formalizá-lo por conduto da inscrição em dívida ativa, eis que somente logra sobrestar a possibilidade de sua exigência*”.

Do exposto, constata-se que o comando decisório para que a autoridade impetrada (Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia) se abstenha de exigir o pagamento do ICMS devido a título de Antecipação Parcial, referente às operações interestaduais promovidas pelos estabelecimentos do sujeito passivo, quando se tratar de mercadoria destinada como insumo em seus processos produtivos, não impede a Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, a fim de resguardá-lo do fenômeno temporal da decadência enquanto se debate a questão no âmbito do processo judicial, como dispõe o art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN:

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)

Semelhante disposição encontra-se resguardada pelo art. 126, c/c o art. 127-C, IV, do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB (Lei de nº 3956/81):

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.

Os comandos regulamentares (RPAF-BA/99) também determinam que a propositura de medida judicial pelo contribuinte implica na desistência da impugnação na esfera administrativa, como prevê o 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.

Portanto, diante da existência de Mandado de Segurança com Decisão Liminar vigente à época dos fatos, no qual se debate semelhante direito, a defesa se encontra prejudicada, em função do esgotamento da instância administrativa, devendo o Processo Administrativo Fiscal – PAF ser encaminhado ao setor competente para adoção das providências cabíveis.

Isso Posto, considero a Notificação Fiscal PROCEDENTE, estando a defesa apresentada prejudicada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal de nº **128984.1716/22-6** lavrada contra **ZAMP S.A.**, no valor de **R\$ 5.300,32**, acrescida de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, bem como os acréscimos legais, devendo o feito ser encaminhado ao setor competente para adoção das providências cabíveis, na forma do disposto pelo art. 117 do RPAF.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de janeiro de 2024.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - RELATORA

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR