

N.F. Nº - 298942.0357/22-0
NOTIFICADO - LEIZER APARECIDA FERREIRA BORGES CARIAS LTDA.
NOTIFICANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL / POSTO FISCAL BAHIA-GOIÁS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 11.02.2025

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO JJF Nº 0010-05/25NF-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, a qual obriga o Estado a fazer o recredenciamento da Notificada. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser encaminhado para a Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, para adoção das medidas cabíveis. Defesa **PREJUDICADA**. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 09/02/2022, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 8.112,02 mais multa de 60%, no valor de R\$ 4.867,21 totalizando o montante de R\$ 12.979,23 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 nºº 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nºº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nºº 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 Danfes de nººs. 145.149 e 145.150 combinado com art. 332, inciso III, alínea b, § 2º RICMS/BA/12, TAO: 2113231026225”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se **cópias dos seguintes documentos**: a Notificação Fiscal de nºº 298942.0357/22-0, devidamente assinada pelo Auditor Fiscal (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 02); a memória de cálculo da Antecipação Parcial efetuada pelo Notificante, (fl. 03); o **Termo de Apreensão de nºº 2113231026/22-5, lavrado às 08h56min da data de 09/02/2022** (fls. 06 e 07); os DANFEs das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-es) de nººs. 145.149 e 145.150, procedente do **Estado do Rio Grande do Sul** (fls. 08 e 09), emitidas **na data de 02/02/2022**, pela Empresa Basso Vinhos e Espumantes Ltda. que carreava as mercadorias de **NCM de nºº 2204** (Vinhos e Espumantes); a consulta da situação da Notificada constando como “Contribuinte Descredenciado” – Motivo Omissão de Pagamento (fl.13); os documentos do motorista (fl. 14).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de advogado, manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 20 a 29), protocolizada na CORAP SUL/PA LUIS E. MAGALHÃES na data de 23/03/2022 (fl. 19).

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 que 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 impetuou 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.

Em sessão de Pauta Suplementar na data de 30/06/2022 o feito foi convertido em diligência pela 5ª JJF para a Procuradoria Geral do Estado (fl. 60) em razão da nulidade suscitada por ter sido a Notificação Fiscal lavrada por Auditor Fiscal em trânsito de mercadoria no entendimento da Notificada de não haver competência esse agente, considerando-se que em 01/03/2012 fora julgado pelo STF a ADI 4.233, que trata de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Constitucional e Direito Administrativo, Art. 2º, incisos I e II da Lei Estadual de nº 11.470/09 e Art. 24 e Anexo V da Lei Estadual de nº. 8.210/02, que alcança a legislação de regência acerca do exercício da função dos Auditores Fiscais e dos Agentes de Tributos Estaduais, desta SEFAZ, em relação à competência para fiscalização de mercadorias em trânsito, ainda não modificada para se ajustar aos ditames da decisão do STF.

A Douta PGE emitiu parecer de nº. 20221366765-0 (fls. 68 e 69) onde sintetizado haveria a necessidade da decisão dos embargos declaratórios em relação da modulação dos efeitos da ADI 4.233, devendo o presente parecer ser enviado à Notificada o que fora feito através da Diligência realizada na pauta suplementar da 4ª JJF na data de 28/04/2023.

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 09/02/2022, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 8.112,02 mais multa de 60%, no valor de R\$ 4.867,21 totalizando o montante de R\$ 12.979,23 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 aos DANFEs das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-es) de nºs. 145.149 e 145.150, procedentes do **Estado do Rio Grande do Sul** (fls. 08 e 09), emitidas **na data de 02/02/2022**, pela Empresa Basso Vinhos e Espumantes Ltda. que carreava as mercadorias de **NCM de nº. 2204** (Vinhos e Espumantes) **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, enchedos (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 49 a 53, decisão interlocutória proferida pelo r. Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Barreiras, concedendo **tutela liminar de urgência (Mandado de Segurança Civil de nº. 8003465-62.2021.8.05.0022)** 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.**

Por conseguinte, verifica-se que a data da **decisão interlocutória é de 10/02/2022**, e que a Notificação Fiscal em tela fora **lavrada em 09/02/2022** bem como a instantaneidade da ação do flagrante fiscal se fez na data especificada no Termo de Apreensão (fl. 06) em 09/02/2022, estando, a **presente cobrança não afetada pela tutela liminar anteriormente referida.**

Nesta esteira, verifica-se que a ação de Mandado de Segurança impetrado se fez na data de **07/04/2021** e 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 ciência da existência de Mandado de Segurança impetrado antes da lavratura da notificação, para se consignar o credenciamento da Notificada que se encontrava na condição de descredenciada **quando da ação fiscal**, motivo determinante para a exigência 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.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada, restando incólume a Notificação Fiscal nº 298942.0357/22-0, lavrada contra **LEIZER APARECIDA FERREIRA BORGES CARIAS LTDA.**, no valor de R\$ 8.112,02, 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 para a Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, para adoção das medidas cabíveis, em conformidade com o disposto no art. 126 do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei nº 3.956/81.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de janeiro de 2025.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR