

A. I. Nº - 028924.0048/12-6
AUTUADO - BGMAXX COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO FERNANDO DA CUNHA VEIGA
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 11/07/2013

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0095-05/13

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. VALORES LANÇADOS E ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. APURAÇÃO PELO REGIME DE RECEITA BRUTA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO PRAZO REGULAMENTAR. Imputação não elidida. Questionado pela defesa o direito a créditos fiscais, sem indicar precisamente a que créditos se refere. A alíquota aplicada foi de 4%, de acordo com o regime especial de tributação a que a empresa está submetida, não configurando desobediência ao Mandado de Segurança nº 0024501-54.2010.805.0001, que garantiu à impugnante a permanência no regime de apuração por receita bruta. Infração procedente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. **a)** IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. EXTINÇÃO DO JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DISCUSSÃO JUDICIAL DA LIDE. Quanto às infrações 2 e 3, identifico no processo, o Mandado de Segurança nº 0388879-72.2012.8.05.0001 questionando a aplicação do regime de antecipação parcial do ICMS quando da aquisição de bens destinados ao uso e consumo próprio, atribuindo efeito suspensivos da tributação sobre tais operações. O processo administrativo extingue-se 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. Auto de Infração **PROCEDENTE** quanto à infração 1. Defesa **PREJUDICADA** em relação às infrações 2 e 3. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No Auto de Infração lavrado em 15/10/2012, foi efetuado lançamento de ICMS no valor total de R\$32.014,21, em razão das seguintes infrações à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo lançado o valor de R\$10.450,43 acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 – Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, sendo lançado o valor de R\$12.421,33 acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, sendo lançado o valor de R\$9.142,45 acrescido da multa de 60%.

A impugnante apresenta defesa à fls. 49/63 onde aduz que a auditoria fiscal apurou suposto débito de ICMS referente ao período de apuração compreendido no ano de 2011. Que tal débito, entretanto, já foi discutido no bojo do Mandado de Segurança nº 0024501-54.2010.805.0001, impetrado justamente visando desconstituir o ato ilegal e inconstitucional praticado pelo Estado da Bahia que, arbitrariamente, entendeu por bem excluir a impugnante da sistemática de recolhimento de ICMS pelo regime de receita bruta, cuja apuração do *quantum debeatur* se dava em função da aplicação da alíquota de 4% sobre a receita mensal auferida pela empresa.

Que conforme foi exposto, a exclusão da impugnante do supracitado regime gerou, como consequência, a ocorrência de débitos mensais indevidos que deram origem às mais variadas execuções fiscais – como a presente -, onde se exigia o diferencial de alíquota supostamente devido em razão do desenquadramento do regime especial de recolhimento em comento.

Que essa questão, entretanto, já foi ultrapassada pelo Egrégio Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso de Apelação no mandado de segurança supracitado, onde reconheceu-se a ilegalidade da constituição de qualquer débito tributário durante o período em que a Impugnante foi indevidamente desenquadrada do regime especial de apuração do ICMS. O acórdão, que já transitou em julgado, restou vazado nos seguintes termos:

“(...) Ante o exposto, dou provimento ao recurso de Apelação interposto, reformando a sentença de primeiro grau para o fim de, acolhendo-se o pedido formulado, conceder a segurança almejada para que a Apelante tenha garantido seu direito de recolher ICMS pelo regime de apuração previsto no art. 27, § 3º da Lei Estadual nº 7.014/96 (Lei do ICMS), e regulamentado pelos art. 118 e 504 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (Decreto nº 6.284/97), com a consequente anulação dos débitos indevidamente constituídos com base no regime de apuração normal, parcelados sob os números 335609-4, 335809-7, 335709-0, 1147709-1, 1147609-5, 1147009-7, bem como qualquer outro crédito que venha a surgir em decorrência do ato apontado coator, suspendendo-se a exigibilidade dos referidos créditos até o trânsito em julgado do presente Acórdão.” (grifos nossos).

Aduz que a Fiscalização ignorou o conteúdo do provimento judicial e a autuou pelo recolhimento a menos de ICMS. Ocorre que, tendo em vista que a infração atacada se amolda perfeitamente à hipótese versada no *mandamus* subjacente, resta evidente que a exigência fiscal é manifestamente indevida, devendo ser rechaçada de plano.

Diz que para evidenciar a improcedência da presente autuação, é imperioso destacar o tema relativo à constitucionalidade/legalidade da sistemática de recolhimento do ICMS adotada pelo Estado da Bahia, principalmente naquilo que tange a ilegal imposição fiscal hodiernamente praticada pelas autoridades fiscais, que compelem a Impugnante a recolher o ICMS na forma antecipada quando da entrada dos produtos no território estadual, por conta da exigência ínsita no art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

Que impetrou o Mandado de Segurança nº 0388879-72.2012.8.05.0001 questionando a aplicação do regime de antecipação parcial do ICMS quando da aquisição de bens destinados ao uso e consumo próprios, na condição de consumidor final. Em primeira instância, o Magistrado denegou a liminar pleiteada. Irresignada, a ora Impugnante interpôs Agravo de Instrumento para o Eg. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, requerendo a antecipação dos efeitos da tutela recursal até o julgamento final da lide. A decisão que concedeu a tutela pleiteada, determinando que o Estado da Bahia se abstinha de cobrar o ICMS de forma antecipada na entrada das mercadorias adquiridas pela Impugnante, foi assim proferida, nos trechos que importam:

“(...)
Da análise dos argumentos trazidos pela inicial, juntamente com a documentação acostada, vislumbro, em tese, neste juízo de cognição sumária, a relevância da fundamentação do Agravante, a ensejar a atribuição do efeito suspensivo pleiteado, isto porque, as notas fiscais acostadas aos autos às fls. 153/243, demonstram que os produtos adquiridos pelo Agravante não se destinam à comercialização, mas, sim, ao consumo

interno da empresa Recorrente, caracterizando, ainda, uma parte dessas mercadorias, como verdadeiros insumos.

(...)

Em face das razões supra alinhadas, atribuo o efeito suspensivo pleiteado. (...)"

Que desse modo, da simples análise do texto acima colacionado, conclui-se que a Impugnante está amparada, por força de decisão judicial, a não mais recolher o ICMS – modalidade antecipação parcial – até o deslinde da questão na esfera judicial. Assim sendo, durante o lapso temporal iniciado com a concessão da liminar vindicada até a prolação da decisão final do processo no qual a constitucionalidade/legalidade da antecipação parcial do ICMS do Estado da Bahia está sendo discutida, não poderá a Impugnante ser autuada caso deixe de proceder ao recolhimento antecipado do tributo. Que conforme já antecipado no tópico acima, são basicamente duas as infrações que dão lastro ao Auto de Infração combatido. Segundo a Fiscalização, o dispositivo legal que suporta seu desiderato encontra-se estribado no comando do art. 124, inciso I, do RICMS/1997, e também nos dispositivos: Art. 61 e Art. 352-A. Que, não basta que o Auto de Infração mencione isoladamente o dispositivo legal que supostamente restou infringido pelo contribuinte, devendo o trabalho fiscal se pautar pela descrição clara e precisa do fato que motivou a autuação, bem como pelo conjunto probatório que dê suporte à pretensão do Fisco.

Que está na legislação complementar (com esse status foi recepcionado o CTN) o dever do Fisco de comprovar e descrever, de forma clara, as razões de fato e de direito que fundamentam a pretensão tributária, porque tais requisitos são da essência do lançamento e constituem o seu conteúdo. Para que a exigência tributária seja válida, é imperativo que o conteúdo ou objeto do lançamento, previsto no art. 142 do CTN, contenha a descrição clara dos elementos relativos ao crédito tributário concreto e individualizado, em absoluta correspondência com todos os aspectos contidos no descritor (hipótese) e prescritor (mandamento) da norma tributária impositiva.

Que com base nos argumentos acima reproduzidos, será demonstrado abaixo que o Auto de Infração ora impugnado não atende plenamente ao comando do art. 142 do CTN, maculando seu próprio conteúdo. Que não desconhece a jurisprudência que se consolidou neste Conselho de Contribuintes, no sentido de que as impropriedades na capitulação legal do fato apurado pela Fiscalização só podem dar azo à nulidade do feito se delas resultar cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo. Deveras, o Conselho de Contribuintes tem rejeitado, constantemente, preliminares de nulidade por cerceamento do direito de defesa, quando a descrição dos fatos e a capitulação legal permitirem à Impugnante compreender a acusação formulada na peça básica e desenvolver plenamente sua defesa. Isso, no entanto, não é o que se verifica no caso concreto, conforme será comprovado com mais vagar a seguir.

Que o equívoco cometido pela Fiscalização foi partir do pressuposto de que a Impugnante está submetida à sistemática normal de recolhimento de ICMS a alíquota de 17%, e que as mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação seriam destinadas posteriormente à comercialização, dando margem à cobrança antecipada do imposto, nos termos do art. 352-A, do RICMS/97.

Que operações envolvendo a aquisição de bens para uso e consumo e destinadas ao ativo imobilizado foram subsumidas ao comando descrito no art. 352-A, do RICMS/97, que se aplica às hipóteses em que um bem adquirido é posteriormente destinado à comercialização (se tornando, portanto, uma mercadoria).

Que como essa matéria se confunde com o próprio mérito da controvérsia, será demonstrada conjuntamente com ele, no próximo tópico. Requer-se, desde logo, seja reconhecida por esse Egrégio Conselho, preliminarmente, a absoluta nulidade do Auto de Infração combatido, frente a parca fundamentação que o instruiu e a inaplicabilidade do art. 352-A ao caso, para arrimar a suposta infração cometida pela Impugnante.

Que o artigo 352-A do RICMS/97 dispõe que ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização e no § 1º, do art. 352-A, afirma-se que a

antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação. Que é evidente que a norma referida é direcionada aqueles contribuintes que adquirem mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para posterior revenda, de forma que antecipam parte do tributo, pagando o restante quando da efetiva ocorrência do fato gerador de sua operação de venda, sem que realmente ocorra o encerramento da fase de tributação.

Que é adquirente de produtos para uso, consumo ou ativo imobilizado da empresa, que jamais retornarão ao comércio jurídico, e aqueles utilizados como matéria-prima, em que há transformação para composição do produto final a ser posteriormente comercializado. Que isto não se configura aquisição para fins de comercialização direta, como dito nos arts. 12-A da Lei nº 7.014/96, inclusive esta venda posterior poderá nem ocorrer, mas sim de aquisição para transformação em bem de consumo que, pela sua natureza e pelo processamento que sofre, se torna produto totalmente dissociável de outros adquiridos anteriormente.

Que resta claro que a atividade peculiar recorrente no presente caso não deve ser tributada na forma estabelecida pelos arts. 12-A, da Lei nº 7.014/96 e 352-A, do RICMS/97, haja vista que, conforme fora exposto, não se subsume à norma de tributação do imposto sobre mercadoria, eis que não são adquiridas para fins de comercialização, mas sim para composição de produto a ser reintroduzido posteriormente no comércio, momento no qual será cobrado o tributo respectivo.

Que o Auditor vem aplicando a alíquota de 17% sobre a receita bruta auferida pela Impugnante quando, sabidamente, deveria aplicar a alíquota de 4% sobre a mesma base de cálculo.

Por todo o exposto, requer a Impugnante seja julgado totalmente improcedente o crédito lançado no Auto de Infração ora atacado, em virtude: (a) da impossibilidade de cobrança dos créditos listados no Auto de Infração vergastado, frente ao conteúdo das decisões judiciais proferidas; e (b) da absoluta nulidade do Auto de Infração combatido, frente à parca fundamentação que o instruiu e a inaplicabilidade do art. 352-A ao caso, para arrimar suposta infração cometida pela Impugnante, conforme exaustivamente demonstrado ao longo da defesa.

Em caráter sucessivo, requer a realização de diligência para que sejam comprovados os equívocos que permearam os trabalhos da Fiscalização, como exposto no tópico acima. O único quesito formulado diz respeito à correção da alíquota apurada pela Fiscalização para a cobrança do crédito tributário. A perícia deverá proceder, nesse sentido, a uma re-apuração do *quantum debeatur* a fim de decotar, dos valores autuados, os reflexos decorrentes das diferenças apontadas pela Impugnante.

O autuante apresentou informação fiscal à fl. 148, aduzindo as seguintes razões:

- 1- Alega a defesa do contribuinte que consta no formulário padrão do Auto de Infração da SEFAZ à alíquota de 17% e não a de 4% na apuração do seu débito e correção, concluindo que o seu valor final seria outro.
- 2- Que a referida empresa não está obrigada a recolher Antecipação Parcial do ICMS tendo em vista que adquire mercadorias fora do estado não para comercialização direta e sim para comercialização indireta (para compor seu produto final de venda).

Que diante do exposto, após análise, verificou que não procede a argumentação apresentada pela defesa pelos seguintes motivos:

- a) que na apuração do débito fiscal o modelo padrão do auto de infração (fls. 1) traz impresso a alíquota de 17%, isto porque não existe para a SEFAZ alíquota de 4%. Que quando coloca 4% no formulário o que muda é o valor da base de cálculo, porém o valor cobrado continua o mesmo (fls. 149), visto que, na apuração do imposto devido as (fls. 8), foi usada alíquota de 4% para o cálculo de apuração do débito por se tratar de lanchonete e afins.
- b) que segundo Parecer nº 06842 da SEFAZ/BA de 27/03/2012, o fornecimento de refeições por restaurante, lanchonetes, bares e estabelecimentos afins diretamente ao consumidor final, caracteriza-se como atividade comercial de forma que as aquisições interestaduais de

mercadorias não enquadradas na substituição tributária, isenção ou não incidência de imposto, destinadas ao preparo dessas refeições, estão sujeitas ao pagamento da antecipação parcial do imposto, do que trata o RCIMS-BA art. 352-A nos termos da alínea “b” do inciso VII do art. 386. Esta empresa é cadastrada na SEFAZ como atividade econômica principal Nº 5611203. Lanchonete e similares (fls. 07).

O impugnante volta se manifestar à fls. 155/56 afirmando que os moldes da lavratura não viabiliza a ampla defesa (alíquota de 17% substituindo 4%). E o autuante novamente se manifesta à fl. 160, afirmando que a alíquota de 17% em nada altera o valor lançada efetivamente a 4%.

VOTO

Da análise do processo, constato que o auto de infração foi lavrado com o devido cumprimento das formalidades inerentes ao procedimento de fiscalização pelo não recolhimento ou recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, e pela falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, sendo identificado o sujeito passivo, descritas a infrações.

À fl. 08, consta o demonstrativo de débito do ICMS à alíquota de 4%, correspondendo aos mesmos valores que no Auto de Infração estão com alíquota de 17%, em função de limitações do SEAI, fato que foi explicado pelo autuante em sua informação fiscal, não traduzindo tal situação em cerceamento de defesa, visto haver perfeita correspondência do ICMS devido, seja a 4%, seja a 17%, o valor resultante é o correspondente ao regime de apuração de receita bruta, a 4%.

Tal procedimento é extremamente comum nos procedimentos fiscais, notadamente nos casos em que há redução de base de cálculo, quando no cálculo em vez de se reduzir a base de cálculo do imposto, se aplica a redução da alíquota, obtendo-se o mesmo *quantum* que se obteria pela redução da base de cálculo. Assim, o modo de se efetuar o cálculo do imposto, desde que não afete a carga tributária desejável, não constitui erro formal nem material, não havendo constato a existência de vícios que venham ensejar a nulidade do lançamento tributário.

A impugnante alega, que na infração 1, tem a garantia judicial do regime de apuração pela receita bruta, e assim, no que se refere ao ICMS das operações escrituradas em livro próprio, a alíquota aplicada foi de 4%, dentro do regime especial de tributação a que a empresa está então submetida, não configurando desobediência ao Mandado de Segurança Nº 0024501-54.2010.805.0001, que garantiu à impugnante a permanência no regime de apuração por receita bruta. Pelo exposto, por não haver qualquer confronto com o mandado de segurança, tendo o fisco exercido o livre direito de lançar o imposto devido e não recolhido nos prazos regulamentares, acato a procedência do lançamento da infração 1. Infração não elidida.

Quanto às infrações 2 e 3, identifico no processo, o Mandado de Segurança nº 0388879-72.2012.8.05.0001 questionando a aplicação do regime de antecipação parcial do ICMS quando da aquisição de bens destinados ao uso e consumo próprio, atribuindo efeito suspensivos da tributação sobre tais operações, mas que não atinge a primeira infração. Assim, não havendo anexado ao PAF, cópias do mandado de segurança, em consulta ao sítio do TJ Bahia, em 17/06/2013, constato que houve mesmo a concessão do mandado conforme transcrição abaixo.

01/11/2012

Com efeito suspensivo

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL PROC. Nº 0317707-73.2012.805.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - SALVADOR ORIGEM DO PROCESSO: 10ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA PROCESSO DE ORIGEM: 0388879-72.2012.805.0001 - MANDADO DE SEGURANÇA AGRAVANTE: BGMAXX COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA ADV. AGRAVANTE: DR. LEONARDO NUNEZ CAMPOS AGRAVADO: ILMO SR. SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DO ESTADO DA BAHIA RELATOR: DES. CLÉSIO RÔMULO CARRILHO ROSA DECISÃO. Trata-se, no caso dos autos, de Agravo de Instrumento nº 0317707-

73.2012.805.0000, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, interposto por BGMAXX COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA, atacando decisão proferida pela MM. Juíza de Direito da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, Dra. Marineis Freitas Cerqueira, que, em sede de Mandado de Segurança - Proc. n.º 0388879-72.2012.805.0001, indeferiu a liminar pleiteada pela Agravada, nos seguintes termos(...) "É O RELATÓRIO. PASSO A DECIDIR. Presentes se encontram as condições de admissibilidade inerentes ao presente recurso e relacionadas com os seus requisitos intrínsecos e extrínsecos. Dispõe o art. 558, do Código Instrumental: "Art. 558 - O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara". Ressalte-se, porque oportuno, que o preceito inserto no dispositivo instrumental anteriormente mencionado reclama a presença concomitante dos dois requisitos nele introduzidos, quais sejam: 1) relevância da fundamentação; e 2) lesão grave e de difícil reparação, a fim de que seja atribuído o efeito suspensivo perseguido pela parte recorrente. Da análise dos argumentos trazidos pela inicial, juntamente com a documentação acostada, vislumbro, em tese, neste juízo de cognição sumária, a relevância da fundamentação do Agravante, a ensejar a atribuição do efeito suspensivo pleiteado, isto porque, as notas fiscais acostadas aos autos às fls. 153/243, demonstram que os produtos adquiridos pelo Agravante não se destinam à comercialização, mas, sim, ao consumo interno da empresa Recorrente, caracterizando, ainda, uma parte dessas mercadorias, como verdadeiros insumos. Nesses casos, veja-se o acórdão deste Egrégio Tribunal de Justiça: APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL DO ICMS. O RECOLHIMENTO ANTECIPADO DO ICMS, QUANDO DA ENTRADA NO ESTADO DA BAHIA DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, ENCONTRA RESPALDO NO ART. 12-A DA LEI ESTADUAL N° 7014/96, E NA LEI ESTADUAL N° 8967/03, INEXISTINDO QUALQUER ILEGALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE NESTE REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, SEM SUBSTITUIÇÃO. NÃO SE APLICA À IMPETRANTE O REGIME DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL DO ICMS PREVISTO PELA LEGISLAÇÃO BAIANA, TENDO EM VISTA QUE A MESMA NÃO ADQUIRE AS MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO PARA O FIM DE COMERCIALIZAÇÃO, COMO É DE EXIGÊNCIA DA LEI, MAS SIM PARA, APÓS ATIVIDADE DE TRANSFORMAÇÃO, COMERCIALIZAR PRODUTO NOVO, DISTINTO DOS PRODUTOS ANTES EXISTENTES. RECURSOS IMPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Classe: APELAÇÃO Número do Processo: 33445-5/2005, Órgão Julgador: CÂMARA ESPECIALIZADA, Relator: ROSITA FALCAO DE ALMEIDA MAIA, Data do Julgamento: 04/04/2006). De outro turno, a lesão grave e de difícil reparação, consubstancia-se nos prejuízos decorrentes da cobrança de imposto indevido, para o equilíbrio financeiro da empresa Agravante. DO EXPOSTO, Em face das razões supra alinhadas, atribuo o efeito suspensivo pleiteado. Por força da regra inserida no art. 527, III, in fine, do CPC, comunique ao digno Juiz de Direito a quo, o inteiro teor desta decisão, dela encaminhando-lhe exemplar para o seu devido cumprimento. De outro lado, sendo facultativa a requisição de informações àquela autoridade prolatora e a respeito da decisão guerreada (art. 527, IV, - CPC), poderá ela, se entender pertinente para o deslinde deste recurso, prestar, ou não, as informações que interprete como necessárias. Intimem-se o Agravado para responder no prazo de dez (10) dias, conforme a norma contida no art. 527, V, CPC. Publique-se. Intimem-se. Salvador, 31 de outubro de 2012. DES. CLÉSIO RÔMULO CARRILHO ROSA RELATOR.

Assim posto, o lançamento não contrariou o mandado de segurança, pois objetivou constituir o crédito para resguardar a Fazenda Pública dos efeitos da decadência, amparado na legislação vigente no Estado da Bahia, corroborada por decisão do STJ, que por ocasião do julgamento dos embargos de divergência, ERESP N° 572.603/PR, assegurou a possibilidade da Fazenda Pública realizar o lançamento do crédito tributário, mesmo quando verificada uma das hipóteses previstas no art. 151 do CTN. Para que não haja dúvidas a esse respeito, segue excerto da decisão do STJ:

"A suspensão da exigibilidade do crédito tributário impede a Administração de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança do seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à sua regular constituição para prevenir a decadência do direito de lançar" (Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.09.05).

Quanto ao julgamento do mérito, vejamos o que diz art. 126, do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB:

"Art. 126 - Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou Recurso Voluntário, importando tal escolha à desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à Procuradoria da Fazenda Estadual para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis."

Neste sentido, o art. 125, II do mesmo Código, com redação dada pela Lei nº 7.438, de 18/01/99, estabelece que não se inclui na competência dos órgãos julgadores, a questão sob apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

Também nos termos do art. 122, IV, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, o processo administrativo extingue-se 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, razão pela qual, com fundamento no art. 117 do RPAF, a impugnação ao lançamento das infrações 2 e 3 fica PREJUDICADA, devendo os autos ser encaminhados à PGE/PROFIS.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, considerando PREJUDICADA a análise do mérito das infrações 2 e 3, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário quanto estas infrações.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** quanto à infração 1 e **PREJUDICADA** a defesa em relação às infrações 2 e 3 referente ao Auto de Infração nº **028924.0048/12-6**, lavrado contra **BGMAXX COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.014,21**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo este processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR