

PROCESSO	- A. I. N° 028924.0048/12-6
RECORRENTE	- BGMAXX COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. (BURGER KING)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO- Acórdão 5 <sup>a</sup> JJF n° 0095-05/13
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
INTERNET	- 17/02/2014

### 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0008-11/14

**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 n° 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 n° 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 suspensivo 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. Afastada a preliminar suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO** quanto à infração 1 e **PREJUDICADO** o em relação às infrações 2 e 3. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da Decisão proferida pela 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão n° 0095-05/13 que julgou Procedente a infração 1 e Prejudicada as infrações 2 e 3, as quais imputam ao Recorrente:

*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%.*

À fl. 92/93 o contribuinte juntou sua Impugnação alegando, em apertada síntese, que o auditor fiscal não considerou as ordens judiciais que reincluíram o contribuinte na sistemática de

recolhimento do ICMS pelo regime de receita bruta à alíquota de 4% e que essa exclusão acarretou débitos mensais indevidos. Disse, também, que ingressou com outra ação judicial requerendo a constitucionalidade do regime de antecipação parcial com intuito de que o fisco baiano deixasse de cobrar o ICMS de forma antecipada na entrada de mercadoria adquiridas de outras unidades da Federação para uso, consumo ou incorporação no ativo físico. Continuou afirmando que o fiscal apurou, então, débitos acobertados pelo comando judicial. Depois discorreu sobre erro de capitulação das infrações e defendeu-se alegando a inaplicabilidade de antecipação parcial do ICMS por não serem destinados à comercialização direta. Alegou, também, excesso de exação pois entende que deveria ser aplicada alíquota de 4% sobre a receita bruta auferida, nos termos do art. 504 do RICMS.

À fl. 148 a autuante presta suas Informações que fora utilizado a alíquota de 4% para o cálculo do débito, apesar de constar no modelo do auto de infração a informação de 17% e que, com base no Parecer SEFAZ 06842, entende que deve ser seguido o procedimento do art. 352-A do RICMS, devendo haver o recolhimento por antecipação parcial do imposto. Depois, às fls. 155/156 o contribuinte se manifesta afirmando que o auto não preenche os requisitos mínimos de validade e que não há informação clara da capitulação da infração.

Após regular instrução, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal exarou Acordão nº 0095-05/13 por meio do qual julgou Procedente o Auto de Infração em relação à infração 1 e prejudicada a defesa em relação à infração 2 e 3, nos seguintes termos:

**"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 as 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 constatação 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 efeitos 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 dúvida 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 interpuesto, 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."

Desta decisão, o sujeito passivo apresentou tempestivamente Recurso Voluntário, sem adentrar no mérito das infrações, alegando nulidade da **infração 1** por infringência aos arts. 18 e 39 do RPAF/BA, por não constar no Auto todas as informações necessárias ao correto entendimento da autuação para que possibilite ao contribuinte que se defenda de forma segura. Quando às **infrações 2 e 3** alega apenas que não se poderia entender como prejudicada a defesa, como fez a 5ª JJF, por haver ação judicial em trâmite impugnando os mesmos lançamentos destes autos e nem poderia ocorrer a extinção do Processo Administrativo pois haveria ferimento à ampla defesa e o débito seria encaminhado para inscrição no CADIN e posterior ajuizamento de execução fiscal. Pediu, então, a suspensão no Processo Administrativo até trânsito em julgado do Mandado de Segurança por ele impetrado.

## VOTO

No que diz respeito ao Recurso Voluntário, noto que o ora Recorrente não impugnou o mérito das infrações que compõem o presente PAF.

Em relação à suposta nulidade da infração 1, não assiste razão ao recorrente. Noto que da leitura do Auto é possível identificar claramente a infração cometida e seu enquadramento legal bem como estão preenchidos todos os requisitos elecados no art. 18 do RPAF. Ainda, não vejo vilipendio à ampla defesa até mesmo porque o contribuinte foi capaz de apresentar sua defesa nestes autos, sendo, inclusive, assistido por advogado. Assim, afasto a nulidade da infração 1.

Já sobre a alegação de que a defesa não deveria ser prejudicada, entendo que não assiste razão ao Recorrente. Ao consultar o andamento dos Mandados de Segurança nº 38879-72.2012.8.5.0001, que questiona a aplicação do regime de substituição tributária, entendo que as decisões judiciais lá exaradas dizem respeitos aos lançamentos objeto do presente processo administrativo fiscal e assim, nos termos do art. 177 do RPAF, a propositura do citado *Writ* implica na renúncia ao recurso interposto. Por outro lado, havendo liminar em favor do contribuinte, encontra-se suspensa a exigibilidade do crédito, nos termos do art. 177,§2º, II. De igual forma, os autos devem ser encaminhados à PGE/PROFIS para que exerça o controle de legalidade e adoção de medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

Por fim, não havendo impugnação quanto ao mérito das infrações, entendo irretocável a decisão de piso, razão pela qual NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **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. (BURGER KING)**, devendo ser intimado o recorrente 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, ficando suspensa a exigibilidade do crédito quanto às infrações 1 e 2 até a decisão pelo poder judiciário, devendo este processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de janeiro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDMUNDO JOSÉ BUSTANI NETO – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS