

PROCESSO	- A. I. N° 028924.0020/13-2
RECORRENTE	- BGMAXX COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 6ª JJF n° 0046-06/14
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
INTERNET	- 04.11.2014

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0329-12/14

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. Existência de Mandado de Segurança. Recurso Voluntário prejudicado quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa. Recurso PREJUDICADO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 6ª JJF, proferida através do Acórdão n° 0046-06/14, a qual se refere ao Auto de Infração em lide, lavrado para exigir o crédito tributário de R\$ 27.302,36, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a comercialização, no mês de outubro de 2010. ICMS no valor de R\$17.909,58, mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 2. “*Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente*”. Foi aplicada multa no valor de R\$9.903,42, equivalente a 60% do imposto que deixou de ser recolhido tempestivamente.

A Decisão recorrida considerou procedente o Auto de Infração, após deixar de apreciar a arguição de constitucionalidade da legislação por lhe faltar competência e afastar a preliminar de nulidade, uma vez que as infrações foram descritas com clareza e precisão, permitindo o entendimento das acusações, do enquadramento legal e o exercício do direito de defesa.

Quanto às decisões judiciais citadas na defesa, observa-se que o Mandado de Segurança n° 0024501-54.2010.805.0001 determina a apuração do imposto mediante o regime de receita bruta, matéria diversa da tratada no Auto de Infração – recolhimento de antecipação parcial. O Agravo de Instrumento n° 0317707-73.2012.805.0000, apesar de tratar de antecipação parcial, data de 31 de outubro de 2012, portanto, posterior aos fatos geradores relacionados no Auto de Infração (2010).

No mérito, a JJF aduz que, mesmo que tenha havido algum recolhimento a título de receita bruta, esse fato não desonera o autuado da obrigação de recolher o ICMS devido por antecipação parcial.

Em seguida, salienta que com base no art. 5º, I, “a”, do Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados, fica claro que a atividade do autuado de lanchonete não se classifica como

industrialização e, em consequência, é devida a antecipação parcial não recolhida, bem como é cabível a multa exigida na infração 2 relativamente às mercadorias que tiveram saídas tributadas.

Irresignado com a Decisão, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 109 a 116, onde tece as seguintes considerações:

1. O autuado encontra-se amparado, por força de decisão judicial, a não mais recolher o ICMS supostamente devido por antecipação parcial até o desfecho da questão na esfera judicial.
2. Foi exarada sentença no mandado de segurança de nº 0388879-72.2012.8.05.0001 (fls. 118/124), no sentido de determinar que a autoridade coatora se abstenha de cobrar ICMS de forma antecipada na entrada das mercadorias adquiridas pelo impetrante provenientes de outras unidades da Federação quando estas se destinarem ao uso e consumo e/ou incorporação no ativo imobilizado, bem como quando utilizadas como insumos na produção dos bens comercializados, tendo o Estado da Bahia apelado da sentença, a qual foi recebida apenas no efeito devolutivo, mantendo os efeitos da sentença, tornando inexigível o débito até pronunciamento da instância superior.
3. Assim, ainda que a sentença tenha sido exarada posteriormente aos fatos geradores exigidos, o comando judicial os abarca já que foi claro ao mencionar que a autoridade coatora deve se abster de cobrar ICMS sob esta rubrica, independente da sua "fase de cobrança".
4. Os produtos adquiridos são bens de uso/consumo pela empresa, ou são utilizados como insumos na produção de bens comercializados. Não são mercadorias, pois não se destinam propriamente à revenda. Assim, a antecipação parcial do ICMS, neste caso, viola o princípio da legalidade e tipicidade cerrada, pois modificou o aspecto temporal da regra matriz de incidência tributária.
5. Que não pretende demonstrar a equiparação das lanchonetes a estabelecimento industrial e sim que a atividade exercida pelo autuado não atende aos requisitos do artigo 12-A da Lei 7.014/96, que seriam: (i) aquisição de mercadoria; (ii) que as operações sejam interestaduais; e (iii) que as ditas mercadorias sejam destinadas a comercialização.

Por fim, o recorrente requer que seja reformado o Acórdão JJF nº 0046-06/14 para ser reconhecida a improcedência do Auto de Infração, exonerando o contribuinte de pagamento do tributo e da respectiva multa e, de forma subsidiária, a suspensão do processo administrativo até o trânsito em julgado do Mandado de Segurança.

O processo foi distribuído para instrução e julgamento uma vez que, considerando o valor do débito tributário, a PGE/PROFIS foi dispensada da emissão de parecer conclusivo, conforme disposto no art. 136, III, “b”, “3”, do RPAF/99.

## VOTO

Da análise da aludida medida liminar no Mandado de Segurança nº 0388879-72.2012.8.05.0001, especialmente à fl. 124 dos autos, se comprova a identidade dos objetos do Auto de Infração e da medida judicial, ou seja, a exigência antecipada do ICMS quando da aquisição de produtos provenientes de outras unidades da Federação para utilização como insumo na produção do recorrente.

Nos termos do art. 117 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou desistência da impugnação ou recurso acaso interposto. Vale dizer que tais expedientes ficam prejudicados na instância administrativa em relação à obrigação principal, devendo os autos ser remetidos à PGE para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.

Logo, por se tratar de objeto idêntico à demanda judicial, o Recurso Voluntário está prejudicado, na esfera administrativa, quanto à análise do mérito das exigências do imposto e da multa, objeto do Auto de Infração, em análise, conforme previsto no art. 117 do RPAF, sob pena de decisões conflitantes e de se tornar sem efeito a Decisão na esfera administrativa, a qual deve obediência à Decisão na esfera judicial.

Porém, há de se salientar que o efeito da ação de mandado de segurança é de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme art. 117, § 2º, II, do RPAF/99, mas não de sua constituição pelo Fisco. Na realidade, a SEFAZ está impedida de exigir o imposto relativo à operação e não de constituí-lo, no intuito de assegurar a sua exigibilidade posterior, em caso de Decisão judicial definitiva do mérito desfavorável ao contribuinte.

Diante do exposto, considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário, no que tange às exigências consignadas no Auto de Infração em epígrafe, por se tratar de objeto idêntico à demanda judicial, devendo a exigibilidade do crédito tributário ficar suspensa, nos termos do artigo 151, IV, do CTN.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADO, o Recurso Voluntário apresentado mantendo inalterado o lançamento de ofício promovido por meio do Auto de Infração nº 028924.0020/13-2, lavrado contra **BGMAXX COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. (BURGER KING)**, para exigir o imposto no valor de **R\$ 27.302,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional. Caso não seja confirmada a Decisão final de mérito da demanda judicial, a repartição competente deverá intimar o autuado para quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal. Após o decurso do referido prazo sem a efetivação do pagamento, todas as penalidades indicadas na autuação devem ser incluídas no cálculo do débito ora exigido, caso não haja depósito judicial integral da quantia.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS