

PROCESSO - A. I. Nº 269133.0003/20-0
RECORRENTE - ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0076-03/21-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFRAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/03/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0035-11/22-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo, implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 3ª JJF Nº 0076-03/21-VD, que considerou Prejudicado o exame da peça impugnatória proposta pelo Contribuinte, restando íntegro o Auto de Infração, lavrado em 31/03/2020, para exigir ICMS no valor histórico de R\$420.359,44, em razão de uma única infração, descrita da forma a seguir.

***Infração 01 - 07.01.01** – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2019.*

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 26/05/2021 (fls. 43 a 49) e entendeu por Prejudicado o exame da peça impugnatória, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Preliminarmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração e determinam sua legitimidade, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Sendo assim, verifico a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquirir de nulidade o presente lançamento de ofício.

O Auto de Infração em lide é composto de uma única infração, na qual, se imputa ao Autuado a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2019. Infração 07.01.01.

Consta nos autos, que o Autuado, em momento anterior ao início da ação fiscal, em 29.03.2019, ajuizou a Ação de Antecipação de Tutela/Tutela Específica, com o objetivo de obter provimento jurisdicional que afastasse a exigência do recolhimento do ICMS por antecipação tributária, nas aquisições interestaduais, e o Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, ao analisar a Ação Declaratória nº 0517446-77.2019.8.05.0001, decidiu pelo deferimento.

Entretanto, não obstante tal decisão, nos termos do art. 142 do CTN, não há impedimento ao exercício do direito da Fazenda Pública Estadual, de efetuar o lançamento. Significa dizer, que deve o lançamento ser efetuado no intuito de prevenir a decadência.

O art. 117 do / RPAF BA dispõe que:

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.

§ 2º. *A ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário, salvo quando:*

(...)

II - concedida medida liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão.

§ 3º. *A suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de depósito do valor ou de concessão de medida liminar em mandado de segurança não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.*

Já os artigos 126 e 127-C, IV do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, estabelecem que:

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.

Conforme se verifica da leitura dos dispositivos legais acima reproduzidos, a escolha pelo Contribuinte pela via judicial, importa em desistência da defesa pela via administrativa, situação na qual, o processo deve ser encaminhado à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, inclusive, acompanhamento do processo no âmbito do judiciário.

Ressalto que, conforme disposto no Art. 167, I a III do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos, a declaração de invalidade em tese de lei ou outro ato normativo vigente no ordenamento jurídico, a negativa de aplicação de ato normativo emanado dos poderes Legislativo e Executivo, e as decisões transitadas em julgado proferidas por membros do Poder Judiciário.

Diante do exposto, fica PREJUDICADA a análise do mérito da defesa.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 59 a 62, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Narra que, após analisar o feito administrativo, a. 3ª JJF proferiu acórdão julgando Prejudicada a Defesa ao argumento de que “a escolha pelo Contribuinte pela via judicial, importa em desistência da defesa pela via administrativa, situação na qual, o processo deve ser encaminhado à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, inclusive, acompanhamento do processo no âmbito judiciário”. Alega, todavia, que, ao contrário do quanto apontado pelo acórdão, o ajuizamento da Ação Declaratória nº 0517446-77.2019.8.05.0001 não implicou renúncia à via administrativa, haja vista que a referida demanda possui natureza declaratória, não se tratando de ação anulatória do Auto de Infração que embasa o feito administrativo.

Neste sentido, destaca que, conforme se extrai das cópias da Ação Declaratória nº 0517446-77.2019.8.05.0001 (doc. 05 e 06 da Defesa), a referida demanda tem por objeto a declaração de “inexistência de relação jurídico-tributária entre a Autora e o Réu que a obrigue a recolher o ICMS por antecipação tributária, seja ela total ou parcial, nas aquisições interestaduais de insumos (pães, carnes, queijos, bijus, molhos para temperar, chocolates, etc.) que sejam destinados à elaboração de refeições”. Ou seja, explica que a referida demanda visa assegurar que nenhum insumo proveniente de outra unidade da federação, adquirido pelos estabelecimentos da Requerente localizados no Estado da Bahia para a produção de lanches, seja submetido à incidência de ICMS AT, mas não ataca especificamente os débitos de ICMS ST, discutidos no presente feito (relativos ao período de apuração de janeiro/2016 a dezembro/2019). Portanto, considerando a clara distinção de objetos entre a Ação Declaratória nº 0517446-77.2019.8.05.0001 e o presente feito administrativo, sustenta que é equivocado o entendimento de que o ajuizamento da referida ação implicou renúncia à via administrativa e prejudicou a Defesa apresentada pela Requerente.

Explica, ainda, que, como relatado acima, é bem verdade que o Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, ao analisar a Ação Declaratória nº 051744677.2019.8.05.0001, deferiu tutela de urgência para suspender a exigibilidade do ICMS ST devido por antecipação (total ou parcial) sobre as aquisições interestaduais de insumos da Requerente, o que na prática, deveria ter

impedido a lavratura do Auto de Infração combatido. Não obstante, uma vez lavrado o Auto de Infração, entende que deve ser dada oportunidade para se defender plenamente, especialmente no que se refere à demonstração e comprovação de que há decisão judicial vigente que assegura a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários em discussão.

Diante do exposto, requer seja reconsiderado o acórdão recorrido que julgou prejudicada a Defesa apresentada, com a consequente retomada da regular tramitação do feito e julgamento de mérito dos argumentos da Defesa.

Subsidiariamente, na hipótese de entendimento pela impossibilidade de julgamento do mérito da defesa apresentada em razão do ajuizamento da Ação Declaratória nº 0517446-77.2019.8.05.0001, requer, ao menos, seja mantido o Auto de Infração apenas para fins de prevenção de decadência, mas suspendendo-se a exigibilidade dos créditos tributários em discussão, em observância à tutela de urgência proferida nos autos da Ação Declaratória nº 0517446-77.2019.8.05.0001.

Nesse sentido, ressalta que a JJF até faz referência à lavratura de Auto de Infração para prevenir a decadência, sem, todavia, haver, no seu dispositivo, qualquer determinação para que se faça a anotação da suspensão da exigibilidade dos débitos ora impugnados, o que deve ocorrer sob pena de submeter a Recorrente a cobrança indevida.

Termos em que, pede deferimento.

VOTO

Trata-se de autuação em face de conduta descrita como “*deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, ...*”. Em primeira instância, em que pese o Sujeito Passivo tenha apresentado impugnação aduzindo argumentos contrários à exigência de imposto sobre a atividade de fornecimento de refeições, a 3ª JJF entendeu restar prejudicado o exame da petição defensiva, uma vez que o contribuinte havia proposto ação judicial com o mesmo objeto do presente Auto de Infração.

Assim, nesta instância recursal, busca, o Recorrente, a nulidade da decisão de piso por negativa de prestação do serviço jurisdicional, ao argumento de que a ação proposta possui natureza exclusivamente declaratória da inexistência de relação jurídica com o Estado da Bahia.

A isso se resume, portanto, a extensão cognitiva do presente recurso.

O Código Tributário do Estado da Bahia disciplina a matéria, estabelecendo que a escolha da via judicial leva à desistência da lide administrativa, conforme abaixo.

*“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** (grifo acrescido), considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.”*

Nesse mesmo sentido, é a norma contida no art. 117 do RPAF/99, conforme abaixo.

*“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** (grifo acrescido).*

§ 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.

...”

Como se depreende a partir da leitura dos dispositivos acima transcritos, a renúncia à discussão administrativa é decorrência expressa da ação judicial proposta, somente se admitindo o contrário quando a discussão judicial não diga respeito (total ou parcialmente) à matéria objeto da lide administrativa, nos termos do § 1º, inciso II, do art. 117 do RPAF.

A natureza declaratória do pedido deduzido em juízo não afasta, em absoluto, a incidência das normas citadas. Muito pelo contrário, pois, possuindo natureza declaratória, o provimento

jurisdicional almejado irradiará, inexoravelmente, efeitos para fora da lide judicial, repercutindo em todas as ações administrativas ou judiciais em curso e suspendendo a exigibilidade do crédito tributário em discussão.

De fato, o eventual reconhecimento de inexistência de relação jurídico-tributário entre a Recorrente e o Estado da Bahia esgota a matéria posta em discussão neste Conselho de Fazenda, já que possui um objeto mais amplo que aquele aqui posto.

Registre-se, aliás, que, como declara o próprio Sujeito Passivo, “o Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, ..., deferiu a tutela de urgência para suspender a exigibilidade do ICMS ST devido por antecipação (total ou parcial) sobre as aquisições interestaduais de insumos da Requerente, o que na prática deveria ter impedido a lavratura do Auto de Infração combatido”.

Ora, a repercussão para dentro da presente lide administrativa representa o atestado de que o seu objeto esgota a matéria administrativa, impedindo que qualquer decisão venha a ser proferida a respeito nesta instância.

Diferentemente do que afirma a Recorrente, a medida liminar obtida limita-se a suspender a exigibilidade do crédito tributário, não impedindo a lavratura do Auto de Infração, medida necessária para prevenir a ocorrência do fenômeno decadencial, conforme art. 151, incisos IV e V do CTN, abaixo reproduzidos.

“Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

...

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança;

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela LCP nº 104, de 2001);

...”

Quanto à solicitação de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, tal efeito jurídico persistirá enquanto a medida cautelar obtida manteve-se válida.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e manter a Decisão recorrida que considerou **PREJUDICADA** a análise do mérito da defesa apresentada, referente ao Auto de Infração nº 269133.0003/20-0, lavrado contra **ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, no valor de **R\$420.359,44**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, em razão da propositura de medida judicial, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS