

A. I. N° - 269133.0004/20-7
AUTUADA - ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A
AUTUANTE - JOSÉ CÍCERO DE FARIAS BRAGA
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10.07.2024

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0131-05/24-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS PARA FEITURA DE LANCHES E REFEIÇÕES. AÇÃO JUDICIAL CONCOMITANTE. A propositura de medida judicial por parte do contribuinte, abrangendo a mesma matéria abarcada no lançamento de ofício, implica na renúncia da opção pela instância administrativa, suscita a desistência da impugnação oferecida e provoca o encerramento do processo administrativo, nos termos do art. 127-C, IV, da Lei 3.956/81 (COTEB), impulsionando o crédito tributário respectivo para inscrição na dívida ativa, oportunidade em que as verificações de saneamento deverão ser efetuadas. **DEFESA PREJUDICADA.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Inicialmente, cumpre pontuar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos manifestos feitos pelos participantes deste processo.

Trata-se de lançamento de ofício, lavrado em 31/3/2020, no montante histórico de imposto de **R\$ 123.724,22**, afora acréscimos, no qual se registra que o contribuinte deixou de pagar ICMS a título de antecipação parcial, em face de aquisições interestaduais de produtos destinados a revenda.

A infração ganhou o código 07.15.01.

Fatos geradores ocorridos em fevereiro de 2016, abril a dezembro de 2019.

Teve a conduta enquadramento legal no art. 12-A da Lei 7.014/96, com multa de 60%, estabelecida no art. 42, II, “d”, do diploma retro citado.

Lastreiam a cobrança, na sequência do PAF, os seguintes subsídios, entre outros documentos: termo de cientificação de início de ação fiscal, demonstrativos analíticos e sintéticos da irregularidade, além da mídia digital contendo arquivos eletrônicos (fls. 04/11).

Após a prática de atos de saneamento processual, o contribuinte, em sua defesa (fls. 34/46):

Diz trabalhar com fornecimento de refeições e bebidas em lanchonete, de modo que adota a redução de base de cálculo prevista no art. 267, VI, do RICMS-BA, de modo a ter carga tributária de 4%, sem direito a créditos fiscais.

Argui a nulidade da cobrança por falta de motivo, seja pela quitação anterior dos valores lançados, seja porque não deve a antecipação parcial.

Rebate não ter o dever de pagar a antecipação parcial, na medida em que adquire insumos para feitura de refeições e não mercadorias para comercialização. Apresenta precedentes judiciais.

Assinala que ajuizou Ação Declaratória distribuída para a 3ª VFP de Salvador e obteve do juiz tutela de urgência para ser suspensa a exigência do imposto nestas circunstâncias – antecipação parcial ou total. Traz trechos desta decisão – confirmada na segunda instância - e lembra que o Estado tomou ciência dela antes da formalização do lançamento de ofício.

Ademais, os débitos exigidos na autuação foram pagos, conforme comprovantes que anexou. Aliás, tais recolhimentos foram objeto de pedido de restituição, no bojo da ação judicial mencionada.

Pede, por fim, o cancelamento do presente auto de infração.

Juntadas na defesa peças de representação legal.

Nas suas informações fiscais (fls. 26/28), o autuante:

Pontua que o estabelecimento autuado não está inscrito na Sefaz como indústria, mas sim como comercial varejista de produtos alimentícios, consoante tela cadastral encartada.

Pondera que conforme a legislação do IPI não se considera atividade industrial o preparo de produtos alimentares em restaurantes e similares.

Atenta que a Sefaz baiana responde em seu portal as perguntas 25 e 26, no sentido de afirmar ser devida a antecipação parcial para fornecedora de refeições, em reforço a comando explícito estipulado no art. 267, VI, 'd', do RICMS-BA.

Vindo a discussão para esta 5ª JJF, sob outra relatoria, é o PAF encaminhado para a d. PGE no sentido de serem respondidas as seguintes questões (fls. 88/89): 1) cabe a antecipação parcial no caso de aquisições de insumos usados no preparo de refeições, à vista de decisões prolatadas pelo TJ da Bahia? 2) em que "sede" está o recurso interposto pelo contribuinte no Judiciário? 3) Qual a repercussão da propositura judicial na matéria objeto da autuação?

Em parecer (fls. 92/95, frente e verso), a d. PGE afirma o que se segue: a) somente se sujeita à antecipação parcial as compras de mercadorias que sejam – elas próprias – comercializadas, segundo entendimento ancorado em jurisprudência; b) não incide antecipação parcial nas entradas de insumos usados no preparo de refeições para consumidor final; c) segundo tramitação colada à fl. 94, inexiste qualquer informação de apelo ofertado pelo Estado da Bahia, dentro do citado processo judicial; d) a propositura de ação judicial pelo autuado impõe a aplicação do art. 117 do RPAF-BA, eis que patente a similitude das demandas judiciais com o objeto da autuação.

Agora sob os auspícios desta relatoria, o processo é convertido em diligência (fl. 101) para que autuante e autuado se manifestem acerca da resposta da d. procuradoria.

A impugnante reage favoravelmente ao entendimento jurídico estatal e reitera as suas razões defensivas (fls. 106/109).

O auditor fiscal preferiu nada acrescentar (fl. 151).

Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos instrutórios presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

Passo, então, a compartilhar o meu voto. É o relatório.

VOTO

Precede qualquer exame acerca dos aspectos preliminares, procedimentais e meritórios em torno do presente lançamento, uma questão prejudicial que inviabiliza a prossecução do julgamento e a continuidade do debate administrativo da exigência tributária.

É que, de acordo com a defendente, confirmado pela d. PGE, existe ação declaratória com tutela de urgência deferida tratando da mesma matéria exigida no presente processo, vale dizer, a exigência de antecipação parcial quando da aquisição de mercadorias usadas na confecção de lanches e refeições. É fato público e notório que a autuada é lanchonete transnacional, comercializando sanduíches do tipo *fast food*, com nome de fantasia "Mc Donalds".

Constam às fls. 42 e 43 trechos da decisão judicial, não contestados pela d. procuradoria, donde se vê que o juiz concedeu tutela de urgência com o fito de determinar que o sujeito ativo se

abstenha de exigir a retenção ou antecipação do ICMS nas aquisições interestaduais de insumos da autora quando destinados para utilização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem, porquanto a hipótese não é de realização de fato gerador futuro, condição para se exigir a antecipação tributária.

Neste compasso, o RPAF-BA não deixa dúvidas ao determinar que a propositura de medida judicial pelo contribuinte implica na desistência da impugnação na seara administrativa, consoante 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).

Regra semelhante encontra-se na Lei 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), pelo comando do art. 126, c/c o do 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.

Antes de rumar para a parte dispositiva do seu entendimento, ora sob análise deste Colegiado, esta relatoria permitiu-se traçar alguns comentários de natureza processual. Vamos a eles.

Ponto pacífico nos autos que o autuado explora em ação declaratória as mesmas matérias abordadas na contestação administrativa – dever ou não dever antecipação parcial de ICMS quando da aquisição de mercadorias empregadas no fabrico de lanches e refeições.

Tal iniciativa provocou a sua desistência de impugnar a postulação estatal neste Conselho. Preferiu o sujeito passivo optar pelo canal judiciário para fazer valer o seu direito de não pagar a antecipação parcial, além de receber de volta o que recolheu indevidamente.

Logo, abriu mão, repita-se, de contraditar o lançamento de ofício perante o órgão de julgamento integrante da estrutura da Fazenda Pública.

Do ponto de vista processual, ao desistir da sua impugnação, o autuado renuncia a todos os argumentos nela encartados. Argumentos principais e subsidiários. Se, perante o Judiciário, o contribuinte revolveu a mesma matéria agitada em processo administrativo, não há que se falar mais em exercício do direito de defesa e contraditório. Não há mais interpelação contrária ao lançamento de ofício. E, **como efeito processual imediato**, nenhuma apreciação de mérito, **contida na contestação**, deverá ser feita na esfera administrativa.

A tese defensiva empresarial encontrou o reconhecimento da prejudicialidade, encerrando-se o presente processo administrativo sem exame do mérito, devendo o PAF ser encaminhado para a inscrição em dívida ativa, oportunidade em que, após os saneamentos de praxe pelo órgão de controle, medidas complementares poderão ser efetivadas, inclusive representação pela ilegalidade do lançamento. A d. PGE, inclusive, faz menções a decisões judiciais contrárias à pretensão estatal em seu parecer de fls. 92 a 95, anverso e verso.

Sem impugnação não há mais argumentos defensivos a apreciar. Sem impugnação não há mais processo administrativo. E sem processo não há mais julgamento a proferir.

Raciocínio semelhante também ocorre no processo civil. Constatada a desistência, o julgador não apreciará o mérito, quaisquer que sejam os pontos defensivos abordados pela parte desistente. Veja-se o dispositivo do CPC:

Art. 485. O juiz **não** resolverá o mérito quando:

...

VIII - homologar a desistência da ação (destacamos).

Com a interposição de ação judicial, não pode mais o Colegiado decidir porque o contribuinte desistiu da impugnação administrativa. Deixou ela de existir. Nenhuma decisão poderá ser prolatada, quer pela nulidade, quer pela procedência (total ou parcial), quer pela improcedência do auto de infração. A relação processual administrativa desapareceu. O contraditório cessou os seus efeitos. A matéria, antes agitada, restou agora prejudicada. Bom frisar, em seus argumentos principais (atinentes ao tributo exigido) ou até subsidiários (a multa pela infração).

Preciosas as citações doutrinárias trazidas pela juíza togada Maria Cecília Leite, extraídas de artigo da sua autoria, hospedado no link https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/111433/1995_leite_maria_desistencia_acao.pdf?sequence=1&isAllowed=y, na voz de processualistas consagrados:

José Frederico Marques, conceituando desistência da ação:

É negócio jurídico processual que **subtrai do juiz o dever de julgar** a pretensão do autor” [Instituições, III, 3ª ed., págs. 340/747] (destacamos).

Calmon de Passos [Comentários, vol. III, Forense, pág. 417]:

Na desistência, o autor apenas desobriga o réu da sujeição ao juízo e o **juiz de prestar a tutela jurídica reclamada** (destacamos).

Importante também trazer à baila o disposto no art. 200 do CPC em vigor, de aplicação supletiva no processo administrativo tributário, cujo teor reza o seguinte:

Os atos das partes consistentes em **declarações unilaterais** ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou **extinção de direitos processuais** (destacamos).

Ao preferir questionar junto ao Judiciário a matéria objeto da autuação, pela aplicação do art. 117 do RPAF-BA, o autuado desistiu da impugnação trazendo como consequência a extinção do seu direito processual de vê-la apreciada nas instâncias administrativas. **Toda a matéria nela envolvida é atingida pela questão prejudicial. No entanto, o lançamento de ofício subsiste.**

Soaria **processualmente** contraditório se este Colégio, em face da desistência da impugnação, reconhecer a prejudicialidade e ao mesmo tempo resolver adentrar o mérito, apreciando defesa subsidiária, por exemplo.

Em conclusão, caminha este voto na linha de considerar prejudicada **toda** a matéria ventilada na impugnação.

Noutras palavras: ao tomar esta Relatoria ciência de existir ação judicial tratando de igual matéria, inclusive com tutela de urgência protegendo os direitos do sujeito passivo, há de se reconhecer que qualquer apreciação acerca da impugnação do contribuinte restou **prejudicada**, em face do esgotamento da instância administrativa, devendo o PAF ser encaminhado ao setor competente para inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa.

Seguem idêntico raciocínio diversos precedentes deste CONSEF, a exemplo dos Ac. CJF Nº 0262-12/18, JJF Nº 0203-03/18, CJF Nº 0194-12/19 e CJF Nº 0336-11/17.

Diante do exposto, considero prejudicada a defesa administrativa, encerrando-se a discussão neste Conselho, haja vista a opção pela via judicial, pelo que deve o presente processo ser encaminhado para o setor competente, no intuito de ser promovida a inscrição do crédito

tributário na dívida ativa, nos termos do art. 117, § 1º, do RPAF-BA, com os saneamentos de praxe que se façam necessários no entender do órgão de controle, inclusive representação pela ilegalidade do lançamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a impugnação interposta por **ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A**, encerrando-se o presente processo administrativo sem exame do mérito, haja vista a empresa ter optado pela via judicial, ao que deve o Auto de Infração **269133.0004/20-7** ser encaminhado para o setor competente, no intuito de se promover, se for o caso, a inscrição do crédito tributário na dívida ativa, nos termos do art. 117, § 1º, do RPAF-BA, no montante histórico de imposto de R\$ **123.724,22**, mais multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e demais consectários, com os saneamentos de praxe que se façam necessários no entender dos órgãos de controle, incluída a Procuradoria Geral do Estado (PGE).

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2024.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR