

PROCESSO - A.I. Nº 180461.0002/02-3
RECORRENTE - F. GARCIA REPRESENTAÇÕES E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0159-03/03
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 13.10.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0522-11-03

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, em conformidade com art. 117, do RPAF/99. Existência de Decisão judicial antes da lavratura do Auto de Infração. Remessa para PGE/PROFIS para controle da legalidade e acompanhamento do processo na via judicial, adotando as medidas cabíveis. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, através de advogados devidamente habilitados nos autos, face à Decisão proferida na 1ª Instância, que considerou Procedente a acusação fiscal imputada no Auto de Infração acima epigrafado.

A infração descrita na peça acusatória aponta a falta de recolhimento do ICMS por substituição tributária na importação de farinha de trigo da Argentina, conforme relação das Declarações de Importação e notas fiscais às fls. 9 e 11 dos autos, referente ao exercício de 2000, no valor de R\$131.921,81.

Na Decisão recorrida foi relatado pelo relator de 1ª Instância:

Que o autuado, através de seu advogado, apresentou impugnação, às fls. 161 e 162, dizendo que a autuação está eivada de vícios e irregularidades. Alega que o autuante não informa o número das notas fiscais que foram objeto da autuação. Ao final, afirmando que cumpre com suas obrigações fiscais, pede a improcedência do Auto de Infração.

A autuante, em informação fiscal (fl. 170 a 172), diz que todas as notas fiscais foram acostadas ao PAF. Aduz que como o autuado se recusou a assinar o Auto de Infração, os demonstrativos (fls. 09 e 10) foram colados no livro RUDFTO, juntamente com o Auto de Infração (fls. 173 a 180). Esclarece que de posse das relações de declarações de importações realizadas pelo autuado (fls. 11 a 35), e de parte das DI's das notas fiscais de entrada e de vários DAEs de recolhimento apresentados (fls. 42 a 81), elaborou demonstrativos (fls. 09 e 10) referentes ao ICMS devido por antecipação tributária e o ICMS normal. Ao final, pede a procedência do Auto de Infração.

O autuado, em nova manifestação (fls. 186 a 188), diz que a fiscal inicialmente alega que a empresa deixou de recolher ICMS por antecipação, referente às aquisições provenientes de outras unidades da federação, e que em seguida alega que se refere a importações do exterior. Considera que a autuante se confundiu durante a autuação. Ao final, dizendo estar anexando aos autos

cópias de diversos DAEs (fls. 195 a 202) que demonstram que o ICMS questionado já foi recolhido, pede a improcedência do Auto de Infração.

A autuante em nova informação (fls. 205 a 207), diz que o autuado em sua segunda manifestação traz argumentos completamente diferentes da primeira. Considera que o único objetivo do impugnante é procrastinar o pagamento do débito. Quanto sua última alegação, afirma que em se tratando de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, o imposto é devido, não importando se a mercadoria procede de outra unidade da Federação ou do exterior. Em relação aos DAEs anexados pelo sujeito passivo, informa que todos já haviam sido considerados nos levantamentos efetuados durante a ação fiscal. Ao final, pede a Procedência do Auto de Infração.

A fim de dirimir a controvérsia existente, no que diz respeito ao cálculo do imposto devido, esta JJF deliberou que o presente PAF fosse convertido em diligência à Gerência de Substituição Tributária - GERSU, solicitando as seguintes informações:

- 1) fosse verificado se os cálculos apresentados pela autuante no demonstrativo, à fl. 09, estão corretos para o período fiscalizado, tendo em vista que a mesma utilizou preço de pauta fiscal e alíquota de 12%, em virtude do que dispõe os artigos 50, I, “d”, 58, §1º, e 371, I, “a”, do RICMS/97;
- 2) que caso os cálculos acima, elaborados pela autuante, para apurar o ICMS devido por antecipação tributária nas aquisições do exterior de farinha de trigo, não estivessem corretos, fossem efetuadas as retificações necessárias, elaborando novo demonstrativo de débito.

O fiscal diligente, atendendo a solicitação supra, prestou a seguinte informação:

1- *“no período fiscalizado, 01/01/2000 a 31/12/2000, a alíquota vigente era de 17%, sendo que a base de cálculo nas operações de importação e substituição tributária com farinha de trigo era reduzida em 29,41%, de forma que a carga tributária incidente correspondesse a um percentual efetivo de 12% (doze por cento), condicionado o benefício à celebração de acordo específico entre o contribuinte e a Secretaria da Fazenda, nos termos do inciso X, do art. 87 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6284/97”, in verbis:*

Redação dada ao inciso X do art. 87 pelo Decreto nº 7728/99, posteriormente, ratificado pela Alteração nº 15 (Decreto nº 7729, de 29/12/99, DOE de 30/12/99):

X - de 01/07/98 até 31/12/00, das operações de importação, do exterior, de trigo e farinha de trigo, calculando-se a redução em 29,41% (vinte e nove inteiros e quarenta e um centésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 12% (doze por cento), estendendo-se a redução ao lançamento por substituição tributária referente às mesmas mercadorias efetuada pelo importador, sendo que a utilização do benefício previsto neste inciso fica condicionada à celebração de termo de acordo específico, a ser firmado entre o contribuinte interessado e a Secretaria da Fazenda, através da Diretoria de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte, no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis;

2- *“o autuado possuía regime especial, concedido através do Parecer GECOT/DITRI nº 998/98, para fruição do benefício acima previsto, conforme extrato acostado às fls. 212, emitido pelo Sistema de Controle de Pareceres Tributários da Secretaria da Fazenda”;*

3- *“a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária nas operações de importação do exterior, no período fiscalizado, é o valor da operação que serviu de base de cálculo para pagamento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro, nele incluído a*

parcela do IPI, quando for o caso, Imposto de Importação, Imposto sobre Operações de Câmbio, quaisquer despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, mais seguro e frete, acrescida da MVA de 120% (cento e vinte por cento), não podendo este valor ser inferior a pauta fiscal (ver Instruções Normativas referentes às pautas fiscais para o período considerado e acostadas às fls. 213 e 214), valor FOB, adotada como base de cálculo mínima para pagamento do ICMS na fonte (art. 62, II, combinado com o art. 58 RICMS/BA), devendo ser observado o seguinte:

Nota 1: a base de cálculo será reduzida em 29,41%, inclusive nos valores correspondentes à pauta fiscal, de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 12%, nas operações de importação realizadas por qualquer estabelecimento, condicionado o benefício à celebração de Termo de Acordo específico, a ser firmado entre o contribuinte interessado e a Secretaria da Fazenda, através da DAT da região do domicílio fiscal do contribuinte, no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis. A redução diz respeito tanto a base de cálculo da operação própria como a da substituição tributária; (art. 87, X do RICMS/BA)

Nota 2: as despesas aduaneiras que compõem a base de cálculo são as relacionadas no art. 58, I, "e" RICMS/BA, a saber: adicional ao frete para renovação da marinha mercante, adicional de tarifa portuária, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração;

Nota 3: o preço expresso em moeda estrangeira deverá ser convertido em moeda nacional pela mesma taxa de câmbio utilizada no cálculo do imposto sobre a importação, sem qualquer acréscimo ou devolução posterior se houver variação cambial até o pagamento efetivo do preço.

Diante do exposto, os cálculos referentes à base de cálculo e imposto devido por substituição tributária apresentados pela Autuante no demonstrativo, acostado à fl. 09, estão corretos."

O autuado novamente se manifesta (fls. 220 a 222), considerando que o cálculo do ICMS foi feito sobre base fictícia. Entende que o Decreto Lei nº 406/68 estabelece como base de cálculo do ICMS o valor da saída das mercadorias, e na entrada de bens importados, o valor constante do documento de importação e demais despesas. Aduz que tanto a autuante, como a autoridade da GERSU, desconsideraram a documentação apresentada pela empresa, já que utilizaram a base de cálculo mínima constante da Instrução Normativa nº 18/2000. Ao final, considerando a referida Instrução Normativa inconstitucional, alegando que majora tributo, pede a improcedência do Auto de Infração.

No Julgamento de 1ª Instância, na 3ª Junta de Julgamento Fiscal, o relator proferiu o seguinte voto:

"O presente processo refere-se a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de farinha de trigo, importadas do exterior (Argentina).

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo impugnante, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais. Os elementos constitutivos do PAF descrevem de forma satisfatória a situação verificada, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, não havendo do que se falar em cerceamento de defesa, haja vista, inclusive, que no prazo legal o autuado manifestou-se por três vezes, demonstrando ter ciência da exigência fiscal.

Vale ainda ressaltar que apesar da autuante ter mencionado na descrição da infração duas hipóteses de ocorrência da infração, ou seja, a falta de antecipação do ICMS de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária procedente de outra unidade da federação e do exterior, os demonstrativos e documentos acostados aos autos mostram de maneira evidente que está sendo cobrado a falta de recolhimento do ICMS devido por substituição referentes a importações do exterior (Argentina).

No mérito, razão também não assiste ao autuado, já que constato que as cópias dos DAEs que o mesmo anexou aos autos (fls. 195 a 203), foram devidamente consideradas nos levantamentos efetuados pela autuante durante a ação fiscal. A autuante, de posse das relações de declarações de importações realizadas pelo autuado (fls. 11 a 35), e de parte das DI's das notas fiscais de entrada e de vários DAES de recolhimento apresentados, inclusive os acima citados, elaborou demonstrativos (fls. 09 e 10) referentes ao ICMS devido por antecipação tributária e o ICMS normal, que foram ratificados pela Gerência de Substituição Tributária – GERSU, e com os quais concordo.

Cabe ainda esclarecer, que a autuante utilizou preço de pauta fiscal, já que a base de cálculo indicada na nota fiscal era inferior à base de cálculo mínima (pauta fiscal), determinada através das Instruções Normativas n°s 18/2000 e 33/99, que no presente caso, devem ser adotadas para pagamento do ICMS por antecipação (art. 62, II, combinado com o art. 58 RICMS/97).

O autuado questiona a constitucionalidade das referidas Instruções Normativas, no entanto, conforme reza o art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Quanto à alíquota de 12%, a mesma foi adotada em virtude do que determina o art. 87, X, do RICMS/97, ou seja, a redução em 29,41% da base de cálculo nas operações de importação e substituição tributária com farinha de trigo, de forma que a carga tributária incidente correspondesse a um percentual efetivo de 12%.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O sujeito passivo ao tomar ciência do Acórdão que julgou Procedente o Auto de Infração, através dos seus representantes legais, interpôs o Recurso Voluntário, aduzindo as seguintes razões:

- 1) que a Decisão proferida no Acórdão deve ser modificada, por que antes da lavratura do Auto de Infração a empresa estaria desobrigada de recolher o ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, em virtude da liminar e sentença de mérito concedida em Mandado de Segurança;
- 2) cita o Mandado de Segurança n° 8481071/01, ajuizado contra o Diretor da DITRI da Secretaria da Fazenda, e que a sentença proferida em 13/05/2002, no juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública desta capital confirmou a liminar deferida, e concedeu a segurança pleiteada, determinando que a mesma fosse enquadrada no Regime Especial de Recolhimento do ICMS na operação com farinha de trigo, desde quando o recorrente teria formulado pedido para enquadramento no Regime Especial com base no Decreto Estadual n° 7909/2000, e anexou cópia autenticada da sentença;
- 3) alega que diante da determinação judicial, onde a liminar concedida foi confirmada em sentença de mérito, por considerar que a empresa está enquadrada no regime especial de recolhimento do ICMS nas suas operações, o Auto de Infração seria totalmente Improcedente.

4) Conclui a peça recursal requerendo o Provimento do Recurso Voluntário.

A PGE/PROFIS à fl. 256 dos autos, exara Parecer onde diz que tomando por base as informações de fl. 248 dos autos, de que o Mandado de Segurança foi impetrado em 15/10/2001, enquanto os fatos geradores exigidos do autuado se referem ao exercício de 2000, e assim, não estava amparado por qualquer Decisão judicial, seja liminar ou Decisão definitiva.

Concluiu que reiterava os argumentos já exaustivamente expendidos, no sentido de que a liminar em Mandado de Segurança não tem o condão de impedir a lavratura de Autos de Infração, inclusive o STF já decidiu sobre essa questão, tendo em vista que a competência é do Executivo que deve resguardar lançando o crédito tributário, dos efeitos da decadência, e aguardar a Decisão final quanto a exigibilidade do crédito tributário, e opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Analizando os autos verifico que o cerne da demanda decorre da acusação de ter o recorrente deixado de recolher o ICMS por substituição tributária na importação de farinha de trigo da Argentina, conforme relação das Declarações de Importação e notas fiscais às fls. 9 e 11 dos autos, referente ao exercício de 2000, no valor de R\$131.921,81, tendo o Auto de Infração sido julgado Procedente, e o autuado/recorrente nas razões do Recurso alega que a Decisão proferida no Acórdão deve ser modificada, porque antes da lavratura do Auto de Infração a empresa estaria desobrigada de recolher o ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, em virtude da liminar e sentença de mérito concedida em Mandado de Segurança, citando o MS nº 8481071/01, ajuizado contra o Diretor da DITRI da Secretaria da Fazenda, tendo alegado ainda que a sentença foi proferida em 13/05/2002, no juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública desta capital, em que confirmou a liminar deferida, e concedeu a segurança pleiteada, determinando que a mesma fosse enquadrada no Regime Especial de Recolhimento do ICMS na operação com farinha de trigo, desde quando o recorrente teria formulado pedido para enquadramento no Regime Especial com base no Decreto Estadual nº 7909/2000, e anexou cópia autenticada da sentença.

Verifico que consta dos autos que o Mandado de Segurança foi expedido em 15/10/2001, e a autuação se refere ao exercício de 2000, tendo o Auto de Infração sido lavrado em 28/02/2002. De fato, o recorrente ingressou com a medida judicial antes da lavratura do Auto de Infração, mas, diz respeito a matéria objeto da presente lide, que exige o imposto por falta de antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de farinha de trigo importada, conforme Declarações de Importações anexadas aos autos.

Conforme preceitua o art. 151 do CTN a concessão de medida liminar em Mandado de Segurança suspende a exigibilidade do crédito tributário, logo, não tem o condão de impedir a constituição de crédito pela Fazenda Estadual, efetuando o lançamento que se constitui numa atividade privativa da autoridade administrativa, até mesmo para evitar a perda do direito de fazê-lo pelo decurso do prazo decadencial, previsto no art. 173 do citado código, e repetido na lei estadual do ICMS nº 7014/96. Logo, agiu com acerto a Fazenda Estadual ao constituir o crédito tributário, e não merece acolhida a alegação do recorrente, que a liminar impediria a lavratura do Auto de Infração.

Deste modo, em razão de o recorrente ter escolhido a via judicial para examinar o mérito da matéria controversa, e conforme dispõe o COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia, no seu art. 126 que: *“Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou Recurso Voluntário, importando tal escolha a 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.”

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

Neste sentido, a instância administrativa estaria esgotada, e este deveria ter sido o entendimento da 1ª Instância, declinando pelo arquivamento do processo administrativo, pois a manifestação do sujeito passivo em recorrer ao Poder Judiciário, feita inclusive preventivamente contra ato da Administração Tributária, como dispõe o art. 117, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, atualizado pelo Decreto nº 8.001, de 20/07/01 e artigos 126 e 125 do COTEB.

Entendo que se a existência da Decisão judicial viesse aos autos antes do julgamento da Junta de Julgamento Fiscal, a mesma não teria apreciado as razões alegadas na defesa, uma vez que vai de encontro ao que preconiza o § 1º do art. 117, inciso II do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8001 de 20/07/01, que determina a remessa do Auto de Infração para a Procuradoria da Fazenda Estadual, independentemente de requisição, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, imediatamente após a 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 à matéria objeto do procedimento administrativo, que é o caso deste processo.

Como se verifica dos autos à fl. 41, a concessão da medida liminar pelo Poder Judiciário, foi de natureza preventiva e antecedeu a autuação.

Observe que a representante da PGE/PROFIS, requereu informações a CODEF-Coordenação de Execuções Fiscais, acerca do Mandado de Segurança impetrado pelo autuado ora recorrente, em curso na 10ª Vara da Fazenda Pública e conforme fl. 248, aquela coordenação descreveu o curso processual da ação mandamental impetrada pelo recorrente que teve em 19/10/01 a concessão da liminar, objetivando a inclusão do contribuinte no Regime Especial de recolhimento do ICMS, nas operações que realiza com farinha de trigo importada. E consta que até 13/08/03, os autos do Mandado de Segurança se encontravam no Tribunal de Justiça, pendente da apreciação dos Embargos de Declaração interpostos pela Fazenda Estadual, em que Não foi Provido o seu Recurso de Apelação.

Deste modo, com a devida *venia*, divirjo da manifestação da representante da PGE/PROFIS no Parecer exarado neste processo, onde afirmou que o Mandado de Segurança foi impetrado em 15/10/2001, enquanto os fatos geradores exigidos do autuado se referem ao exercício de 2000, e assim, não estava amparado por qualquer Decisão judicial, seja liminar ou Decisão definitiva. E prosseguiu examinando as razões do Recurso Voluntário onde diz que não merece acolhida essa alegação, uma vez que ao teor do CTN, a liminar é uma das hipóteses de suspensão do crédito tributário, e nenhuma Decisão judicial pode obstar a fiscalização de desempenhar o seu papel de constituir o crédito tributário, sob pena de invasão de competência. E acrescenta que o Fisco não pode deixar de constituir o crédito sob pena de responsabilidade funcional, e deve ser feito dentro do prazo decadencial, citando Decisão do STJ neste sentido. E ao final, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Entendo que não cabe apreciar as razões do aludido Recurso Voluntário, pois o mesmo, em face da propositura de medida judicial pelo sujeito passivo, fica prejudicado e não deve ser Conhecido, importando em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso acaso interposto, na dicção do art. 117 do RPAF/99, com a redação do Decreto nº 8001/01.

Assim, julgo EXTINTO o processo na via administrativa, devendo ser os autos encaminhados à PGE/PROFIS, como determina o § 1º do artigo acima citado, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis. Recurso Voluntário PREJUDICADO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 180461.0002/02-2, lavrado contra **F. GARCIA REPRESENTAÇÕES E COMÉRCIO LTDA.**, devendo o mesmo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de setembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS