

**A. I. N°** - 232950.0033/03-8  
**AUTUADO** - F GARCIA REPRESENTAÇÕES E COMÉRCIO LTDA.  
**AUTUANTE** - ARINALDO SANTA BARBARA SUZART  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/METRO  
**INTERNET** - 20.04.04

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0114-03/04

**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. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 24/12/2003, para exigir o ICMS no valor de R\$27.555,04, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia.

O autuado, através de patrono, constituído, “ex vi” instrumento de mandato de fl. 31, ingressa com defesa, fls. 25/30, e em preliminar destaca que a autuação, que deu origem ao presente processo administrativo fiscal, encontra-se com seu andamento prejudicado, consoante determinação dos artigos 113 e 117 do RPAF/99, devendo o mesmo ser extinto, face a adoção pelo sujeito passivo de medida judicial (Mandado de Segurança Individual nº 140.01.848107-1), concomitante com a discussão administrativa, consoante já decidido em situação idêntica pelo CONSEF, no Acórdão CJF nº 0522-11-3 da lavra da 1ª Câmara de julgamento Fiscal. Deste modo, requer a intervenção da Procuradoria Fiscal no presente feito administrativo.

Se por absurdo, for ultrapassada a preliminar acima suscitada, passa a impugnar o mérito da autuação fiscal. Aduz que encontra-se desobrigado a recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em razão de liminar e sentença de mérito concedida em sede de Mandado de Segurança, encontrando-se aguardando julgamento em sede de Recurso Especial, pelo Superior Tribunal de Justiça, e em sede de Recurso Extraordinário, pelo Supremo Tribunal Federal, ambos interpostos pela Fazenda Pública Estadual, e ambos, já devidamente contra-arrazoados.

Ressalta que a sentença proferida, em 13 de fevereiro de 2002, pelo MM. Juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública da Capital, no Mandado de Segurança nº 8481071/01, ajuizado contra o Diretor da DITRI da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, confirmando a liminar deferida, concedeu à defendente a segurança pleiteada, determinando fosse a mesma enquadrada no regime especial de recolhimento do ICMS na operação com farinha de trigo, desde quando o contribuinte formulou pedido para enquadramento no regime especial sob a égide do art. 3º do Decreto Estadual nº 7909/2000.

Destaca que a referida liminar foi confirmada por sentença de mérito, em caráter definitivo, decisão inclusive confirmada em acórdão pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Logo, o autuado teve assegurado o direito de recolher o ICMS por antecipação na qualidade de substituto tributário, no décimo dia após a primeira quinzena subsequente a entrada de mercadoria estrangeira ou oriunda de Estado não signatário do Convênio ICMS nº 46/00, e não no momento do desembaraço, como quer impor a Fazenda Estadual. Assevera que sempre realizou o efetivo e correto recolhimento do ICMS no prazo que lhe fora concedido.

A final, requer a intervenção da Procuradoria da Fazenda Estadual, e no mérito, seja julgado improcedente o Auto de Infração em lide.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 49/51), ressalta que compete à Procuradoria Geral do Estado, PGE, proceder ao controle da legalidade e à Secretaria da Fazenda, através da Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle – DARC, a inscrição dos créditos tributários na Dívida Ativa, nos termos do art. 113 do RPAF/99, com a nova redação dada pelo Decreto nº 8.866/04. Acrescenta que o art. 117 do mesmo diploma legal, disciplina a forma de proceder quando há processo administrativo tramitando, concomitantemente, com a discussão judicial da lide. No mérito, a presente importação fez com que ocorresse o fato gerador e o conseqüente surgimento da obrigação principal, que é o pagamento do ICMS incidente na entrada de mercadorias importadas do exterior, a ser recolhido no momento do desembaraço aduaneiro. Infere que a liminar em Mandado de Segurança apenas suspende a exigência do crédito tributário mas não impede o Fisco de efetuar o lançamento, com vistas a impedir a decadência do crédito tributário.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

## **VOTO**

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS referente à importação de farinha de trigo. O contribuinte, em sua peça defensiva, em nenhum momento, impugnou os valores apontados no lançamento, limitando-se a informar que a autuação, que deu origem ao presente processo administrativo fiscal, encontra-se com seu andamento prejudicado, consoante determinação dos artigos 113 e 117 do RPAF/99, devendo o mesmo ser extinto, face a adoção pelo sujeito passivo de medida judicial (Mandado de Segurança Individual nº 140.01.848107-1), concomitante com a discussão administrativa, consoante já decidido em situação idêntica pelo CONSEF, no Acórdão CJF nº 0522-11-3 da lavra da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Na impugnação do mérito, aduz que encontra-se desobrigado a recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em razão de liminar e sentença de mérito concedida em sede de Mandado de Segurança, encontrando-se aguardando julgamento em sede de Recurso Especial, pelo Superior Tribunal de Justiça, e em sede de Recurso Extraordinário, pelo Supremo Tribunal Federal, ambos interpostos pela Fazenda Pública Estadual, e ambos, já devidamente contra-arrazoados.

Ressalta que a segurança pleiteada, foi confirmada por sentença de mérito em caráter definitivo, determinando que a empresa fosse enquadrada no regime especial de recolhimento do ICMS na operação com farinha de trigo, sob a égide do art. 3º do Decreto Estadual nº 7909/2000.

Logo, o autuado alega que teve assegurado o direito de recolher o ICMS por antecipação na qualidade de substituto tributário, no décimo dia após a primeira quinzena subsequente a entrada

de mercadoria estrangeira ou oriunda de Estado não signatário do Convênio ICMS nº 46/00, e não no momento do desembaraço aduaneiro.

Nesta situação, a Segunda Instância deste CONSEF tem entendido que, consoante o disposto no artigo 126, do COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia e no artigo 117, do RPAF/99, “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”.

A esse respeito, podem ser citados os Acórdãos CJF nºs 0466-11/03 e 0490-11/03 e transcrito o voto da relatora Sra. Ivone Oliveira Martins, no Acórdão CJF nº 0442-11/03, exarado nos seguintes termos:

### **VOTO**

*Analizando os autos verifico que na própria peça acusatória o autuante fez referência ao Mandado de Segurança nº 9517186/2002. E consignou que, “este termo objetiva resguardar a Fazenda Pública Estadual em relação a exigibilidade futura do ICMS devido, atualmente suspensa por Mandado de Segurança”. Logo, a situação denota que o mérito não pode ser apreciado na esfera administrativa, em razão de o sujeito passivo ter impetrado Mandado de Segurança Preventivo tendo obtido liminar, e o exame de mérito por conseguinte será objeto de apreciação no âmbito de Poder Judiciário.*

*(...)*

*Além disso, o COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia, no seu art. 126 dispõe: “Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou Recurso Voluntário, importando tal escolha à 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.*

*Diante disso, 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, obsta a apreciação do mérito no âmbito do contencioso administrativo.*

*Neste sentido, entendo que o julgamento feito pela Junta de Julgamento Fiscal 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.*

*Neste caso, fica prejudicado o exame na esfera administrativa por que tal hipótese conforme restou exaustivamente acima demonstrado, a legislação processual considera que enseja renúncia do poder de recorrer ou a desistência de impugnação ao Recurso Voluntário acaso interposto.*

*Assim, julgo EXTINTO o processo na via administrativa, devendo ser os autos encaminhados à PGE/PROFIS, como determina o artigo acima citado.*

Pelo acima exposto, voto pela EXTINÇÃO da lide, devendo os autos ser encaminhados à DARC/GECOB, como disposto no inciso II do § 1º do artigo 117 do RPAF/99, para que aquele órgão adote as providências cabíveis.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a Impugnação apresentada e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº **232950.0033/03-8**, lavrado contra **F GARCIA REPRESENTAÇÕES E COMÉRCIO LTDA.**, devendo o mesmo ser encaminhado à DARC/GECOB para a adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR