

A. I. N° - 140777.0103/03-9
AUTUADO - AGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA. (ME)
AUTUANTE - WILSON FIGUEIREDO DE SOUZA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 07.07.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0222-03/04

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 11/11/03, no trânsito de mercadorias, para exigir o ICMS no valor de R\$24.031,12, acrescido da multa de 60%, em decorrência do recolhimento a menos do imposto devido no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas (2.250 sacos de farinha de trigo – pré-mistura para elaboração de pão francês), acobertadas pela Nota Fiscal n° 1495 (fl. 13), conforme o Termo de Apreensão acostado às fls. 9 a 11. Consta, ainda, na descrição dos fatos que as mercadorias foram liberadas em razão de liminar concedida no Mandado de Segurança n° 14003028894-2 impetrado pelo contribuinte.

O autuado apresentou defesa (fls. 32 a 35), inicialmente afirmando que a autuação é ilegal, porque o preposto fiscal lavrou o Auto de Infração em descumprimento à determinação judicial, que o autorizava a recolher o ICMS, referente à importação, nos moldes em que foi realizado.

Esclarece que a impugnação e o Mandado de Segurança impetrado não possuem o mesmo objeto, haja vista que, na ação judicial, se buscou a permissão para que fosse efetuado o desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas, nos moldes do Anexo 2 da Instrução Normativa n°. 63/02 (isto é, aplicando-se o valor de R\$89,00 para o saco de 50 Kg e a alíquota de 12%), enquanto que a presente peça defensiva está fundamentada no artigo 151, inciso IV, do CTN e no § 2º, do artigo 63 da Lei n° 9.430/96, “pois se é legítima a constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício, para prevenir a decadência, TOTALMENTE ILEGÍTIMA É A FORMALIZAÇÃO DESTE CRÉDITO, ACRESCIDO DE PENALIDADES”, uma vez que está amparado por liminar concedida em mandado de segurança.

Entende que, ainda que se pudesse admitir a exigibilidade do crédito tributário, a cobrança de multa e acréscimos moratórios é totalmente ilegal, pois não se encontra em mora ou inadimplente, mas sob a proteção de medida judicial que reconhece o seu direito de pagar o ICMS calculado nos moldes do Anexo 2 da Instrução Normativa n° 63/02, como mencionado anteriormente.

Acrescenta que o vencimento do crédito tributário, nos termos do art. 160, do CTN, só ocorreria trinta dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado, e que tal notificação, no caso *sub judice*, só ocorrerá quando o autuado for intimado da decisão judicial desfavorável transitada em julgado. Transcreve a Lei n° 9.430/96, visando a corroborar seu posicionamento, e reitera que não se encontra em mora ou inadimplente e, portanto, não é cabível a aplicação de penalidade.

Por fim, solicita que seja excluída, do crédito tributário, a parcela referente às penalidades (multa e acréscimos tributários).

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 52 a 54), esclarece, preliminarmente, que o Auto de Infração e o Termo de Apreensão foram lavrados em razão de o contribuinte ter importado do exterior 2.250 sacos de pré-mistura para elaboração de pão francês (farinha de trigo), acobertada pela Declaração de Importação nº 03/0866178-2 e pela Nota Fiscal de entrada nº 1495, recolhendo a menos o ICMS devido no momento do desembaraço.

Quanto aos argumentos defensivos, alega que é pacífico na jurisprudência administrativa fiscal que a liminar concedida em mandado de segurança apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário, mas não impede a sua constituição, com vistas a impedir a decadência do direito de exigir o valor devido.

Relativamente à ilegalidade da Instrução Normativa nº 63/02, destaca que “no contencioso administrativo não existe espaço para a discussão sobre se determinado ato normativo é ou não inconstitucional”, porque “está fora da competência dos órgãos julgadores, no âmbito do Conselho da Fazenda Estadual, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual”, acorde o artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Finalmente, requer a procedência do Auto de Infração, porque lavrado “com pleno substrato legal”.

VOTO

Inicialmente, ressalto que, de acordo com o artigo 167, inciso I, combinado com o artigo 168, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade da legislação tributária estadual.

Da análise dos elementos dos autos, constata-se que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS que foi recolhido a menos, no momento do desembaraço aduaneiro, referente à importação de farinha de trigo proveniente da Argentina.

O contribuinte, em sua peça defensiva, impugnou os valores apontados nesta autuação, questionando a legalidade da Instrução Normativa nº 63/02 e do próprio Auto de Infração, sob o argumento de que seu procedimento estava estribado em decisão judicial e houve o pagamento do imposto devido de acordo com o Anexo 2 da citada Instrução Normativa.

Considerando que o autuado possuía liminar concedida pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador no Mandado de Segurança nº 14003028894-2, determinando a “suspensão da exigibilidade do ICMS das mercadorias apreendidas pela D. I. nº 03/0866178-2” (fls. 6 e 7), o auditor fiscal constituiu o crédito tributário por meio deste lançamento, para resguardar o direito do fisco em face da decadência. Todavia, consoante o entendimento exarado pela PGE/PROFIS e por este CONSEF, a exigibilidade do crédito tributário apurado ficará suspensa, em obediência à citada liminar, até a decisão final proferida pelo Poder Judiciário.

Ocorre que, recentemente, a Segunda Instância deste CONSEF tem entendido, em matérias semelhantes, 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”.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração **nº 140777.0103/03-9**, lavrado contra **AGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA. (ME)**, devendo o mesmo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA