

A. I. Nº - 232950.0023/03-2  
AUTUADO - CEPOL COMÉRCIO DE CEREAIS E IMPORTAÇÃO LTDA.  
AUTUANTE - ARINALDO SANTA BARBARA SUZART  
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO  
INTERNET - 29.06.04

1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0231/01-04

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia à faculdade de discutir a lide na esfera administrativa ou a desistência da impugnação, nos termos do art. 117 do RPAF/99. Defesa do Auto de Infração PREJUDICADA. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/07/2003, exige ICMS no valor de R\$ 27.163,14, em razão de recolhimento a menos do ICMS decorrente de erro na determinação da base de cálculo, referente mercadorias procedentes do exterior.

Consta na descrição dos fatos que a empresa recolheu a menos no desembarço aduaneiro o ICMS correspondente a 33% do imposto integral, conforme liminar de Mandado de Segurança nº 140.03.005681-0, expedida pelo Juízo da 2<sup>a</sup> Vara da Fazenda Pública, vinculado a importação de 157.500,00 Kg de pré-mistura para elaboração de pão francês, conforme DI nº 03/0635844-6 e nota fiscal de entrada nº 5817, de 30/07/2003. O presente termo visa a resguardar a Fazenda Pública Estadual com relação à exigência futura do ICMS. A exigibilidade do crédito está suspensa em função de Mandado de Segurança.

O processo, segundo orientação da IFMT/METRO, foi remetido a PROFIS, sem que o autuado fosse intimado da autuação.

Aquele órgão através de parecer PGE/PROFIS, esclareceu que seja qual for a situação deve o autuado ser cientificado da autuação, sendo esta etapa necessária e imprescindível à constituição do crédito tributário. Que o único efeito da impetração de Mandado de Segurança é o de impedir que a matéria ali debatida seja discutida no âmbito administrativo, uma vez que em relação a esta, o contribuinte optou pela via judicial, no entanto, nada impede a defesa do autuado quanto a aspectos outros. Assim, para que não se consubstancie cerceamento ao direito de ampla defesa, opinou que o processo fosse encaminhado a INFRAZ de origem, para que o contribuinte fosse regularmente intimado.

O autuado, às fls. 36 a 39, apresentou defesa alegando que o Auto de infração foi embasado no Termo de Ocorrência sob o fundamento de que teria recolhido a menos o ICMS referente a 3.150 sacos de farinha de trigo pré-mistura para fabricação de pão francês, oriundo da Argentina, constante da DI nº 03/0635844-6, data do registro de 30/07/03 e a nota fiscal de entrada nº 5817, de 30/07/03.

Argumentou existência de ilegalidade da ação fiscal, uma vez que o autuante admitiu que o Auto de Infração foi lavrado em descumprimento à determinação judicial imposta pela Medida Liminar que autorizava ao requerente recolher o imposto relativo àquela importação seja recolhido nos moldes que foram recolhidos.

Argumentou não se tratar de recolhimento a menos, e sim, recolhimento integral, com base nos limites impostos pelo Protocolo ICMS 46/00. Disse que a Cláusula Segunda do citado Protocolo, do qual a Bahia é signatário, prevê que a base de cálculo para fins de cobrança do ICMS será obtida através do adicionamento de um percentual que corresponda a uma carga tributária de 33% sobre a base de cálculo relativo ao trigo importado do exterior e de outro Estado, e idêntica e proporcional carga tributária nas importações de farinha de trigo, de forma que o montante do ICMS correspondente a da farinha de trigo processada com base no trigo importado, seja equivalente ao da farinha importada do exterior e de outros Estados. No entanto, os novos valores estipulados através da IN 63/02 majoraram os preços estabelecidos pela IN 58/01, que fixava a pauta fiscal anterior, vindo a superar o limite de 33% estabelecido pelo Protocolo ICMS 46/00. Que a autuação foi feita ao arrepio da legislação superior, representada pelo Protocolo ICMS 46/00.

Requeru nulidade da autuação por descumprir decisão judicial, que seja determinada revisão para verificar se o recolhimento do ICMS está de acordo com o Protocolo ICMS 46/00, emissão de parecer da Inspetoria Especializada quanto a ilegalidade pretendida pelo autuante ao descumprir decisão judicial e, por fim, que seja expedido Termo de Liberação seja excluindo a empresa ou qualquer pessoa da condição de fiel depositário, em razão da natureza perecível do produto.

O autuante, às fls. 44 a 46, informou já ser pacífico na jurisprudência administrativa fiscal que a liminar de Mandado de Segurança apenas suspende a exigência do crédito tributário, não impedindo o seu lançamento através de Auto de Infração, com vista a impedir a decadência desse crédito para o Estado.

Esclareceu que a ação fiscal fundamentou-se nos dispositivos do RPAF/99 (art. 26, I, IV; 28, IV e VI; 38, §1º; 41, I e 43) e, do RICMS/97 (arts. 924 e 925 e Parágrafo único do art. 934; 940, I, §7º; 941 e 945).

Destacou inexistir espaço no contencioso administrativo para discussão sobre constitucionalidade ou não de ato normativo, no caso da IN 63/02 editada pelo Sr. Secretário da Fazenda.

Opinou pela manutenção da autuação.

## VOTO

A Liminar em Mandado de Segurança impetrado pelo autuado em relação a DI nº 03/0635844-6 antes da lavratura do Auto de Infração não está em questionamento, uma vez que é dever do fisco lançar o valor que considera devido, para assegurar ao Estado a exigibilidade do crédito tributário, no caso de decisão a ele favorável.

Das peças processuais, verifico que a autuação se deu por recolhimento a menos do ICMS devido sobre importação de farinha de trigo, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, relativo a mercadorias procedentes do exterior, pelo fato de a empresa recolher a menos no desembaraço aduaneiro, o ICMS correspondente a 33% do imposto integral, conforme liminar de Mandado de Segurança nº 140.03.005681-0, expedida pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública, vinculado a importação de 157.500,00 Kg de pré-mistura para elaboração de pão francês, conforme DI nº 03/0635844-6 e nota fiscal de entrada nº 5817, de 30/07/2003. O impugnante entende que o montante devido é o que foi recolhido, motivo pelo qual, antes mesmo da lavratura do Auto de Infração, amparou-se por medida liminar, concedida, onde discute em juízo a legalidade do cálculo do imposto com base na Instrução Normativa nº 63/2002, que, ao seu ver, majoraram os preços estabelecidos pela IN 58/01, que fixava a pauta fiscal anterior, vindo a superar o limite de 33% estabelecido pelo Protocolo ICMS 46/00, em face de igualdade de tratamento assegurada pelos acordos internacionais.

O fato é este. Quanto ao direito aplicável, a matéria está *sub judice*.

O procedimento visa, apenas, constituir o crédito tributário, mediante lançamento regular, para evitar sua decadência.

Nos termos do art. 117 do RPAF/99, a escolha da via judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso interposto. Assim, com base no que dispõe o art. 122, IV, do RPAF/99, está extinto o presente processo administrativo, ficando sua exigibilidade suspensa aguardando a decisão final do Judiciário.

Desta maneira, considero prejudicada a defesa.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada e declarar **EXTINTO** o presente processo administrativo fiscal, relativo ao Auto de Infração nº 232950.0023/03-2, lavrado contra **CEPOL COMÉRCIO DE CEREAIS E IMPORTAÇÃO LTDA.**, devendo o mesmo ser remetido à PGE/PROFIS, para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de junho de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA