

**A. I. N°** - 206856.0558/04-0  
**AUTUADO** - SUPERSUCO INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTES** - JOILSON MATOS AROUCA e ROBERTO BASTOS OLIVEIRA  
**ORIGEM** - IFMT/SUL  
**INTERNET** - 28.09.04

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0347-02/04

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

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/5/04, acusa a falta de retenção de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações subseqüentes, nas vendas [de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária] realizadas para contribuintes localizados na Bahia [efetuadas por empresa estabelecida no Estado de São Paulo]. Imposto lançado: R\$ 5.778,05. Multa: 60%.

O autuado defendeu-se explicando que sua empresa fabrica, comercializa, exporta e importa sucos, refrescos, repositores hidroeletrólitos, repositores energéticos e isotônicos, que são alimentos para praticantes de atividades físicas. Fala das circunstâncias em que se deu a ação fiscal. Protesta que o lançamento tributário não pode basear-se em protocolo, pois esse é um tipo de ato que os Estados assinam para fixar as linhas gerais a serem observadas pelos signatários, na edição de seus decretos regulamentares, não tendo caráter coercitivo perante os contribuintes, pois estes devem estrita obediência à legislação dos respectivos Estados. Transcreve trechos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), para demonstrar que o procedimento fiscal é nulo, por inobservância do devido processo legal. Transcreve acórdão da 2ª Câmara do CONSEF.

Quanto ao mérito, sustenta que os valores lançados são indevidos, haja vista que os produtos objeto da ação fiscal foram equiparados a refrigerantes mediante protocolo. Comenta a forma como a matéria foi regulada no Estado de São Paulo. Considera que somente se aplica a responsabilidade por substituição tributária aos reprodutores hidroeletrólitos, estando de fora de tal responsabilidade os repositores energéticos. Reitera o argumento de que os protocolos assinados pelos Estados trazem apenas as linhas gerais a serem observadas pelos signatários, na edição de seus decretos regulamentares, não tendo caráter coercitivo perante os contribuintes, pois estes devem estrita obediência à legislação dos respectivos Estados. Conclui que, em face dessas ponderações, não houve infração à legislação tributária no caso em exame. Aduz que a falta de retenção do imposto pelo remetente das mercadorias não causa qualquer prejuízo ao fisco baiano, tendo em vista que, seguindo a sistemática usual, o adquirente fará o pagamento do imposto devido.

Seguem-se considerações acerca da inconstitucionalidade da multa aplicada. Cita jurisprudência.

Pede como preliminar a nulidade do lançamento. No mérito, pede que se declare a inexistência de relação jurídico-tributária do autuado em relação aos valores lançados. Pede, ainda, sucessivamente, o cancelamento da multa ou sua redução e graduação. Requer que as intimações e publicações referentes ao presente feito sejam expedidas em nome dos patronos do autuado (indica o endereço).

A auditora designada para prestar a informação manifestou-se dizendo que os protocolos são atos que dispensam ratificação, porque neles não é mencionada tal necessidade, e têm efeito de lei entre os signatários. Observa que o Protocolo ICMS 28/03 acrescentou ao Protocolo ICMS 11/91 um parágrafo, equiparando a refrigerantes as bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas, classificadas nas posições 2106.90 e 2202.90 da NBM/SH. A seu ver, tal equiparação não pode ser restringida pelos dispositivos regulamentares de qualquer Estado, no que tange aos efeitos previstos no acordo interestadual, que tem caráter impositivo. Conclui a auditora que o Auto de Infração foi fundamentado corretamente. Assinala que a margem de valor adicionado (MVA) aplicada não é condizente com a que foi prevista no Protocolo ICMS 11/91, que é de 140%. Aduz que o questionamento da multa não é cabível no âmbito administrativo. Opina pela procedência do lançamento, com alteração da MVA.

## VOTO

Este Auto de Infração diz respeito à falta de retenção de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente a operações subsequentes, nas vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária efetuadas por empresa estabelecida no Estado de São Paulo, para contribuintes localizados na Bahia.

Embora nem no Auto de Infração, nem na defesa e tampouco na informação fiscal tenha sido dito que a matéria se encontra “sub judice”, ao compulsar as peças dos autos notei que, de acordo com o instrumento à fl. 14, foi anexada (pelos fiscais autuantes ou pelo órgão preparador) cópia de Mandado Liminar e Notificação expedido pela MM. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Vitória da Conquista. No referido mandado, aquela autoridade determinou que as mercadorias objeto do Auto de Apreensão nº 206856.0572/04-2 fossem imediatamente liberadas, independentemente do pagamento da multa estipulada no presente Auto de Infração.

Nos termos do art. 117 do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8.001/01, a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso interposto.

Assim, em face do art. 122, IV, do RPAF/99, está extinto o presente processo administrativo, de modo que o CONSEF deve abster-se de julgar, encaminhando-se os autos para inscrição do crédito tributário em dívida ativa, ficando este, contudo, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a decisão final do Judiciário.

Quanto ao requerimento, no final da defesa, para que as intimações e publicações referentes ao presente feito sejam expedidas em nome dos patronos do autuado no endereço ali indicado, observo que o órgão preparador poderá atender ao pleito, mas se assim não proceder isso em nada prejudicará o devido procedimento legal, desde que as intimações atendam aos critérios do art. 108 do RPAF/99.

Em face do exposto, considero PREJUDICADA a defesa, ficando extinto o presente processo administrativo, o qual deverá ser remetido à PGE/PROFIS, para adoção das providências da sua competência.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa e declarar **EXTINTO** o presente processo administrativo fiscal, relativo ao Auto de Infração nº **206856.0558/04-0**, lavrado contra **SUPERSUCO INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo o mesmo ser remetido à PGE/PROFIS, para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA