

PROCESSO - A. I. Nº 112889.0404/05-6  
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. ME  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0320-01/05  
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL  
INTERNET - 17/11/2005

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO CJF Nº 0385-12/05

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 117 E 122, IV, DO RPAF. Demonstrado nos autos que o contribuinte ingressou com Mandado de Segurança tratando de matéria idêntica a que fora objeto do presente Auto de Infração, o que importa na renúncia ao direito de postular na esfera administrativa. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão prolatada pela 1ª Junta, através do Acórdão nº JJF 0320/01-05, que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe.

O presente Auto de Infração imputa ao autuado a infração de falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias elencadas no anexo 88, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, referente às Notas Fiscais nº<sup>os</sup> 35234, 002062 e 002063, exigindo ICMS no valor de R\$7.953,32.

Foi lavrado o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 112889.0404/05-6 (fls. 05 e 06), no qual consta que o autuado recorreu à via judicial para liberação das mercadorias apreendidas sem o pagamento do imposto antecipado, conforme liminar concedida no Mandado de Segurança nº 665965-4/2005, da 4ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital.

O autuado apresentou defesa tempestiva, através da qual se insurgiu contra a utilização da pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 63/02 para determinação do valor da base de cálculo, entendendo que é flagrante a discriminação imposta à farinha de trigo comprada, pelo simples fato de ter sido adquirida de empresa localizada no Estado do Paraná, o qual não assinou o Protocolo ICMS nº 46/00. Afirmou que o valor fixado na referida Instrução Normativa nº 63/02 é de R\$ 104,38 para o saco de 50 kg de farinha de trigo, com a utilização da alíquota de 17%, mas se adquiridos nos Estados “signatários” do citado Protocolo ICMS nº 46/00, o mesmo saco de 50 kg teria como “valor mínimo” R\$ 74,00 e a alíquota seria a de 12%. Asseverou, ainda, que a farinha de trigo adquirida para o mercado baiano, quando oriunda de qualquer Estado não signatário, tem tratamento tributário anti-isônomico em relação ao dispensado à farinha de trigo adquirida de Estados signatários, aduzindo que isto prejudica o mercado consumidor e o autuado, que não tem competitividade para revender a farinha que adquiriu. Declarou que a IN 63/02 não poderia fazer distinção entre mercadoria oriunda de um Estado em detrimento de outro, com base no princípio da não-discriminação tributária em razão da procedência ou do destino dos bens, consagrado no art. 152 da CF/88, o qual transcreveu juntamente com doutrina de Misabel Derzi, Paulo de Barros Carvalho e Hugo de Brito Machado. Ao final, requereu a nulidade da autuação, argumentando que a IN Nº 63/02 somente agora foi citada no processo, não fazendo parte do Auto de Infração, o que limitou o seu direito de defesa.

Foi apresentada informação fiscal por Auditora Fiscal designada para essa finalidade, tendo a mesma afirmado que o Auto de Infração tomou como base de cálculo o valor de R\$112,85, fixado em pauta para o saco de 50 kg de farinha de trigo, como se verifica do demonstrativo de débito, bem como que foi deduzido o crédito constante nas notas fiscais. Acrescentou, também, que o autuado foi flagrado adquirindo mercadorias sujeitas à antecipação tributária, conforme art. 506-A, e não recolheu o imposto no prazo estabelecido no art. 125, VIII, todos do RICMS/97. Por fim, pugnou pela manutenção da autuação.

Através do Acórdão JJF Nº 0320/01-05, a 1<sup>a</sup> JJF julgou Procedente o Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado deve ser rejeitada, uma vez que não se encontra presente nenhuma das hipóteses prescritas no art. 18, do RPAF/99, haja vista que o autuado tinha conhecimento do valor da base de cálculo atribuída na lavratura do Auto de Infração, até porque baseou todo o seu argumento defensivo no sentido de não acolher o valor estabelecido pela Instrução Normativa nº 63/02, para fins de apuração da base de cálculo;
- b) no que tange à argüição de constitucionalidade, decidiu a R. Junta que, de acordo com o art. 167, I do RPAF/99, não está na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade;
- c) inexiste qualquer violação aos princípios tributários, pois o Anexo II, da IN 63/02, não estabelece nenhum benefício aos Estados signatários do Protocolo ICMS 46/00, em detrimento das demais unidades federadas, mas uma mera sistemática de repasse de imposto entre os acordantes; ocorre que nos Estados signatários do referido Protocolo, a antecipação tributária é feita na aquisição do trigo, e alcança até a saída dos seus derivados, tais como massas e biscoitos, dos estabelecimentos fabricantes destes produtos; a Decisão de primeira instância foi fundamentada no fato de que “quando a farinha de trigo, e não os seus derivados, é remetida para outro Estado, deve ser efetuado o recolhimento de parte do imposto para o Estado destinatário, o qual será objeto de crédito do estabelecimento remetente, de forma que o Estado onde está situado o estabelecimento remetente não fique com a parcela do imposto referente às saídas dos produtos derivados de trigo”; assim, “os Anexos I e II da IN 63/02 não se constituem em qualquer discriminação, mas uma forma diferente da tributação do trigo e seus derivados entre os Estados, de forma a equalizar os valores a serem recolhidos nas duas sistemáticas de tributação, sem conter qualquer benefício fiscal”, sem prejuízo do fato de que “O Protocolo ICMS 46/00 dispõe sobre a harmonização da substituição tributária do ICMS nas operações com trigo em grão e farinha de trigo pelos Estados signatários integrantes das Regiões Norte e Nordeste, enquanto a IN 63/02 estabelece base de cálculo mínima para fins de antecipação do ICMS nas operações com farinha de trigo”; asseverou o decisório, ainda, que a matéria também está disciplinada no RICMS/97, em seu art. 506-A, §2º, cujo teor transcreveu; ao final, o R. Acórdão recorrido consignou que “a autuação se referiu à aquisição de trigo e de farinha de trigo, tendo o autuado se manifestado somente em relação a este último produto”.

Inconformado com a Decisão de Primeira Instância interpôs o autuado Recurso Voluntário, salientando que é exatamente contra a base de cálculo mínima, mais conhecida como pauta fiscal que está a se insurgir o recorrente, conforme atesta a documentação em anexo. Explica que “com o objetivo de comprar Farinha de Trigo oriunda de Estados não signatários do Protocolo 46/00, sem ter que se submeter às exigências da IN, mais especificamente ao Anexo 1, ajuizou Mandado de Segurança ... em face da incontestável presença dos requisitos ensejadores da medida pleiteada, deferiu medida liminar (doc. anexo) para determinar que ‘se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da IN 23/05, permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias.’” Por fim, salientando que se encontra acobertada por Decisão judicial, requer que o Egrégio CONSEF afaste o débito decorrente da presente autuação.

Em seu Parecer, a ilustre representante da PGE/PROFIS entende que “*a medida liminar concedida, fl. 65, foi posterior a lavratura do Auto de Infração e ainda que assim não fosse, a concessão de medida liminar não impede a constituição do crédito tributário, por ser de natureza pública, obrigatória, indisponível e privativa do Poder Executivo*”. Ademais, prossegue, “*o efeito da medida liminar será analisada pela PROFIS-JUDICIAL, à vista do inteiro teor do processo, para que se conclua se a exigibilidade do crédito tributário está suspensa ou não, pois resta saber se a liminar produz efeitos sobre Auto de Infração já lavrado*”. Por fim, após asseverar que, quanto ao pedido de exclusão da autuação, razão não assiste ao recorrente – pois “*a medida liminar em mandado de segurança não tem o condão de evitar a constituição do crédito tributário, mormente quando concedida posteriormente à lavratura do Auto de Infração*” – opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto.

## VOTO

Merce reforma o *decisum* proferido no âmbito de Primeira Instância. Senão, vejamos.

Da análise dos autos e, principalmente, da Decisão liminar acostada às razões recursais, depreende-se, com clareza solar, que a ação mandamental impetrada tem por objeto a mesma matéria discutida no presente Auto de Infração.

Ora, em assim sendo, conforme determinação constante 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 na sua renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa, ou na desistência da impugnação ou Recurso interposto. Diante visto, fica prejudicado o Recurso Voluntário interposto.

Assim sendo, com espeque no quanto disposto no art. 122, IV, daquele Diploma Legal, o CONSEF deve se abster de julgar o presente Auto de Infração, ficando extinto o presente processo administrativo fiscal, devendo ser encaminhados os autos para inscrição do crédito tributário em dívida ativa, ficando este, contudo, com a sua exigibilidade suspensa, aguardando a Decisão final do Poder Judiciário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 de Auto de Infração nº 112889.0704/05-0, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo o mesmo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS