

A. I. N.º - 206924.0002/05-7
AUTUADO - ÀGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA.
AUTUANTE - GIOVANI AGUIAR DA SILVA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 19. 07. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0238-04/05

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 presente Auto de Infração, lavrado em 17/02/05, exige ICMS no valor de R\$ 101.464,77, acrescido da multa de 60%, imputando ao autuado a seguinte infração:

“Recolheu a menor o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial”. “Erro na determinação da base de cálculo do imposto na forma da Instrução Normativa IN 63/02”.

Consta nos autos (fl. 111), solicitação do Gerente de Substituição Tributária para que a PROFIS emita parecer sobre a situação das liminares concedidas em mandados de segurança impetrados pelo autuado, relativas às DI's que foram objeto da presente autuação (n.ºs 03/0737232-9, 03/0648768-8, 03/0764582-1, 03/0344049-4 e 03/0383828-5), a fim de respaldar a constituição do crédito tributário.

A PROFIS manifestou-se à fl. 113, dizendo que a Apelação Cível 5998-5/2004, referente ao Mandado de Segurança 140.03.0162105, encontrava-se em trâmite na Câmara Especializada do TJ/BA. Acrescenta que como a Segurança foi concedida pela 10ª Vara da Fazenda Pública, o Estado da Bahia interpôs apelação contra a sentença, e que após a remessa ao TJ/BA para apreciação e julgamento, os autos retornaram ao Juízo Monocrático para regularização, tendo retornado ao Tribunal em 13/08/04. Informa que até o momento não foi conferido efeito suspensivo ao recurso, e que em 08/11/04 os autos foram conclusos para o Des. Rubem Dário Peregrino Cunha. Quanto ao Agravo de Instrumento interposto contra o deferimento da liminar, diz que não foi conferido efeito suspensivo ao recurso do Estado.

Em nova manifestação, à fl. 116, representante da PROFIS prestou a seguinte informação:

Também em atenção ao quanto solicitado às fls.112, temos a informar que, em relação ao MS. N.º 140.03.0186518-0, ajuizado perante a 9ª(nona) vara da Fazenda Pública, o mesmo foi julgado procedente, havendo o Estado interposto recurso de apelação, pautado para julgamento, na sessão do dia 07-12-2004.

A liminar concedida foi objeto do agravo de instrumento n.º 21625-3/04, que se encontra concluso ao eminente Des. Delmário Araújo Leal, sendo que, em face da integração da decisão liminar à sentença, o referido agravo perdeu seu objeto. Portanto, a decisão em voga não está com sua exigibilidade suspensa. Todavia, entendemos que isto não impede a constituição do crédito tributário pelo lançamento, e sim a sua inscrição em dívida e, respectiva, cobrança (exigência).

O autuado, através de seu advogado, apresenta impugnação, às fls. 126 a 127, afirmando que a utilização da alíquota e pauta fiscal feita pelo impugnante, bem como seu respectivo desembaraço aduaneiro, deram-se em face de plena legalidade do cálculo do imposto devido, com base no Anexo 2, da Instrução Normativa nº 63/02, e com alíquota de 12% (item 2.2 da IN), em face de igualdade de tratamento assegurado pelos acordos internacionais do GATT e do Mercosul.

Alega que o autuante fundamenta seu entendimento na referido I.N., mas precisamente na pauta fiscal fixada em seu Anexo I que prevê o valor de R\$ 115,76 para o saco de 50kgs de farinha de trigo. Diz que não concorda com este entendimento, e que se o cálculo fosse feito pelo Anexo II, resultaria em situação mais benéfica para a empresa porque o valor mínimo do saco de 50kgs é R\$ 82,00. Alega que, além disso, a alíquota considerada foi de 17%, ao invés de 12%. Considera tal situação uma discriminação. Diz que, dessa forma, a farinha de trigo importada, em função da I.N. nº 63/02 chega ao mercador baiano com tratamento tributário anti-isonômico, e que isso prejudica o autuado que não tem competitividade para revender a farinha adquirida. Acrescenta que a Instrução Normativa nº 63/02 tomou como critério de agravamento da tributação a origem da farinha de trigo, estipulando base de cálculo mínima e alíquota mais elevada para a farinha de trigo importada. Ao final, alegando, ainda, que a cópia da Instrução Normativa nº 63/02 só foi juntada posteriormente aos autos, o que considera uma preterição ao direito de defesa, requer que o Auto de Infração seja julgado nulo.

O autuante, em informação fiscal (fl. 132), diz que a autuação foi baseada na Instrução Normativa nº 63/02 decorrente da importação de farinha de trigo com recolhimento do ICMS a menos. Aduz que o Parecer da PROFIS, apensado à fl. 116, sustenta as razões do lançamento tributário. Ao final, entendendo que os argumentos defensivos, sobretudo no que se refere aos cálculos do imposto, não se justificam, pede a manutenção do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo impugnante, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99.

Quanto à Instrução Normativa nº 63/02, o autuado se manifestou a seu respeito, citando os valores contidos em seus anexos, demonstrando, portanto, ter plena ciência da exigência fiscal, não havendo do que se falar em preterição ao direito de defesa.

Na autuação é cobrado o ICMS recolhido a menos, pelo autuado, na importação de farinha de trigo, por ter o mesmo adotado a alíquota de 12% e como base de cálculo o valor mínimo do saco de 50kgs (R\$ 82,00), previsto no Anexo II da Instrução Normativa nº 63/02, invocando a igualdade de tratamento assegurado pelos acordos internacionais do GATT e do Mercosul.

O autuante adotou como base de cálculo o preço da pauta fiscal (R\$ 115,76) fixada no Anexo I da Instrução Normativa nº 63/02, incidindo a alíquota de 17%, e como o autuado possuía liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão da exigência do crédito tributário, o auditor fiscal o constituiu através deste lançamento, para resguardar o direito do fisco em razão da decadência.

Todavia, o CONSEF em reiteradas decisões, sobre matérias semelhantes, tem mantido o entendimento, consoante o disposto no artigo 126, do COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia e no artigo 117, do RPAF/99, que “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, sendo que os autos devem 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 4ª 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 n.º 206924.0002/05-7, lavrado contra **ÀGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA.**, devendo o mesmo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de julho de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA