

**A. I. N°** - 299164.0302/08-6  
**AUTUADO** - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.  
**AUTUANTE** - OSVALDO CÉSAR RIOS FILHO  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/SUL  
**INTERNET** - 30. 10 .2008

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0350-01/08

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 117 E 122, INCISO IV, DO REGULAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – RPAF/99. Demonstrado nos autos que o contribuinte ingressou com Mandado de Segurança tratando de matéria idêntica à que fora objeto do presente Auto de Infração, o que importa na renúncia ao direito de postular na esfera administrativa. Na defesa foi aduzido que a matéria se encontrava “*sub judice*”, por força de liminar que determinava que o fisco estadual se abstivesse de exigir o ICMS calculado com base no critério fixado no Anexo I da Instrução Normativa n° 23/05. **DEFESA PREJUDICADA.** Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 06/03/2008, foi lançado o ICMS no valor de R\$ 9.533,28, acrescido da multa de 60%, em decorrência do falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre farinha de trigo adquirida para comercialização, procedente de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS n° 46/00, não possuindo o destinatário regime especial. No campo “Descrição dos Fatos” é acrescentado que se trata de 800 sacos de farinha de trigo especial, conforme Notas Fiscais n°s 4.965 e 4.966, adquirida para comercialização pelo autuado, que se encontra descredenciado junto à SEFAZ/BA.

Consta o Termo de Apreensão e Ocorrências n° 299164.0302/08-6 às fls. 05/06.

O autuado, através de representantes legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 16 a 18, destacando, inicialmente, que no intuito de comprar farinha de trigo oriunda de estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, sem ter que se submeter às exigências contidas no Anexo 01 da Instrução Normativa n° 23/05, ajuizou Mandado de Segurança, distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, que, através do Juiz Eduardo Carvalho, titular da 9ª Vara, em face da incontestável presença dos requisitos ensejadores da medida pleiteada, deferiu medida liminar (fl. 21), 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*”.

Conclui, dizendo que espera e confia, em face de estar acobertado por decisão judicial exarada pelo MM. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública, que seja afastada a autuação.

O Auditor Fiscal designado para prestar a informação fiscal (fls. 27/28) afirma que a única contestação ao lançamento efetuado é contra a utilização de pauta fiscal, tendo, inclusive, ajuizado mandado de segurança para que não fosse utilizada como base de cálculo o valor definido na Instrução Normativa n° 23/05.

Observa que a base de cálculo apurada pela fiscalização foi formada a partir dos valores definidos nessa instrução, acrescido do frete e em relação a este foi aplicada a margem de 20%, o que não tem

respaldo na legislação tributária, tendo em vista que na pauta fiscal da substituição tributária já se encontra embutido o valor do serviço de transporte, devendo ser utilizada isoladamente.

Esclarece que a base de cálculo deveria ter sido formada a partir da MVA ou da pauta fiscal, aquela que fosse maior. A base de cálculo formada a partir da MVA, cujo valor da saca foi definido em R\$ 76,76 pela Instrução Normativa nº 23/05, resulta no montante de R\$ 61.408,00, valor este superior àquele calculado através da MVA, que corresponde a R\$ 57.885,44. Assim, entende que o valor do imposto reclamado deve ser de R\$ 10.439,36, que abatido dos créditos constantes dos autos de R\$ 2.296,00, gera o imposto a recolher de R\$ 8.143,36, mais os acréscimos legais.

## VOTO

No caso em tela, foi exigido o ICMS que não fora recolhido, relativo à aquisição de farinha de trigo para comercialização, procedente de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, e por não possuir o destinatário regime especial.

Inicialmente, verifico que o autuado ajuizou Mandado de Segurança, distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, para não ter que cumprir as exigências da Instrução Normativa nº 23/05, que estabelece base de cálculo mínima nas aquisições de farinha de trigo de Estados não signatários do Protocolo ICMS nº 46/00. Constatado, também, que foi deferida medida liminar pelo titular da 9ª Vara da Fazenda Pública, que substituiu o titular da 4ª Vara, para que a autoridade coatora se abstivesse de exigir o ICMS com base nos valores constantes do Anexo I da Instrução Normativa 23/05, permitindo que o autuado pagasse o imposto calculado sobre o preço real das mercadorias.

De fato, tal como alega o contribuinte verifica-se do demonstrativo de débito de fl. 03 que foi utilizada a pauta fiscal prevista para a operação, que indica o valor de R\$ 76,76 por cada unidade de medida de 50 kg de farinha de trigo especial, mercadoria descrita nas Notas Fiscais nºs 4.965 e 4.966 como sendo 800 sacos de 50 kg cada, de farinha industrial Premium Ouro. Consta neste processo o demonstrativo correspondente à forma de cálculo do débito lançado, tendo o contribuinte se insurgido contra a aplicação da pauta, tal como realizada pelo preposto do Fisco para a apuração do débito tributário presentemente lançado de ofício.

Observo que o autuado se encontra protegido por Medida Liminar de Mandado de Segurança, concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública (fl. 35), para que “*o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias, conforme notas fiscais das operações*”. Consoante disposto nos artigos 1º e 2º do RPAF/BA, o procedimento administrativo, por meio do qual se realiza a atividade e os fins da administração tributária, visando à aplicação ou à interpretação da legislação tributária estadual, está vinculado a leis complementares, convênios e outros atos normativos oriundos da administração tributária estadual, devendo os prepostos do Estado, na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo, atenderem aos princípios da oficialidade e da legalidade objetiva. Logo, o lançamento do crédito tributário deve ser feito de acordo com o princípio da legalidade objetiva e, tendo o sujeito passivo escolhido a via judicial, extingue-se o processo administrativo nos termos do art. 122, inciso II do RPAF/99, até que ocorra decisão transitada em julgado no âmbito do Poder Judiciário.

A escolha da via judicial pelo sujeito implica na extinção do processo administrativo fiscal nos termos do art. 122, II, do RPAF/99, até que ocorra decisão transitada em julgado no âmbito do Poder Judiciário.

Assim, em face dos artigos 117 e 122, inciso IV do RPAF/99, fica extinto o presente processo administrativo, de modo que o CONSEF deve abster-se de julgá-lo e, consequentemente, de analisar o mérito, encaminhando-se os autos para inscrição do crédito tributário em dívida ativa, ficando este, contudo, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a decisão final do Poder Judiciário, devendo o processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis, sendo relevante observar os termos da informação fiscal prestada pelo Auditor Fiscal designado para esse fim.

Em conclusão, declaro extinto o processo administrativo fiscal, restando prejudicada a defesa apresentada.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª 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 de Auto de Infração nº **299164.0302/08-6**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, para que o crédito tributário seja inscrito em dívida ativa, ficando este, contudo, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a decisão final do Poder Judiciário, devendo o processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR