

PROCESSO - A. I. Nº 112889.0704/05-0
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0403-01/05
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 23/03/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJP Nº 0097-12/06

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO ACATAMENTO DA EXTINÇÃO DO PROCESSO. NOVA DECISÃO. Reformada a Decisão de primeira instância que concluiu pela extinção do processo administrativo fiscal em virtude da propositura de medida judicial pelo sujeito passivo. Comprovado que o objeto do Mandado de Segurança impetrado refere-se apenas à cobrança do imposto estadual e não ao objeto da impugnação, que é relativo também à aplicação da multa e dos acréscimos moratórios sobre o débito exigido. Devolvam-se os autos ao órgão prolator da Decisão reformada para novo julgamento. Recurso **NÃO PROVIDO**. Declarada de ofício a Nulidade da Decisão recorrida. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão prolatada pela 1ª JJF, através do Acórdão nº JJF 0403/01-05, que declarou a Extinção do processo em face de o contribuinte ter optado pela discussão da autuação na via judicial.

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, exigindo ICMS no valor de R\$2.857,29, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou defesa tempestiva, através da qual afirma que a autuação entende como correto o método de cálculo adotado no lançamento que utilizou a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05, ou seja, o Estado da Bahia, obriga as empresas que comprarem farinha de trigo de outros Estados (não signatários do Protocolo ICMS 46/00) a pagarem antecipadamente o ICMS (na primeira repartição fiscal de entrada neste Estado), e que utilizem como base de cálculo mínima, para fins de antecipação do ICMS, os valores constantes no anexo I, da Instrução Normativa 23/05. Saliencia que a sua insurgência é justamente contra a utilização da base de cálculo mínima, mais conhecida como pauta fiscal. Esclarece que, com o objetivo de comprar farinha de trigo na situação acima reportada sem ter que se submeter às exigências da Instrução Normativa 23/05, mais especificamente ao Anexo 01, ajuizou Mandado de Segurança, distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, que através do Juiz Eduardo Carvalho, titular da 9ª Vara, e que substituiu o titular da 4ª Vara, deferiu medida liminar para determinar que “*se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa 23/05, permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias.*” Concluiu dizendo que espera e confia, em face de estar acobertada por decisão judicial exarada pelo MM. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública, seja afastada a autuação.

Em sua informação fiscal, os autuantes afirmam que a autuação está devidamente amparada no art. 506-A, c/c 1.º, I, do RICMS/97. Registraram que deixaram equivocadamente de utilizar a pauta

fiscal na base de cálculo nos termos da Instrução Normativa 23/05 e Protocolo 26/92, refazendo o demonstrativo de débito e finalizando pela manutenção da autuação.

Através do Acórdão JF Nº 0403/01-05, a 1.ª JF julgou prejudicada a defesa, sob o entendimento de que:

- a) decidiu a Junta que *“a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa na renúncia ao direito de defesa na esfera administrativa ou na desistência da impugnação ou recurso interposto, conforme determinações do art. 117, do RPAF/99”*;
- b) entendeu que, *“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.”*

Inconformado com a decisão de primeira instância, interpôs o autuado Recurso Voluntário, salientando, inicialmente, que o Acórdão recorrido não fez a melhor análise do caso sob exame, em plena contrariedade à melhor doutrina trazida à cola dos autos e ratificado no presente recurso. Ressalta que admitindo-se como legal o referido lançamento tributário, forçosa é a constatação da ilegalidade da cobrança de multa, bem como de acréscimos moratórios, em face de não estar o recorrente em situação de inadimplência frente à Fazenda Pública Estadual. Alega que se insurge quanto à exigência de acréscimos moratórios e multa por infração, aduzindo, ainda, que a impugnação e o mandado de segurança ajuizado não possuem o mesmo objeto. Transcreve a Ementa do Acórdão recorrido para afirmar que, conforme se verifica pela leitura do Mandado de Segurança interposto, seu objeto consiste na permissão para que se abstenha de exigir ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo anexo 1, da Instrução Normativa 23/05, permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias.

Outrossim, prossegue, a impugnação carreada aos autos se encontra fundamentada no art. 151, IV, do CTN, bem como na Lei nº 9.430/96, em seu art. 63 e § 2.º, pois se é legítima a constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício, para prevenir a decadência, totalmente ilegítima se apresenta a formalização deste crédito, acrescido de penalidades. Argumenta que se, preventivamente, obteve a suspensão da exigibilidade do discutido crédito tributário, através de liminar obtida em Mandado de Segurança, é óbvio que não pode agora ser apenado pelo Fisco, por não ter pago o ICMS como pretende a fiscalização. Se não pagou foi porque não estava, como ainda não está, sob o manto do Poder Judiciário, estando afastada, portanto, qualquer mora e/ou penalidade, que se pretende imputar, e muito menos considerar extinto o processo administrativo fiscal, em razão da manifesta distinção entre os objetos da impugnação e do mandado de segurança ajuizado.

Reitera que, ainda que se tenha como legal o lançamento tributário ora recorrido, no que toca à sua parte dispositiva, torna-se imperiosa a constatação de sua plena ilegalidade no que concerne à multa e acréscimos moratórios, pois pretende o recorrente, e isto foi dito em suas razões de impugnação, mesmo em se admitindo a exigibilidade do crédito tributário, que o mesmo somente poderia ser formalizado sem qualquer multa, seja a fiscal, seja a de mora, pois o recorrente não estava em mora ou inadimplente, ao contrário, encontrava-se sob a proteção de medida judicial que reconhecia o seu direito. Além disso, assevera que o vencimento do crédito tributário, nos termos daquele artigo, só ocorreria *“30 (trinta) dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado”*, e esta notificação, no caso em comento, só ocorrerá quando o recorrente for intimado da decisão judicial transitada em julgado, que reforme o entendimento favorável que possui. Questiona qual seria a mora do recorrente se o pagamento do imposto estava com a sua exigibilidade suspensa – art. 151, IV, do CTN, bem como qual seria a infração que cometeu o mesmo, passível de multa fiscal, se o procedimento está amparado em decisão judicial?

Ao final, postula pelo acolhimento das razões ora formuladas.

Em seu parecer, a ilustre representante da PGE/PROFIS entende que a decisão da Douta JJF foi acertada, vez que, da leitura da peça defensiva, percebe-se que é a mesma matéria de que trata o contribuinte, tanto na via judicial, quanto na via administrativa, sendo correta a decisão recorrida, por não ter o recorrente trazido, no bojo de sua defesa administrativa, qualquer argumento que estivesse fora do âmbito da lide judicial, pelo que deve, de fato, ser arquivado o presente processo e encaminhado à PGE/PROFIS para as devidas providências. Ao final, opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Inicialmente, faz-se necessário analisar o objeto ou fundamento do presente Auto de Infração, em relação ao quanto decidido em Primeira Instância. Compulsando os autos, verifica-se que o Auto de Infração fora lavrado com base na MVA e não na pauta fiscal indicada na Instrução Normativa nº 23/05.

Em sua peça defensiva, insurge-se o ora recorrente contra a autuação, informando que existe, em seu favor, decisão liminar impedindo o Fisco Estadual de cobrar-lhe ICMS com fulcro na mencionada instrução normativa.

Ora, como observado alhures não há identidade entre o objeto da presente autuação (MVA) e a decisão liminar deferida (Pauta Fiscal), razão pela qual não poderia a Primeira Instância se abster de julgar o mérito da presente autuação.

Assim sendo, deve o presente PAF retornar à colenda 1ª Junta de Julgamento Fiscal, a fim de que ingressando no mérito, seja prolatada Decisão referente à presente autuação, calcada, como já dito, na MVA e não na Pauta Fiscal, esta sim objeto da Decisão liminar.

Destarte, ex-offício, voto no sentido de decretar a NULIDADE da Decisão de Primeira Instância, devendo os autos retornar a Junta de Julgamento Fiscal para novo julgamento, ingressando-se, desta feita, no âmbito meritório da presente autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, mas, de ofício, declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 112889.0704/05-0, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)** Os autos deverão ser remetidos à Junta de Julgamento Fiscal para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de março de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS