

**PROCESSO** - A. I. Nº 269278.0431/05-8  
**RECORRENTE** - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO Acórdão 1ª JF nº 0416-01/05  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/SUL  
**INTERNET** - 23/03/2006

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO CJF Nº 0098-12/06**

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia à faculdade de discutir a lide na esfera administrativa ou a desistência da impugnação, nos termos do art. 117 do RPAF/99. Em sede de Recurso o contribuinte inovou, acrescentando pedido de exclusão de multa. Matéria não submetida à apreciação da 1ª Instância de julgamento. Questão preclusa. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Prejudicado o Auto de Infração, lavrado em 18/04/2005, para exigir imposto no valor de R\$13.555,60, pela falta de recolhimento do ICMS antecipado, com relação a oitocentos (800) sacos de farinha de trigo especial, procedentes de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, desde que não possuía regime especial, conforme Nota Fiscal nº 1266. Termo de Apreensão nº 269278.0440/05-7.

O autuado apresentou defesa alegando que na autuação exige ICMS na operação de entrada de farinha de trigo proveniente de Estado não signatário do Protocolo nº 46/00, uma vez que o imposto não foi pago na primeira repartição do percurso da mercadoria.

Protestou dizendo que na autuação foi tomada como correta para determinação do valor da base de cálculo o indicado na pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05. Disse estar se insurgindo contra a base de cálculo, ou seja, a pauta fiscal atribuída para o cálculo do imposto aplicado à farinha de trigo comprada de empresa localizada em Estado não-signatário do Protocolo nº 46/00.

Alegou ter ajuizado Mandado de Segurança, distribuído à 4ª Vara de Fazenda Pública, tendo sido deferida medida liminar para determinar que o Erário Público “*se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo à impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias*”. Concluiu esperando que, em face de restar-se acobertado por Decisão judicial exarada pelo MM. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública, que este colendo órgão julgador afastará a autuação com a que ora se aprecia.

O autuante informou que o autuado se insurge contra a cobrança de pauta fiscal sobre a farinha de trigo adquirida no Paraná – Estado não signatário do Protocolo 46/00, sob amparo de medida judicial. Em sua impugnação cita a Instrução Normativa nº 23/05, de 29/04/05, portanto, a posteriori da autuação (18/04/05), se resguardando no descumprimento da obrigação tributária em medida liminar deferida pelo juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública.

Esclareceu que a autuação representa a fase administrativa da reclamação do crédito tributário devido e está amparada no art. 506-A, § 1º, do RICMS/BA, tendo sido adotados os corretos procedimentos fiscais, consoante ao disposto no RICMS/BA, Instrução Normativa 63/04 e Protocolo ICMS 46/00. Opinou pela manutenção da autuação.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

*“Apesar de se constatar a existência de Decisão em Mandado de Segurança em que foi deferida Medida Liminar pelo Juízo de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública, a mesma se refere a determinação para a liberação dos veículos apreendidos e as mercadorias apreendidas, processo nº 682784-6/2005. Também, observo que apesar do autuado fazer referência a Instrução Normativa nº 23/05, na autuação foi tomado como pauta fiscal o valor previsto na Instrução Normativa nº 63/04, e não, o valor da instrução normativa citada pelo autuado, haja vista que a Instrução Normativa nº 23/05 só passou a vigorar a partir de 29/04/2005 e a acusação fiscal ocorreu em data anterior, ou seja, em 18/04/2005, data da vigência da IN 63/04..*

*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, conforme determinações do art. 117 do RPAF/99.*

*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.*

*Voto pelo NÃO CONHECIMENTO da defesa, a qual resta prejudicada, ficando extinto o presente processo administrativo”.*

Em sede de Recurso Voluntário o recorrente destaca inicialmente que no respectivo lançamento foi assinalado o valor do imposto supostamente não recolhido e a multa de 60% pela citada infração, e 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, conforme demonstrará.

Acrescenta que, inobstante restar-se claro o não impedimento à constituição do crédito tributário por parte do Fisco, não poderá fazê-lo nos moldes pretendidos, pois forçosa é a ilegalidade da cobrança da multa, bem como dos acréscimos moratórios, em face de não estar o recorrente inadimplente frente à Fazenda Estadual. Refere-se ao acórdão exarado em Mandado de Segurança, tendo sido deferida medida liminar para determinar que o Fisco se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo ao impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias.

Prosseguindo, ressalta que apesar do presente Recurso Voluntário abster-se nos exatos termos da impugnação carreada à irrisignação quanto à exigência de acréscimos moratórios e multa por infração, prende-se também a esclarecer que a impugnação e o mandado de segurança ajuizado não possuem o mesmo objeto, pois diferentemente do mandado de segurança, a impugnação encontra-se fundamentada no art. 151 do CTN, bem como na Lei nº 9.430/96, em seu art. 63 e §2º, pois se é legítima a constituição do crédito pelo lançamento de ofício para prevenir a decadência totalmente ilegítima é a formalização deste crédito das penalidades. Diz ainda que se não efetuou o pagamento do ICMS é porque está sob o manto do Poder Judiciário, e exatamente por isso fica afastada qualquer mora e/ou penalidade que se pretende imputar, e muito menos considerar extinto o PAF em face da distinção entre os objetos da impugnação e o mandado de segurança ajuizado. Finalmente, considera absurda a declaração de “PREJUDICADA a defesa apresentada” em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, assim como a qualquer referência em acusar o recorrente de estar em mora ou inadimplente, e por isso exigir valores relativos a acréscimos moratórios e multa por infração.

A PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário sob o fundamento de que a decisão da D. JJF foi acertada, pois da leitura da peça defensiva nota-se que é a mesma matéria de que trata o contribuinte, tanto na via judicial quanto na via administrativa. Em sendo assim, deve o processo ser arquivado e encaminhado à PGE/PROFIS para as devidas providências.

## **VOTO VENCIDO**

Em seu Recurso Voluntário o recorrente inovou evidentemente, pois somente nesta oportunidade enfrentou e impugnou a multa constante do Auto de Infração. Tal fato, porém, não implica em

modificação do entendimento deste relator de que o objetivo maior do Fisco Estadual é a constituição do crédito tributário visando prevenir a decadência, já que a exigibilidade, no caso, está suspensa por ordem judicial, tendo sido, portanto, atendida essa condição. Primeiramente, o Mandado de Segurança impetrado pelo recorrente esgotou a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial, ficando prejudicada a defesa e, conseqüentemente, o Recurso Voluntário, devendo, em decorrência, o PAF ser encaminhado à Dívida Ativa. E de outra parte, ao decidir a JJF pela extinção do processo, em obediência ao princípio de que o acessório acompanha o principal, evidentemente está explícita a inclusão da multa na Decisão, mesmo porque, suspensa a exigibilidade do crédito tributário, não há como se falar em multa por descumprimento de obrigação principal.

Em face do exposto, mantenho o entendimento da JJF, julgando PREJUDICADO o Recurso Voluntário, por haver sido encerrada a via administrativa, devendo o PAF ser encaminhado à Dívida Ativa para cobrança judicial.

#### **VOTO VENCEDOR**

Discordo do voto exarado pelo Sr. relator, Dr. Fauze Midlej, pois constatei, após exame da peça recursal, que o contribuinte inovou no pedido formulado à instância administrativa, requerendo a esta Câmara de Julgamento Fiscal a exclusão da multa de infração. Este pedido foi formulado somente nesta fase do procedimento, de forma que a matéria trazida à discussão, no Recurso Voluntário, não integrou a impugnação submetida a exame da instância originária de julgamento. Na defesa administrativa não há qualquer menção referente à multa aplicada no Auto de Infração contestado. Em decorrência, a Decisão de 1º grau não merece qualquer reparo, pois, na medida em que o contribuinte escolheu a via judicial para discutir a exigência tributária, renunciou ao direito de impugnar o lançamento na esfera administrativa, face o princípio da não cumulação que se opera sempre em benefício do processo judicial. Este princípio se encontra positivado no RPAF/99, em seu art. 117, *caput*. Fica, portanto, prejudicado o exame de mérito do Recurso Voluntário, adstrito ao pedido de exclusão da multa, por se tratar de questão não submetida à instância originária de julgamento, operando-se, no caso, a preclusão do direito, havendo afronta ao princípio da eventualidade, que determina que toda a matéria de defesa deve ser apresentada de uma só vez, vedada a inovação de pedido e de causa de pedir após elaboração da inicial.

Assim, ante o exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO CONHECER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que declarou **PREJUDICADA** defesa apresentada e julgou **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao de Auto de Infração nº **269278.0431/05-8**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo o mesmo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

**VOTO VENCEDOR:** Conselheiros Tolstoi Seara Nolasco, Álvaro Barreto Vieira, Bento Luiz Freire Villa Nova, Helconio de Souza Almeida e Nelson Antonio Daiha Filho.

**VOTO VENCIDO:** Conselheiro Fauze Midlej.

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

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR

FAUZE MIDLEJ – RELATOR/VOTO VENCIDO

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS