

**PROCESSO** - A. I. Nº 299133.0421/06-0  
**RECORRENTE** - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECRSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JF nº 0296-01/06  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 05/01/2007

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO CJF Nº 0502-11/06

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação, conforme dispõe o art. 117 do RPAF/99. Remessa dos autos para PGE/PROFIS para adotar as medidas cabíveis. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra Decisão que julgou Prejudicada a impugnação oferecida ao Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/04/2006, para exigir ICMS no valor de R\$7.175,36, acrescido da multa de 60%, em decorrência de recolhimento a menor da antecipação tributária do ICMS, relativo a 800 sacas de farinha de trigo especial, conforme Nota Fiscal nº 00011 e DAE anexos, adquiridos para comercialização pelo recorrente que se encontra descredenciado junto a SEFAZ/BA, procedente de Estado não signatário do Protocolo 46/00.

Os membros do *a quo* verificaram que o recorrente ajuizou Mandado de Segurança, distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, para não ter que cumprir as exigências da Instrução Normativa 23/05, que estabelece base de cálculo mínima nas aquisições de farinha de trigo de Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00. Constataram, também, que foi deferida medida liminar, pelo titular da 9ª Vara, que substituiu o titular da 4ª Vara, para que a autoridade coatora se abstenha de exigir o ICMS com base nos valores constantes do Anexo 1 da Instrução Normativa 23/05, permitindo que o contribuinte pague o imposto calculado sobre o preço real das mercadorias.

Considerando que o Recorrente possui liminar em mandado de segurança, determinando que o ICMS devido seja calculado com base no valor real das mercadorias e não com os valores constantes no Anexo I, da Instrução Normativa 23/05, o Auditor Fiscal constituiu o crédito tributário, por meio deste lançamento, para resguardar o direito do fisco em razão da decadência, tendo observado na lavratura do Auto de Infração as disposições do artigo 39 do RPAF/99.

Todavia, consoante o entendimento exarado pela PGE/PROFIS e por este CONSEF, a exigibilidade do crédito tributário apurado ficará suspensa, até a Decisão final proferida pelo Poder Judiciário.

Salientaram que em decisões recentes, a segunda instância deste CONSEF tem entendido, em matéria semelhante, que, conforme o disposto no artigo 126, do COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia e no artigo 117, do RPAF/99, “*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*”, ficando prejudicada a defesa e extinto o processo.

Acordaram que a multa aplicada por ser consequência direta da falta de recolhimento do imposto que resultou no Auto de Infração objeto deste processo, está em conformidade com o artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº. 7.014/96, assim como os acréscimos moratórios incidentes que também têm amparo no mesmo diploma legal.

Diante disso, concluíram pela Extinção da lide no âmbito administrativo, devendo os autos ser encaminhado à PGE/PROFIS, conforme previsto no inciso II do § 1º do artigo 117 do RPAF/99, para que aquele órgão jurídico adote as providências cabíveis.

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente interpôs Recurso Voluntário, no qual alega em suas razões que a cobrança de multa é ilegal porque não se encontra em situação de inadimplência frente à Fazenda Estadual, em virtude da liminar concedida em Mandado de Segurança que o autoriza a recolher o imposto sobre o valor real da mercadoria.

Outrossim, insurge-se contra a declaração de extinção do processo administrativo por prejudicialidade, fundamenta que a impugnação e o Mandado de Segurança não possuem o mesmo objeto, uma vez que o último limita-se a intentar que o ICMS seja calculado sobre o preço real das mercadorias, afastando a IN 23/05, enquanto a defesa apresentada no PAF objetiva a declaração de ilegitimidade da cobrança de penalidades.

Volta-se contra a multa aplicada por entender que mesmo que seja legítimo o lançamento realizado – com intuito de prevenir a decadência – ilegítima é a cobrança de penalidade pois o recorrente não estava em mora ou inadimplente em razão da medida judicial que lhe acobertava suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, art. 151, IV, do CTN.

Conclui requerendo que seja reconhecido que não existe prejudicialidade, assim como que o recorrente não se encontra em mora ou inadimplente, e que, por conseguinte, não se pode dela exigir valores referentes a acréscimos moratórios e multa por infração.

No Parecer emitido pela ilustre representante da PGE/PROFIS firmou-se entendimento pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, em razão de não ter sido alegado na impugnação o descabimento de aplicação de multa e juros.

Também entendeu que a Decisão da 1ª JJF foi acertada, pois o lançamento foi realizado utilizando-se como base de cálculo o valor real da operação e que, portanto, o Fisco agiu em perfeita harmonia com a liminar concedida judicialmente.

## **VOTO**

Após análise dos autos verifico que o cerne da lide está na aplicação de penalidades em virtude da medida liminar proferida pelo Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública.

A Decisão liminar proferida impede qualquer discussão a respeito da aplicação da Instrução Normativa nº 23/05. Entretanto, o recorrente insurge-se contra a aplicação de penalidades constante no presente Auto de Infração.

Diante disso, reconheço que diferem os objetivos do Mandado de Segurança e do Recurso Voluntário. Entretanto, noto que na sua impugnação, o recorrente limitou-se a requerer a improcedência do Auto de Infração em virtude da Decisão judicial, sem fazer qualquer menção a respeito da inaplicabilidade das penalidades.

Portanto, em razão do disposto no art. 123, §1º do RPAF/99, concordo com o Parecer da ilustre representante da Fazenda, e entendo que a Decisão de primeira instância foi acertada, pois o argumento aduzido na defesa foi somente a Decisão judicial em caráter liminar. Em razão disso, fica extinto o PAF pela escolha do âmbito judicial.

Resta somente aguardar a Decisão transitada em julgado do processo judicial para se declarar a procedência ou improcedência do Auto de Infração sob exame, não restando mais qualquer hipótese de discussão no âmbito administrativo.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter na íntegra a Decisão recorrida.

Caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial,

a repartição competente deve intimar o autuado para quitar o débito no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa pelo descumprimento de obrigação acessória. Após o decurso do referido prazo sem a efetivação do pagamento, todas as penalidades indicadas na autuação devem ser incluídas em cálculo do débito exigido.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que considerou **PREJUDICADO** e declarou **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 299133.0421/06-0, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**. Caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial, a repartição competente deve intimar o autuado para quitar o débito no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa pelo descumprimento de obrigação acessória. Após o decurso do referido prazo sem a efetivação do pagamento, todas as penalidades indicada na autuação devem ser incluídas em cálculo do débito exigido.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de dezembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS