

**PROCESSO** - A. I. Nº 269130.1005/05-5  
**RECORRENTE** - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5<sup>a</sup> JJF nº 0141-05/06  
**ORIGEM** - INFRAZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 03/01/2007

## 2<sup>a</sup> JCÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0533-12/06

**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 à liberação das mercadorias apreendidas e à forma de cálculo do imposto estadual e não ao objeto da impugnação, que é relativo 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 **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário tempestivamente interposto em face da Decisão pertinente no Acórdão nº 0141-05/06 que Extinguiu o Auto de Infração, julgando Prejudicada a defesa oposta.

Acusa o Auto de Infração falta de recolhimento do imposto quando do desembarque aduaneiro ou na primeira repartição fiscal, sobre a farinha de trigo adquirida de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00 para comercialização, não sendo o destinatário ou adquirente industrial moageiro.

Em sede de impugnação as fls. 18/20, o contribuinte discrimina o objeto da autuação como sendo operação de entrada neste Estado de farinha de trigo procedente do Estado do Paraná, Estado não signatário do Protocolo ICMS nº 46/00, uma vez que o imposto não foi pago no primeiro posto fiscal de fronteira.

Adiante aduz que o lançamento se valeu da pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05, a qual impõe às empresas que adquirem farinha de trigo de outras unidades federativas não signatárias do Protocolo ICMS Nº 46/00 a antecipar o ICMS dentro dos parâmetros fixados no anexo I da aludida instrução.

Por derradeiro, esclarece que, em Decisão liminar prolatada em sede de ação de segurança, a MM 4<sup>a</sup> Vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia autorizou a exarar a recorrer a recolher o ICMS incidente nestas operações tomando-se como base de cálculo o preço real das mercadorias transacionadas. Pugna pela improcedência da autuação.

Instado a manifestar-se, o exaror, as fls. 31/32, descreve a autuação, resumindo a insurgência empresarial a imposição estatal da pauta fiscal estabelecida pelo anexo I, da Instrução Normativa nº 23/05.

Em outra vertente, noticia a instauração da instância judicial pelo recorrente mediante ação de segurança, tendo sido deferida medida liminar que autoriza o recolhimento do ICMS incidente sobre as operações de aquisição de farinha de trigo para comercialização oriunda de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS pelo valor real das mercadorias.

Ao final, recomenda a extinção do procedimento por conta da opção empresarial pela via judicial, e subsequente inscrição do débito, certificando, ademais, que a autuação pautou-se nos exatos contornos judiciais definidos pela liminar, ou seja, o ICMS fora apurado com base no valor real da mercadoria, acrescido da MVA. Contudo, o contribuinte, ainda assim, recolhera o ICMS com insuficiência – R\$ 1.480,05 – DAE de fl. 10 -, quando o total alcança R\$ 3.759,01. Opina pela ativação do débito.

Às fls. 41/52, o recorrente providenciou a juntada de cópias da petição inicial da ação de segurança e Decisão liminar.

Acompanhando a intelecção esposada pelo exator, o ‘a quo’ não tergiversou em extinguir o procedimento, mantendo, entretanto, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a prolação da Decisão judicial final de mérito. Invoca, para arrimar suas conclusões, o art. 122, IV, do RPAF/99, assentando o exaurimento da instância administrativa em face da instauração da instância judicial.

Intimado da Decisão em 02/07/2006-3<sup>a</sup> feira, conforme AR de fl. 62, manejou o contribuinte, ‘*intra tempora*’, o Apelo empresarial de fls.64/69.

Sustenta a legalidade da conduta empresarial, mormente em face do respaldo conferido pela Decisão judicial, não se revelando legítima, desta forma, a constituição do crédito tributário que toma o contribuinte por inadimplente, aplicando-lhe multas e acréscimos moratórios.

Ressaltando a legalidade do recolhimento do ICMS apurado com base no valor real da mercadoria, e não pela pauta fiscal, pontifica, adiante, acerca da distinção dos objetos da impugnação administrativa e do ‘*writ*’.

Esclarece que o objeto do ‘*mandamus*’ limita-se à abstenção da Administração Tributária do lançamento e exigência do ICMS apurado com base na IN Nº 23/05, anexo I, ao passo que o objeto da impugnação do vertente procedimento alveja a constituição do crédito acrescido de penalidades e aditivos moratórios.

Reiterando a ausência de inadimplência, e, consequintemente, mora, pugna pelo enfrentamento das razões defensivas pelo ‘*a quo*’, pois não se vislumbra a prejudicialidade suscitada.

Provocada, a d. Procuradoria, dignamente representada pelo Dr. José Augusto Martins Júnior, às fls. 72/73, recomenda a nulidade da Decisão de fls. 54/55, e o conseqüente retorno dos autos à instância de origem, com vistas ao conhecimento do mérito, inclusive sobre a legalidade, ou não, da incidência dos acréscimos moratórios em face de Decisão suspensiva da exigibilidade do crédito tributário.

A ilustre procuradora, Dra. Maria Olívia Almeida, ratifica a recomendação anterior em despacho fundamentado às fl. 80, enfatizando que a ação de segurança versa sobre farinha de trigo e a autuação trata de trigo em grãos.

## VOTO

As razões recursais acusam a diversidade de objetos veiculados na impugnação e na ação mandamental, pelo que descabe a prejudicialidade apontada pelo ‘*a quo*’ para suportar a extinção do procedimento, sendo que a ação de segurança versa sobre farinha de trigo e a autuação trata de trigo em grãos.

Ademais, pode-se constatar que a ação de segurança almeja uma ordem judicial dirigida a Administração Tributaria para inibi-la do lançamento de credito apurado pelos parâmetros definidos na IN Nº 23/05, anexo I, vez que o ato, segundo alegações empresariais, padece de ilegalidade.

Por seu turno, a defesa aponta a ausência de mora no recolhimento do ICMS devido, ‘*ex vi*’ da Decisão liminar invocada, o que afastaria a imposição dos aditivos consecutários.

Destarte, adiro ao opinativo da d. Procuradoria, para decretar a nulidade da Decisão de fls. 54/55, devendo os autos ser encaminhados à instância primária para o enfrentamento do mérito como entender de direito.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **269130.1005/05-5**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo os autos retornar a Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

BENTO LUIZ FREIRE VILLA-NOVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. PGE/PROFIS