

PROCESSO - A. I. Nº 299164.0414/06-2  
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0264-04/06  
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA  
INTERNET - 19/03/2007

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0045-11/07**

**EMENTA: ICMS. REFORMA DA 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 é diverso do desta ação fiscal. Devolução dos autos ao órgão prolator da Decisão reformada para a apreciação do mérito. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo, contra Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida no Acórdão nº 0264-04/06, pela extinção do presente Processo Administrativo Fiscal, cujo Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS por antecipação, no valor de R\$1.728,09, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fiscal, inerente à aquisição de 240 sacos de farinha de trigo comum de 50kg, oriundos do Estado do Paraná, conforme Termo de Apreensão (fl. 5), por se tratar de Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu considerar prejudicada a defesa apresentada e extinguir o Processo Administrativo Fiscal, nos termos do artigo 122, inciso II, do RPAF/99, considerando que o Autuado, por não concordar com o cálculo do imposto exigido por antecipação, definido na Instrução Normativa nº 23/05, ajuizou Mandado de Segurança, sendo deferida medida liminar permitindo ao Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias. Ressalta, a JJF que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa na renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa ou na desistência da Impugnação ou Recurso interposto, conforme determinações do art. 117 do RPAF/99.

Também foi destacada na Decisão recorrida que, na Informação Fiscal (fls. 32 e 33), o Auditor designado argumenta que a única contestação ao lançamento é contra a utilização da pauta fiscal, tendo o Autuado impetrado Mandado de Segurança contra a aplicação da mesma.

Em seu Recurso Voluntário, às fls. 53 a 58 dos autos, o recorrente alega que a Decisão recorrida não fez a melhor análise do caso sob exame, uma vez que a 4ª JJF não considerou, em seu julgamento, o desimpedimento à constituição do crédito tributário por parte do Fisco, mas a impossibilidade de fazê-lo nos moldes pretendidos pelo Ente Tributante, asserverando ser *“forçosa 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”*.

Destaca, ainda o Recurso Voluntário que a impugnação e o Mandado de Segurança ajuizado não possuem o mesmo objeto, visando o Mandado de Segurança a determinação para que o Fisco se abstenha de exigir ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo I da Instrução

Normativa nº 23/05, permitindo ao Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias.

Em seguida, aduz que, por outro lado, a Impugnação encontra-se fundamentada no art. 151, IV, do CTN, bem como no art. 63 e § 2º da Lei nº 9.430/96, pois é legítima a constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício, para prevenir a decadência, porém totalmente ilegítima é a formalização deste crédito acrescido de penalidades, visto que, sob o manto do Poder Judiciário, fica afastada qualquer mora e/ou penalidade que se pretende imputar, e muito menos considerar “EXTINTO o Processo Administrativo Fiscal”, em face da clara distinção entre os objetos da Impugnação e do Mandado de Segurança ajuizado.

Assim, defende a impossibilidade de se exigir multa e acréscimos moratórios, pois entende que não se encontra em mora ou inadimplente, salientando que o vencimento do crédito tributário, nos termos daquele artigo, só ocorreria trinta dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado, e esta Notificação, no caso, só ocorrerá quando for intimado da Decisão judicial transitada em julgado, se reformado o entendimento favorável que possui.

Por isso se impõe contra a declaração de “Prejudicada a defesa apresentada”, em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, posto que tal fato em momento algum ocorreu, assim como diz ser absurda qualquer referência em acusar o contribuinte de estar em mora ou inadimplente e, portanto, dele exigir valores relativos a acréscimos moratórios e multa por infração.

Afinal indaga qual a mora, se o pagamento do imposto se encontra com a sua exigibilidade suspensa (art. 151, IV, do CTN)? Qual a infração que cometeu, passível de multa fiscal, se o procedimento está amparado em Decisão Judicial?

A ilustre representante da PGE/PROFIS, Drª. Ângeli Maria Guimarães Feitosa, às fls. 61 a 63 dos autos, em seu Parecer ressalta, preliminarmente, que a matéria discutida no Mandado de Segurança nº 745334-8/2005 se refere à utilização da base de cálculo mínima prevista no Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05 nos lançamentos pela Fazenda Pública. Aduz que no caso em exame inexistiu lançamento dessa natureza, sendo calculado o ICMS devido com base na MVA constante do Anexo 88 do RICMS, que não se encontra em discussão na esfera judicial, inexistindo obstáculo à sua apreciação pelo art. 126 do COTEB.

Entende também que, não estando o lançamento em exame sendo apreciado judicialmente, da mesma forma não está em discussão a inserção de multa e acréscimos moratórios no Auto de Infração.

Conclui a douta representante da PGE/PROFIS que não há óbice legal para a análise do mérito do cálculo do ICMS e aplicação de multas e acréscimos moratórios, opinando pela nulidade da Decisão proferida pela 4ª JJF, para que seja proferido novo julgamento, apreciando-se o mérito do lançamento fiscal.

## VOTO

Da análise das peças processuais, verifico que o Auto de Infração foi lavrado para exigir o recolhimento do ICMS por antecipação, acrescido da multa de 60%, relativo à aquisição de sacos de farinha de trigo, oriundos do Estado do Paraná, utilizando-se como base de cálculo o valor real da operação, constante no documento fiscal (Nota Fiscal nº 5187, às fls. 07 dos autos), que acompanhava a mercadoria, acrescido da MVA de 76,48%, de acordo com o Anexo 88 do RICMS.

Nesse passo, o Autuante agiu sem desobedecer a medida liminar concedida no Mandado de Segurança nº 745334-8/2005, a qual determina que a Impetrada (SEFAZ) se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real da mercadoria, conforme nota fiscal da operação.

Ocorre que a Junta de Julgamento Fiscal, em sua Decisão, considerou prejudicada a defesa e extinguiu o Processo Administrativo Fiscal, nos termos do art. 122, IV, do RPAF/99, o qual prescreve a extinção com a desistência da Defesa ou do Recurso Voluntário, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide, antes de proferida ou tornada irrecorrível a Decisão administrativa.

Contudo, há de se ressaltar que a matéria objeto da medida judicial interposta pelo sujeito passivo é no sentido de não se submeter à exigência do ICMS calculado com base nos valores consignados no Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05. Assim, caso fosse o Auto de Infração lavrado para exigir o imposto com supedâneo na aludida Instrução Normativa, deveria ser aplicado o dispositivo previsto no art. 122 do RPAF, pois, só nesta condição, haveria identidade de objeto entre as duas esferas (administrativa e judicial), acarretando a possibilidade de se tornar sem efeito a Decisão administrativa, por dever de obediência à Decisão judicial.

No entanto, conforme já salientado, no caso concreto, o lançamento de ofício foi efetivado em estrita obediência à ordem judicial, porque considerou como base de cálculo para exigência da antecipação tributária o próprio valor da mercadoria consignado no documento fiscal. Logo, inexiste possibilidade de decisões conflitantes, devendo o mérito do Auto de Infração ser analisado pelo Órgão julgador de primeira instância, sob pena de se suprimir uma das jurisdições na esfera administrativa.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, de ofício, nos termos do art. 20 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, declaro a NULIDADE da Decisão recorrida, devendo retornar os autos à 1ª Instância para realização de novo julgamento, com a apreciação do mérito.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, declarar NULA a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº 299164.0414/06-2, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo os autos retornar à Junta de Julgamento Fiscal para, em novo julgamento, apreciar o mérito.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de fevereiro de 2007.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPRES. DA PEGE/PROFIS