

PROCESSO - A. I. Nº 269130.0422/06-0
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0372-02/06
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 17/05/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0121-11/07

EMENTA: ICMS. REFORMA DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO ACATAMENTO DA DECLARAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE NA APRECIAÇÃO DO MÉRITO. Reformada a Decisão de primeira instância que declarou prejudicada a obrigação tributária principal, no Processo Administrativo Fiscal, em face de 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 apreciação do mérito. Recurso **PREJUDICADO**. Decretada de ofício **NULA** a Decisão recorrida. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo, contra Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida no Acórdão nº 0372-02/06, que julgou Prejudicado, no que tange à obrigação tributária principal, e Procedente em relação às penalidades e cominações legais, o Auto de Infração nº 269130.0422/06-0, lavrado para exigir o ICMS por antecipação, no valor de R\$1.872,23, em decorrência da falta de recolhimento deste imposto na primeira repartição fiscal, referente à aquisição de 600 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 Nº 46/00.

A Junta de Julgamento Fiscal considerou prejudicada a apreciação, em relação ao mérito da autuação, levando em conta 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, onde foi 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, conforme previsto no art. 117 do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8.101/01.

Também foi destacada, na Decisão recorrida, que, em relação à multa pelo descumprimento da obrigação principal e acréscimos moratórios, que não foram objetos do Mandado de Segurança, cabe a apreciação no processo, mesmo não tendo o autuado argüido a sua inaplicabilidade.

Concluem os membros da 2ª JJF, por unanimidade, declarar prejudicada a obrigação tributária principal e julgar procedente o Auto de Infração no que pertine às penalidades e cominações legais.

Em seu Recurso Voluntário, às fls. 50 a 54 dos autos, o recorrente alega que a Decisão recorrida não fez a melhor análise do caso sob exame, uma vez que a 2ª 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, asseverando 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”.

Aduz, ainda, o Recurso Voluntário que a Impugnação e o Mandado de Segurança ajuizado não possuem o mesmo objeto, visando o MS a determinação para que o Fisco se abstenha de exigir ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo I da IN Nº 23/05, permitindo ao Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias.

Em seguida, afirma que 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 ‘PREJUDICADA’ e, portanto, ‘PROCEDENTE em relação às penalidades e cominações legais, o Auto de Infração nº 269130.0422/06-0 (...)’, em face a clara distinção entre os objetos da Impugnação e do Mandado de Segurança ajuizado”.

Assim, defende a impossibilidade de se exigir multa e acréscimos moratórios, por entender não estar em mora ou inadimplente, salientando que o vencimento do crédito tributário, nos termos daquele artigo, só ocorreria trinta dias após a 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.

Finaliza se insurgindo 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 à admissão de estar o contribuinte em mora ou inadimplente para dele exigir valores relativos a acréscimos moratórios e multa por infração, indagando qual a mora, se o pagamento do imposto se encontra com a sua exigibilidade suspensa (art. 151, IV, do CTN) e, também, qual a infração cometida, 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. 63 a 65 dos autos, em seu Parecer ressalta, preliminarmente, a nulidade da Decisão recorrida ao considerar prejudicada a análise do mérito sob o fundamento de se tratar de objeto em apreciação na esfera judicial (Mandado de Segurança nº 745334-8/2005), quando se discute a utilização da base de cálculo mínima (pauta fiscal), prevista no Anexo I da IN Nº 23/05, nos lançamentos pela Fazenda Pública. Realça que, na espécie concreta versada, 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. 117, do RPAF/99.

Entende também que, não estando o lançamento em exame sendo apreciado judicialmente, de igual 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 e pronunciado 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 nos documentos fiscais (Notas Fiscais nº 00058 e 00057 - fls. 7 e 8 da procedimentalidade), que acompanhavam a mercadoria, acrescido da MVA de 76,48%, de acordo com o Anexo 88 do RICMS.

Nesse passo, o autuante agiu sem desobedecer à 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 IN Nº 23/05, permitindo ao Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real da mercadoria, conforme nota fiscal da operação.

Sucede que a Junta de Julgamento Fiscal, em sua Decisão, considerou prejudicada a defesa e deixou de julgar o mérito, nos termos do art. 117, do RPAF/99, com redação dada pelo Decreto nº 8.101/01, o qual expressa a prejudicialidade da discussão, no âmbito administrativo, de matéria que esteja sendo debatida na esfera judicial.

Todavia, há de se enfatizar 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 do art. 117 do RPAF, porque, tão-somente 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 explanado, *in casu*, o lançamento de ofício foi efetivado em estrita obediência à ordem judicial, na medida que considerou como base de cálculo para exigência da antecipação tributária o próprio valor da mercadoria consignado no documento fiscal e, em tal circunstância, inexistindo possibilidade de decisões conflitantes, devendo o mérito do Auto de Infração ser analisado pelo Órgão julgador de Primeira Instância, para que não se suprima uma das jurisdições da esfera administrativa.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, declarar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 269130.0422.06-0, 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, 17 de abril de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTI – REPR. PGE/PROFIS