

**PROCESSO** - A. I. Nº 298924.0410/06-8  
**RECORRENTE** - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0289-04/06  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/SUL  
**INTERNET** - 10/04/2008

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0063-12/08

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (4ª JF) que julgou Prejudicada a defesa interposta contra o presente lançamento tributário.

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado, em 21/04/2006, para cobrar ICMS, no valor de R\$7.175,36, em decorrência do recolhimento a menos do imposto na aquisição de farinha de trigo, conforme Nota Fiscal nº 128, procedente de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00.

O autuado apresentou defesa, fls. 20 a 22, alegando que obteve liminar em mandado de segurança, a qual determinava que, nas operações de aquisição de farinha de trigo pelo autuado, o fisco não deveria calcular o ICMS com base nos valores arbitrados pelo Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05.

Na Decisão recorrida, a primeira instância julgou a defesa interposta prejudicada, por entender que *“a matéria em discussão no presente lançamento foi objeto de Mandado de Segurança (Processo nº 745334-8/2005, o qual tramita na 4ª Vara da Fazenda Pública desta Capital)”*.

Inconformado com a Decisão proferida pela primeira instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, alegando que a primeira instância se equivocou, pois a impugnação apresentada e o mandado de segurança ajuizado não possuem o mesmo objeto. Sustenta que é ilegal a cobrança de multa e de acréscimos moratórios, uma vez que não está em situação de inadimplência frente à Fazenda Pública Estadual.

Diz que a impugnação apresentada estava fundamentada no art. 151, inc IV, do CTN, e no art. 63, § 2º, da Lei nº 9.430/96, pois, se é legítima a constituição do crédito tributário para prevenir a decadência, é ilegítima a formalização desse crédito com a imposição de penalidade. Frisa que obteve a suspensão da exigibilidade do crédito por meio do mandado de segurança e, portanto, não pode ser apenado pelo fisco. Menciona que a Decisão judicial afasta qualquer mora e/ou penalidade, bem como a extinção do processo administrativo fiscal, uma vez que há clara distinção entre os objetos da impugnação e o mandado de segurança ajuizado.

Ao exarar o Parecer de fls. 53 a 56, o ilustre representante da PGE/PROFIS opina pelo Provimento do Recurso Voluntário, para que seja decretada a nulidade da Decisão recorrida, com o seu retorno à Primeira Instância. Afirma o procurador que não há similitude exata entre a pretensão veiculada no citado mandado de segurança e o mérito do lançamento de ofício em epígrafe, pois houve o pagamento parcial do imposto. Também afirma o ilustre procurador que um pedido expresso de

redução de multa, ventilado pelo contribuinte nas razões de defesa, não foi apreciado na Decisão recorrida.

Em despacho à fl. 57, o doutor José Augusto Martins Júnior, procurador assistente da PGE/PROFIS ratificou o Parecer de fls. 53 a 56.

## VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, os autuantes lançaram ICMS e impuseram multa em razão de *“aquisição de mercadorias – farinha de trigo, conforme Nota Fiscal nº 000010, anexa – em outra unidade federativa, não signatária do Protocolo ICMS 46/00, com recolhimento a menos do ICMS devido, na primeira repartição fazendária de fronteira”*.

A Primeira Instância decidiu que a defesa interposta estava prejudicada e que o processo administrativo fiscal estava extinto, pois a matéria objeto do lançamento de ofício era exatamente a mesma que se encontrava em lide na esfera judicial.

Inconformado com essa Decisão o recorrido alega que a matéria constante no Auto de Infração era diferente da que se encontrava em apreciação no judiciário, bem como sustenta que não foi apreciado o seu argumento pertinente à imposição de multas e à cobrança de acréscimos moratórios.

Os ilustres representantes da PGE/PROFIS opinam pelo Provimento do Recurso Voluntário, pois consideram que não há identidade entre a questão constante no mandado de segurança e a consignada no lançamento tributário. Além disso, entenderam que a primeira instância deixou de apreciar alegação defensiva atinente a multas e a acréscimos moratórios.

Em face do acima exposto, considero que a Decisão acerca do presente processo administrativo fiscal depende do posicionamento deste CONSEF sobre essas duas questões: primeiro, saber se há identidade entre a matéria que foi objeto do mandado de segurança e a que foi tratada no Auto de Infração; segundo, saber se efetivamente a Primeira Instância deixou de apreciar alguma alegação defensiva pertinente a multas e a acréscimos moratórios.

Quanto à questão da similitude entre as matérias abordadas no mandado de segurança e no presente lançamento de ofício, ressalto que no documento de fl. 30 a autoridade judicial determinou que *“a Impetrada 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 das mercadorias, conforme notas fiscais das operações”*.

Pode-se dizer, portanto, que foi exatamente para impedir que o fisco apurasse o imposto com base no Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05 que o recorrente buscou amparo no Poder Judiciário. Todavia, os autuantes efetuaram o lançamento de ofício em razão de o recorrente não ter utilizado na apuração do imposto o valor constante no Anexo I da Instrução Normativa 23/05, conforme se pode constatar pelo confronto dos documentos de fls. 3, 7 e 8.

Dessa forma, entendo que a questão em apreciação na esfera judicial (não utilizar o valor constante no Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05) coincide com a constante no Auto de Infração (deixou de recolher ICMS, por não utilizar o valor constante no Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05).

No que tange à questão da falta de apreciação da alegação defensiva pertinente a multas e a acréscimos moratórios, saliento que o autuado, ora recorrente, em nenhuma parte da defesa interposta (fls. 20 a 22) fez qualquer alusão a multa ou a acréscimos moratórios. Dessa forma, não há nenhuma omissão na Decisão recorrida. Ademais, em respeito ao princípio da preclusão processual, não pode o recorrente, na atual fase processual, inovar em seu pedido.

Em face do acima comentado, foi correta a Decisão recorrida que considerou prejudicada a defesa interposta e extinto o processo administrativo fiscal, devendo os autos ser encaminhados à PGE/PROFIS para adotar as medidas cabíveis.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que considerou **PREJUDICADA** a defesa apresentada e declarou **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao de Auto de Infração nº **298924.0410/06-8**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo os autos serem encaminhados à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. PGE/PROFIS