

PROCESSO - A.I. Nº 207162.0020/03-2
RECORRENTE - AGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0352-01/03
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 26.11.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0623-11/03

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso Voluntário acaso interposto, conforme dispõe o art. 126 do COTEB e o art. 117 do RPAF/99. Existência de Decisão judicial antes da lavratura do Auto de Infração. Remessa para PGE/PROFIS para controle da legalidade e acompanhamento do processo na via judicial, adotando as medidas cabíveis. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, através de advogados devidamente constituídos nos autos (fl. 33), em razão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal ter julgado Procedente a ação fiscal, prolatando a Decisão através do Acórdão nº 0352-01/03.

O Auto de Infração, exige ICMS no valor de R\$14.418,67 acrescido da multa de 60%, em decorrência do recolhimento a menos do imposto, quando da importação de farinha de trigo, diante da utilização de alíquota e Pauta Fiscal menores do que as determinadas na legislação tributária estadual.

Consta ainda da descrição dos fatos na peça acusatória que o contribuinte apresentou a fiscalização, os seguintes documentos: DI 03/0159534-2, Mandado de Segurança nº 13.517/03 e Mandado de Notificação nº 13517/03. O autuante, ainda consignou, no Auto de Infração e no Termo de Apreensão e Ocorrências nº 213402.0003/03, que a ação fiscal visava resguardar a Fazenda Pública Estadual, em relação à exigibilidade futura do ICMS, ora suspensa.

Na Decisão recorrida a relatora considerou que existia liminar em Mandado de Segurança impetrado pelo autuado, o que não impedia a constituição do crédito tributário, e que o próprio sujeito passivo na peça de defesa fez referência ao art. 151 do CTN, que contempla a liminar em Mandado de Segurança como uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, e não impedia a constituição do mesmo.

Observou que a infração em questão era em decorrência de recolhimento a menor de imposto relativo a importação de farinha de trigo, em que o autuado utilizou a alíquota de 12%, respaldando-se na Instrução Normativa nº 063/2002, em face da igualdade de tratamento assegurada pelos Acordos Internacionais do GATT e do Mercosul

Ressaltou que relativamente ao direito aplicável à importação da mercadoria (farinha de trigo), a matéria se encontrava *sub judice* e não havia discussão no foro administrativo, tendo a defesa

argüido somente a aplicação da multa por infração e os acréscimos moratórios, diante da questão ter sido levada à apreciação do Poder Judiciário, e que segundo a tese da defesa, é de que somente ocorrerá trinta dias após a notificação da Decisão judicial, sendo a matéria a si desfavorável e por isso não se considera inadimplente perante o Estado.

Não acolheu os argumentos da defesa, esclarecendo que se a Decisão judicial for desfavorável ao Estado, não existirá nem multa e nem acréscimo, pois a autuação será insubsistente, e que se favorável ao Estado, diante do não pagamento do imposto devido no prazo regulamentar, caberá ao fisco de Ofício cobrá-lo mediante Auto de Infração, com todos os acréscimos tributários previstos em lei.

Também não acatou as alegações do autuado de que segundo o art. 63 da Lei nº 9430/96 não caberia a multa na constituição do crédito, ressaltando que a citada lei é do Imposto de Renda editada pelo Governo federal para reger imposto de sua competência, e não se constituía regra geral de direito tributário, e que a lei tributária estadual não contempla a situação descrita no referido artigo. Concluiu mantendo a autuação e julgando Procedente o Auto de Infração.

Transcrevo na íntegra o voto da relatora:

“A Liminar em Mandado de Segurança impetrado pelo impugnante em relação a DI nº 03/0159534-2 e antes da lavratura do Auto de Infração não está em questionamento, pois o próprio defendente entende, conforme expresso em sua defesa, que as determinações do art. 151, V, do CTN embora sejam hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, não impedem a sua constituição, o que, observo, é dever do fisco em fazê-lo, ou seja, lançar o valor que considera devido, para assegurar, posteriormente, a sua exigibilidade no caso de Decisão a ele favorável. Assim, as decisões em grau administrativo podem, e devem, continuar seu curso.

A infração ora questionada trata da cobrança de ICMS que deixou de ser recolhido quando da importação de farinha de trigo. Como foi utilizada alíquota e pauta fiscal menor na operação de importação através da citada DI, o valor recolhido à época do desembarço aduaneiro foi calculado aquém do valor efetivamente devido. O impugnante entende que o montante devido é aquele recolhido. Por isto, antes mesmo da lavratura do Auto de Infração, amparou-se por medida liminar, concedida, onde discute em juízo a legalidade do cálculo do imposto com base na Instrução Normativa nº 63/2002, e com alíquota de 12%, em face de igualdade de tratamento assegurada pelos acordos internacionais do GATT e do MERCOSUL.

Quanto ao direito aplicável no tocante a importação da farinha de trigo, a questão se encontra sub judice, inclusive este aspecto não está em discussão neste foro administrativo, como bem colocou o impugnante, que aqui não aceitou discutir. A sua defesa prende-se exclusivamente na sua irresignação quanto aos acréscimos moratórios e multa por infração, por não ter recolhido o imposto nos moldes determinados pela legislação tributária estadual, já que o assunto encontra-se sob o manto do Poder Judiciário. Trouxe dois aspectos como base de argumentação.

No primeiro disse que o “vencimento” para pagamento da diferença de imposto ora cobrada somente ocorrerá trinta dias após a notificação da Decisão judicial, sendo a matéria a si desfavorável. Portanto não se considera inadimplente perante o Estado. Este raciocínio embora inteligente, não pode ser levado adiante. Se a Decisão judicial for desfavorável ao Estado, não existirão acréscimos moratórios nem, tampouco, multa, pois a autuação será insubsistente. Se favorável ao Estado, o contribuinte não pagou, no prazo regulamentar, o imposto devido, sendo dever do fisco cobrá-lo de ofício, através de Auto de Infração, como feito, e com todos os acréscimos tributários determinados em lei.

Como segundo aspecto, trouxe as determinações do caput e §§ 1º e 2º do art. 63, Lei nº 9.430/96, entendendo que esta consolidou a interpretação a respeito de situações como a presente, ou seja, a data em que se considera o sujeito passivo notificado, em caso "sub judice", só ocorrerá quando for intimado da Decisão judicial transitada em julgado, não cabendo, assim, a multa de ofício na constituição do crédito tributário. Ressalto que a Lei nº 9.430/96 é a do Imposto de Renda, editada por ente tributante diverso (Governo Federal) e para reger imposto de sua competência, não se constituindo regra geral de direito tributário. A lei tributária estadual não contempla esta situação. Inclusive, somente a Câmara Superior deste Colegiado possui competência para excluir, não acréscimos moratórios, mais a penalidade por infração, ao apelo da equidade. No mais, cabe ao impugnante, sendo a sentença judicial a ele desfavorável, requerer em juízo, a dispensa dos acréscimos tributários ora questionados.

Por tudo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração no valor de R\$14.418,67, com os acréscimos tributários e multa determinadas na legislação estadual."

O sujeito passivo cientificado do julgamento de 1ª Instância, conforme AR à fl. 53, interpôs Recurso Voluntário onde alega que o Acórdão recorrido não fez a melhor análise do caso. Diz que não podia ser feita a exigência do crédito nos moldes em que ocorreu, ao admitir a cobrança de multa e acréscimos moratórios, que considera ilegal, uma vez que não está em situação de inadimplência com a Fazenda Pública Estadual. E, acrescenta, que considera legal a constituição do crédito, mas ilegal a aplicação de multa. Repete as razões aduzidas na defesa, enfatizando que o seu inconformismo decorre tão somente da parte referente à exigência de acréscimos moratórios e da multa por infração, em razão do imposto não ter sido recolhido em conformidade com a legislação tributária estadual, sendo que a matéria tinha sido levada à apreciação pelo Poder Judiciário.

Assevera que estando amparado por medida judicial (liminar em Mandado de Segurança), que reconheceu o direito de pagar o imposto calculado nos moldes da Instrução Normativa nº 063/2002, e com a alíquota de 12%, e entende que só estaria vencido o prazo para pagamento do crédito tributário trinta dias após a data em que ocorrer a notificação, fazendo referência ao art. 63 e seus §§ 1º e 2º da Lei nº 9430/96.

Alega que considera absurda a acusação de que o recorrente esteja em mora ou inadimplente, ao exigir os aludidos acréscimos e multa. E concluiu as razões recursais fazendo as seguintes indagações: Como poderia estar em atraso se o pagamento do imposto estava com a exigibilidade suspensa, e qual a infração que cometeu que ensejasse a multa, se o procedimento que utilizou estava amparado por Decisão judicial?

A PGE/PROFIS exarou às fls. 62 e 63, Parecer opinativo, onde ressalta que consta do processo as provas da escolha do contribuinte quanto à discussão da matéria objeto do lançamento, pela via judicial, uma vez que impetrou Mandado de Segurança Preventivo nº 13.517/03. E acrescentou que o artigo 126 do COTEB determina que se o contribuinte escolhe a via judicial fica prejudicada a defesa ou o Recurso voluntário, e encerra a discussão na instância administrativa, devendo ser encaminhado à Procuradoria para o controle da legalidade e a adoção das medidas cabíveis, e cita o que dispõe o art. 125, II do mesmo Diploma legal, que não se inclui na competência dos órgãos julgadores a questão sob apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida., e faz referência ao art.117 do RPAF/99, o qual dispõe que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia do poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso Voluntário interposto.

Conclui que o Recurso Voluntário fica Prejudicado e sugere a Extinção do processo administrativo fiscal e a remessa dos autos à PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

VOTO

Analisando os autos verifico que o cerne da demanda decorre da acusação de ter o recorrente efetuado recolhimento a menos utilizando de alíquota e pauta fiscal menores do que as previstas na legislação tributária estadual quando da importação de farinha de trigo conforme Declaração de Importação nº 03/0159534-2 à fl. 9 dos autos, e demonstrativo à fl. 15. tendo o Auto de Infração sido julgado Procedente, e o autuado/recorrente nas razões do Recurso Voluntário alega que estava amparado por medida judicial para efetuar o pagamento do imposto com base na Instrução Normativa nº 63/2002, e com alíquota de 12%, em face de igualdade de tratamento assegurada pelos acordos internacionais do GATT e do MERCOSUL.

Verifico que na lavratura do Auto de Infração o autuante fez referência à existência de Mandado de Segurança Preventivo nº 13.517/03 e Mandado de Notificação com o mesmo número, e consignou que o “Termo visa resguardar a Fazenda Pública Estadual em relação à exigibilidade futura do ICMS, ora suspensa através do mandado de segurança citado. E consta dos autos o Mandado de Segurança expedido em 28/02/03, tendo o Auto de Infração sido lavrado em 14/03/2003, portanto o recorrente ingressou com a medida judicial antes da lavratura do Auto de Infração, e diz respeito à matéria objeto da presente lide, que exige o imposto por recolhimento a menos.

Assim, conforme determina o art. 142 do CTN, sendo a atividade administrativa de lançamento, vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, o autuante constituiu o crédito tributário mediante a lavratura do Auto de Infração, para prevenir os efeitos da decadência, e ressaltou que a exigibilidade estava sobrestada por força da medida judicial concedida ao sujeito passivo.

De acordo com o art. 151 do CTN a concessão de medida liminar em Mandado de Segurança suspende a exigibilidade do crédito tributário, logo, não tem o condão de impedir a constituição de crédito pela Fazenda Estadual, efetuando o lançamento que se constitui numa atividade privativa da autoridade administrativa, até mesmo para evitar a perda do direito de fazê-lo pelo decurso do prazo decadencial, previsto no art. 173 do citado código, e repetido na lei estadual do ICMS nº 7014/96.

Logo, agiu com acerto a Fazenda Estadual ao constituir o crédito tributário, e o próprio recorrente não se insurge com o procedimento administrativo de lançar o valor do imposto e considera correta a constituição do crédito, e apenas se mostra irrisignado com a aplicação da multa e dos acréscimos moratórios, e neste sentido não ofereceu razões de mérito quanto a exigência fiscal, tendo em vista que a matéria estava sob o crivo do Poder Judiciário e argüiu que estando amparado por medida judicial (liminar em Mandado de Segurança), que reconheceu o direito de pagar o imposto calculado nos moldes da Instrução Normativa nº 063/2002, com a alíquota de 12%, e que só estaria vencido o prazo para pagamento do crédito tributário reclamado, trinta dias após a data em que ocorrer a notificação, fazendo referência ao art.63 e seus §§ 1º e 2º da Lei nº 9430/96.

Ocorre que em razão de o recorrente ter escolhido a via judicial para examinar o mérito da matéria controversa, e conforme dispõe o COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia, no seu art. 126 que: *“Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou Recurso Voluntário, importando tal escolha a desistência da defesa ou do Recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à Procuradoria da Fazenda Estadual para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.”*

E ainda, o art. 125, inciso II do mesmo diploma legal, com redação dada pela Lei nº 7.438, de 18/01/99, preconiza que não se inclui na competência dos órgãos julgadores, a questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

Ressalto que relativo à multa considero que na Decisão recorrida foi analisada de forma correta, não obstante, entenda que diante da escolha da via judicial para discutir o mérito da matéria que se constituiu objeto do lançamento, não deveriam ter sido apreciadas as alegações da defesa, consoante os dispositivos supracitados.

Neste sentido, a instância administrativa estaria esgotada, e este deveria ter sido o entendimento da 1ª Instância, declinando pelo arquivamento do processo administrativo, pois a manifestação do sujeito passivo em recorrer ao Poder Judiciário, feita inclusive preventivamente contra ato da Administração Tributária, como dispõe o art. 117, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, atualizado pelo Decreto nº 8.001, de 20/07/01, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso Voluntário acaso interposto.

E, neste caso, se aplica o disposto no § 1º do art. 117, inciso II do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8001 de 20/07/01, que determina a remessa do Auto de Infração para a Procuradoria da Fazenda Estadual, independentemente de requisição, para controle da legalidade, e adoção das medidas cabíveis, imediatamente após a lavratura, ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito à matéria objeto do procedimento administrativo, que é o caso deste processo.

Deste modo, concordo com a manifestação da representante da PGE/PROFIS no Parecer exarado neste processo, onde fez referência aos artigos 125, inciso II e 126 do COTEB e ao art. 117 do RPAF/99, considerou Prejudicado o Recurso Voluntário, e sugeriu a extinção do PAF na instância administrativa e a remessa à PROFIS para a adoção das medidas legais.

Assim, fica PREJUDICADO o presente Recurso Voluntário, e julgo EXTINTO o processo na via administrativa, devendo ser os autos encaminhados a PGE/PROFIS, como determina o § 1º do artigo acima citado, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 207162.0020/03-2, lavrado contra a **AGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA.**, devendo ser o mesmo encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

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