

A.I. Nº - 207162.0020/03-2
AUTUADO - AGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO MACHADO DE SOUZA
ORIGEM - IFMT/DAT/METRO
INTERNET - 11.09.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0352/01-03

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. FARINHA DE TRIGO. BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA UTILIZADOS INCORRETAMENTE. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Infração caracterizada. Tendo em vista a existência de Liminar em Mandado de Segurança, fica a exigibilidade do crédito tributário suspensa, mas não seu lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/03/03, cobra ICMS no valor de R\$14.418,67 acrescido da multa de 60%, em decorrência do recolhimento a menor do imposto, quanto da importação de farinha de trigo, pelo fato da empresa ter utilizado alíquota e Pauta Fiscal menor do que as determinadas na legislação tributária estadual.

Foram apresentados, pelo contribuinte e quando da fiscalização, os seguintes documentos entre outros: 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 a exigibilidade futura do ICMS, ora suspensa.

O autuado (fls. 29/34), por representante legalmente habilitado, afirmou que o lançamento fiscal surgiu por pretensão crédito tributário de uma suposta infração cometida, ou seja, consistiu no recolhimento a menor do ICMS em razão da utilização de alíquota e pauta fiscal menor, nas operações relativas à DI nº 03/0159534-2.

Informou, inicialmente, que o lançamento fiscal somente ocorreu por estar o defendente amparado por medida liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2140.03.970827-0, onde se discute a legalidade do cálculo do referido imposto com base no Anexo 2 (item 2.2), da 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.

Também esclareceu, a título de preâmbulo à discussão da matéria, que sua defesa e o Mandado de Segurança ajuizado não possuíam o mesmo objeto. Ou seja, seu pedido ajuizado consistiu na permissão para que fosse efetuado o desembaraço das mercadorias importadas, nos moldes da citada IN nº 63/2002, só que utilizando o Anexo 2, ou seja, aplicado ao Saco de 50 Kg de farinha de trigo pré-misturada a "base de cálculo mínima do ICMS" no valor de R\$89,00, e com alíquota de 12%. Na presente formaliza sua irrisignação deste suposto crédito estar acrescido de penalidade, uma vez que se não recolheu o imposto nos moldes apresentados pelo fisco estadual, foi porque se encontra sob o manto do Poder Judiciário, o que, no seu entender afastava qualquer "mora" que se pretenda

imputar, muito menos penalidade.

Prosseguindo, disse que, mesmo admitindo-se como legal o lançamento tributário impugnado, era forçosa a constatação da ilegalidade da cobrança de multa e acréscimos moratórios, uma vez que não se encontra inadimplente com a Fazenda Pública. Que estava e ainda está sob a proteção de medidas judiciais, além do que, o "vencimento" do crédito tributário, nos moldes da IN nº 63/2002 (Anexo 2) só ocorreria "30 (trinta) dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado", e esta notificação, no caso "sub judice", só ocorrerá quando for intimado da decisão judicial transitada em julgado, que reforme o seu entendimento sobre a matéria questionada.

Afirmou, ainda, que seu entendimento encontra-se respaldado na determinação expressamente prevista na Lei nº 9.430/96, que consolidou a interpretação a respeito de situações como a presente, transcrevendo o caput e §§ 1º e 2º do art. 63 da citada lei.

Ante todo o exposto, esperava e confiava no expurgo da multa de mora e dos acréscimos moratórios do Auto de Infração.

O autuante prestou informação (fls. 43/45), ressaltando, preliminarmente, que o autuado importou farinha de trigo, acobertada pela DI nº 03/0159534-2 e Nota Fiscal de entrada/importação nº 0051, recolhendo a menor o ICMS no momento do desembaraço aduaneiro.

Entendendo que o impugnante considera a Instrução Normativa nº 63/02 como manifestamente ilegal, ressaltou que a ação fiscal se pautou estritamente dentro das normas legais. Ressaltou, como importante, ser pacífico na jurisprudência administrativa fiscal que Liminar de Mandado de Segurança apenas suspende a exigência do crédito tributário, não impedindo o seu lançamento através de Auto de Infração, o que, é um dever de ofício.

Por fim, observando que a este Colegiado é vedada a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, conforme art. 167, I, do RPAF/99, requereu a procedência total do Auto de Infração.

VOTO

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 desembaraço 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207162.0020/03-2**, lavrado contra a **AGEPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$314.418,67**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Ressalve-se que a exigibilidade do crédito tributário fica suspensa, nos termos do art. 151, IV, do CTN, até a decisão final do Mandado de Segurança impetrado pelo autuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 8 de setembro de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR