

PROCESSO - A. I. Nº 019144.0706/04-1
RECORRENTE - ÁGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0448-04/05
ORIGEM - IFMT/DAT-SUL
INTERNET - 29/03/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0082-11/06

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. (FARINHA DE TRIGO). FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração não elidida. Exigência fiscal em consonância com o previsto pela Instrução Normativa nº 63/02 da SEFAZ. Previsão legal para a multa e acréscimos legais aplicados. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, para contestar o Auto de Infração lavrado em 26/07/2004, para exigir ICMS no valor de R\$6.720,12 e multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado.

O autuado, através de advogado ingressa com defesa, fls. 12 a 16, e alega que está sendo exigido ICMS relativo a farinha de trigo procedente do Estado de São Paulo, unidade da Federação não signatária do Protocolo nº 46/00, e que foi utilizada a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 63/02, como método de cálculo para o lançamento, que prevê no Anexo I, o valor de R\$115,76 para o saco de farinha de trigo. Aduz que não concorda com este entendimento e que se o cálculo fosse feito pelo Anexo II, privativo para os Estados signatários do referido Protocolo, a situação seria mais benéfica para a empresa, porque o valor mínimo do saco de 50 Kgs é de R\$82,00. Também a alíquota considerada foi de 17%, mas se a compra tivesse sido feita em estado signatário do Protocolo nº 46/00, a alíquota seria de 12%, o que se constitui em discriminação que fere princípio federativo da não discriminação tributária em razão da procedência ou destino dos bens, consagrado no artigo 152 da Constituição Federal vigente. Requer seja julgado nulo o Auto de Infração.

Auditor fiscal estranho ao feito presta a informação fiscal de fls. 34 e 35, na qual opina pela procedência do Auto de Infração, pois o autuado não apresentou prova do pagamento do imposto na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria. A defesa está concentrada no questionamento sobre a constitucionalidade da Instrução Normativa nº 63/02, inoportuna na esfera administrativa.

Em 19 de outubro de 2004, o presente PAF foi julgado pela 2ª JF, Acórdão JF Nº 0408-02/04, no qual a defesa apresentada foi considerada prejudicada e declarado extinto o Processo Administrativo Fiscal, devendo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, em virtude de escolha da via judicial pelo contribuinte.

O autuado ao ser cientificado da Decisão, interpôs Recurso Voluntário, às fls. 45 e 49, suscitando a plena contrariedade do referido acórdão exarado, posto que a impugnação e o mandado de segurança ajuizado não possuem o mesmo objeto, pois este último foi interposto para que fossem

liberadas as mercadorias ilegalmente apreendidas como forma coercitiva à cobrança do suposto tributo devido.

Por outro lado, a impugnação então carreada encontra-se fundamentada no art. 151, inciso IV do CTN, bem como na Lei nº 9.430/96, em seu art. 63, § 2º, pois se é legítima a constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício, para prevenir a decadência, totalmente ilegítima é a formalização deste crédito, acrescido de penalidades, pois se o recorrente preventivamente obteve a suspensão da exigibilidade do discutido crédito tributário, através de liminar em Mandado de Segurança, é óbvio que não pode ser apenada pelo Fisco, por não ter pago o ICMS como pretende a fiscalização. Afirma ainda que mesmo se admitindo a exigibilidade do crédito tributário, o mesmo só poderia ser formalizado sem qualquer multa, seja a fiscal, seja a de mora, pois a oro recorrente não estava em mora ou inadimplente.

Ressalta que o “vencimento” do crédito tributário, nos termos daquele artigo, 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 o recorrente for intimada da Decisão judicial transitada em julgado, que reforme o entendimento favorável que possui.

A Procuradoria do Estado, manifesta o seu opinativo, cotejando o objeto do Mandado de Segurança interposto pelo autuado e o presente objeto do Auto de Infração. Assim, o objeto do writ constitucional cinge-se a somente a liberação das mercadorias apreendidas, enquanto o Auto de Infração circunscreve-se ao objeto nele descrito, não restando dúvida, que no caso em apreço, não há que se falar tanto na suspensão da exigibilidade do crédito arrostada e muito menos na extinção do presente auto, em face da suposta desistência da impugnação.

No que concerne ao mérito, como entende o CONSEF, não cabe julgamento sobre constitucionalidade de norma na seara de julgamento do CONSEF, não há que se falar de apreciar neste momento a constitucionalidade ou não da Instrução Normativa nº 63/02. Entende pela representação ao CONSEF para apreciação do suposto vício insanável.

Anexa habilitação da PGE/PROFIS no Mandado de Segurança nº 483.733-4/2004, fls. 60 a 78.

Na fl.80 dos autos encontra-se despacho da PGE/PROFIS, ratificando o Parecer de fls. 55/59, e entendendo que diante da existência de Recurso Voluntário interposto, deve-se dar provimento parcial ao apelo, declarando-se a nulidade da Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, consubstanciada no Acórdão JJF nº 408-02/04, devendo ser examinado o mérito da exigência fiscal.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal no Acórdão CJF nº 0236-11/05, de fls. 84 a 86, reformou a Decisão de Primeira Instância, pois comprovado que o objeto do Mandado de Segurança impetrado refere-se à liberação das mercadorias apreendidas e não ao objeto da exigência fiscal. Autos devolvidos ao órgão prolator da Decisão reformada para novo julgamento.

O contribuinte intimado da Decisão não se manifestou.

A JJF ao iniciar sua análise, afasta a preliminar de nulidade por entender que os elementos constantes dos autos são suficientes para o sujeito passivo exercer sua ampla defesa e contraditório, observando ainda que na lavratura do presente Auto de Infração, foi cumprido o disposto artigo 39, do RPAF/99.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da parte, ressalta o ilustre relator da JJF que falece competência ao CONSEF para apreciar questões deste jaez conforme dispõe o artigo 167, I do RPAF/99.

De fato, reconhece a JJF, o Mandado de Segurança visou apenas à liberação das mercadorias apreendidas. Assim, cabe a apreciação do mérito da exigência fiscal.

Trata-se de 400 (quatrocentos) sacos de farinha de trigo, oriundos do estado de São Paulo, Estado não signatário do Protocolo ICMS nº 46/00, que tem como base de cálculo o previsto em Pauta Fiscal, IN nº 63/02, adquiridos mediante Notas Fiscais nºs 010364 e 010365, e Termo de Apreensão, às fls. 4 a 07 do PAF, por se tratar de contribuinte descredenciado.

O autuado firma seu protesto no valor da base de cálculo arguindo a inconstitucionalidade da Instrução Normativa nº 63/02, que como vimos faz distinção entre os Estados signatários do Protocolo acima referido, e aqueles outros não signatários.

No que concerne à multa e outros acréscimos moratórios, a JJF esclarece a manifestação do Procurador do Estado, no Parecer PGE/PROFIS de fls. 55 a 59: *“Na questão da suspensão da exigibilidade igualmente, busca-se prestigiar a economia processual e a segurança jurídica, conforme dito algures. Posto isto, discordo das alegações, com a devida licença, contraditórias do autuado, que por um lado vê a possibilidade de suspensão do crédito em face da liminar, e de outro lado, não prevê a possibilidade da extinção do Auto de Infração em razão da impertinência temática entre o MS e o Auto de Infração.”*

Desse modo entende a JJF que, embora não tenha sido matéria de defesa, da impugnação inicial, a multa e os acréscimos moratórios estão devidamente previstos na Lei nº 7.014/96, e fazem parte do *“quantum debeatur”*, em casos de infrações ao ICMS.

Pelo exposto vota pela Procedência do Auto de Infração.

O autuado, ora recorrente, interpõe Recurso Voluntário, repetindo os argumentos usados em sua 1ª impugnação, dando ênfase a sua argumentação contrária à Pauta Fiscal que impõe aos compradores de farinha de trigo oriunda de Estados da Federação, não signatários do Protocolo 46/00, que se sujeitam às exigências da Instrução Normativa nº 63/02, anexo I. Alude que a 4ª Vara da Fazenda Pública, deferiu Medida Cautelar para determinar que se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrado no anexo I da IN, permitindo à impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o valor real da mercadoria.

Afirma o recorrente que, embora nada impeça a constituição do crédito tributário, incorre em ilegalidade a cobrança de multa e outros acréscimos, uma vez não está o recorrente em situação de inadimplência perante o Fisco Estadual.

Por fim, diz o recorrente, está acobertada em Decisão judicial, desobrigando-a de utilizar como base de cálculo mínima para fins de antecipação de ICMS, os valores constantes do anexo I da Instrução Normativa nº 63/02, esperando que esta CONSEF afaste a autuação, assim como desobrigue-a do pagamento da multa e acréscimos moratórios.

A representação da PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, primeiro por considerar irreparável a Decisão recorrida quanto à aplicação da Portaria nº 46/00, por não ser cabível no âmbito do processo administrativo fiscal declarar inconstitucionalidade, negando a aplicação de norma jurídica a exemplo da Instrução Normativa nº 63/02.

Quanto à aplicação da multa, no presente caso, diz a ilustre procuradora, não há que se falar em ilegalidade, uma vez que, contrariamente ao que afirmou o contribuinte, não restou configurada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em qualquer das formas previstas no art. 151 do CTN.

A representante da PGE/PROFIS assegura que a constituição do crédito tributário, mediante expedição do Auto de Infração de infração é legítima, conforme admitido pelo próprio autuado, ainda que sua exigibilidade esteja suspensa por determinação de medida liminar. Esta providência seria para evitar os efeitos da decadência no caso em que o Mandado de Segurança seja julgado improcedente.

De sorte que, a aludida demanda judicial objetiva tão-somente a liberação das mercadorias apreendidas, o no presente PAF discute-se a legitimidade da cobrança de ICMS na primeira

repartição fazendária da fronteira, de modo não cabe falar em suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o que anula a alegação do contribuinte de que este fato impediria a aplicação da multa de mora, conclui a ilustre procuradora.

VOTO

No exame dos autos verifico que a autuação em comento trata da exigência de ICMS na operação de entrada, neste Estado, de farinha de trigo procedente de outro Estado não signatário do Protocolo nº 46/00, desde que o imposto não foi pago na primeira repartição da fronteira ou em outro posto ao longo do seu trajeto. Depreende-se que o lançamento obedeceu a método de cálculo previsto da Instrução Normativa nº63/02. O recorrente obteve Medida Liminar em Mandado de Segurança, para determinar que o Estado “*se abstenha de exigir o ICMS calculado com os valores arbitrados pelo anexo I da Instrução Normativa nº23/05, permitindo ao impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias*”.

O recorrente reconhece o acerto da constituição do crédito, porém considera ilegal a cobrança de multa e acréscimos moratórios, em razão do mesmo não está inadimplente com a Fazenda Estadual, e cita o art. 151, IV, do CTN, e a Lei nº 9.430/96, art.63 2 § 2º, para respaldar sua tese de que se é legítima a constituição de crédito tributário, para prevenir a decadência é totalmente ilegal o acréscimo das penalidades.

Entendo que não há o que se discutir com relação à aplicação do Protocolo 46/00, de modo que reputo irretocável a Decisão de 1ª Instância, pois não lhe compete, a declaração de inconstitucionalidade, nem tampouco desconhecer a eficácia da Instrução Normativa nº63/02.

Com respeito à aplicação de multa e mora acompanho o arrazoado da PGE/PROFIS, quando esta declara que não há suspensão da exigibilidade do crédito tributário o que invalida a alegação do contribuinte no sentido de que este fato impediria a aplicação da multa de mora.

Diante do exposto Voto pelo NÃO PROVIMENTO de Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **019144.0706/04-1**, lavrado contra **ÁGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R6.720,12**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2006.

ANTONIO FERREIRA FREITAS - PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS