

PROCESSO - A. I. Nº - 279268.0009/04-0
RECORRENTE - ÁGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0453-03/05
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 06.06.06

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0176-11/06

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. FARINHA DE TRIGO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada. Base de cálculo constituída de acordo com a Liminar concedida em Mandado de Segurança impetrado pelo sujeito passivo. 2. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no artigo 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, e se aplica ao presente caso, pois o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente. Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, conforme regra inserta nos artigos 101, § 3º, e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de vinte dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão final de mérito seja desfavorável ao contribuinte. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a 3ª JJF pertinente na Decisão do Acórdão nº 0453-04/05, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 28/07/2004, exigindo o valor de R\$19.224,90 de ICMS, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foi constatado recolhimento do imposto efetuado a menos decorrente de erro na determinação da base de cálculo, referente a mercadorias procedentes do exterior. Consta ainda, na descrição dos fatos, que o imposto exigido está relacionado ao desembaraço aduaneiro de 1800 sacos (50 Kg cada) de pré-mistura para fabricação de pão francês, conforme DI 04/0669422-7, e que a mercadoria não foi apreendida em razão de Liminar concedida em Mandado de Segurança.

O autuado, através prepostos advogados, apresentou tempestivamente impugnação às fls. 31 a 34 dos autos, alegando que a impugnação ao presente lançamento e o mandado de segurança não possuem o mesmo objeto, haja vista que o mandado objetivou o desembaraço das mercadorias importadas, ao passo que a impugnação está fundamentada no art. 151, inciso IV, do CTN, por entender ilegítima a formalização deste crédito tributário acrescido de penalidades.

A PGE/PROFIS em Parecer (fls. 99 a 101), constatou que além de discutir a isenção da operação de importação, o recorrente apresentou impugnação à exigência da multa por estar albergado por Decisão judicial. Desta forma, entendendo que o contribuinte faz jus à resposta, sob pena de

cerceamento do seu direito de defesa, opinou pela nulidade da Decisão recorrida com retorno dos autos à primeira instância para apreciação das alegações do contribuinte.

Conforme Acórdão CJF Nº 0242-11/05, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deu provimento parcial ao Recurso Voluntário, anulando a Decisão recorrida e determinando o retorno dos autos à primeira instância para novo julgamento.

O sujeito passivo e o autuante foram comunicados da Decisão proferida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, e não apresentaram qualquer manifestação.

Em novo julgamento, a ilustre 3ª JJF ao início repassa os mesmos dados que consubstanciam o PAF, dizendo observar que o contribuinte não questionou a incidência do imposto sobre a operação por ele realizada, pois nas razões de defesa, insurge-se contra a multa indicada no Auto de Infração, alegando ilegalidade nessa cobrança, assim como dos acréscimos moratórios, em face de não estar inadimplente frente à Fazenda Pública Estadual. Informam os srs. Julgadores, o defendente dizer que a utilização de alíquota e pauta fiscal bem como o desembaraço aduaneiro ocorreram em virtude de medida liminar em mandado de segurança no qual discute a legalidade do cálculo do ICMS com base no Anexo 2 da IN nº 63/2002 e com alíquota de 12%.

Indica a ilustre JJF a concessão da medida Liminar, fl. 15 dos autos, nos seguintes termos; *“concedo a liminar requerida para determinar a imediata liberação da mercadoria constante da Declaração de Importação nº 04/0669422-7, na forma do Anexo 2 da IN 63/2002, i. é, com alíquota de 12% (doze por cento) e, ainda, a suspensão da exigibilidade da diferença exigida do ICMS relativo à mercadoria relacionada na D. I. acima referida”*.

Verificam os srs. Julgadores que a medida Liminar trata da liberação das mercadorias, e da suspensão da exigibilidade da diferença do ICMS, ambas objeto de Mandado de Segurança, com Decisão favorável ao autuado, quanto à apuração do imposto, e por isso, o autuante informou na descrição dos fatos que a mercadoria não foi apreendida e o presente Auto de Infração foi lavrado para *“resguardar a Fazenda Pública Estadual com relação à exigibilidade futura do ICMS”*.

Em relação ao mérito da questão, concluem os srs. Julgadores que sua análise fica prejudicada, por estar o autuado discutindo a matéria no âmbito do poder judiciário.

Comenta a ilustre JJF que em virtude da base de cálculo ter sido praticada em desacordo com as normas estabelecidas pela SEFAZ, é recomendável o acompanhamento da Ação Judicial, para o lançamento do valor complementar no caso da Decisão Judicial, relativa ao mérito não for favorável ao contribuinte. Indicam que o PAF deverá ser remetido à PGE/PROFIS para adoção das providências de sua alçada, com vistas a esse acompanhamento.

Dizem os n.julgadores que a aplicação da multa e acréscimos moratórios decorrentes da autuação, contestados pelo autuado, foi consequência do recolhimento do imposto efetuado a menos, tendo resultado na lavratura do presente Auto de Infração, com a indicação correta do percentual da multa, conforme art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

E julga a ilustre JJF pela Procedência do Auto de Infração, ficando suspensa a exigibilidade do crédito até a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Em sede de Recurso Voluntário, advogados prepostos do recorrente indicam restar claro o não impedimento ao Fisco em constituir o crédito tributário, porém impossível nos moldes pretendidos pelo sujeito ativo, pois que admitindo-se legal o referido lançamento, forçosa é a constatação da ilegalidade da cobrança de multa e dos acréscimos moratórios, dado o recorrente não estar inadimplente perante a Fazenda Pública.

Aduz o recorrente que face à plena contrariedade da Decisão recorrida, a impugnação e o mandado de segurança em questão não possuem o mesmo objeto. E que referido mandado de segurança consiste apenas na permissão ao desembaraço das mercadorias importadas.

Conclui que se é legítima a constituição do crédito para prevenir a decadência, é totalmente ilegítima a formalização deste crédito acrescido de penalidades.

Entende que mesmo em se admitindo a exigibilidade do crédito tributário, o mesmo só poderia ser formalizado sem qualquer multa, seja fiscal, seja de mora, dado não ter estado inadimplente.

Encerra sua argumentação, questionando qual foi a infração passível de multa cometida pelo recorrente, estando o mesmo sob proteção de Decisão Judicial.

O Parecer elaborado pela PGE/PROFIS, pela douta procuradora Cláudia Magalhães Guerra, observa ao início que a matéria enfocada pelo recorrente não se refere ao mérito do lançamento, discutido na esfera judicial, mas sim na questão relativa à ilegitimidade da aplicação de multa. A seguir, alega não haver que se falar da impossibilidade de aplicação de multa e das penalidades moratórias.

Aduz douta procuradora, que de acordo com o recorrente, a lavratura do Auto de Infração é perfeitamente cabível, ainda que suspensa sua exigibilidade por força de medida liminar, e o ato jurídico de constituição do crédito teria o condão de evitar os efeitos da decadência, fixando os termos da possível futura exigibilidade do tributo, no caso do mandado de segurança vir a ser julgado improcedente. E que este mesmo procedimento há de pautar a atividade administrativa para a aplicação de multa e de acréscimos moratórios decorrentes.

Realça a ilustre procuradora que a precária natureza das liminares das medidas cautelares, levam à conclusão que as mesmas, se no julgamento final do mérito não forem confirmadas, não afastam a posterior cobrança de penalidades moratórias.

Considera ainda, a este respeito, entendimentos do STJ, que durante a vigência de liminar o contribuinte acha-se amparado, sendo-lhe permissível o compute de bases de cálculos por ele apuradas. Portanto, argumenta, deve ser-lhe aberta a oportunidade de quitar o débito, sem incidência de penalidades moratórias, para o caso do provimento definitivo seja oposto à liminar concedida.

Indica a douta procuradora que no caso de cassação da liminar, seja dada oportunidade no prazo de 30 dias, para quitação do débito sem incidência de acréscimos moratórios.

Opina, a Procuradoria, pelo Não Provimento ao Recurso Voluntário apresentado, destacando a possibilidade de conceder ao recorrente, no caso de perda dos efeitos da medida liminar, o prazo de 30 dias a partir do julgamento final do mérito, para o recolhimento do débito, sem acréscimo de penalidades moratórias.

Em Despacho proferido pelo Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho, procurador do Estado, ficou ratificado o Parecer expandido pela Dra. Cláudia Magalhães Guerra.

Na sessão de julgamento a conselheira Denise Mara Andrade Barbosa declarou-se impedida de discutir e votar o presente PAF.

VOTO

O cerne da discussão compreendida nestes autos, foi a irrisignação do recorrente que, estando albergado por liminar de mandado de segurança, ainda assim foi apenado por multas.

Ato contínuo, a PGE/PROFIS entendendo que o recorrente fazia jus à resposta, sob pena de cerceamento do seu direito de defesa, opinou pela nulidade da Decisão recorrida, e os autos retornaram à primeira instância para apreciação das alegações do recorrente.

Recepcionados de volta, pós julgados novamente pela ilustre 3ª JJF pela Procedência do Auto de Infração, com a recomendação de ficar suspensa a exigibilidade do imposto até a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Realçaram os senhores julgadores, como também o agente fiscal autuante, que o presente Auto de Infração foi lavrado para “*resguardar a Fazenda Publica com relação à futura exigibilidade do ICMS*”.

O fulcro do presente Auto de Infração foi o recolhimento do ICMS a menor, decorrente erro na determinação da base de cálculo, referente a mercadorias provenientes do exterior. O recorrente em posse de liminar, específica para o processo de importação em lide, recolheu imposto de 12% e pôde de imediato liberar suas mercadorias.

O Fisco, consoante art.58, inc. I, alíneas “a” a “e”, cc arts. 572, 911 e 913 do RICMS, entende devida a aplicação da alíquota de 17%, mais multa de 60% (art. 42, inc.II, alínea “f”, da Lei nº 7014/96) e acréscimos moratórios.

No presente PAF, observo ao início que a medida acautelatória obtida pelo recorrente data de 19 de julho de 2004, anterior a lavratura do Auto de Infração, a qual ocorreu em 28 de julho de 2004.

Decorrente entendimentos neste CONSEF, é consensual que a tomada de providencias acautelatórias, como a do presente caso, anteriores a lavraturas de autos de infração, ensejam no final da lide, quando desfavoráveis aos recorrentes, a abertura de um prazo de 20 dias pós julgamento final do mérito ou da cassação da liminar, dentro dos quais o débito tributário poderá ser quitado sem a multa ora aventada.

Expresso o meu voto de acordo com o acima exposto, concordando também com o lançamento fiscal, não vislumbrando outra forma a ser praticada que venha a preservar o direito do Fisco vir a recuperar valor que lhe seja devido, no caso de eventual futura perda da proteção judicial ora em comento.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado, recomendando que os autos sejam encaminhados à PGE/PROFIS para as habituais providências de acompanhamento judicial para os casos desta natureza.

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 279268.0009/04-0, lavrado contra **ÁGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA**, devendo o recorrente ser cientificado da presente decisão na forma regulamentar e, após, os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional. Caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial, a repartição competente deve intimar o autuado para quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal. Após o decurso do referido prazo sem a efetivação do pagamento, todas as penalidades indicadas na autuação devem ser incluídas no cálculo do débito ora exigido.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS