

PROCESSO - A. I. Nº 281074.0042/05-9
RECORRENTE - NIPPON SERVIÇOS LTDA. (NIPPON ENGENHARIA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ªJF nº 0119-04/06
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 16/11/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0393-11/06

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE NÃO CREDENCIADO A EFETUAR O PAGAMENTO DO IMPOSTO EM MOMENTO POSTERIOR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Tendo em vista a inexistência de Convênio ou Protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao adquirente o pagamento da antecipação tributária na primeira repartição fiscal do percurso, conforme previsto na Portaria nº 114/04. Recurso prejudicado quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa. 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, “d”, 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 **PREJUDICADO**, em relação à obrigação principal, e **NÃO PROVIDO**, quanto à multa e aos acréscimos moratórios. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário à Decisão recorrida, em relação ao Auto de Infração lavrado em 14/12/2005, exigindo o ICMS no valor de R\$109.709,03, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto, no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas pelo estabelecimento.

Da análise das peças que compõem o PAF, os ilustres julgadores da 4ª JF observam que a matéria em discussão no presente lançamento foi objeto de Mandado de Segurança (Processo nº 919847-9/2005), impetrado contra Fazenda Pública Estadual, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário

Citam que de acordo com o disposto no art. 126, do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, na escolha da via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou Recurso Voluntário, importando tal escolha à 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.

Destaca que a presente autuação objetivou apenas constituir o crédito tributário, no sentido de resguardar à Fazenda Estadual dos efeitos da decadência, contudo, fica sobrestada a sua exigibilidade, nos termos do art. 151, IV, do Código Tributário Nacional. Todavia, a questão do mérito da autuação será decidida pelo Poder Judiciário, quando se manifestar sobre o mérito da lide.

Abordando o argumento defensivo relativo à multa e acréscimos moratórios, de que o crédito tributário só poderia ser exigido sem os quais, pois o recorrente não estaria em mora ou inadimplente, por estar suspensa a exigibilidade do crédito por conta da interposição de mandado de segurança, o mesmo não pode acolhido por falta de previsão na legislação Estadual. A multa e os acréscimos moratórios estão devidamente previstos na Lei nº 7.014/96, e fazem parte do lançamento tributário, em casos de infrações ao ICMS.

Do quanto exposto, aludem os senhores julgadores a defesa ficar prejudicada quanto ao exame do seu mérito e o Auto de Infração é procedente, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário, devendo a PGE/PROFIS tomar as medidas cabíveis.

Em sede de Recurso Voluntário, o recorrente interpôs enfrentamento à Decisão, consubstanciando a apresentação de sua narrativa nos já vistos fatos vindos na impugnação apresentada anteriormente.

Destaca em seu Recurso Voluntário que a opção do recorrente em acionar a esfera judicial em virtude de urgência, para solução mais rápida, não prescinde a continuação da ação na esfera administrativa, até porque se tem em mãos lançamento de ofício que em seu entendimento destoa da disciplina emanada da legislação nacional. E que esse julgamento viola princípios constitucionais, como o do devido processo legal, o do contraditório e o da ampla defesa. Cita ainda em fortalecimento à sua argumentação, pronunciamento do professor Celso Antonio Bandeira de Mello, conteúdo da CF/88, art. 5º, LIV e LV.

Adentrando ao mérito, aponta que contrariamente à legitimidade de seu pleito, a SEFAZ/BA entendeu pela incidência do tributo, pretendendo fazer crer, conforme seu Parecer de 30/11/2005, em resposta ao pedido de desoneração, onde em essência diz que “a isenção alcança as operações internas”.

Aponta o recorrente em resumo, que não estender a isenção dos nacionais aos mesmos artigos importados, cria ilegítima discriminação ao produto vindo do exterior, formando uma barreira protecionista ilícita e contraria aos convênios e acordos dos quais o Brasil participa.

Indica o recorrente, jurisprudência, comentários, Pareceres e sumulas a propósito do quanto apregoadado, notadamente o art. 98 do CTN que disciplina “Os tratados e Convenções internacionais revogam ou modificam a legislação interna, e serão observados pelos que sobrevenham”.

Incumbe-se o recorrente de aludir à ilegitimidade da aplicação da multa, citando o art. 151, IV do CTN, dado que a liminar em Mandado de Segurança suspende a exigibilidade do crédito fiscal.

Carreia em seu pedido entendimento que a matéria em comento não pode ser encerrada no âmbito administrativo, sem antes julgar definitivamente o Auto de Infração em análise que suporta a suposta dívida tributária, e tendo em vista os equívocos e omissões da presente autuação, requer provimento ao Recurso Voluntário apresentado, e por manifesta ausência de

fundamento legal, seja o Auto de Infração em comento julgado Nulo ou Improcedente, e que seja aposto o nome do Bel. Fernando Neves na capa dos autos para constar nas futuras publicações

A PGE/PROFIS em seu opinativo elaborado pelo ilustre procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, levando em consideração que a discussão se cinge exclusivamente na apuração da congruência entre a pretensão brandida no MS nº 919847-9/2005, em tramite na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, com fulcro no RPAF/99, art. 148, apontou para a realização de Diligência Fiscal na qual se intimasse o autuado para colacionar aos autos a fotocópia do inicial do “mandamus”, para permitir assim, esclarecer a duvida desvelada.

Acolhida a realização de diligência, para deslinde dos fatos contidos no presente PAF, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal remeteu o expediente à Secretaria do CONSEF para intimação do autuado.

Novamente presente aos autos, o recorrente a fls. 117/119 classifica a intimação para apresentação de cópia autenticada, de exigência desarrazoada, citando legislação (Lei nº 1.533 de 31/12/1951, arts. 6º e 7º, art. 3º da Lei nº 4.348/1964) para concluir em sua alegação que a Procuradoria, nos termos da retro indicada legislação, recebeu cópia da inicial, podendo o Procurador efetuar a análise que julgar necessária independentemente da juntada do documento pelo autuado. Aduz que em virtude da greve em que se encontram os servidores dos cartórios judiciais e extra-judiciais, seria impossível a juntada da cópia autenticada requerida mesmo que entendida a intimação como legítima.

Retornando aos autos a PGE/PROFIS, através ilustre procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, profere outro opinativo tendo em vista a decorrência dos fatos posteriores à Diligência acolhida.

Alude em síntese, o não atendimento por parte do recorrente, após intimado, da regra basilar do ônus da prova, o qual incumbe ao autor de pretensão probatória para desvelar o fato dinamizador do seu direito.

A alegação manifestada pelo recorrente ao pedido da Diligência, caminha no sentido de tornar o Estado da Bahia responsável pela demonstração do fato alegado pelo autuado ora em Recurso.

Nos termos do art. 119, § 1º do COTEB, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS que deixou de ser recolhido no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas pelo estabelecimento situado em Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00 (Paraná).

Observo que o Auto de Infração foi lavrado para evitar os efeitos da decadência e caberá ao Poder Judiciário ditar a última palavra sobre a questão, ficando, entretanto, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até que a lide seja definitivamente resolvida. Assim, entendo que a Junta de Julgamento Fiscal decidiu de forma correta, ao considerar prejudicada a Defesa apresentada, haja vista que as matérias discutidas no âmbito judicial e na seara administrativa eram idênticas até o momento do julgamento de Primeira Instância e somente no Recurso Voluntário é que o autuado alegou que a multa e os acréscimos moratórios deveriam ser considerados ilegais, porque seu procedimento não implicou em mora, já que se encontrava protegido por liminar concedida em ação judicial.

Quanto à multa por descumprimento da obrigação principal e aos acréscimos moratórios, é necessária a sua inclusão no lançamento de ofício, primeiro, porque são consectários do ICMS exigido, e, segundo, para que possam ser cobrados se a Decisão liminar for cassada ou se não for confirmada quando do julgamento final de mérito do Mandado de Segurança impetrado.

Por outro lado, entendo que deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de 20 (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 liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial.

Sendo assim, considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário, no que tange ao mérito do imposto exigido, e voto pelo seu NÃO PROVIMENTO, relativamente à multa e aos acréscimos moratórios incidentes.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO**, no que tange à obrigação tributária principal, e **NÃO PROVIDO**, em relação às penalidades e cominações legais, o Recurso Voluntário interposto, mantendo inalterado o lançamento de ofício promovido por meio do Auto de Infração nº **281074.0042/05-9**, lavrado contra **NIPPON SERVIÇOS LTDA. (NIPPON ENGENHARIA)**. 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, 19 de outubro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS