

PROCESSO - A. I. Nº 299133.0308/06-0
RECORRENTE - R.C. MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0247-03/06
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 13/12/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0430-11/06

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. Defesa prejudicada 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 interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal proferida no Acórdão nº 0247-03/06, a qual decide pela Extinção do Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no valor de R\$ 1.136,92, acrescido da multa de 60%, perfazendo o valor total de R\$ 1.819,07, em razão da falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fiscal do trajeto físico percorrido pela mercadoria, no caso, farinha de trigo especial, adquirida para fins comerciais no Estado do Paraná por contribuinte sem regime especial para pagamento em data posterior. Cumpre ressaltar que aquela unidade da Federação (PR) não é signatária do Protocolo ICMS 46/00.

A 3ª Jf optou por considerar PREJUDICADA a defesa administrativa apresentada pelo autuado e declarar EXTINTO o PAF tendo em vista o quanto segue:

- 1- O contribuinte autuado obteve liminar no Mandado de Segurança nº 745334-8/2005, impetrado antes da autuação, renunciando, dessa forma, à instância administrativa, nos termos do artigo 122, inciso IV, do RPAF/99.
- 2- O contribuinte não questionou a exigência do imposto por antecipação, haja vista que nas razões de defesa, alegou que se insurge contra a base de cálculo, conhecida como “Pauta Fiscal”, argumentando que a empresa adquire farinha de trigo de Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, sem ter que se submeter às exigências da Instrução Normativa nº 23/05, especificamente o Anexo 1, e por isso, ajuizou Mandado de Segurança, e em face dos requisitos ensejadores da medida pleiteada foi deferido o pedido de liminar com o seguinte conteúdo: *“concedo a liminar requerida para determinar que a impetrante se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo à impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias, conforme notas fiscais das operações”*.
- 3- A liminar concedida não trata da incidência do ICMS por antecipação referente à operação realizada pelo sujeito passivo, haja vista que o Mandado de Segurança, com Decisão favorável ao autuado, se refere apenas à base de cálculo do imposto.
- 4- A atividade do Auditor Fiscal quanto à aplicação da legislação tributária estadual é vinculada às leis, convênios, regulamentos e atos normativos oriundos da administração tributária estadual, e por isso, na instauração, preparo, instrução, tramitação e Decisão do PAF, deve-se atender aos princípios da oficialidade e da legalidade objetiva e que o art. 39 do RPAF/99 estabelece que o Auto de Infração deve conter a identificação, endereço e a qualificação do autuado; a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias; a alíquota e o percentual da multa cabível, etc. Dessa forma, apesar de o autuado estar amparado por liminar concedida em Mandado de Segurança, o Fisco não poderia efetuar o lançamento do crédito tributário com a lavratura de Auto de Infração por descumprimento de obrigação principal em desacordo com a legislação correspondente. No caso em exame, o imposto não foi apurado com aplicação de MVA, como foi dito na informação fiscal, e sim, com base na Instrução Normativa nº 23/05.
- 5- Sendo a matéria objeto de Mandado de Segurança, e sendo concedida liminar favorável ao autuado, considera-se esgotada a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, ficando prejudicada a defesa interposta, conforme art. 117 do RPAF/99 e, portanto, nos termos do art. 122, incisos II e IV do RPAF/99, deve ser o PAF extinto em decorrência do ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide.

Em seu Recurso Voluntário (fls. 48 a 53), o sujeito passivo pede a reforma da Decisão recorrida, alegando que não foi feita a melhor análise do caso sob exame. Argumenta que o Mandado de Segurança interposto teve como objeto o pedido para que a Fazenda Estadual se abstinhasse de exigir o ICMS calculado com base nos valores previstos no Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo à Impetrante o pagamento do tributo calculado sobre o preço real das mercadorias, enquanto que a Impugnação foi fundamentada na alegação de que é totalmente ilegítima a formalização do crédito tributário acrescido de penalidades.

Acrescenta que é ilegal a exigência de multa e acréscimos moratórios, uma vez que se encontrava protegido pelo “manto do Poder Judiciário” e, portanto, não estava em mora ou inadimplente e, o “vencimento” do crédito tributário, nos termos do artigo 63 e seu § 3º, da Lei nº 9.430/96, somente ocorreria 30 dias após a data em que fosse intimado da Decisão judicial transitada em julgado, em caso de entendimento desfavorável.

A PGE/PROFIS elaborou Parecer (fl. 59) opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário

interposto pelo autuado, fundamentado no fato de que a matéria tratada pelo contribuinte no Mandado de Segurança em trâmite pela 4ª Vara da Fazenda Pública é mesma tratada por ele na via administrativa e, sendo assim, a falta de argumentos diversos daqueles já levados à discussão perante o Poder Judiciário enseja o arquivamento do presente PAF.

VOTO

O Auto de Infração objeto do presente Processo Administrativo Fiscal foi lavrado para exigir o ICMS que deixou de ser recolhido na primeira repartição fazendária do trajeto físico percorrido pela mercadoria, no caso, farinha de trigo especial, adquirida para fins comerciais no Estado do Paraná por contribuinte sem regime especial para pagamento em data posterior. Cumpre ressaltar que aquela unidade da Federação (PR) não é signatária do Protocolo ICMS 46/00.

Conforme apontado pela PGE/PROFIS, no Parecer de fl. 59, a empresa recorrente alega, em síntese, que os objetos das demandas são distintos, pois na esfera administrativa pretende discutir a aplicação da multa, enquanto que no âmbito judicial obteve liminar em sede de Mandado de Segurança para ver garantido o direito ao pagamento do ICMS incidente sobre o valor real da mercadoria em vez do valor da pauta fiscal com base no Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05, que estabelece valores unitários superiores àqueles constantes nos documentos fiscais. Nesse caso, o artigo 117, do RPAF/99 determina que *“a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso Voluntário acaso interposto”*.

Não obstante a alegação do recorrente de que as matérias discutidas no PAF e no MS são diversas, a douta PGE/PROFIS entende que se trata da mesma matéria, tanto na via administrativa quanto na via judicial, concordando com a Decisão da 3ª JJF. Ressalta ainda aquela ilustre procuradoria que na sua defesa administrativa o recorrente não trouxe qualquer argumento que esteja fora do âmbito da lide judicial, motivo pelo qual deve ser o presente PAF arquivado.

De fato, é de se observar que o Auto de Infração foi lavrado para evitar os efeitos da decadência, cabendo ao Juízo competente decidir a questão, permanecendo suspensa a exigibilidade do crédito tributário até o trânsito em julgado da futura Decisão do Poder Judiciário. Dessa forma, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu de forma correta, ao considerar prejudicada a Defesa apresentada, já que as matérias discutidas no âmbito judicial e na seara administrativa são inegavelmente idênticas até o momento do julgamento em Primeira Instância neste CONSEF e somente no Recurso Voluntário é que o autuado passa a alegar que a multa e os acréscimos moratórios deveriam ser considerados ilegais, pois seu procedimento não implicou em mora, já que se encontrava protegido por liminar concedida em ação judicial.

Como bem assevera a ilustre Conselheira DENISE MARA ANDRADE BARBOSA no ACÓRDÃO CJF Nº 0319-11/06 *“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”*.

Ainda concordando com a Decisão supra citada e utilizando construção jurisprudencial deste Conselho, entendo que deve ser concedida ao autuado a oportunidade de quitar o débito dentro do prazo de 20 (vinte) dias, não incidindo neste período a 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.

Por todo o exposto acima, considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário em seu mérito e voto pelo 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 **299133.0308/06-0**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**. 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, 16 de novembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

GUILHERME CORRÊA DA FONSECA LIMA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS