

PROCESSO - A. I. Nº 299133.0422/06-7
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0310-05/06
ORIGEM - INFAS FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 28/12/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0487-11/06

EMENTA: ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

1. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Defesa prejudicada quanto à apreciação do mérito, relativo à exigência do imposto, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa em desistência do Recurso na esfera administrativa. Comprovada a identidade do objeto do Mandado de Segurança impetrado com o do Auto de Infração. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa. Mantida a Decisão recorrida. **2. EXIGÊNCIA DE MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA.** A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a legalmente prevista 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 **PРЕJUDICADO**, em relação à exigência do imposto, e **NÃO PROVADO**, quanto à multa e aos acréscimos moratórios. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida no Acórdão nº 0310-05/06, pela Extinção do presente Processo Administrativo Fiscal, cujo Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS por antecipação, recolhido a menos no valor de R\$ 7.175,36, além da multa de 60%, inerente à aquisição de 800 sacos de farinha de trigo, oriundos do Estado do Paraná, conforme Nota Fiscal nº. 00027 e CTRC 000216, às fls. 7 e 8 dos autos, por se tratar de Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu considerar prejudicada a defesa apresentada e extinguir o PAF, nos termos do artigo 117, inciso II, do RPAF/99, considerando que o autuado, por não concordar com o cálculo do imposto exigido por antecipação, definido na Instrução Normativa nº 23/05, que estabelece base de cálculo mínima nas aquisições de farinha de trigo de Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, ajuizou Mandado de Segurança, sendo deferida medida

liminar, para que a autoridade coatora “*se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo I da IN 23/05, permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias*”.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente alega que a Decisão recorrida não fez a melhor análise do caso sob exame, haja vista que inobstante restar-se claro o não impedimento à constituição do crédito tributário por parte do fisco, clara também resta a impossibilidade de fazê-lo nos moldes pretendidos, uma vez que forçosa é a constatação da ilegalidade da cobrança de multa, bem como de acréscimos moratórios, em face de não estar o recorrente em situação de inadimplência frente à Fazenda Pública Estadual.

Ressalta que o presente Recurso Voluntário, inobstante ater-se nos exatos termos da impugnação carreada à irresignação quanto a exigência de acréscimos moratórios e multa por infração, prende-se também a esclarecer, face à plena contrariedade do Acórdão exarado, que a impugnação e o mandado de segurança ajuizado não possuem o mesmo objeto.

Defende que o objeto do Mandado de Segurança interposto consiste na permissão para que se abstenha de exigir ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo ao impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias.

Em seguida, aduz que, por outro lado, a impugnação encontra-se fundamentada no art. 151, IV, do CTN, bem como no art. 63 e § 2º da Lei nº 9.430/96, pois é legítima a constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício, para prevenir a decadência, porém totalmente ilegítima é a formalização deste crédito, acrescido de penalidades, visto que, sob o manto do Poder Judiciário, fica afastada qualquer “mora” e/ou “penalidade” que se pretende imputar, e muito menos considerar “EXTINTO o Processo Administrativo Fiscal”, em face da clara distinção entre os objetos da impugnação e o mandado de segurança ajuizado.

Assim, defende da impossibilidade de se exigir multa e acréscimos moratórios, pois entende que não estava em mora ou inadimplente, do que salienta que o vencimento do crédito tributário, nos termos daquele artigo, só ocorreria 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 entendimento favorável que possui.

Por isso entende absurda a declaração de “Prejudicada a defesa apresentada”, em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, posto que isto, em momento algum ocorreu, assim como absurda qualquer referência em acusar o contribuinte de estar em mora ou inadimplente e, por isso, dele exigir valores relativos a acréscimos moratórios e multa por infração.

Afinal indaga qual a mora se o pagamento do imposto se encontra com a sua exigibilidade suspensa (art. 151, IV, do CTN)? Qual a infração que cometeu, passível de multa fiscal, se o procedimento está amparado em Decisão Judicial?

A ilustre representante da PGE/PROFIS, Drª. Maria Dulce Baleiro Costa, à fl. 61 dos autos, em seu Parecer ressalta que não assiste razão ao recorrente, posto que o limite da lide é dado no momento da defesa e nessa não houve alegação de descabimento de aplicação de juros e multa. Entende que a Decisão da JJF foi acertada, pois o Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS utilizando-se como base de cálculo o valor real da operação constante no documento fiscal que acompanhava a mercadoria. Assim, entende que as alegações recursais são totalmente impertinentes, já que o fisco agiu em perfeita conformidade com a liminar concedida pelo Poder Judiciário. Por fim, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente devo ressaltar que, apesar do ilustre patrono do recorrente afirmar em seu Recurso Voluntário que em suas razões de defesa foi abordada a ilegalidade da multa e dos acréscimos moratórios, em momento algum da sua impugnação foi tratado de tais temas.

A aludida impugnação restringiu-se à questão da base de cálculo para apuração do imposto exigido, conforme previsto na IN 23/05, o que levou o contribuinte a ajuizar o Mandado de Segurança, obtendo medida liminar determinando que “*se abstinha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da IN 23/05, permitindo à Impetrante o pagamento do imposto sobre o preço real das mercadorias*”. Portanto, descabe a sua alegação de que o Acórdão recorrido não fez a melhor análise do caso sob exame.

Da análise da aludida medida liminar no Mandado de Segurança nº 745334-8/2005, se comprova a identidade dos objetos do Auto de Infração e da medida judicial, ou seja, a exigência do ICMS antecipado relativa à operação. Logo, por se tratar de objeto idêntico à demanda judicial, o Recurso Voluntário está prejudicado, na esfera administrativa, quanto à análise do mérito da exigência do imposto, objeto do Auto de Infração sob análise, conforme previsto no art. 117 do RPAF, sob pena de decisões conflitantes e de se tornar sem efeito a Decisão na esfera administrativa, a qual deve obediência à Decisão na esfera judicial.

Porém, há de se salientar que o efeito da ação de mandado de segurança é de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas não de seu lançamento. Assim, na realidade, a SEFAZ está impedida é de exigir o imposto relativo à operação e não de constituir-lo, cuja base de cálculo para a apuração do imposto foi utilizada a pauta fiscal publicada através da Instrução Normativa nº 23/05, conforme previsto no art. 506-A, § 2º, II, do RICMS definida com base no Protocolo ICMS 26/92.

Assim, entendo correta a Decisão, exarada pela 1ª JJJ, de Defesa Prejudicada, com a consequente extinção do processo, diante da escolha judicial pelo contribuinte, esgotando-se a instância administrativa, conforme previsto no art. 117, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Contudo, quanto à questão da legalidade da multa aplicada e dos acréscimos tributários suscitados pelo recorrente, tendo em vista a suspensão do crédito fiscal pela concessão de liminar judicial, ponto da lide administrativa não ofertada na seara judicial, apesar de não serem objeto da Decisão recorrida, por não terem sido compreendidos nas razões de defesa, conforme já dito, os mesmos decorrem em consequência do lançamento de ofício, em razão do seu caráter acessório, e são previstos em lei, devido à infração à legislação do ICMS, determinada no art. 41 e 42 da Lei nº 7.014/96, cuja norma não contempla a sua dispensa a nível administrativo, devendo, portanto, ser aplicada e somente exigida no caso de Decisão judicial favorável ao Estado da Bahia, visto que, por se tratar de um acessório, acompanha o objeto principal, no caso a exigência do imposto, o qual se encontra suspensa sua exigibilidade, porém, não a sua constituição, conforme anteriormente já abordado.

Por outro lado, o § 3º, do art. 101, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), determina que a correção monetária abrange o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, e o § 1º, do seu art. 102, que os acréscimos moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento.

Portanto, ocorrido o lançamento de ofício, ensejam também as exigências consecutárias, inclusive a imposição de multa pelo descumprimento de obrigação principal, pois o fato de se encontrar o contribuinte amparado com medida judicial que suspende a exigibilidade do crédito tributário, não lhe retira, à luz instituidora do tributo estadual, a condição de devedor, e neste terá que arcar com todas as consequências resultantes da sua opção, em caso de uma eventual sucumbência na discussão judicial.

Diante do exposto, considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário, no que tange à exigência do imposto, por se tratar de objeto idêntico à demanda judicial, e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, relativamente à multa e aos acréscimos moratórios incidentes, devendo a

exigibilidade do crédito tributário ficar suspensa, nos termos do artigo 151, IV, do Código Tributário Nacional.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO**, no que tange à exigência da 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 299133.0422/06-7, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)** no valor de R\$7.175,36. 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 pelo 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 dezembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÍUNIOR - REP. PGE/PROFIS