

A. I. Nº - 206902.0016/03-2
AUTUADO - QUITÉRIA MEDEIROS DE SOUZA ROCHA
AUTUANTE - JOSÉ NELSON DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
INTERNET - 28.11.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0371-02/06

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS EXISTENTES NO ESTOQUE NO MOMENTO DO ENQUADRAMENTO NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Os contribuintes distribuidores, atacadistas ou revendedores, inclusive varejistas de calçados, deverão ajustar seus estoques às regras de substituição ou antecipação tributária, prevista no Decreto nº 8.413/02. O contribuinte, apesar de ter denunciado espontaneamente o imposto devido, deixou de efetuar o pagamento do débito, sendo cabível a exigência de ofício. Defesa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista a matéria se encontrar *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário, o que importa em presunção de legitimidade do Auto de Infração. Exigibilidade do crédito tributário 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 art. 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 art. 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 das penalidades moratórias, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 21/08/2003, para exigência de R\$ 120.973,50 de imposto, mais multa de 60%, em razão da falta de antecipação tributária do ICMS relativo ao estoque de calçados, referente ao mês de junho de 2003, conforme documentos às fls. 06 a 14. Consta na descrição o seguinte esclarecimento: “Embora tenha apurado corretamente o ICMS devido sobre o estoque de calçados existentes em 28/02/2003, conforme comunicado ao Fisco em 09/06/2003, através do processo nº 437.951/2003-3, recolheu a menos o ICMS, por ter aplicado deliberadamente a alíquota de 8,5% em vez de 17%, contrariando o disposto no Dec. Nº 8.413/02. Também não prestou denúncia espontânea do imposto e autoparcou-se o débito em 21 (vinte e uma) parcelas, fazendo constar no campo “informações complementares” dos DAE’s referentes às parcelas 01, 02 e 03 que o pagamento foi feito conforme Dec. Nº 7.902/01 (o qual se refere ao estoque de autopeças, e não de calçados); e que moveu uma ação judicial de nº 140.03.000458-8, contra o Estado.”.

O cálculo do débito lançado foi apurado da seguinte forma:

Nº	ESPECIFICAÇÃO	VALORES
1	Estoque de Mercadorias, conf. Registro.Inventários, fls.1 a 63.	567.340,97
2	Margem de Valor Agregado (MVA) = 35%	198.569,34
3= 1+2	Base de Cálculo	765.910,31
4	Débito de ICMS a 17%	130.204,75
5	Crédito fiscal (saldo credor na conta corrente fiscal em 02/2003)	-
6 = 4-5	ICMS devido por antecipação	130.204,75
7	ICMS recolhido por antecipação - parcela 01/21 - 06/2003	(3.077,15)
8	ICMS recolhido por antecipação - parcela 02/21 - 07/2003	(3.077,15)
9	ICMS recolhido por antecipação - parcela 03/21 - 08/2003	(3.077,15)
10	Diferença a recolher	120.973,30

O sujeito passivo foi cientificado da autuação em 26/08/2003, e em 24/09/2003, através do Processo nº 524.775/2003-0 (fls. 15 a 26) apresentou impugnação ao lançamento consubstanciado no Auto de Infração, destacando os requisitos de admissibilidade de sua impugnação, com fulcro nos arts. 14 e 15 do Decreto nº 70.235/72, combinados com os arts. 58, I, e 66 da Lei nº 9.784/99.

Em seguida, argüiu a nulidade da autuação com base na preliminar de que o lançamento foi formalizado pelo sujeito ativo da obrigação tributária contemplando dois atos distintos – exigência de um tributo devido e outro, onde foi reconhecida uma pretensa infração à legislação tributária. Teceu comentários sobre a diferença entre obrigação tributária e crédito tributário, inclusive na visão do professor Paulo de Barros Carvalho.

Comenta sobre a eficácia da notificação do lançamento, e invoca o art. 10, I a VI, do Dec. nº 70.235/72, para argumentar que nos autos não existe qualquer comprovação de que o Auto de Infração fora lavrado por servidor competente, pois não consta a indicação do cargo ou função da suposta autoridade, nos termos do inciso VI do citado dispositivo legal. Além disso, salienta que a notificação do lançamento não obedeceu às disposições contidas no Art. 11 do citado diploma legal.

No mérito, alega que está sendo exigido o cumprimento de obrigação tributária em valor superior ao imputado à outra categoria de contribuinte, inobservando a capacidade contributiva semelhante, consubstanciada no art. 145, § 1º da Constituição Federal.

Transcreveu o art. 4º, I, “a”, “b”, “c”, 1 e 2, “d” e “e”, do Decreto nº 7.902 de 07/02/2001, e o art. 12, I, “a”, “b” e “c” do Decreto nº 8.412 de 30/12/2003, para argumentar que os referidos dispositivos contrariam preceitos constitucionais, pois tratam de forma desigual contribuintes com a mesma capacidade contributiva, disciplinando a cobrança de imposto de maneira distinta para as categorias semelhantes.

Esclarece que recolheu o ICMS com base na alíquota estabelecida no Decreto nº 7.902/2001, por entender que faria jus à aplicação do Princípio da Igualdade Tributária assegurado pelo art. 150, II, CF/88.

Informa que, inconformado com o tratamento diferenciado nas normas citadas, impetrou Mandado de Segurança contra o ato do Sr. Diretor de Planejamento e Fiscalização da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, conforme documentos às fls. 38 a 58, pleiteando que:

- “adicionar aos valores das mercadorias em estoque, a margem de valor adicionado de 34% (trinta e quatro por cento), tomando por base o preço de aquisição mais recente;

- b) aos totais calculados na forma da alínea anterior aplicar o percentual de 8,5% (oito e meio por cento);
- c) compensar o valor do débito apurado na forma da alínea anterior com saldo credor eventualmente existente na escrita fiscal em 28/02/2003;
- d) não sendo totalmente compensado o débito, nos termos da alínea anterior, efetuar o recolhimento do imposto devido em 21 (vinte e uma) parcelas iguais e sucessivas, vencendo a primeira no dia 30/06/2003 e as demais no dia 20 (vinte) de cada mês.

Considerou descabida a multa de 60% que foi aplicada pela acusação que lhe fora imputada, por considerá-la confiscatória, e por entender que se houve a falta de recolhimento do imposto, este decorreu da ilegalidade na cobrança do imposto com base no Decreto nº 8.413/2002.

Por fim, pede a extinção do crédito tributário, ou caso contrário a improcedência da autuação.

Às fls. 70 a 73 consta que o autuado requereu o parcelamento do saldo devedor decorrente do ajuste de estoques, em 18 (dezoito) parcelas, no total de R\$ 55.388,70.

No Parecer constante às fls. 74 a 75, datado de 15/10/2003, emitido pelo Inspetor da INFAZ de Paulo Afonso, foi esclarecido que a ação fiscal que resultou no auto de infração decorreu do cumprimento da ordem de serviço da DPF – Diretoria de Planejamento da Fiscalização, sendo o contribuinte enquadrado às regras da antecipação tributária prevista no art. 12 do Decreto nº 8.413/2002, uma vez que, o mesmo apresentou apenas a relação do estoque existente em 28/02/2003, na forma da alínea “a”, do referido diploma legal, culminando com a lavratura do Auto de Infração.

Salienta que o autuado abandonou a via administrativa de defesa do auto de infração, impetrando mandado de segurança para reclamar isonomia de direitos, tendo em vista que o Decreto nº 7.902/01, que enquadróu o ramo de peças e acessórios, novos, para uso em veículos automotores dispensa tratamento tributário mais vantajoso, tendo obtido a segurança pleiteada através do Processo nº 14003000458-8/M do Juízo de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública, Dr. Gesivaldo Nascimento Britto, Juiz de Direito Substituto da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/Ba, sendo expedido o mandado de segurança nos seguintes termos:

“..e de tudo o mais que consta dos autos, julgo PROCEDENTE a ação mandamental em toda a sua inteireza para conceder a segurança pleiteada e, assim determinar a autoridade indigitada coatora que se abstenha da prática de quaisquer atos no sentido de obstaculizar o direito das Impetrantes de desfrutarem os mesmos benefícios facultados aos comerciantes de peças, pelo princípio da isonomia, em razão do Decreto nº 7.902/01, ou seja, calcular e, por via de consequência, recolherem o ICMS decorrente de seus estoques com MVA de 34%, e alíquota de 8,5%, compensando assim e ainda, o valor apurado, com saldo credor eventualmente existente na escrita fiscal de 28/02/2003, com prazo de recolhimento de vinte e um (21) meses, sob pena de total afronta ao princípio constitucional referido”.

Conclui dizendo que o processo deve ser encaminhado para a PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

Examinando o controle da legalidade do presente processo, em 08/09/2006, conforme despacho da PGE/PROFIS à fl. 77, os autos foram encaminhados ao CONSEF para fins de cumprimento ao disposto do artigo 176, do RPAF/99.

O autuante à fl. 79, justifica que somente agora é que foi encaminhado o processo para produzir a informação fiscal. Disse que o motivo da autuação está justificado na folha 2 do processo, seguida do cálculo do ICMS e da diferença reclamada.

Quanto a arguição de nulidade, no sentido de que fosse obedecido o princípio constitucional da igualdade concedendo o direito de o contribuinte utilizar a alíquota de 8,5%, o preposto fiscal

frisou que não foi incompetente para a lavratura do Auto de Infração, e que procedeu corretamente aplicando a alíquota de 17%, dando cumprimento à legislação tributária.

Pede, ao final, a manutenção do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração reclama imposto decorrente da falta de antecipação tributária relativo ao ajuste do estoque de calçados. Os elementos que instruem o PAF, comprovam que as mercadorias objeto da presente autuação (calçados) encontram-se listadas no rol das enquadradas no regime de substituição tributária, para fins de antecipação tributária sobre o estoque atendendo as normas estabelecidas através do Dec. 8.413/02.

O sujeito passivo, inconformado com o tratamento diferenciado entre o Decreto nº 7.902/01 para o Decreto nº 8.413/02, impetrou Mandado de Segurança contra o ato do Sr. Diretor de Planejamento e Fiscalização da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, conforme documentos às fls. 38 a 58, pleiteando:

- e) “adicionar aos valores das mercadorias em estoque, a margem de valor adicionado de 34% (trinta e quatro por cento), tomando por base o preço de aquisição mais recente;
- f) aos totais calculados na forma da alínea anterior aplicar o percentual de 8,5% (oito e meio por cento);
- g) compensar o valor do débito apurado na forma da alínea anterior com saldo credor eventualmente existente na escrita fiscal em 28/02/2003;
- h) não sendo totalmente compensado o débito, nos termos da alínea anterior, efetuar o recolhimento do imposto devido em 21 (vinte e uma) parcelas iguais e sucessivas, vencendo a primeira no dia 30/06/2003 e as demais no dia 20 (vinte) de cada mês.

Observo que a 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador reconheceu que o tratamento deveria ser o mesmo previsto para autopeças. Porém, a decisão exarada trata-se de liminar, que representa uma decisão judicial provisória, cujos efeitos jurídicos só se propagam perante as partes impetrantes.

Contudo, considerando que o autuado possuía liminar e sentença em mandado de segurança através do Processo nº 140.03.000458-8, determinando o pagamento do ICMS com base no Decreto nº 7.902/01, o auditor fiscal autuante cumprindo ordem de serviço constituiu o crédito tributário, por meio deste lançamento, para resguardar o direito do fisco em razão da decadência. Todavia, consoante o entendimento exarado pela PGE/PROFIS e por este CONSEF, a exigibilidade do crédito tributário apurado ficará suspensa em obediência à citada liminar, até a decisão final proferida pelo Poder Judiciário.

O CONSEF tem entendido, em matérias semelhantes, que, consoante o disposto no artigo 126, do COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia e no artigo 117, do RPAF/99, “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 acaso interposto”.

Por outro lado, o inciso II do § 1º do artigo 117 do RPAF/99 determina que o Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no artigo 113, imediatamente após a sua lavratura, ou no momento em que se tomar conhecimento da existência da ação judicial quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo, o que é o caso deste lançamento.

Nestas circunstâncias, concluo, com base no artigo 117, do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8.001/01, que em relação ao mérito da autuação, ou seja, exigência da obrigação principal, sua análise fica prejudicada pelo fato do autuado estar discutindo a matéria no âmbito

do poder judiciário, devendo o processo ser remetido para a PGE/PROFIS para a adoção das providências de sua alçada.

Quanto a multa pelo descumprimento da obrigação principal e acréscimos moratórios, observo que tais questão não foram objeto do mandado de segurança, e portanto, cabe a sua apreciação neste processo. O autuado argüiu a inaplicabilidade da multa, por considerá-la confiscatória, e por entender que houve o recolhimento devido e calculado pela legislação aplicável.

Cumpre observar, que neste processo, não há porque se falar em adimplência, pois a exigência da multa e dos acréscimos moratórios só não ocorrerá se a decisão judicial for desfavorável ao Estado, ou seja, se for julgada insubsistente a autuação. Desta forma, a aplicação da multa e dos acréscimos moratórios por serem consequência direta da falta de recolhimento do imposto que resultou no Auto de Infração objeto deste processo, está em conformidade com o artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, não havendo contemplada a sua dispensa nesta instância de julgamento administrativo, a menos que em atenção ao apelo de equidade pela Câmara Superior do CONSEF. No tocante aos acréscimos tributários, sendo a sentença judicial desfavorável ao contribuinte, cabe-lhe requerer em juízo a sua dispensa.

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.

Face ao exposto, a defesa fica prejudicada quanto ao exame de 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, cabendo à PGE/PROFIS tomar as medidas cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar a defesa **PREJUDICADA**, no que tange à obrigação tributária principal, e **PROCEDENTE**, em relação às penalidades e cominações legais concernentes ao Auto de Infração nº 206902.0016/03-2, lavrado contra **QUITÉRIA MEDEIROS DE SOUZA ROCHA**, no valor de **R\$ 120.973,50**, devendo o autuado ser cientificado desta Decisão, 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 art. 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, 09 de novembro de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR