

PROCESSO - A. I. Nº 232854.0041/07-6
RECORRENTE - FLORATA PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA. (O BOTICÁRIO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0225-02/07
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 28/11/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0436-12/07

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. De acordo com o art.12-A, da Lei nº 7.014/96, independente do regime de apuração, o contribuinte tem o dever jurídico de efetuar a antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, no valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Na defesa foi aduzido que a matéria se encontraria “*sub judice*”, por força de liminar concedida pelo Juízo de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, no sentido de que a autoridade coatora abstenha de exigir pagamento da antecipação parcial do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização. Defesa prejudicada quanto a 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. Corrigido o valor lançado por erro na sua apuração. 2. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no art.42, I, “b”, “1”, 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). Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração que o contribuinte interpõe visando modificar o resultado. O lançamento de ofício reclama o valor de R\$23.640,34, sob acusação de que o contribuinte supra deixou de recolher o ICMS - ANTECIPAÇÃO PARCIAL, amparado por medida liminar, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias para comercialização provenientes de outras unidades da Federação, no período de novembro de 2004 a junho de 2005, através das notas fiscais relacionadas às fls.12 a 13.

Consta à fl. 6 um ofício subscrito pelo autuante e endereçado à PGE/PROFIS solicitando orientação quanto ao lançamento ou não dos valores devidos suspensos por medida liminar (MS - 554187/2004). Conforme, Parecer/RPGE II nº JECR 03/2007 (fls.07 a 11), foi concluído não existir no Estado da Bahia lei que impeça a caducidade diante de uma ordem judicial, e, portanto, não há

impedimento para a constituição do lançamento, ficando a exigibilidade suspensa até a sentença final.

Em seu voto o sr. relator relembra que a exigência fiscal discutida neste processo diz respeito a falta de recolhimento do ICMS - ANTECIPAÇÃO PARCIAL, nas aquisições de mercadorias, para comercialização, provenientes de outras unidades da Federação efetuadas pelo autuado na condição de Microempresa/Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia) através das notas fiscais relacionadas às fls.12 e 13.

Para instruir a ação fiscal, foi juntado aos autos o Parecer/RPGE II nº JECR 03/2007 (fls.07 a 11), referente a consulta quanto ao lançamento ou não dos valores devidos suspensos por medida liminar, no qual, consta a conclusão que por inexistir no Estado da Bahia lei que impeça a caducidade diante de uma ordem judicial, não há impedimento para a constituição do lançamento, ficando a exigibilidade suspensa até a sentença final.

Na defesa fiscal, o sujeito passivo informou que por não se conformar com o pagamento do ICMS antecipação parcial, previsto no art.12-A, da Lei nº 7.014/96, e considerar inconstitucional essa exigência fiscal, bem assim, impedir futuras cobranças e anular aquelas já formalizadas, ajuizou Mandado de Segurança tombado sob nº 5.541.873/04, que foi Distribuído ao M.M. Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, cuja liminar foi deferida em 10/11/2004 e já foi prolatada sentença concessiva de segurança, publicada em 05/04/2005, confirmado a Decisão liminar, encontrando-se em grau de Recurso no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Portanto, de acordo com as razões de defesa e do que constam nos autos, os autuados ingressou em Juízo com o Mandado de Segurança acima citado, sendo deferido o pedido de liminar para não ser exigido o ICMS referente ao pagamento do ICMS - Antecipação Parcial. Por isso, o defensor reconhece que é possível a constituição crédito tributário pelo lançamento de ofício, para evitar a decadência, mas alega que é totalmente ilegítima a formalização deste crédito acrescido de penalidades.

Observou que, efetivamente, se encontra suspensa a exigibilidade do crédito tributário face à concessão de medida liminar, e o defensor alegou que se insurge contra a multa indicada no Auto de Infração, por considerá-la confiscatória.

A concessão de medida liminar é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Entretanto, nada impede que seja efetuado o lançamento pelo Fisco, para assegurar a sua exigibilidade posterior, em caso de Decisão judicial desfavorável ao contribuinte.

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, o Fisco não pode efetuar o lançamento do crédito tributário com a lavratura de Auto de Infração por descumprimento de obrigação principal, sem a indicação da multa correspondente.

Desta forma, sobre a escolha da via judicial pelo sujeito passivo cita e transcreve o art. 117, do RPAF-BA.

Assim, verificou que o processo judicial está relacionado ao lançamento do ICMS - Antecipação Parcial correspondente às aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, sem Decisão transitada em julgado, haja vista que, conforme informado pelo próprio autuado, apesar de já haver sido prolatada sentença concessiva de segurança, publicada em 05/04/2005, confirmado a Decisão liminar, a questão encontra-se em grau de Recurso no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, ficando, a análise do mérito prejudicada pelo fato de o autuado estar discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade da exigência fiscal e da multa, ressalto que, com base no art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, estando a multa aplicada prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96.

Ressalto que se a Decisão for favorável ao Estado, ficará caracterizado que não houve o pagamento do imposto no prazo regulamentar, e neste caso, é devido o imposto com os acréscimos previstos em Lei, cabendo ao defensor requerer a dispensa dos acréscimos ora questionados, se a Decisão judicial lhe for favorável.

Portanto, em relação à multa e aos acréscimos moratórios decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração. Dessa forma, a multa exigida por descumprimento de obrigação principal é a prevista na legislação no art. 42, inciso I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, e se aplica ao presente caso, uma vez que o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente. Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, consoante a regra do art. 101, § 3º e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Quanto aos aspectos materiais, e para que o crédito tributário objeto do Auto de Infração seja constituído de forma legítima, entendeu que era necessário apreciar se os equívocos no levantamento fiscal apontados pelo patrono do autuado são procedentes.

As notas fiscais que serviram de base para a apuração do débito encontram-se especificadas na planilha Auditoria da Substituição Tributária e Antecipação Parcial (fls.12 e 13). O autuado alegou que houve erro na determinação da base de cálculo por inclusão de mercadorias que não foram adquiridas para comercialização (plaquetas indicativas dos preços das mercadorias), e juntou cópias de memórias de cálculos das notas fiscais objeto da autuação e dos respectivos recolhimentos que segundo o autuado não foram considerados pelo autuante. Esta informação foi rebatida pelo autuante juntando cópias de diversas notas fiscais e extratos de arrecadação extraídos do sistema da SEFAZ.

Em relação a primeira alegação (erro na determinação da base de cálculo, cotejando o levantamento do autuante com os documentos apresentados na defesa, fez uma série de observações onde mantém alguns valores e modifica outros e apresenta um novo demonstrativo .

Vota no que foi acompanhado pelos outros membros da Câmara, pela procedência parcial do Auto de Infração, ficando suspensa a exigibilidade do crédito até Decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

O contribuinte apresenta o seu Recurso Voluntário (fls. 180 a 193) onde resume inicialmente a infração, transcreve novamente o art.12-A, da Lei nº 7.014/96, que obriga o contribuinte a efetuar a antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, no valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, para argumentar que não tem o dever jurídico de recolher o imposto antecipado, por considerar que a legislação que rege a espécie está eivada de ilegalidades e inconstitucionalidades.

Repete que com o fito de impedir futuras cobranças, bem como anular aquelas já formalizadas, ajuizou Mandado de Segurança tombado sob nº 5.541.873/04, que foi Distribuído ao M.M. Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, cuja liminar foi deferida em 10/11/2004, segundo o defendant, nos seguintes termos:

*“POSTO ISTO, tenho como presentes os pressupostos autorizadores do deferimento liminar da medida – **relevância do pedido e possibilidade de dano irreparável** – e, com base no art. 7º, da Lei nº 1.533/51, concedo a liminar requerida, sem prejuízo do controle e fiscalização por parte do impetrado, para que a autoridade coatora abstenha de exigir pagamento da antecipação parcial do ICMS referente às operações interestaduais promovidas pelas Impetrantes, possibilitando que prossigam com seus pagamentos normais do ICMS, como ocorria antes da Lei nº 8.967/2003”.*

Informa que já foi prolatada sentença concessiva de segurança, publicada em 05/04/2005, confirmando a Decisão liminar, e que o processo encontra-se em grau de Recurso no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Assim, volta a observar que por expressa ordem judicial a fiscalização não poderia lançar os créditos tributários referentes à antecipação parcial, aplicando-se o disposto no artigo 151, inciso IV, do CTN, por entender que não poderia a autoridade fiscal ter iniciado o procedimento de cobrança, mediante a lavratura do Auto de Infração, pois este foi iniciado após a concessão de liminar em Mandado de Segurança.

Salienta outra vez que ainda que se entenda possível o lançamento de crédito cuja exigibilidade encontra-se suspensa, salienta que não é válida a imposição de multa por infração e os

acréscimos moratórios. Para ratificar esse entendimento citou a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4^a Região sobre esta questão.

Por conta desses argumentos volta a requerer a nulidade da autuação com fulcro no art.151, IV, do CTN, ou caso contrário, que sejam excluídos a multa e os acréscimos moratórios.

No mérito diz que após os cálculos descritos na Decisão de 1º. Grau existe apenas uma correção a ser feita “é que os DAEs anexados à defesa comprovam que me maio e junho de 2005 o recorrente realizou pagamentos a maior de que o exigido no Auto de Infração resultando, pois não em débito, mas sim em crédito decorrente do indébito”. Elabora novo demonstrativo que resulta num débito de R\$13.079,39. Por fim, requer a nulidade procedendo-se a sua desconstituição; se ultrapassada esta preliminar que seja julgado parcialmente procedente o Auto de Infração; e que sejam excluídos a multa de infração e os acréscimos moratórios.

A sra. procuradora emite Parecer opinativo onde faz um breve relato do ocorrido até aqui concorda com um Parecer anterior que se refere a impossibilidade do Poder Judiciário impor a administração tributária que se abstivesse de efetuar o lançamento sendo esta uma atividade vinculada e obrigatória. O efeito pretendido, e, diga-se de passagem, conseguido, foi de acordo com o CTN (art. 151, IV,) a suspensão da exigibilidade do crédito. Para evitar, portanto, a caducidade do seu direito cabe ao fisco efetuar o lançamento. Ressalta que, o ato de inscrição na dívida ativa não constitui ato de cobrança. Observa, porém, a sra. procuradora que o contribuinte estava sob o amparo de uma medida judicial preventiva e, portanto, deixou de praticar o ato em decorrência desta ordem o que o levou inadimplir a obrigação que a lei tributária exigia. Estando sob o amparo da referida medida não está sujeito inicialmente a nenhuma sanção em caso de julgamento final que lhe seja favorável. Porém, lhe sendo contrário deverá a administração tributária lhe proporcionar o direito de extinguir o crédito no prazo de 20 dias conforme decisões que têm sido prolatadas por este Conselho de Fazenda. E conclui: “portanto entendo que o apelo ora em análise merece parcial provimento, devendo ser declarado pelo Conselho de Fazenda, que a inclusão da multa inicialmente proposta no lançamento em espeque somente será agregada ao valor do ICMS devido, se, no caso de a Decisão judicial definitiva desfavorável ao contribuinte ou no caso de cassação da liminar concedida, não venha o recorrente a, dentro do prazo estabelecido, realizar o pagamento do tributo”

O sr. procurador Assistente discorda do Parecer emitido “pois conforme dispõe expressamente o art. 142 do CTN no lançamento originário do débito há somente uma proposição de multa restando desnecessária as alterações suplicadas na representação ora rechaçada” e manifesta-se no sentido de que o presente PAF seja encaminhado para inscrição em dívida ativa pelo setor competente devendo o processo logo após o cumprimento do quanto suplicado, ser enviado ao setor judicial da Procuradoria Fiscal para cobrança do débito tributário.

VOTO

Como vimos no relatório, trata-se de um lançamento de ofício feito após a concessão de uma Medida liminar em Mandado de Segurança. O contribuinte em epígrafe deixou de recolher o ICMS - ANTECIPAÇÃO PARCIAL, amparado, como dissemos, por medida liminar, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias para comercialização provenientes de outras unidades da Federação, no período de novembro de 2004 a junho de 2005, através das notas fiscais relacionadas às fls.12 a 13.

O Parecer inicial de forma correta refere-se à impossibilidade do Poder Judiciário impor a administração tributária que se abstivesse de efetuar o lançamento sendo esta uma atividade vinculada e obrigatória.

Ao ingressar preventivamente com o pedido, diga-se de passagem, conseguido, foi de acordo com o CTN (art.. 151, IV,) suspensa a exigibilidade do crédito. A atividade de lançamento própria da administração tributária tem como objetivo evitar a caducidade do seu direito.

Acompanhamos a observação da sra. procuradora de que o contribuinte estava sob o amparo de uma medida judicial preventiva e, portanto, deixou de praticar o ato em decorrência desta ordem, o que o levou inadimplir a obrigação que a lei tributária exigia.

Quem está sob a proteção de uma medida judicial desta ordem não pode ser acusado de cometer uma infração. Ele deixou de pagar o imposto porque a ordem judicial disse que, pelo menos naquele momento não deveria fazê-lo. Quando submetida ao trânsito em julgado e, em caso de julgamento final que lhe seja favorável, a exigência será extinta. Porém, lhe sendo contrário, deverá a administração tributária lhe proporcionar o direito de extinguir o crédito no prazo de 30 (trinta) dias conforme decisões que têm sido prolatadas por este Conselho de Fazenda.

Como em processos semelhantes já submetidos a esta Câmara de Julgamento Fiscal *entendo que o apelo ora em análise merece parcial provimento. Deve ser declarado pelo Conselho de Fazenda que a inclusão da multa inicialmente proposta neste lançamento somente será agregada ao valor do ICMS devido, se, no caso de a Decisão judicial definitiva desfavorável ao contribuinte ou no caso de cassação da liminar concedida, não venha o recorrente a, dentro do prazo estabelecido, realizar o pagamento do tributo.*

Ouso discordar da discordância, com perdão da repetição, do sr. procurador assistente.

Em nosso sistema de escrituração o documento que denominamos “Auto de Infração” em verdade traz o lançamento do imposto e a imposição de penalidade pecuniária. É, portanto, uma figura híbrida a ponto do tal “sistema” não permitir a anotação de um só elemento. Ou seja, não permite que o imposto seja lançado sem imposição da multa. Ocorre, como no presente caso, que estamos diante de uma situação onde, inicialmente não há infração, porém a exigibilidade do próprio imposto está suspensa por força de uma medida judicial. Ora, de qualquer forma o PAF será extinto e ao contribuinte deve ser dada oportunidade para que lhe sendo desfavorável ele possa exercer o direito de quitar a dívida sem aposição de penalidade. Porém, não agindo desta forma, o contribuinte estará sujeito ao pagamento da penalidade prevista.

Observa também, que no presente PAF ocorreu uma correção quanto ao valor originalmente exigido. Entendo, que deve prevalecer o valor corrigido, oferecendo, assim, uma maior segurança ao lançamento. Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232854.0041/07-6, lavrado contra **FLORATA PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA. (O BOTICÁRIO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.288,99**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, inciso I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais e, em seguida, os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, restando suspensa a exigibilidade do crédito até Decisão final da lide pelo Poder Judiciário a qual, sendo desfavorável ao contribuinte, deve ser dado o prazo de 30 (trinta) dias para que realize o pagamento do tributo sem imposição da multa.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Helcônio de Souza Almeida, Nelson Antônio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira, Márcio Medeiros Bastos e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO DIVERGENTE - Conselheiros: Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de novembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

RAIMUNDO LUIS DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS