

PROCESSO - A. I. Nº 206924.0002/05-7
RECORRENTE - ÁGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA. (ÁGAPE DISTRIBUIDORA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0238-04/05
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 08/04/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0057-12/08

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. FARINHA DE TRIGO. ERRO NA DETERMINAÇÃO NA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. De acordo com o artigo 2º, inciso V, da Lei nº 7.014/96, é devido o pagamento do ICMS, no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas do exterior. 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. EXIGÊNCIA DE MULTAS 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, “f”, 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 trinta dias, sem incidência das penalidades moratórias, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo. Recurso **PREJUDICADO**, em relação à obrigação principal, e **NÃO PROVIDO**, quanto à multa. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 4ª JJF que considerou Prejudicada a sua defesa, que o contribuinte através de advogado legalmente habilitado interpõe visando modificar a Decisão.

O lançamento de ofício lavrado em 17/02/05, exigiu ICMS no valor de R\$101.464,77, acrescido da multa de 60%, imputando ao autuado a seguinte infração:

“Recolheu a menor o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial. Erro na determinação da base de cálculo do imposto na forma da Instrução Normativa Instrução Normativa nº 63/02”.

De acordo com o Relatório da JJF consta nos autos (fl. 111), solicitação do Gerente de Substituição Tributária para que a então PGE/PROFIS emitisse Parecer sobre a situação das liminares concedidas em mandados de segurança impetrados pelo autuado, relativas às DI's que foram objeto da presente autuação (nºs 03/0737232-9, 03/0648768-8, 03/0764582-1, 03/0344049-4 e 03/0383828-5), a fim de respaldar a constituição do crédito tributário. O órgão manifestou-se à fl.

113, dizendo que a Apelação Cível 5998-5/2004, referente ao Mandado de Segurança 140.03.0162105, encontrava-se em trâmite na Câmara Especializada do TJ/BA. E acrescentou que como a Segurança foi concedida pela 10ª Vara da Fazenda Pública, o Estado da Bahia interpôs apelação contra a sentença, e que após a remessa ao TJ/BA para apreciação e julgamento, os autos retornaram ao Juízo Monocrático para regularização, tendo retornado ao Tribunal em 13/08/04. Informa que até o momento não foi conferido efeito suspensivo ao Recurso, e que em 08/11/04 os autos foram conclusos para o Des. Rubem Dário Peregrino Cunha. Quanto ao Agravo de Instrumento interposto contra o deferimento da liminar, diz que não foi conferido efeito suspensivo ao Recurso do Estado.

Em nova manifestação, à fl. 116, o Sr. procurador prestou a seguinte informação:

“Também em atenção ao quanto solicitado às fls.112, temos a informar que, em relação ao MS. Nº 140.03.0186518-0, ajuizado perante a 9ª(nona) vara da Fazenda Pública, o mesmo foi julgado procedente, havendo o Estado interposto Recurso de apelação, pautado para julgamento, na sessão do dia 07-12-2004.

A liminar concedida foi objeto do agravo de instrumento nº 21625-3/04, que se encontra concluso ao eminente Des. Delmário Araújo Leal, sendo que, em face da integração da Decisão liminar à sentença, o referido agravo perdeu seu objeto. Portanto, a Decisão em voga não está com sua exigibilidade suspensa. Todavia, entendemos que isto não impede a constituição do crédito tributário pelo lançamento, e sim a sua inscrição em dívida e, respectiva, cobrança (exigência).”

O autuado, através de seu advogado, apresentou impugnação, às fls. 126 a 127, afirmando que a utilização da alíquota e pauta fiscal feita pelo impugnante, bem como seu respectivo desembaraço aduaneiro, deram-se em face de plena legalidade do cálculo do imposto devido, com base no Anexo 2, da Instrução Normativa nº 63/02, e com alíquota de 12% (item 2.2 da Instrução Normativa), em face de igualdade de tratamento assegurado pelos acordos internacionais do GATT e do Mercosul.

Alegou que o autuante fundamenta seu entendimento na referido I.N., mas precisamente na pauta fiscal fixada em seu Anexo I que prevê o valor de R\$115,76 para o saco de 50kgs de farinha de trigo. Disse não concordar com este entendimento, e que se o cálculo fosse feito pelo Anexo II, resultaria em situação mais benéfica para a empresa porque o valor mínimo do saco de 50kgs é R\$82,00. Alega que, além disso, a alíquota considerada foi de 17%, ao invés de 12%. Considerou tal situação uma discriminação. Diz que, dessa forma, a farinha de trigo importada, em função da Instrução Normativa nº 63/02 chega ao mercador baiano com tratamento tributário anti-isonômico, e que isso prejudica o autuado que não tem competitividade para revender a farinha adquirida. Acrescentou que a Instrução Normativa nº 63/02 tomou como critério de agravamento da tributação a origem da farinha de trigo, estipulando base de cálculo mínima e alíquota mais elevada para a farinha de trigo importada. Ao final, alegou, ainda, que a cópia da Instrução Normativa nº 63/02 só foi juntada posteriormente aos autos, o que considerou uma preterição ao direito de defesa, requerendo que o Auto de Infração fosse julgado nulo.

O autuante, em informação fiscal (fl. 132), disse que a autuação foi baseada na Instrução Normativa nº 63/02 decorrente da importação de farinha de trigo com recolhimento do ICMS a menos. Aduziu que o Parecer da PGE/PROFIS, apensado à fl. 116, sustenta as razões do lançamento tributário. Ao final, entendendo que os argumentos defensivos, sobretudo no que se refere aos cálculos do imposto, não se justificam, pede a manutenção do Auto de Infração.

Em seu voto o Sr. Relator da JJF rejeitou as preliminares de nulidade suscitadas pelo impugnante, haja vista que o Auto de Infração encontrava-se revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99.

Quanto à Instrução Normativa nº 63/02, acrescentou que o autuado se manifestou a seu respeito, citando os valores contidos em seus anexos, demonstrando, portanto, ter plena ciência da exigência fiscal, não havendo do que se falar em preterição ao direito de defesa.

Observa que na autuação é cobrado o ICMS recolhido a menos, pelo autuado, na importação de farinha de trigo, por ter o mesmo adotado a alíquota de 12% e como base de cálculo o valor mínimo do saco de 50kgs (R\$82,00), previsto no Anexo II da Instrução Normativa nº 63/02, invocando a igualdade de tratamento assegurado pelos acordos internacionais do GATT e do Mercosul. Diz que o autuante adotou como base de cálculo o preço da pauta fiscal (R\$115,76) fixada no Anexo I da Instrução Normativa nº 63/02, incidindo a alíquota de 17%, e como o autuado possuía liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão da exigência do crédito tributário, o auditor fiscal o constituiu através deste lançamento, para resguardar o direito do fisco em razão da decadência.

Destaca que o CONSEF em reiteradas decisões, sobre matérias semelhantes, tem mantido o entendimento, consoante o disposto no artigo 126, do COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia e no artigo 117, do RPAF/99, 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”*.

Votou pela Extinção da lide, propondo que os autos deveriam ser encaminhados à PGE/PROFIS, como previsto no inciso II do § 1º do artigo 117 do RPAF/99, para que aquele órgão jurídico adote as providências cabíveis.

Tempestivamente o contribuinte interpõe, como dissemos, o presente Recurso Voluntário onde inicialmente diz que o acórdão não fez a melhor análise sobre o caso em lide.

Entende que embora tenha restado claro o não impedimento à constituição do crédito tributário por parte do Fisco, também resta a impossibilidade de fazê-lo nos moldes pretendidos, uma vez que admitindo-se como legal o lançamento, forçosa é a constatação da ilegalidade da cobrança de multa, bem como de acréscimos moratórios, em face de não estar o ora recorrente em situação de inadimplência frente à Fazenda Pública Estadual.

Afirma que o desembaraço aduaneiro e a própria legalidade do cálculo deram-se em virtude de medida liminar onde se discute este próprio cálculo em face da igualdade de tratamento assegurada por acordos internacionais- GATT e Mercosul.

Observa que a impugnação e o mandado de segurança ajuizado não possuem o mesmo objeto. Transcreve a ementa do Acórdão. Diz que não poderia a empresa ser objeto do lançamento de penalidades, pois encontrava-se sobre o manto protetor da segurança obtida preventivamente, ficando afastada qualquer mora ou penalidade. Entende que em função da situação em que se encontrava, não estava em mora ou inadimplente.

Refere-se também ao fato de que só estaria em mora 30 dias após a intimação da Decisão judicial transitada em julgado. Questiona no mesmo sentido sobre qual a mora e qual a infração que cometeu se o procedimento está amparado em Decisão judicial?

Remetido à PGE/PROFIS para emissão de Parecer opinativo o Sr. procurador solicita informações a CODEF sobre as liminares no que concerne ao seu estado atual e existência ou não de depósito elisivo. Devidamente informado retorna ao Sr. Procurador. Observo que esta comunicação foi recebida pela PGE/PROFIS em 19 de agosto de 2005, que por sua vez solicitou informações em 10 de janeiro de 2006 tendo obtido a primeira resposta em 10 de fevereiro de 2006 e a segunda em 12 de fevereiro de 2007, tendo o Parecer final a data de 27 de fevereiro de 2008.

De acordo com o opinativo o presente PAF é *sui generis*, pois o autuante obteve uma Decisão liminar junto a 9ª Vara da Fazenda Pública e logo em seguida em julgamento de mérito considerou que a alíquota correta era de 12 e não 17% como exigia a Fazenda Pública e determinou a liberação da mercadoria e o respectivo pagamento do Imposto. Da mesma forma

caminhou a Decisão da 10ª Vara da Fazenda Pública. Neste ínterim são feitos procedimentos especiais de fiscalização.

Observa que diante da não aceitação por parte da Justiça dos pedidos da Fazenda Pública houve a lavratura do Auto de Infração e a conseqüente defesa do autuado.

Diz que em sua impugnação o autuado não pediu expressamente a não aplicação da multa e/ou acréscimo moratório tendo precluído o seu suposto direito. Entende que se trata de argumento novo e, portanto não pode mais ser apreciado pelo CONSEF. Tendo por cautela solicitada novas informações sobre o andamento dos processos judiciais lhe fora comunicado por uma colega que o Estado não havia obtido nenhum sucesso e que o contribuinte por seu turno não havia efetuado qualquer depósito. Conclui que diante destes fatos o processo ainda se encontra sub judice. E aparentemente de forma padronizada conclui que *“todos os argumentos já foram analisados em 1ª Instância motivo pelo qual não tem o poder de modificar a Decisão guerreada a qual está correta e proferida com embasamento legal; ademais restou efetivamente comprovada a infração, como também o contribuinte não apresentou qualquer documento novo ou ainda trouxe fundamentos capazes de elidir a acusação. Ante o exposto somos pelo não provimento do Recurso voluntário e manutenção da Decisão recorrida”*

VOTO

O contribuinte inconformado com a Decisão da 4ª JJF que considerou prejudicada a sua defesa interpõe o presente Recurso Voluntário.

Trata-se de um lançamento de ofício lavrado em 17/02/05, onde está sendo exigido ICMS no valor de R\$101.464,77, acrescido da multa de 60%, imputando ao autuado a infração de ter recolhido a menor o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial erro, portanto na determinação da base de cálculo do imposto na forma da Instrução Normativa nº 63/02.

O argumento de que, embora tenha restado claro o não impedimento à constituição do crédito tributário por parte do Fisco, também resta a impossibilidade de fazê-lo nos moldes pretendidos uma vez que admitindo-se como legal o lançamento, forçosa é a constatação da ilegalidade da cobrança de multa, bem como de acréscimos moratórios, em face de não estar o ora recorrente em situação de inadimplência frente à Fazenda Pública Estadual nos parece razoável.

Como demonstrado, o desembaraço aduaneiro e a própria legalidade do cálculo deram-se em virtude de medida liminar onde se discute este próprio cálculo em face da igualdade de tratamento assegurada por acordos internacionais- GATT e Mercosul.

Como disse o contribuinte, a impugnação e o mandado de segurança ajuizado não possuem o mesmo objeto. O que se questiona é: poderia a empresa ser objeto do lançamento de penalidades, pois encontrava-se sobre o manto protetor da segurança obtida preventivamente ? O contribuinte encontrava-se em mora ou inadimplente?

Como está acima assentado de acordo com o opinativo da PGE/PROFIS o presente PAF é *sui generis*, pois o autuante obteve uma Decisão liminar junto à 9ª Vara da Fazenda Pública e logo em seguida em julgamento de mérito considerou que a alíquota correta era de 12 e não 17% como exigia a Fazenda Pública e determinou a liberação da mercadoria e o respectivo pagamento do Imposto. Torna-se ainda mais confuso na medida em que o Parecer não esclarece qual o final da demanda, se é que já houve.

O autuado em nosso entender pediu a não aplicação da multa e, portanto não está precluído o seu suposto direito e, portanto deve ser apreciado pelo CONSEF. Confesso não ter entendido a conclusão do Parecer no sentido que teria restado *“efetivamente comprovada a infração, como também o contribuinte não apresentou qualquer documento novo ou ainda trouxe fundamentos capazes de elidir a acusação”*

O ocorrido não é estranho ao CONSEF. Por diversas vezes já nos manifestamos a respeito do ocorrido. A diferença nesta hipótese é que segundo o Parecer da PGE/PROFIS não restou claro se o contribuinte obedeceu ou não a Decisão judicial de recolher o imposto de acordo com a Decisão, ou seja, utilizando-se da alíquota de 12%. Temos nos posicionado de que, em havendo a concessão de medida liminar em Mandado de Segurança preventivo, isto é, antes da ocorrência do fato gerador, a Fazenda Pública não está impedida de efetuar o lançamento, mesmo porque, como sabemos este ato é típico do Poder Executivo e, obviamente, não pode ser obstado pelo Poder Judiciário. Ocorre, que este lançamento quanto ao valor do imposto só poderá ser exigido após o julgamento final, e sendo favorável ao Estado o contribuinte terá um prazo de trinta dias para pagar o imposto que deixou de ser pago por força da medida judicial. Caso isto não ocorra, deverá prosseguir quanto a ele a cobrança do imposto e, agora, a multa por falta de pagamento.

Entendo que no presente PAF se o contribuinte recolheu o imposto na forma determinada pelo Poder Judiciário, não há nada mais o que pagar, e o PAF deve ser extinto. Caso o pagamento não tenha sido efetuado, deve ter prosseguimento a cobrança, desta vez acrescida da multa e dos acréscimos legais, e o PAF encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Assim, considero PREJUDICADO no que tange à obrigação principal e NÃO PROVIDO em relação às penalidades legais, o Recurso Voluntário apresentado, observando que, 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 30 (trinta) 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 206924.0002/05-7, lavrado contra **ÁGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA. (ÁGAPE DISTRIBUIDORA)**, no valor de **R\$101.464,77**. Após a ciência ao recorrente, 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 30 (trinta) 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, 24 de março de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS