

PROCESSO - A. I. Nº 088444.0527/07-6
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0118-03/08
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 12/08/2008

2ª CMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0219-12/08

EMENTA: ICMS. 1. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação, conforme dispõe o art. 117 do RPAF/99. Recurso prejudicado quanto à apreciação do mérito tendo em vista a matéria se encontrar *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário Exigibilidade do crédito tributário suspensa. 2. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA 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, 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, conforme regra inserta nos art. 101, § 3º, e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Deve ser dada ao recorrente a oportunidade de quitar o débito, no prazo legal, sem incidência de das penalidades moratórias, caso a decisão final proferida pelo Poder Judiciário lhe seja favorável. Recurso **PREJUDICADO** em relação à obrigação principal, e **NÃO PROVIDO**, quanto à multa e aos acréscimos moratórios. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou procedente o Auto de Infração foi lavrado em 30/05/2007, na fiscalização ao trânsito de mercadorias, para exigir ICMS por falta de recolhimento do imposto, na primeira repartição fazendária da fronteira, sobre farinha de trigo adquirida para comercialização, procedente de outra Unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, por contribuinte descredenciado no cadastro fazendário, e que não possui regime especial. ICMS lançado no valor de R\$9.174,16, acrescido da multa de 60%. Termo de Apreensão e Ocorrências nº 088444.0527/07-6 às fls. 05/06.

O contribuinte impugnou o lançamento fiscal, destacando que o autuante utilizou a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05, que obriga as empresas adquirentes de farinha de trigo em outros Estados, não-signatários do Protocolo ICMS 46/00, a efetuar o pagamento antecipado do ICMS na primeira repartição fiscal de entrada neste Estado, utilizando como base de cálculo mínima os valores constantes no Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05.

Por haver se insurgido contra o cálculo do tributo com base em pauta fiscal, ajuizou Mandado de Segurança na 4ª Vara da Fazenda Pública, que deferiu a medida liminar para determinar que a autoridade fiscal “*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*”.

A informação fiscal, às fls. 41 a 43, foi prestada pelo Auditor Fiscal Sílvio Chiarot de Souza, nos termos do art. 127, § 2º, do RPAF/99, na qual o mesmo salienta que a única contestação ao lançamento efetuado diz respeito à utilização da pauta fiscal, tendo o sujeito passivo ajuizado mandado de segurança e obtido liminar deferida para que não fossem utilizados como base de cálculo os valores definidos na Instrução Normativa nº 23/05.

Afirma que a defesa estaria em descompasso com a autuação porque a base de cálculo não fora apurada pela pauta fiscal, mas sim pela aplicação da MVA constante no Anexo 88 do RICMS/BA sobre o valor da operação; porém o contribuinte recolhera incorretamente o imposto descumprindo a Decisão judicial no que lhe era favorável.

Esclarece que no lançamento efetuado a base de cálculo foi apurada sobre as Notas Fiscais nºs 3973 e 3974, relativas a trigo em grãos e o valor da industrialização por encomenda, e CTRC nº 397, segundo o artigo 61, II, do RICMS/BA, sendo reclamado o imposto no valor de R\$9.174,16, acrescido da multa de 60%; e ainda que não é possível, a partir dos dados acima, chegar à base de cálculo do autuante de R\$67.608,00, e o imposto recolhido espontaneamente também não corresponde ao imposto, cuja base de cálculo seja formada pela aplicação da MVA prevista no anexo 88, mas com base em critério desconhecido e não esclarecido, portanto, “*o autuado não recolheu o imposto pelo critério que argumenta ser o correto e que para tanto obteve liminar, recusando-se a cumprir a Decisão judicial que lhe é provisoriamente favorável*”.

Cita Decisão proferida pelos Acórdãos JJF 0161-01/07 e 0132-01/07, cuja Ementa transcreve em parte, e diz que “*Considerando que tanto o cálculo efetuado pelo autuante, quanto pelo autuado, não puderam ser identificados à luz da legislação tributária, como também ao trigo em grãos não é possível conceder o crédito não documentado no processo*”, o débito de ICMS a ser lançado deveria ser de R\$6.926,45, consoante tabela que elabora à fl. 43.

Em seu voto diz inicialmente o julgador da JJF que, “*apesar de o autuado encontrar-se protegido por Medida Liminar de Mandado de Segurança, concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública (fl. 35), para que ‘o pagamento do imposto seja calculado sobre o preço real das mercadorias, conforme notas fiscais de operações’, consoante disposto nos artigos 1º e 2º do RPAF/BA, o procedimento administrativo, por meio do qual se realizam a atividade e os fins da administração tributária, visando à aplicação ou à interpretação da legislação tributária estadual, está vinculado a leis complementares, convênios e outros atos normativos oriundos da administração tributária estadual, devendo os prepostos do Estado, na instauração, preparo, instrução, tramitação e Decisão do processo administrativo, atenderem aos princípios da oficialidade e da legalidade objetiva. Logo, o lançamento do crédito tributário deve ser feito de acordo com o princípio da legalidade objetiva e, tendo o sujeito passivo escolhido a via judicial, extingue-se o processo administrativo nos termos do art. 122, II, do RPAF/99, até que ocorra Decisão transitada em julgado no âmbito do Poder Judiciário.*

Assim, em face dos artigos 117 e 122, inciso IV, do RPAF/99, está extinto o presente processo administrativo, de modo que o CONSEF deve abster-se de julgá-lo, encaminhando-se os autos para inscrição do crédito tributário em dívida ativa, ficando este, contudo, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a Decisão final do Judiciário, devendo o processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

Declara extinto o processo administrativo fiscal, restando prejudicada a defesa apresentada.

Em sede de Recurso Voluntário o recorrente reitera que é contra a base cálculo mínima, mais conhecida como pauta fiscal, que se insurge, conforme se pode verificar por meio da anexa documentação. Explica: *“O recorrente, com o objetivo de comprar farinha de trigo oriunda de estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, sem ter que se submeter à exigência da IN, mais especificamente ao Anexo I, ajuizou Mandado de Segurança, em face da incontestável presença de requisitos ensejadores da medida pleiteada, obtendo deferimento de liminar para determinar que se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias”*.

Requer a este Conselho de Fazenda que afaste a acusação.

A ilustre procuradora fiscal, em seu Parecer, ressalta, primeiramente que o autuante utilizou corretamente, para determinação da base de cálculo para a lavratura do Auto de Infração, os valores constantes da pauta fiscal, conforme determina o § 2º do art. 506-A do RICMS. Acrescenta ainda o que segue:

- Por outro lado, tratava-se à época da autuação, ainda de uma Decisão liminar que teve o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário e não a sua constituição, e o lançamento tributário, mormente o de ofício em suprimimento ao que não foi efetivado pelo contribuinte, ocorreu seguindo normas da legislação tributária emanada de lente tributante com competência constitucional, sendo ato vinculado.
- Em relação ao julgamento proferido pela 1ª Instância esteve correto, pois com base no que dispõe o RPAF, art. 117 e segs., ante a existência de liminar concedida em Mandado de Segurança, cópia anexada, deveria o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para que procedesse a sua inscrição na Dívida Ativa, na medida em que o autuante, utilizando da base de cálculo corretamente prevista na legislação tributária, instrução Normativa 23/05, provocou resistência do contribuinte e sua opção pela discussão na via judicial, significando que renunciou ao seu direito de defesa administrativa.
- Acontece que o Estado da Bahia, através de sua procuradoria fiscal obteve a suspensão de execução de liminar proferida no Mandado de Segurança nº 7453545-8/2005, através do Processo nº 27566-7/2008, Decisão publicada no DOE de 04/06/08, sendo assim restaurada a possibilidade de julgamento por este Conselho de Fazenda a matéria objeto dessa autuação.
- Ante todo o exposto, nosso opinativo, levando em consideração o fato novo acima relatado, é no sentido de que deve a ilustre Câmara de Julgamento Fiscal julgar prejudicada a análise do Recurso Voluntário interposto pelo autuado e determinar a reforma da Decisão de 1ª Instância para que o presente processo retome seu curso normal, retornando à 1ª Instância para novo julgamento de mérito, para qual indicamos todos os fundamentos de fato e de direito aqui abordados.

VOTO VENCIDO

Como bem relatado pela ilustre procuradora fiscal em seu Parecer, a suspensão da liminar proferida no Mandado de Segurança, que vinha servindo de paradigma para o julgamento dos processos anteriores desta mesma empresa, constitui fato novo e relevante e possibilita a este Conselho a apreciação da matéria que deu causa à ação fiscal.

Em face do exposto e de acordo com a fundamentação da PGE/ PROFIS, fica PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário interposto, com a conseqüente reforma da Decisão recorrida, que decidiu pela extinção do processo administrativo, em obediência à liminar ora suspensa, devendo o processo retornar à 3ª Junta de Julgamento Fiscal para apreciação do mérito da autuação.

VOTO VENCEDOR

Divirjo do voto proferido pelo ilustre relator, pois considero que o Recurso Voluntário interposto, no mérito, está prejudicado e, no que tange à multa e aos acréscimos moratórios, não deve ser provido.

No Auto de Infração, o autuado foi acusado da *“falta de recolhimento de ICMS no desembaraço aduaneiro ou na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso sobre farinha de trigo adquirida para comercialização, procedente do exterior ou de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, desde que não possua regime especial”*.

No documento de fl. 35, a autoridade judicial determinou que *“a Impetrada se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo I 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”*.

Foi exatamente para impedir que o fisco apurasse o imposto com base no Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05 que o recorrente buscou amparo no Poder Judiciário. Todavia, o autuante efetuou o lançamento de ofício em razão de o recorrente não ter utilizado na apuração do imposto o valor constante no Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05, conforme se pode constatar pelo confronto dos documentos de fls. 3, 5/6 e 10/11.

Dessa forma, entendo que a questão em apreciação na esfera judicial (não utilização do valor previsto no Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05) coincide com a constante no Auto de Infração (deixou de recolher ICMS, por não utilizar o valor constante no Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05). Desse modo, nos termos do art. 117 do RPAF/99, está esgotada a discussão de tal matéria na esfera administrativa. Foi, portanto, correta a decisão da primeira instância que julgou prejudicada a apreciação do mérito da lide, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice*.

No Recurso Voluntário interposto, o recorrente alega que o crédito tributário em tela só poderia ser formalizado sem a imposição de multa e de acréscimos moratórios, uma vez que ele não se encontrava em mora ou inadimplente.

Conforme foi bem salientado na decisão recorrida, a lavratura do Auto de Infração apenas visou a resguardar a Fazenda Pública Estadual da decadência, tanto que consta no Auto de Infração a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em virtude da determinação judicial.

Ao verificar a ocorrência do fato gerador do ICMS, o preposto fiscal tem o dever de, sob pena de responsabilidade funcional, *“determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível”*. A multa indicada na autuação é a prevista no art. 42, da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade apurada. Por seu turno, os acréscimos moratórios cobrados estão previstos na legislação tributária estadual. Dessa forma, na situação em tela, o autuante tinha a obrigação de proceder a constituição do crédito tributário, inclusive da multa e de seus consectários legais, deixando suspensa a exigibilidade do crédito até a decisão judicial definitiva. Não havia, portanto, como excluir do lançamento a multa e os acréscimos moratórios, conforme pleiteado pelo recorrente.

Não há como aplicar ao caso em lide, ao disposto na Lei Federal nº 9.430/96, pois essa lei é específica para os tributos de competência da União. Não há como estender os efeitos dessa lei aos tributos estaduais. Todavia, caso a decisão final do Poder Judiciário seja favorável ao recorrente, deverá lhe ser dado o prazo legal de trinta dias (30) para pagamento do débito tributário sem a aplicação de acréscimos moratórios, conforme vem reiteradamente decidindo este CONSEF.

No que tange à alegação recursal pertinente à inscrição do débito em dívida ativa, não há reparo a fazer na decisão recorrida. Ao determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e o

encaminhamento do processo à PGE/PROFIS para as providências de sua alçada, a primeira instância procedeu de forma acertada, pois não cabe a este colegiado determinar se o débito deve ou não ser inscrito em dívida ativa. Ademais, não há incompatibilidade entre a inscrição de débito em dívida ativa e a suspensão da exigibilidade, pois, enquanto perdurar tal situação, o recorrente terá direito a certidão positiva com efeito negativo, não havendo qualquer prejuízo para o contribuinte.

Os depósitos judiciais citados pelo recorrente não possuem o condão de modificar a decisão recorrida, pois, a depender da decisão final no âmbito do Poder Judiciário, eles serão convertidos em renda a favor da parte vencedora da demanda.

Pelo exposto, declaro **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário, quanto à obrigação tributária principal, e voto pelo **NÃO PROVIMENTO**, quanto à cominação de penalidades e de acréscimos moratórios.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado quanto à multa e aos acréscimos moratórios incidentes, e considerar **PREJUDICADO**, no que tange à obrigação tributária principal, mantendo inalterado o lançamento de ofício promovido por meio do Auto de Infração nº 088444.0527/07-6, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, no valor de **R\$9.174,16**. 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 a Decisão quando do julgamento final de mérito da demanda judicial seja desfavorável ao sujeito passivo, a repartição competente deverá intimar o recorrente para quitar o débito, no prazo de 30 (trinta) 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.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Álvaro Barreto Vieira, Nelson Antonio Daiha Filho, Márcio Medeiros Bastos, Carlos Fábio Cabral Ferreira e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO - Conselheiro: Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR/VOTO VENCIDO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS