

AI. N° - 269101.0016/07-7

AUTUADO - ACQUA FRESCA PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.

AUTUANTE - LUIZ CÉSAR OLIVEIRA SANTOS

ORIGEM - INFAC ALAGOINHAS

INTERNET - 31/07/2008

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0224-03/08

**EMENTA: ICMS.** 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. Infração reconhecida pelo autuado. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL PELO SUJEITO PASSIVO. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica na renúncia à faculdade de recorrer na esfera administrativa, conforme dispõe o artigo 117 do RPAF/99. 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. 3. 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, inciso I, alínea "b", item 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 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 da multa por descumprimento da obrigação principal, caso a Decisão final de mérito seja desfavorável ao contribuinte. Defesa **PREJUDICADA**, em relação ao exame do mérito desta infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**, quanto à multa e aos acréscimos moratórios e em relação à primeira infração. Rejeitadas as nulidades suscitadas em relação à segunda infração. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto Infração foi lavrado em 26/09/2007 e exige ICMS no valor total de R\$31.184,81, acrescido da multa de 50%, em razão de duas infrações:

Infração 01. Recolhimento a menos do ICMS devido na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração de ICMS – SIMBAHIA. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte esteve na condição de empresa de pequeno porte de 01/01/2004 a 31/03/2004, e a partir de 01/06/2004 mas que, a partir desta data, não considerou a receita bruta acumulada ajustada desde o início do exercício de 2004, para a obtenção da alíquota a ser

aplicada, o que resultou em diferença de ICMS a recolher. Período de junho a dezembro/2004. Demonstrativo às fls. 8 e 9. ICMS no valor de R\$4.688,26, acrescido da multa de 50%.

Infração 02. Falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Exercício de 2004: meses de outubro a dezembro; exercício de 2005: meses de janeiro a março. Demonstrativo às fls. 13 a 78, cópias de notas fiscais às fls. 81 a 172. ICMS no valor de R\$26.496,55, acrescido da multa de 50%.

O contribuinte, por intermédio de advogados com Procuração à fl. 190, ingressou com impugnação às fls. 177 a 188, inicialmente expondo os termos das imputações e, a seguir, afirmado que a impugnação refere-se apenas à infração 02. Transcreve, comentando, o texto do artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, e afirma entender não ser contribuinte da exação, porque não teria o dever jurídico de recolher, aos cofres públicos, o ICMS devido por antecipação, vez que a legislação que rege o instituto estaria eivada de inconstitucionalidades. Informa ter ingressado com Mandado de Segurança tombado sob o nº 5.541.873/04, distribuído ao Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, pelos motivos que resume às fls. 180 e 181. Relata que o referido Juízo deferiu medida liminar para que o Estado se abstivesse de exigir o pagamento da antecipação parcial do ICMS referente às operações interestaduais promovidas por ele, contribuinte, e que também foi prolatada sentença concessiva de Segurança, publicada em 05/04/2005, confirmando a decisão liminar deferida, e que o processo encontrava-se, à época da impugnação, em grau de recurso perante o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – TJ/BA. Afirma que a Fiscalização não poderia proceder ao lançamento dos créditos referentes à antecipação parcial do ICMS contra si, ressaltando que foi aplicada a “alíquota de 17% sobre a base apurada, quando o correto, segundo o entender da impugnante, seria de 10%.” Que a Fiscalização levantou incorretamente a base de cálculo da antecipação parcial, porque autuou “mês sem movimentação.” Transcreve o artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional – CTN, acerca da inexigibilidade de crédito tributário quando houver ocorrido concessão de liminar em Mandado de Segurança, e comentários de Ives Gandra da Silva Martins a respeito. Aduz que o lançamento em foco foi realizado após a concessão da liminar mencionada. Que, ainda que se entenda possível o lançamento de crédito cuja exigibilidade se encontre suspensa, não poderia haver “a imposição de penalidades moratórias, tais como multa de infração e os acréscimos moratórios.”, por se encontrar ele, contribuinte, amparado por ordem judicial, não podendo ser apenado como se estivesse inadimplente. Transcreve texto de liminar em Mandado de Segurança em Acórdão do Tribunal Regional Federal – TRF da 4ª Região, acerca da exigibilidade de multa moratória. Cita o artigo 63 da Lei Federal nº 9.430/96 (dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta, e outras providências). Requer que o Auto de Infração seja julgado nulo ou, se assim não for entendido, que sejam excluídos a multa e os acréscimos moratórios, por existir liminar e sentença autorizando o não recolhimento do tributo.

O contribuinte prossegue repetindo que, no mérito, haveria duas falhas no lançamento fiscal, uma delas sendo a aplicação da alíquota de 17%, quando a alíquota aplicável seria a de 10%, correspondente à diferença entre a alíquota interna, de 17%, e a alíquota interestadual, de 7% para mercadorias originárias da Região Sudeste. E que a segunda seria erro na determinação da base de cálculo no levantamento fiscal, no mês de janeiro de 2005, e no mês de março de 2005, no qual afirma que não teria havido registro de entrada de mercadoria no estabelecimento, apresentando tabela à fl. 187, com débito no valor histórico de R\$13.920,85 para a infração 02. Diz, em nota de rodapé, que apresentará, oportunamente, cópia autenticada do seu livro Registro de Entradas. Conclui pedindo sucessivamente que o Auto de Infração seja julgado nulo, ou parcialmente procedente, e que sejam excluídos a multa de infração e os acréscimos moratórios.

O autuante presta informação fiscal às fls. 225 a 229, inicialmente relatando os termos das imputações e da impugnação, e em seguida informando que o autuado é empresa franqueada dos

produtos “Boticário” na cidade de Alagoinhas e que, do início de suas atividades em 2002, até o mês de julho de 2004, adquiriu esses produtos de um único fornecedor, com razão social “Botica Comercial Farmacêutica LTDA, com CNPJ/MF nº 77.388.007/0001-57, localizado no Município de São José dos Pinhais, no Estado do Paraná. Que, de agosto/2004 a outubro/2005, o contribuinte mudou de fornecedor, passando a comprar de outra empresa do grupo “Boticário”, com razão social “Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza LTDA”, com CNPJ/MF nº 06.147.451/0004-85, localizada no Município de Contagem, no Estado de Minas Gerais. Que, a partir de novembro/2005, em função de Regime Especial de Substituição Tributária solicitado à SEFAZ/BA, processo nº 179959/005-5, a empresa “Cálamo”, de Minas Gerais, passou a efetuar a retenção do ICMS devido por substituição tributária, de todas as vendas para o Estado da Bahia, através da inscrição de contribuinte substituto na Bahia, com inscrição estadual nº 67.471.883 CS, o que fez com que as empresas baianas passassem a receber os produtos com o ICMS retido na fonte. Que, no mês de março/2006, foi criada uma filial distribuidora dos produtos do “Boticário” na Cidade de Vitória da Conquista, no Estado da Bahia, processo nº 014674/2006-0, com razão social “Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza LTDA”, com CNPJ/MF nº 06.147.451/0009-90 e Inscrição Estadual nº 68.016.147 NO, a qual passou a se responsabilizar pela distribuição dos produtos para o Estado da Bahia e o recolhimento centralizado do ICMS.

O autuante prossegue informando que, de março/2004 a setembro/2004, período do início da cobrança da antecipação parcial do ICMS, o contribuinte recolheu regularmente esta antecipação. Mas que, em setembro/2004, empresas franqueadas da empresa “Boticário” ingressaram com pedido de concessão de liminar judicial para suspensão do pagamento da antecipação parcial a partir de outubro/2004. Que o autuado não pagou a antecipação parcial no período de outubro/2004 a março/2005, voltando a pagar a partir de abril/2005, conforme extrato às fls. 79 e 80, por orientação do grupo “Boticário”, porque este grupo pretendia obter, junto à SEFAZ/BA, um Termo de Acordo de Regime Especial de Substituição Tributária, que consistia na antecipação do recolhimento do imposto pela franqueadora, com alteração da base de cálculo. Que uma das premissas para a concessão deste Regime Especial seria a inexistência de pendências judiciais questionando cobranças de ICMS. Que, por orientação do grupo “Boticário”, não só o autuado, como todos os franqueados cadastrados na INFRAZ Alagoinhas, voltaram a recolher o ICMS devido por antecipação parcial a partir de abril/2005, ocorrendo que quase todos compareceram à repartição fiscal para efetuar os parcelamentos das antecipações parciais relativas ao período de outubro/2004 a março/2005. Que o mencionado Termo de Acordo foi concedido, com vigência iniciada a partir de 01/11/2005. Que, por este motivo, a pendência judicial citada pelo autuado, Mandado de Segurança, não está mais com ciclo de vida ativo, por ter havido desistência, e que, após o mencionado Termo de Acordo de Regime Especial de Substituição Tributária, a antecipação parcial deixou de existir para os produtos da empresa “Boticário”. O autuante traça relatório de recolhimentos de ICMS devido por antecipação parcial, no período de março/2004 a novembro/2005, pelo autuado, às fls. 227 e 228.

O preposto do Fisco aduz que, conforme demonstrativo do cálculo da antecipação parcial, às fls. 13 a 78, foi exigido o ICMS à alíquota de 10% sobre a base de cálculo, tal como postula o advogado da defendant, correspondente à diferença entre o débito de ICMS (17%), e de crédito de ICMS (7%), pelo que o cálculo elaborado na ação fiscal está correto. Aduz, ainda, que os dados utilizados para a confecção das planilhas de débito da infração 02 foram obtidos dos arquivos magnéticos do fornecedor “Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza LTDA”, com CNPJ/MF nº 06.147.451/0004-85, através de filtragem das vendas no Registro 54, deste fornecedor para o autuado dos meses de outubro/2004 a março/2005. Diz que não houve excesso de exação, não tendo sido incluídas, no levantamento do débito, as mercadorias com CFOP 6910, não sujeitas à antecipação parcial. Que os dados das notas fiscais de março/2005, tal como os dados das notas fiscais dos outros meses, foram obtidos dos mencionados arquivos magnéticos. Que as notas fiscais de março/2005 existem, tendo sido apresentada a Nota Fiscal nº 8860, e não tendo sido apresentadas

as Notas Fiscais nºs 8851 e 9082, pelo contribuinte, mas que todos os dados das notas fiscais de outubro/2004 a março/2005, obtidos nos arquivos magnéticos, e usados nas planilhas do Fisco, conferem com os dados das notas fiscais impressas, cujas cópias encontram-se anexadas ao processo. Conclui reafirmando que não procedem os argumentos defensivos, não tendo sido apresentados elementos que demonstrassem equívocos nos dados da ação fiscal, e pedindo a declaração de sua procedência.

À fl. 233, considerando que o autuado alegara, dentre outros pontos, o ajuizamento do Mandado de Segurança nº 5.541.873/04, com concessão de medida liminar em 10/11/2004, e sentença prolatada e publicada em 05/04/2005, no sentido de que a Fiscalização, em relação ao autuado, não lançasse os débitos tributários referentes à antecipação parcial do ICMS, afirmando que este MS encontrava-se em grau de recurso no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e que, conforme expresso na sentença prolatada, à fl. 215, fôra concedida a Segurança pleiteada na peça vestibular, consoante Relatório à fl. 208, tendo sido requerida medida liminar no sentido de que fosse determinada a não lavratura de Autos de Infração relativas à antecipação parcial de ICMS, até o desate da lide, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou por converter o processo em diligência à PGE/PROFIS solicitando Parecer Jurídico informando se existia óbice quanto ao julgamento administrativo e prosseguimento regular do PAF, no que se refere à infração 02.

A PGE/PROFIS, às fls. 234 a 238, emite Parecer concluindo que “falece qualquer dúvida acerca da possibilidade do Estado-Administração prosseguir no trâmite regular do Processo Administrativo Fiscal e, por consequência, de proferir julgamento administrativo do feito, uma vez que a norma esculpida no art. 151, IV, do CTN impede apenas e tão-somente a exigibilidade do débito objeto de decisão acautelatória, restando indene de qualquer obstáculo o andamento normal do processo administrativo fiscal.”, transcrevendo o teor do artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil – CPC; trecho do Recurso Especial nº 75075 do STJ/RJ; e artigo 117, §1º, inciso II, do RPAF/99, manifestando-se “pela remessa do presente feito à DARC para inscrição em Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113 do RPAF, uma vez que operada a efetiva desistência da impugnação ofertada pelo sujeito passivo da presente relação obrigacional.”

À fl. 231, consta extrato emitido pelo Sistema SIGAT/SEFAZ com recolhimento, na data de 15/10/2007, do valor principal de R\$4.688,26, correspondente ao débito da infração 01.

## VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, por encontrarem-se no processo todos os seus pressupostos de validade, estando definidos com clareza o autuado, as imputações e o montante do crédito tributário exigido, tendo sido anexados ao processo os demonstrativos que embasaram o lançamento de ofício, não estando o mesmo incorso nas hipóteses do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado em 03/04/2007 e exige ICMS em razão de duas imputações.

Quanto à primeira infração, lastreada no demonstrativo de fls. 08 e 09, o contribuinte a confessa, tendo providenciado o recolhimento do débito lançado de ofício, conforme extrato emitido pelo Sistema SIGAT/SEFAZ , à fl. 231, pelo que a considero procedente, inexistindo controvérsias.

No que tange à segunda infração, falta de recolhimento de ICMS no valor histórico de R\$26.496,55, devido por antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de outubro/2004 a março/2005, com demonstrativos do levantamento fiscal às fls. 13 a 78, o autuado, dentre outros pontos, informou o ajuizamento do Mandado de Segurança nº 5.541.873/04, com concessão de medida liminar em 10/11/2004, e sentença prolatada e publicada em 05/04/2005, em primeira instância judicial, no sentido de que a Fiscalização, em relação ao autuado, não lançasse os débitos tributários referentes à antecipação parcial do ICMS.

Em resposta a consulta formulada por esta 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, a PGE/PROFIS emitiu Parecer às fls. 234 a 238, consoante exposto no Relatório que antecede este voto, no sentido do encaminhamento do PAF para inscrição do débito em Dívida Ativa, por estar prejudicada a impugnação administrativa da autuação, nos termos do artigo 117 do RPAF/99, com a escolha da via judicial, pelo contribuinte, para discussão sobre a mesma matéria objeto do lançamento de ofício.

A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa, e na desistência da impugnação e de recurso interposto, conforme determinações do mencionado artigo 117 do RPAF/99, e do artigo 126 do Código Tributário do Estado da Bahia.

Todavia, embora o ato administrativo do lançamento seja vinculado, não podendo deixar de ser constituído, consoante o entendimento exarado pela PGE/PROFIS, a exigibilidade do crédito tributário apurado ficará suspensa até a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, nos termos do artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil.

Concluo que, em relação ao mérito da infração 02, foram indicados no Auto de Infração os dispositivos legais previstos na legislação tributária estadual, que prevê o recolhimento de ICMS devido por antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, mas, no entanto, a análise do mérito desta imputação, e de sua defesa, fica prejudicada pelo fato de o autuado estar discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para adoção das providências de sua alçada.

Quanto à multa por descumprimento de obrigação principal, e à exigência de acréscimos moratórios decorrentes da autuação, o autuado aduz que, estando amparado por ordem judicial, não pode ser apenado como se estivesse inadimplente, e requer que os mesmos sejam excluídos da exigência fiscal.

Conforme exposto anteriormente, o contribuinte obteve concessão de medida liminar em 10/11/2004, e sentença prolatada e publicada em 05/04/2005, no Mandado de Segurança nº 5.541.873/04, ajuizado na nona Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, no sentido de que a Fiscalização, em relação ao autuado, não lançasse os débitos tributários referentes à antecipação parcial do ICMS. Contudo, estando esta decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição, só haverá infração se a mesma não for confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, nos termos do artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil. A contrário senso, caso ocorra a confirmação da sentença pelo Tribunal de Justiça, não haverá infração e nem multa.

O RPAF/BA, no seu artigo 39, determina que o Auto de Infração conterá, dentre outras coisas, a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, a alíquota e o percentual da multa cabível, dispositivos tidos como infringidos em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente. Dessa forma, na lavratura do Auto de Infração, o Fisco estadual não pode efetuar o lançamento do crédito tributário sem a imposição da multa correspondente.

Quanto aos acréscimos moratórios e atualização monetária, entendo que, para se prevenir do seu pagamento em decorrência de uma possível decisão judicial desfavorável, do crédito tributário que teve a sua exigibilidade suspensa por força de decisão de primeira instância sujeita ao duplo grau de jurisdição, o contribuinte poderia fazer o depósito judicial do imposto exigido, o que conduziria em conversão do depósito em renda do Estado, extinguindo, assim, o crédito tributário, os acréscimos moratórios e atualização monetária. Caso a decisão judicial venha ser favorável ao contribuinte, é assegurado a restituição do depósito judicial, com os devidos acréscimos moratórios e atualizado monetariamente.

Assim, em relação ao imposto, entendo que provisoriamente está suspensa sua exigibilidade, por proteção judicial, mas que, se a lide for julgada de forma desfavorável ao contribuinte, o crédito tributário deverá ser atualizado monetariamente, acrescido dos juros de mora e atualização monetária previstos na legislação estadual.

Portanto, em relação à multa, acréscimos moratórios, e atualização monetária decorrentes do débito objeto 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. A multa exigida por descumprimento da obrigação principal referente à infração 02 é a prevista no artigo 42, inciso I, alínea “b”, item 1, do artigo 42 da Lei 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 artigo 101, § 3º e 102, § 1º, ambos 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 da multa por descumprimento de obrigação principal, caso a sentença da nona Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador não seja confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, nos termos do artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil.

Defesa PREJUDICADA, em relação à infração 2, e Auto de Infração PROCEDENTE, quanto à infração 1 e quanto à multa e acréscimos moratórios, ficando suspensa a exigibilidade do crédito referente à infração 2 até decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADA a defesa apresentada no que tange à obrigação tributária principal relativa à segunda infração no valor de R\$26.496,55, e PROCEDENTE em relação à primeira infração no valor de R\$4.688,26, e às penalidades e cominações legais concernentes ao Auto de Infração nº 269101.0016/07-7, lavrado contra ACQUA FRESCA PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA, devendo ser homologado o valor já recolhido. Após cientificado o autuado da presente decisão, 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 sentença da nona Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador não seja confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, nos termos do artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil, 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, 21 de julho de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR