

PROCESSO - A. I. N° 297895.0163/07-9
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURS VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JFJ nº 0120-03/08
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 14/04/2009

1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0066-11/09

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO ACATAMENTO DA EXTINÇÃO DO PROCESSO. NOVA DECISÃO. Reformada a Decisão de Primeira Instância que concluiu pela extinção do processo administrativo fiscal em virtude da propositura de medida judicial pelo sujeito passivo. Comprovado que o objeto do Mandado de Segurança impetrado refere-se apenas à cobrança do imposto estadual e não ao objeto da impugnação, que é relativo também à aplicação da multa e dos acréscimos moratórios sobre o débito exigido. Devolvam-se os autos ao órgão prolator da Decisão reformada para novo julgamento. Recurso **NÃO PROVIDO**. Declarada de ofício a **NULIDADE** da Decisão recorrida. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão prolatada pela 3ª JFJ, Acórdão nº 0120-03/08, que declarou a extinção do processo, em face de o contribuinte ter optado pela discussão da autuação na via judicial. O Auto de Infração lavrado em 16/11/2007, na fiscalização ao trânsito de mercadorias, exige 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 e que não possui regime especial. ICMS lançado no valor de R\$8.101,36, acrescido da multa de 60%. Termo de Apreensão e Ocorrências nº 297895.0163/07-9 às fls. 05/06.

Em seu relatório datado de 28/04/2008, a ilustre JFJ cita que em sua peça inicial, o autuado impugnou o lançamento, considerando ter ajuizado Mandado de Segurança, tendo sido deferida Medida Liminar determinando que o Erário Público “*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*”.

Observam que o lançamento de ofício exigiu a diferença do ICMS não recolhido pelo autuado, na qualidade de contribuinte substituto, referente a 800 sacos de 50 kg cada, contendo farinha de trigo adquirida em outra Unidade da Federação, Estado do Paraná, não signatária do Protocolo ICMS 46/00, conforme Nota Fiscal nº 4650, à fl. 07, e Conhecimento Rodoviário de Transporte de Cargas - CTCR nº 00591, à fl. 08, e ressaltam que a mercadoria está sujeita ao regime da antecipação tributária.

Aduzem que, de conformidade ao afirmado tanto pelo autuado como pelo autuante, no demonstrativo de débito à fl. 03 destes autos, foi utilizada a pauta fiscal prevista para a operação,

a qual indica o valor de R\$76,76 para cada unidade de medida de 50 kg de farinha de trigo especial, mercadoria compreendida na Nota Fiscal nº 4650, à fl. 07.

E destacam que apesar do autuado estar protegido por Medida Liminar de Mandado de Segurança, concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública (fl. 20), 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, cabe observar que no procedimento administrativo, através o qual se realizam a atividade e os fins da administração tributária, visando à aplicação ou à interpretação da legislação tributária estadual, o mesmo está subordinado e vinculado a leis complementares, convênios e outros atos normativos oriundos da administração tributária estadual, cabendo aos prepostos do Estado, na instauração, preparo, instrução, tramitação e Decisão do processo administrativo, o atendimento aos princípios da oficialidade e da legalidade objetiva.

Entendem os ilustres julgadores que 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, declaram extinto o presente processo administrativo, restando prejudicada a defesa apresentada, indicando que o CONSEF deve se abster 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.

O Recurso Voluntário interposto por advogados do recorrente, ressalta ao início restar claro o não impedimento ao lançamento do crédito tributário, porém diferente dos moldes pretendidos pelo fisco, pois que ainda admitindo-se como legal o referido lançamento, resulta a constatação da ilegalidade de cobrança de multa e de acréscimos moratórios quaisquer, em face do recorrente não estar em situação de inadimplente junto à Fazenda Pública Estadual.

Neste diapasão, o recorrente cita a Decisão de Primeira Instância, na qual é destacada a concessão de Liminar em Mandado de Segurança, para os fins de o Estado se abster de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pela Instrução Normativa nº 23/05, permitindo o recorrente pagar o imposto sobre o preço real das mercadorias.

Tratam da distinção entre os objetos da impugnação e o do Mandado de Segurança. Classificam de equivocada a referida constatação citada na Ementa do Acórdão correspondente, pois a impugnação e o Mandado de Segurança não possuem o mesmo objeto. Aduzem que nos termos do art. 151, IV do CTN, bem como na Lei nº 9430/96, arts. 63 e § 2º, se é legítima a constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício, totalmente ilegítima resta a formalização desse crédito acrescido de penalidades. Concluem que se preventivamente obtiveram a suspensão, mediante Liminar em Mandado de Segurança, é óbvio não poderem ser apenados por não ter pago o imposto, conforme pretende a fiscalização.

Desta forma, destacam não poder ser declarado extinto o PAF relativo ao auto em comento, em face de clara distinção entre os citados objetos da impugnação e o Mandado de Segurança ajuizado.

Seguem descrevendo em seu Recurso Voluntário, os já vistos tópicos relativos à impossibilidade de se exigir multa e acréscimos moratórios, por não estarem inadimplentes; nominam de absurda a declaração de prejudicada a defesa apresentada em virtude da escolha da via judicial, pois que isso em momento algum ocorreu.

Encerram o Recurso Voluntário, confiando sejam acolhidas as razões do recorrente.

Parecer esposado pela PGE/PROFIS às fls. 52 a 56, ao início, verifica acertada a ação fiscal, a qual consistiu na aplicação da pauta fiscal, conforme última parte do §2º do art. 506-A, o qual transcreve, concluindo restar procedente o presente Auto de Infração.

Destaca, também, a correção na Decisão de Primeira Instância, pois com base no art. 117 e segs. do RPAF/99, caberia o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para fins de inscrição em dívida ativa do Estado, e frente à resistência do contribuinte e sua opção pela discussão na via judicial, foi óbvia sua renúncia ao direito de defesa na via administrativa.

Entretanto, foi obtida a suspensão de execução de liminar proferida no Mandado de Segurança em comento, de nº 745334-8/2005, através do Processo nº 27566-7/2008, publicada a Decisão no DOE de 04 de junho de 2008, restaurando a possibilidade de julgamento por este CONSEF da matéria objeto da autuação em testilha.

Opina a ilustre procuradora da PGE/PROFIS, Dra. Sylvia Amoêdo, que deve este CONSEF julgar Prejudicada a análise do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, e determinar a reforma da Decisão de 1ª Instância para que o PAF retome o seu curso normal, retornando à instância anterior para julgamento de mérito, para o que todos os fundamentos de fato e direito encontram-se abordados no presente Parecer.

Na sentada de 24 de julho de 2008, esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal converteu o julgamento destes autos em diligência à PGE/PROFIS, para adoção das seguintes providências:

- a) Trazer aos autos cópia da Decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça, relativa ao Pedido de Suspensão de Segurança nº 27566-7/2008, com comprovante de intimação ao contribuinte;
- b) Remeter os autos à Secretaria do CONSEF para verificar se, após a suspensão dos efeitos da liminar, foi o contribuinte intimado a efetuar o pagamento do débito lançado, sem a incidência de multa por descumprimento da obrigação principal;
- c) Caso a providência citada em b) acima não tenha sido tomada, a Secretaria do CONSEF deverá intimar o contribuinte informando não existir mais óbice a regular cobrança do imposto lançado, concedendo o prazo de 20 (vinte) para o recolhimento do tributo sem a incidência de multa, com os acréscimos legais, advertindo que ultrapassado esse prazo, a autuação permanecerá no montante integral inicialmente lançado;
- d) Efetivada a intimação prevista no item anterior, retornem os autos à PGE/PROFIS para emissão de novo Parecer conclusivo, caso aquele órgão jurídico entender necessário.

Novo Parecer elaborado pela ilustre procuradora Dra. Sylvia Amoêdo, às fls. 61 a 63 dos autos, modifica Parecer anterior, sob a consideração que a matéria de mérito ainda resta prejudicada na sua análise pelo CONSEF, ante a via judicial escolhida pelo contribuinte, consoante art. 117 do RPAF/99.

Finaliza a ilustre procuradora, citando que não deve ser provido o presente Recurso Voluntário na questão aventada sobre a incidência de multa e de acréscimos moratórios, em relação à matéria do mérito da autuação. Entende, por correto, não merecer reforma o julgamento de 1ª Instância.

Em nova diligência foram convertidos os autos, na data de 25 de novembro de 2008, à Secretaria do CONSEF, para que na ausência de quesitos não atendidos na Diligência anterior, às fls. 57 dos autos, fossem tomadas as seguintes providências:

1. Verificar se o contribuinte foi intimado a efetuar o pagamento do débito lançado, sem a incidência de multa por descumprimento da obrigação principal, haja vista a suspensão da Decisão liminar que impetrou;

2. Caso assim não tenham procedido, expedir intimação ao contribuinte, informando que em virtude do deferimento do pedido de suspensão de segurança formulado pelo Estado da Bahia, tombado sob o nº 27566-7/2008, não existe nenhum óbice a regular cobrança do imposto lançado, e por isso, concede-se o prazo de 20 (vinte) dias para recolhimento do tributo sem a incidência de multa por descumprimento da obrigação principal, e com os acréscimos legais devidos, advertindo que ultrapassado esse prazo, a autuação prosseguirá no montante integral inicialmente lançado;
3. Na oportunidade, se efetuado o recolhimento do débito tributário, adicionar ao PAF a devida comprovação;
4. Tomadas todas as providências aqui delineadas, deverão retornar os autos à PGE/PROFIS para nova análise e emissão de Parecer conclusivo, caso julgarem necessário.

Às fls. 73 verso, as ilustre procuradora da PGE/PROFIS, Dra. Sylvia Amoêdo assim se pronuncia: *“Reiteramos o Parecer de fls. 61 e segs, em sua totalidade, pois entendemos que o não atendimento do contribuinte às intimação do CONSEF para pagamento do imposto devido sem a multa, em nada altera a situação jurídica já existente.”*

VOTO

Observo na análise do presente PAF, terem sido cumpridas todas as formalidades legais, tendo a autuação sido precedida de Termo de Apreensão de Mercadorias nº 297895.0163/07-9, às fls. 05, relativo a 800 sacas de farinha de trigo, sem recolhimento do imposto antecipado na primeira repartição fiscal do Estado, as quais não foram retidas tendo em vista liminar em Mandado de Segurança relativo ao Processo nº 745334-8/2005 da 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador.

A exigência fiscal originou-se do não recolhimento do imposto, na entrada de mercadorias providas de outras unidades da Federação, totalizando de R\$8.101,36, mais multa de 60%.

Corretamente aplicados os ditames da Instrução Normativa nº 23/05, vigorando desde 01/05/2005, os quais estabelecem que na determinação da base de cálculo do ICMS incidente na antecipação tributária sobre operações com farinha de trigo vinda do exterior, ou de outras unidades da Federação não signatárias do Protocolo ICMS 46/00, se considerarão os valores constantes do Anexo I da mencionada Instrução Normativa, competindo ao destinatário o pagamento do imposto.

Por seu turno, o art. 506-A, § 2º do RICMS/BA prevê que a base de cálculo para aplicação na espécie em análise é o valor da operação própria, realizada pelo remetente ou fornecedor, adicionado dos demais valores absorvidos pelo adquirente (seguros, fretes, IPI, outros encargos), em cujo montante é adicionada a MVA de 76,76% para obtenção de valor resultante, se este não for menor ou inferior aos valores mínimos fixados pela SEFAZ, por unidade de medida (Protocolo ICMS 26/92 e 46/00).

Considerando que a Suspensão da Liminar no Mandado de Segurança nº 27566-7/2008, consoante publicação no Diário do Poder Judiciário de 04 de junho de 2008, ainda não extinguiu a lide, continua a sua opção judicial.

Em seu Recurso Voluntário o contribuinte limita-se a impugnar a multa e os acréscimos moratórios decorrentes, sob o argumento de que o Mandado de Segurança havia sido impetrado preventivamente e a sua conduta de não pagar o imposto estava acobertada por Decisão judicial.

Ocorre que, consoante se depreende da intimação de fls. 70 e do aviso de recebimento (AR) à fls. 71 dos autos, o contribuinte foi intimado em segunda instância para efetuar o pagamento do tributo sem a incidência dos encargos questionados pelo mesmo, quedando-se, todavia, silente.

Assim, não pode ser acatada a sua tese recursal, uma vez que a espontaneidade foi devolvida ao contribuinte e este, voluntariamente não recolheu o tributo, caracterizando-se a mora e cedendo o ensejo à cobrança dos consectários.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, de ofício, decretar NULA a Decisão recorrida, devendo os autos retornar à Primeira Instância para efetuar novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 297895.0163/07-9, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo os autos retornar à Junta de Julgamento Fiscal para efetuar novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS