

PROCESSO - A. I. 206902.0016/03-2
RECORRENTE - QUITÉRIA MEDEIROS DE SOUZA ROCHA (CALCEBEM)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2^a JJF nº 0371-02/06
ORIGEM - INFRAZ PAULO AFONSO
INTERNET - 05/03/2010

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0024-12/10

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS EXISTENTES NO ESTOQUE NO MOMENTO DO ENQUADRAMENTO NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Os contribuintes distribuidores, atacadistas ou revendedores, inclusive varejistas de calçados, deverão ajustar seus estoques às regras de substituição ou antecipação tributária, prevista no Decreto nº 8.413/02. O contribuinte, apesar de ter denunciado espontaneamente o imposto devido, deixou de efetuar o pagamento do débito, sendo cabível a exigência de ofício. Defesa prejudicada quanto à 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. 2. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE 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, 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). Deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de vinte dias, sem incidência das penalidades moratórias, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo. Mantida a Decisão de primeira instância. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão exarada pela 2^a Junta de Julgamento Fiscal que, através do Acórdão JJF nº 0371-02/06, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O presente lançamento de ofício exige ICMS no valor de R\$ 120.973,50 de imposto, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de antecipação tributária do ICMS, relativo ao estoque de calçados, referente ao mês de junho de 2003, conforme documentos às fls. 06 a 14.

Consta na descrição dos fatos o seguinte esclarecimento: “*Embora tenha anulado corretamente o ICMS devido sobre o estoque de calçados existentes em 28/02/2003, o fisco em 09/06/2003, através do processo nº 437.951/2003-3, recolheu a aplicado deliberadamente a alíquota de 8,5% em vez de 17%, contrariando o Decreto nº 8.413/02. Também não prestou denúncia espontânea do imposto e a*

(vinte e uma) parcelas, fazendo constar no campo “informações complementares” dos DAE’s referentes às parcelas 01, 02 e 03 que o pagamento foi feito conforme Dec. N° 7.902/01 (o qual se refere ao estoque de autopeças, e não de calçados); e que moveu uma ação judicial de n° 140.03.000458-8, contra o Estado.”

Em sua peça defensiva, o autuado inicialmente destacou a existência dos requisitos de admissibilidade de sua impugnação, com fulcro nos arts. 14 e 15 do Decreto n° 70.235/72, combinados com os arts. 58, I, e 66 da Lei n° 9.784/99.

Em seguida, arguiu a nulidade da autuação com base na preliminar de que o lançamento foi formalizado pelo sujeito ativo da obrigação tributária, contemplando dois atos distintos – exigência de um tributo devido e outro, no qual foi reconhecida uma pretensa infração à legislação tributária. Teceu comentários sobre a diferença entre obrigação tributária e crédito tributário, inclusive na visão do professor Paulo de Barros Carvalho.

Comentou sobre a eficácia da notificação do lançamento e invocou o art. 10, I a VI, do Dec. n° 70.235/72, para argumentar que, nos autos, não existe qualquer comprovação de que o Auto de Infração fora lavrado por servidor competente, pois não consta a indicação do cargo ou função da suposta autoridade, nos termos do inciso VI do citado dispositivo legal. Além disso, salientou que a notificação do lançamento não obedeceu às disposições contidas no Art. 11, do citado diploma legal.

No mérito, alegou que está sendo exigido o cumprimento de obrigação tributária em valor superior ao imputado à outra categoria de contribuinte, inobservando a capacidade contributiva semelhante, consubstanciada no art. 145, § 1º da Constituição Federal.

Transcreveu o art. 4º. I, “a”, “b”, “c”, 1 e 2, “d” e “e”, do Decreto n° 7.902 de 07/02/2001, e o art. 12, I, “a”, “b” e “c” do Decreto n° 8.412 de 30/12/2003, para argumentar que os referidos dispositivos contrariam preceitos constitucionais, pois tratam, de forma desigual, contribuintes com a mesma capacidade contributiva, disciplinando a cobrança de imposto de maneira distinta para as categorias semelhantes.

Esclareceu que recolheu o ICMS com base na alíquota estabelecida no Decreto n° 7.902/2001, por entender que faria jus à aplicação do Princípio da Igualdade Tributária assegurado pelo art. 150, II, CF/88.

Informou que, inconformado com o tratamento diferenciado nas normas citadas, impetrou Mandado de Segurança contra o ato do Sr. Diretor de Planejamento e Fiscalização da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, conforme documentos às fls. 38 a 58, pleiteando o seguinte:

- a) adicionar aos valores das mercadorias em estoque, a margem de valor adicionado de 34% (trinta e quatro por cento), tomando por base o preço de aquisição mais recente;
- b) aos totais calculados na forma da alínea anterior aplicar o percentual de 8,5% (oito e meio por cento);
- c) compensar o valor do débito apurado na forma da alínea anterior com saldo credor eventualmente existente na escrita fiscal em 28/02/2003;
- d) não sendo totalmente compensado o débito, nos termos da alínea anterior, efetuar o recolhimento do imposto devido em 21 (vinte e uma) parcelas iguais e sucessivas, vencendo a primeira no dia 30/06/2003 e as demais no dia 20 (vinte) de cada mês.

Considerou descabida a multa de 60% que foi aplicada pela acusação que lhe fora imputada, por considerá-la confiscatória e por entender que, se houve a falta de recolhimento do imposto, este decorreu da ilegalidade na cobrança do imposto com base no Decreto n° 8.413/2002.

Por fim, pediu a extinção do crédito tributário, ou, caso contrário, a

O autuado requereu o parcelamento do saldo devedor decorrente (dezoito) parcelas, no total de R\$ 55.388,70.

No Parecer emitido pelo Inspetor da INFRAZ de Paulo Afonso, foi esclarecido que a ação fiscal que resultou no Auto de Infração decorreu do cumprimento da ordem de serviço da DPF – Diretoria de Planejamento da Fiscalização, sendo o contribuinte enquadrado às regras da antecipação tributária prevista no art. 12 do Decreto nº 8.413/2002, uma vez que o mesmo apresentou apenas a relação do estoque existente em 28/02/2003, na forma da alínea “a”, do referido diploma legal, culminando com a lavratura do Auto de Infração.

Salientou que o autuado abandonou a via administrativa de defesa do Auto de Infração, impetrando mandado de segurança para reclamar isonomia de direitos, tendo em vista que o Decreto nº 7.902/01, que enquadrou o ramo de peças e acessórios novos, para uso em veículos automotores, dispensa tratamento tributário mais vantajoso, tendo obtido a segurança pleiteada através do Processo nº 14003000458-8/M do Juízo de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública, Dr. Gesivaldo Nascimento Britto, Juiz de Direito Substituto da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/Ba, sendo proferida Sentença, nos autos do mandado de segurança, nos seguintes termos:

“..e de tudo o mais que consta dos autos, julgo PROCEDENTE a ação mandamental em toda a sua inteireza para conceder a segurança pleiteada e, assim determinar a autoridade indigitada coatora que se abstenha da prática de quaisquer atos no sentido de obstaculizar o direito das Impetrantes de desfrutarem os mesmos benefícios facultados aos comerciantes de peças, pelo princípio da isonomia, em razão do Decreto nº 7.902/01, ou seja, calcular e, por via de consequência, recolherem o ICMS decorrente de seus estoques com MVA de 34%, e alíquota de 8,5%, compensando assim e ainda, o valor apurado, com saldo credor eventualmente existente na escrita fiscal de 28/02/2003, com prazo de recolhimento de vinte e um (21) meses, sob pena de total afronta ao princípio constitucional referido”.

Concluiu dizendo que o processo deveria ser encaminhado para a PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

Examinando o controle da legalidade do presente processo, os autos foram encaminhados ao CONSEF para fins de cumprimento ao disposto do artigo 176, do RPAF/99.

O autuante justificou que somente agora é que foi encaminhado o processo para produzir a informação fiscal. Disse que o motivo da autuação está justificado na folha 2 do processo, seguida do cálculo do ICMS e da diferença reclamada.

Quanto a arguição de nulidade, no sentido de que fosse obedecido o princípio constitucional da igualdade, concedendo o direito de o contribuinte utilizar a alíquota de 8,5%, o preposto fiscal frisou que não foi incompetente para a lavratura do Auto de Infração e que procedeu corretamente, aplicando a alíquota de 17%, dando cumprimento à legislação tributária.

Pidiu, ao final, a manutenção do Auto de Infração.

Através do Acórdão JJF nº 0371-02/09, decidiu a 2ª Junta de Julgamento pela Procedência do presente Auto de Infração, sob o entendimento de que:

“(...)”

Observo que a 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador reconheceu que o tratamento deveria ser o mesmo previsto para autopeças. Porém, a Decisão exarada trata-se de liminar, que representa uma Decisão judicial provisória, cujos efeitos jurídicos só se propagam perante as partes impetrantes.

Contudo, considerando que o autuado possuía liminar e sentença em mandado de segurança através do Processo nº 140.03.000458-8, determinando o pagamento do ICMS com base no Decreto nº 7.902/01, o auditor fiscal autuante cumprindo ordem de serviço constituiu o crédito tributário, por meio deste lançamento, para resguardar o direito do fisco em razão da decadência. Todavia, consoante o entendimento exarado pela PGE/PROFIS e por este CONSEF, a exigibilidade do crédito tributário apurado ficará suspensa em obediência à citada liminar, até a Decisão final proferida pelo Poder Judiciário.

O CONSEF tem entendido, em matérias semelhantes, que, consoante o disposto no artigo 126, do COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia e no artigo 117, do RPAF/99, “a pessoa sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa, impugnação ou Recurso acaso interposto”.

Por outro lado, o inciso II do § 1º do artigo 117 do RPAF/99 determina que a DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no artigo 113, impõe

no momento em que se tomar conhecimento da existência da ação judicial quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo, o que é o caso deste lançamento.

Nestas circunstâncias, concluo, com base no artigo 117, do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8.001/01, que em relação ao mérito da autuação, ou seja, exigência da obrigação principal, sua análise fica prejudicada pelo fato do autuado estar discutindo a matéria no âmbito do poder judiciário, devendo o processo ser remetido para a PGE/PROFIS para a adoção das providências de sua alcada.

Quanto a multa pelo descumprimento da obrigação principal e acréscimos moratórios, observo que tais questões não foram objeto do mandado de segurança, e portanto, cabe a sua apreciação neste processo. O autuado arguiu a inaplicabilidade da multa, por considerá-la confiscatória, e por entender que houve o recolhimento devido e calculado pela legislação aplicável.

Cumpre observar, que neste processo, não há porque se falar em adimplência, pois a exigência da multa e dos acréscimos moratórios só não ocorrerá se a Decisão judicial for desfavorável ao Estado, ou seja, se for julgada insubstancial a autuação. Desta forma, a aplicação da multa e dos acréscimos moratórios por serem consequência direta da falta de recolhimento do imposto que resultou no Auto de Infração objeto deste processo, está em conformidade com o artigo 42, inciso II, alínea "d", da Lei nº 7.014/96, não havendo contemplada a sua dispensa nesta instância de julgamento administrativo, a menos que em atenção ao apelo de equidade pela Câmara Superior do CONSEF. No tocante aos acréscimos tributários, sendo a sentença judicial desfavorável ao contribuinte, cabe-lhe requerer em juízo a sua dispensa.

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 20 (vinte) 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.

Face ao exposto, a defesa fica prejudicada quanto ao exame de seu mérito, e o Auto de Infração é PROCEDENTE, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário, cabendo à PGE/PROFIS tomar as medidas cabíveis."

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual inicialmente tece considerações a respeito dos requisitos de admissibilidade do Recurso apresentado, bem como dos fatos que norteiam a presente autuação.

Diz que a Decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança pelo mesmo ajuizado é definitiva – e não provisória -, como decidiu a 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou prejudicada a impugnação apresentada pelo contribuinte.

Afirma que prestou denúncia espontânea do imposto devido, não tendo infringido as disposições contidas no Decreto n. 8.413/2002, conforme se faz demonstrar através da documentação acostada à peça recursal, não havendo, pois, que se cogitar da multa aplicada ao contribuinte. Aduz que, sendo mantida a Decisão que concedeu a segurança, não haverá como prosperar a aplicação de multa de 60%, absolutamente confiscatória, em face do que preceitua o art. 42, II, d, cujo teor transcreveu. Ressalta que, se houve o recolhimento do imposto devido, não há que se falar em legitimidade para aplicação de qualquer multa. Transcreve escólio de Ricardo Lobo Torres, para justificar a necessidade de afastamento da multa exigida.

Ao final, pede a nulidade da Decisão recorrida, a fim de que seja reconhecida a inexistência do crédito tributário, uma vez que a sua constituição foi feita em desrespeito às exigências legais, mormente ainda porque todos os impostos devidos pelo impugnante foram devidamente recolhidos. Além disso, propugna pela improcedência do Auto de Infração, devendo ser declarada extinta a obrigação tributária.

A PGE/PROFIS solicita à PGE/PROFIS/JUDICIAL (fl. 147) informações sobre o andamento do MS n. 140.03.000458-8, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública.

Em resposta, foi proferido Despacho (fl. 148v) pelo setor competente através do qual foi informado que “*o TJ acolheu, em sede de apelação, arguição de* Estado extinguindo (sic) o feito”, bem como que “*Foi negado seg* do Impetrante” e que “*O feito está arquivado*”, acostando aos f movimentação do processo.

A PGE/PROFIS emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, asseverando que “*Considerando que o MS n. 140.03.000458-8 foi extinto por decadência, pelo E. TJ/BA, estando o processo arquivado, conforme noticia o Procurador vinculado ao feito, a fl. 148v*”, o Recurso Voluntário não merece provimento.

VOTO

Reparo algum merece a Decisão recorrida.

Inicialmente observo que restou cabalmente comprovado nos autos que o Mandado de Segurança impetrado pelo recorrente foi extinto por decadência, em razão de Decisão prolatada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que acolheu preliminar de decadência suscitada pelo Estado da Bahia, tendo sido posteriormente arquivado.

No que pertine à multa pelo descumprimento da obrigação principal e acréscimos moratórios, tendo em vista que não foram objeto de discussão no aludido Mandado de Segurança, evidente a necessidade de sua discussão no presente PAF.

Ora, como corretamente asseverado pelo *a quo*, “*a aplicação da multa e dos acréscimos moratórios por serem consequência direta da falta de recolhimento do imposto que resultou no Auto de Infração objeto deste processo, está em conformidade com o artigo 42, inciso II, alínea ‘d’, da Lei nº 7.014/96, não havendo contemplada a sua dispensa nesta instância de julgamento administrativo, a menos que em atenção ao apelo de equidade pela Câmara Superior do CONSEF*”.

Assim é que, tendo ocorrido, no caso em apreço, a cassação da segurança concedida em primeira instância, deve a repartição competente intimar o autuado para quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) 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.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que considerou a defesa PREJUDICADA, no que tange à obrigação tributária principal, e PROCEDENTE, em relação às penalidades e cominações legais concernentes ao Auto de Infração nº 206902.0016/03-2, lavrado contra QUITÉRIA MEDEIROS DE SOUZA ROCHA (CALCEBEM), no valor de R\$120.973,50. Deve a repartição competente intimar o autuado para quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) 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 fevereiro de 2010.

CARLOS FABIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FI

Created with



nitroPDF® professional

download the free trial online at nitropdf.com/professional