

A. I. Nº - 298920.0007/03-3
AUTUADO - ROCHA E MEDEIROS LTDA.
AUTUANTE - HAROLDO ANSELMO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
INTERNET - 04. 03. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0028-01/10

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DISCUSSÃO JUDICIAL DA LIDE. Escolhida a via judicial pelo sujeito passivo, extingue-se o processo administrativo. Defesa do Auto de Infração **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/08/2003, exige ICMS no valor de R\$105.185,18, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária relativo ao ajuste do estoque de calçados com data de ocorrência em 30/06/2003.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 40/50), preliminarmente pedindo a nulidade do lançamento por entender que em um mesmo artefato, o Auto de Infração, se documentam dois atos, quais sejam tanto o lançamento tributário de ofício, como outro, onde se reconhece uma pretensa infração à legislação tributária, o que entende não ser possível, para isso reproduzindo lição do professor Paulo de Barros Carvalho.

Aduz, reproduzindo o art. 10 do Decreto nº 70.235/72, que o Auto de Infração é ineficaz porque no auto objeto de impugnação não existe comprovação de que fora lavrado por servidor competente, não constando a indicação do cargo ou função da suposta autoridade, nos termos do inciso VI da citada norma, pelo que se encontra eivado de vício formal.

Também, transcrevendo o art. 11 do referido decreto, diz que a notificação de lançamento não preenche as exigências legais quanto às formalidades a serem obedecidas.

No que se refere ao Direito, diz que no presente caso se está imputando ao contribuinte tratamento desigual por lhe está exigindo o cumprimento de obrigação tributária em valor superior à de outra categoria de contribuinte de capacidade contributiva semelhante, por força dos Decretos Estaduais nºs. 7.092/01 e 8.413/02, que disciplinam o regime de substituição tributária, os quais questiona, por entender contrariarem o princípio da igualdade inserto no art. 150, II da Constituição Federal.

Reproduzindo os artigos 4º do Dec. 7902/2001 que trata do ajuste de estoques para efeito da antecipação tributária dos contribuintes distribuidores, atacadistas ou revendedores, inclusive varejistas de peças e acessórios, novos, para uso em veículos automotores, e o 12 do Dec. 8.413/2002, que cuida do mesmo assunto, mas para contribuintes distribuidores, atacadistas ou revendedores, inclusive varejistas, de calçados, grupo a que pertence, fala que tais dispositivos são incompatíveis com o ordenamento jurídico por entender contrariarem preceitos constitucionais, no caso, lhe imputando maior ônus tributário.

Em face desse entendimento, diz que recolheu o ICMS com base na alíquota imposta pelo Decreto 7.902/2001 por entender fazer jus à aplicação do princípio da igualdade tributária conforme comprovantes que anexa, e para assegurar seus direitos impetrou Mar do Sr. Diretor de Planejamento e Fiscalização da Secretaria da F

Salienta que, inobstante tal circunstância, foi autuado em razão de não recolher o ICMS por antecipação tributária relativa ao ajuste do estoque de calçados, sendo-lhe aplicada multa pecuniária de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96, que entende ser confiscatória e desprovida de legalidade, pois no presente caso não há que se falar em não recolhimento.

Concluindo, requer que seja declarado extinto o crédito tributário, uma vez que entende que a sua constituição fora efetuada em desrespeito às exigências legais, e caso não seja esse o entendimento, pede, com base no art. 150, II, da CF, que seja considerado o recolhimento que efetuou nos termos do Dec. 7.902/01, considerando improcedente o Auto de Infração.

Vindo os autos a julgamento, conforme pedido de fl. 265, os autos foram baixados em diligência à Infaz de origem, com a seguinte disposição:

DILIGÊNCIA À INFAZ DE ORIGEM (AUTUANTE)

O Auto de Infração exige ICMS em face da falta de recolhimento da antecipação tributária relativo ao ajuste do estoque de calçados.

O autuado apresenta defesa às fls. 40 a 50 com preliminar de nulidade e quanto ao mérito discorda do critério adotado na autuação.

Verifica-se nos autos que houve decisão judicial liminar em Mandado de Segurança impetrado pelo contribuinte que, posteriormente, perdeu efeito.

Tendo em vista que os autos foram remetidos a julgamento sem que deles conste Informação Fiscal, esta 5ª JJF decidiu converter o processo em diligência ao autuante para que sejam adotadas as seguintes providências:

- a) Prestar a Informação Fiscal nos termos do §6º do art. 127 do RPAF;*
- b) Prestada a Informação Fiscal, a Repartição Fiscal deverá dela dar conhecimento ao contribuinte, entregando-lhe cópia consignando-lhe o prazo de 10 (dez) dias para que, querendo, sobre ela se pronuncie;*
- c) Após providências e transcorrido o prazo assinalado, retornar o PAF para julgamento.*

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

Atendendo à diligência, o autuante prestou a Informação Fiscal de fls. 268 a 270, entendendo que a autuação acha-se de acordo com a legislação tributária em vigor.

Quanto ao processo judicial e cassação de sua decisão liminar, diz que o contribuinte ingressou com o processo judicial de nº 140.03.000458-8 e recolheu vinte e uma parcelas de R\$2.696,38, totalizando R\$56.623,98 e que nesse total acham-se incluídas as três parcelas iniciais que foram recolhidas antes da lavratura do presente auto, que somam R\$8.089,14, sendo que as 18 finais totalizam R\$48.534,84, como se vê na planilha elaborada, a partir de relatório do Sistema INC (Doc. D, em anexo).

Seguindo, diz que embora o contribuinte tenha apurado inicialmente o ICMS de acordo com o art. 12 do Dec. 8.413/02 (vide fl. 10), em que a MVA para a mercadoria “calçados” é 35%, resolveu: a) ingressar com o Processo Judicial nº 140.03.000458-8; b) não atentar para as determinações contidas no art. 12 do Dec. 8.413/02, substituindo-as pelas contidas na Alínea “b”, do inciso I, do art. 4º, do Dec. 7.902/01; e no item 2, da alínea “c”, do mesmo artigo e decreto citados, referindo-se, respectivamente, à MVA de 34% (e não 35%); e à alíquota de 8,5% (e não 17%). Ressalta que o Dec. 7.902/01 destinou-se especificamente ao ajuste de estoque de peças automotivas, que não é o caso do autuado; e não a estoque de calçados, no entanto, o Juiz Titular e Sul concedeu a segurança pleiteada, para recolher o ICMS nos moldes do I 88 a 92 do PAF, decisão liminar que foi posteriormente reformada p

TJ/BA, extinguindo-se o mandado de segurança através da Apelação Civil nº 2.325-6/2004, como se vê às fls. 103 a 109, do PAF.

Em face disto, manifesta-se pela procedência do Auto de Infração.

Às fls. 282 a 290, o autuado volta a se manifestar nos autos argüindo que, inobstante a informação de fl. 268 que noticia o julgamento do Recurso de Apelação, impetrou Agravo de Instrumento perante a Presidência do Tribunal de Justiça da Bahia, objetivando a subida dos autos ao Superior Tribunal de Justiça em Brasília, para julgamento do Recurso Especial interposto (do. 01) e que não tendo o r. Acórdão transitado em julgado resta óbice à cobrança administrativa, por imperativo legal, de sorte que é de se observar o disposto no art. 151, V, do CTN, que reproduz, assim como ementa de decisão judicial do TJPE, pelo que requer o sobrestamento do feito, até ulterior julgamento do recurso interposto.

Seguindo, reforça os argumentos de defesa já vistos na defesa inicial.

Retornando os autos ao CONSEF, por ocasião da instrução processual, conforme fl. 293, os autos foram mandados em diligência à PGE/PROFIS, conforme abaixo:

À PGE/PROFIS

O Auto de Infração exige ICMS em face da falta de recolhimento da antecipação tributária relativo ao ajuste do estoque de calçados.

O autuado apresenta defesa às fls. 40 a 50 com preliminar de nulidade e quanto ao mérito discorda do critério adotado na autuação.

Verifica-se nos autos que houve decisão judicial liminar em Mandado de Segurança impetrado pelo contribuinte que, posteriormente, perdeu efeito.

Conforme fl. 282, o PAF foi mandado em diligência para que o autuante prestasse Informação Fiscal, o que foi feito às fls. 268 a 270.

Por ocasião da ciência da Informação Fiscal, o autuado se manifestou nas fls. 282 a 290, ratificando seus argumentos defensivos e noticiando que do julgamento do Recurso de Apelação do Mandado de Segurança impetrou Agravo de Instrumento perante a Presidência do Tribunal de Justiça da Bahia, objetivando a subida dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, para julgamento do Recurso Especial interposto, aduzindo que, não tendo o r. Acórdão transitado em julgado resta óbice à cobrança administrativa, por imperativo legal.

Tendo em vista que o autuado apenas noticiou a existência do Agravo de Instrumento colando aos autos somente sua página primeira (fl. 289), esta 1ª JF decidiu encaminhar o processo à DOUTA Procuradoria para orientação das providências a serem tomadas quanto ao andamento do PAF, especialmente quanto a possibilidade de julgamento da lide pelo CONSEF, considerando o disposto no art. 126 do COTEB.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de setembro de 2009.

Em atendimento ao pedido, conforme parecer de fl. 294 e verso, de lavra da Procuradora Dra. Sylvia Amoedo, a PGE/PROFIS entende ter havido equívoco de remessa do PAF a julgamento, pois fatos impeditivos supervenientes como pagamento e decisão judicial são porque em fls. 62, 95 e 181, comprovam que o autuado utilizou via pagamento do quanto decretado em via judicial, pelo que entende e

base no inciso I, §1º, do art. 117 do RPAF, “na fase em que se encontra”, razão pela qual a defesa interposta resta prejudicada em seu julgamento e deve esta JJF decretar a extinção do presente PAF, e remeter os autos à PROFIS/PGE, para saneamento onde devam ser observados os pagamentos efetuados, e que seja efetuada a inscrição em Dívida Ativa do remanescente, a fim de que seja decidido se há causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário ou não.

VOTO

O Auto de Infração em epígrafe exige ICMS em decorrência da falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária relativo ao ajuste do estoque de calçados com data de ocorrência em 30/06/2003.

Analisando as peças processuais, constato que a matéria de que cuida o presente Auto de Infração é objeto de Mandado de Segurança nº 140.03.000458-8, sendo concedida liminar pelo Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública, determinando a segurança pleiteada, para recolher o ICMS relativo à antecipação tributária sobre o estoque de calçados nos moldes do Dec. 7902/01, tendo o autuado assim recolhido o imposto

Assim, como a lavratura do Auto de Infração objetivou constituir o crédito tributário na forma do Decreto Estadual nº 8.413/03 para resguardar a Fazenda Pública dos efeitos da decadência, fica suspensa a sua exigibilidade, conforme dispõe o art. 151, IV, do Código Tributário Nacional.

O art. 126, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB determina que:

“Art. 126 - Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou Recurso Voluntário, importando tal escolha à desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à Procuradoria da Fazenda Estadual para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.”

No mesmo sentido, o art. 125, II do mesmo diploma legal, com redação dada pela Lei nº 7.438, de 18/01/99, estabelece que não se inclui na competência dos órgãos julgadores, a questão sob apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

Desta forma, nos termos do art. 122, IV, do RPAF/99, o processo administrativo extingue-se com a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa, razão pela qual, com fundamento no art. 117 do RPAF, a impugnação ao lançamento fica **PREJUDICADA**, por conseguinte, **EXTINTO** o processo na via administrativa, devendo os autos ser encaminhados à PGE/PROFIS.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao de Auto de Infração nº **298920.0007/03-3**, lavrado contra **ROCHA E MEDEIROS LTDA.**, devendo este ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JORGE I