

PROCESSO - A. I. Nº 128870.0150/12-0
RECORRENTE - WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0094-04/13
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET - 10/10/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0313-11/13

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia à faculdade de discutir a lide na esfera administrativa, a teor do art. 117 do RPAF/99. Encerrado o procedimento administrativo fiscal, consoante o disposto no art. 27, inciso IV do RPAF/99, restando suspensa a exigibilidade do crédito tributário. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 4ª JF, constante no Acórdão nº 0094-04/13, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração epígrafado, lavrado em 13/08/2012, em razão da falta de recolhimento do ICMS antes da entrada no território deste Estado, proveniente de outra unidade da Federação, nas aquisições via internet ou por serviço de telemarketing ou showroom. Período: agosto de 2012. Valor: R\$6.982,20. Multa: 60%.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 4ª JF proferiu a Decisão transcrita abaixo (fls. 219/224):

Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com estrita observância dos requisitos previstos no art. 39 do RPAF/99 (Decreto no 7.629/99), portanto apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido ICMS em decorrência da entrada no território deste Estado, proveniente de outra unidade da Federação, nas aquisições via Internet ou por serviços de telemarketing ou showroom.

O art. 10 da Lei no 7014/96, combinado com o art. 297 do RICMS, aprovado pelo Decreto no 13.780/2012, amparam a autuação, realizada em 13/08/2012, como segue:

Art. 297. Nas aquisições via Internet, telemarketing ou showroom efetuadas neste Estado por pessoa jurídica não contribuinte do ICMS ou por pessoa física, quando a remessa partir de outra unidade da Federação, o remetente deverá recolher, antes da entrada no território deste Estado, ICMS devido por antecipação tributária, aplicando a alíquota prevista nas operações internas e admitindo-se como crédito fiscal sobre o valor da operação uma das seguintes alíquotas (Prot. ICMS 21/11):

I - 7% (sete por cento) para mercadorias ou bens provenientes das Regiões Sul e Sudeste, exceto Espírito Santo;

II - 12 % (doze por cento) para mercadorias ou bens oriundos das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Espírito Santo.

III - 4 % (quatro por cento) para mercadorias ou bens importados do exterior ou com conteúdo de importação superior a 40%, provenientes de outras unidades da Federação;

§ 1º Para recolhimento do ICMS devido ao Estado da Bahia, nos termos deste artigo, será utilizada a Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), que deverá acompanhar o trânsito, caso o remetente não possua inscrição de contribuinte neste Estado.

§ 2º Quando o remetente ou o transportador não recolher o imposto, o destinatário da mercadoria ou bem, a seu critério, poderá assumir a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, cujo pagamento será feito através de DAE.

§ 3º Nas saídas destinadas a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS ou pessoa física, localizadas em Estado signatário do Prot. ICMS 21/11, cuja comercialização tenha ocorrido via Internet, telemarketing ou showroom, o ICMS devido ao Estado da Bahia será calculado aplicando-se a alíquota interestadual.

Conforme consignado acima, as disposições regulamentares acima reproduzidas são originárias do Protocolo ICMS 21/11, do qual o Estado da Bahia é signatário. Esta norma permite que seja exigido a parcela do ICMS devida na operação interestadual em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem através de internet, telemarketing ou showroom, portanto, de forma não presencial, atribuindo ao remetente, na condição de

substituto tributário, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto, mesmo que estabelecido em Estado não signatário.

O demonstrativo da infração encontra-se nas fls. 06 a 08, e as cópias dos documentos fiscais, fls. 09 a 94, onde se pode constatar que as mercadorias adquiridas estavam sendo destinadas a pessoas físicas e a não contribuintes do ICMS.

O sujeito passivo aduz que impetrou Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica cumulada com pedido de tutela Antecipada, com cópia nas fls. 154 a 183 do PAF, da qual teria sido deferida a Liminar com vistas a afastar definitivamente a aplicação da regra do art. 352-B do RICMS/BA. Contudo, ainda não há Decisão definitiva, com trânsito em julgado, logo não há óbice à formalização do lançamento tributário. Na verdade, o que a tutela jurisdicional obsta é a cobrança, a execução, a exigibilidade do valor lançado, situação diametralmente diferente.

Coube às autoridades competentes efetuar o presente lançamento, em especial para evitar a consumação da decadência.

Ademais, caso vencido o Estado na ação judicial, este tributo não dever ser exigido. Nesse sentido, aliás, posicionou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

“A suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial impede o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à regular constituição do crédito tributário para prevenir a decadência do direito de lançar (STJ, 1a S, REsp 572603/PR, Rel. Min. Castro Meira, j. em 08/06/2005, DJ de 05/09/2005, p. 109)”.

Outrossim, a suspensão da exigibilidade na forma prevista no artigo 151, inciso IV do Código Tributário Nacional – CTN, apenas contempla a exigência fiscal, porém, o seu lançamento deve ser efetuado, a fim de preservar o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário e evitar os efeitos da decadência.

No que concerne ao mérito da autuação, é certo que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa na renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou desistência da impugnação ou Recurso acaso interposto, valendo dizer que, a defesa fica prejudicada em relação à obrigação principal, consoante estabelece o art. 117 do RPAF/99, abaixo transcrito:

“Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso acaso interposto”.

Não acolho portanto a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo, em razão da existência de medida cautelar na esfera do Poder Judiciário.

Quanto ao mérito da questão, não pode ser apreciado na instância administrativa.

Portanto, fica mantida a autuação, pela procedência do lançamento, contudo a exigibilidade do crédito tributário fica suspensa, até Decisão final do Poder Judiciário, quanto à Ação Declaratória impetrada pelo sujeito passivo, cabendo à PGE/PROFIS tomar as medidas cabíveis.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o Autuado Recurso Voluntário, com o propósito de obter a reforma da Decisão de primeira instância, para que seja afastada a aplicação de multas e juros moratórios.

Assegura que na Ação Declaratória nº 0096134-91.2011.8.05.0001, foi reconhecida a inexistência de relação jurídica entre o recorrente e o Estado da Bahia quanto ao recolhimento do ICMS antecipado nas operações interestaduais realizadas via Internet ou por serviço de telemarketing ou showroom, afastando a aplicação da regra contida no artigo 352-B do RICMS/BA.

Chama a atenção que a Decisão judicial foi anterior à lavratura do Auto de Infração, razão pela qual, entende que o Auto de Infração não poderia ter sido lavrado, todavia não questiona a lavratura do Auto de Infração, mas se insurge quanto a aplicação de juros e de multa de mora.

Transcreve ementas de decisões deste Conselho, para embasar seu entendimento de que a existência de Decisão judicial favorável ao contribuinte determina a suspensão da exigibilidade do crédito tributário correspondente, diz que nesses casos, pode a Fazenda constituir o crédito tributário pelo lançamento, mas considera indevida a imputação de multa e juros diante da inocorrência do ato ilícito e da inexistência de mora.

Argumenta que a Decisão judicial que determinou a suspensão da cobrança do ICMS decorrente das operações realizadas via Internet ou por serviço de telemarketing ou showroom, desautoriza a imputação de prática de ato ilícito a ensejar a aplicação de penalidade.

Aplicando o mesmo raciocínio, entende que se ela não pode ser considerada agente de um ilícito tributário, tampouco pode incorrer em mora, enquanto protegida por tutela judicial que lhe assegure o não recolhimento do ICMS.

Não houve pronunciamento da Procuradoria por tratar-se de Recurso Voluntário em Processo Administrativo Fiscal de valor inferior a R\$100.000,00, em consonância ao disposto no art. 136, III, “b”, 3 do RPAF/99.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 4ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração epígrafado, em razão da falta de recolhimento do ICMS antes da entrada no território deste Estado, proveniente de outra unidade da Federação, nas aquisições via internet ou por serviço de telemarketing ou showroom.

Em seu Recurso Voluntário o Recorrente se insurge quanto a imposição de acréscimo moratório e multa, tendo em vista que obteve Decisão judicial que suspendeu a exigibilidade da cobrança em tela.

Inicialmente, cumpre observar que, conforme demonstrativo atualizado do débito constante à fl. 226 dos autos, não há incidência de acréscimos moratórios ao crédito tributário em questão, razão pela qual a insurgência do Recorrente é inócua.

O crédito tributário lançado através do presente PAF encontra-se em discussão no âmbito do Poder Judiciário. Por essa razão, consoante determina o artigo 117, do RPAF/99 “a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso acaso interposto”.

Ressalta-se que conforme reconhecido pelo próprio Recorrente, o Auto de Infração foi lavrado para evitar os efeitos da decadência, cabendo ao Poder Judiciário resolver definitivamente a lide, razão pela qual deverá permanecer suspensa a exigibilidade do crédito tributário até que a questão seja dirimida.

Entretanto, convém observar que, no que tange à multa por descumprimento da obrigação principal, deverá ser possibilitado ao Recorrente a faculdade de quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa, caso o julgamento final do mérito da ação judicial seja desfavorável ao Contribuinte.

Pelo exposto, considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário e declaro encerrado o procedimento administrativo fiscal, a teor do inciso IV, do art. 27 do RPAF/BA, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional, até a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **EXTINTO** o Procedimento Administrativo Fiscal em relação ao Auto de Infração nº **128870.0150/12-0**, lavrado contra **WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.**, no valor de **R\$6.982,20**. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV do Código Tributário Nacional. Caso o julgamento final de mérito da demanda judicial seja desfavorável ao Contribuinte, a repartição competente deve intimar o Recorrente para quitar o débito, nos termos previstos na legislação em vigor, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso seja feita no prazo de 20 (vinte) dias.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS