

PROCESSO - A. I. N° 124157.0845/10-1
RECORRENTE - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0260-02/11
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 28.11.2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0348-12/13

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. ICMS DESTACADO. ÁLCOOL HIDRATADO. OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O contribuinte destacou ICMS em notas fiscais e não realizou o recolhimento no prazo previsto no Art. 515-B, do RICMS/BA, relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC - álcool etílico hidratado combustível, transportado a granel, não possuindo autorização para recolhimento em data posterior ao momento da saída das mercadorias. **b)** MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no artigo 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e se aplica ao presente caso, pois o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente o mesmo ocorrido em relação aos acréscimos moratórios. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÂO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração acima nominado, sem abordar as questões de mérito, tendo em vista a interposição de Liminar em Mandado de Segurança impetrado pelo contribuinte.

O Auto de Infração, lavrado em 26/03/2010, exige ICMS, no valor histórico de R\$5.700,00, acrescido da multa de 50% em decorrência da falta de recolhimento do imposto relativo à operação própria, em função do autuado não possuir regime especial da COPEC.

A JJF, após instrução dos autos, prolata a seguinte Decisão:

Trata-se de Auto de Infração lavrado no trânsito da mercadoria, exigindo a falta de recolhimento do imposto relativo à operação própria, tendo em vista que tal a mercadoria deveria circular com o DAE da operação normal, visto que o momento do recolhimento é a saída do álcool, conforme art. 515-B e o autuado não possui o benefício a que se refere o art. 126, IV, inciso II do RICMS de recolher até o dia 15 do mês subsequente ao das operações, uma vez que o mesmo não possui autorização da COPEC.

A matéria de que cuida o presente Auto de Infração é objeto de Mandado de Segurança nº 0030982-33.2010.805.0001, sendo concedida liminar pelo Juiz da 10ª Vara da Fazenda Pública, determinando a segurança pleiteada, para que “a Impetrada autorize as Impetrantes a recolher o ICMS devido no dia nove do mês subsequente ao fato gerador.”

Nesse caso, o artigo 117, do RPAF/99 determina que “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”. Se o dispositivo regulamentar está, ou não, em desconformidade com a Constituição Federal, como alegado pelo Recorrente, não compete a este órgão julgador se manifestar a respeito, nos termos do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

De qualquer forma, o Auto de Infração foi lavrado para evitar os efeitos da decadência, não obstante esteja suspensa a sua exigibilidade, e caberá ao Poder Judiciário ditar a última palavra sobre a questão, embora, no âmbito administrativo, este CONSEF tenha sempre se manifestado no sentido de que o bacalhau é tributável pelo imposto estadual até que Decisão judicial definitiva em contrário venha a modificar esse entendimento.

Quanto à multa e aos acréscimos moratórios, verifico que a multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no artigo 42, I, “a”, 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 vinte dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão final de mérito seja desfavorável ao contribuinte, de que é necessária a sua inclusão no lançamento de ofício, primeiro, porque são consectários do ICMS exigido, e, segundo, para que possam ser cobrados se a Decisão liminar for cassada ou se não for confirmada quando do julgamento final de mérito do Mandado de Segurança impetrado.

Sendo assim, considero PREJUDICADA a defesa, no que tange ao mérito do imposto exigido, e voto pela PROCEDÊNCIA, relativamente à multa e aos acréscimos moratórios incidentes.

Inconformado com a Decisão da JJF, a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 213/216). Após síntese da demanda, diz que a Fazenda Estadual, através deste CONSEF, equivocou-se ao entender ser procedente as penalidades e cominações legais, ao mesmo tempo em que entendeu que a defesa estaria prejudicada.

Esclarece que foi expressamente reconhecido pelo julgado, que a exigibilidade do tributo estaria suspensa. Em assim sendo, e por conclusão lógica, se a obrigação tributária principal é inexigível, não cabe se falar na incidência de multa e dos acréscimos moratórios.

Observa, em seguida, haver equívoco no Acórdão recorrido, quando o relator fala do bacalhau, mercadoria não autuada, transcrevendo a parte do voto que assim se posiciona.

Em seguida, ressalta de que no Acórdão recorrido foi citado o art. 117, do RPAF/BA. No entanto, a matéria objeto da Liminar em Mandado de Segurança é distinta do que se discute no presente processo, pois a “*impugnação ora analisada diz respeito a cobrança de débito lançado indevidamente, uma vez que a Impugnante tinha autorização judicial para recolher o tributo no mês subsequente.*” E continua: “*Já no processo judicial, discute-se a legalidade da omissão do Poder Público em não autorizar a Impugnante a recolher o tributo no mês subsequente. Os objetos são distintos!*”.

Quanto à multa e aos acréscimos moratórios, no Acórdão recorrido foi dito que eles tem previsão no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, o que entendeu completo equívoco, pois pergunta, como se falar de tributo não recolhido dentro do prazo, se a sua exigibilidade encontrava-se suspensa?

Impugna, de igual forma, a Decisão recorrida ao trazer no bojo de sua análise as determinações dos artigos 101, § 3º e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Entende que o art. 101, § 3º do COTEB não dispõe sobre multa, muito menos sobre acréscimos moratórios, conforme transcreve e o art. 102, § 1º estatui que os acréscimos moratórios são devidos em razão do não recolhimento tempestivo do tributo, o que não se aplica a presente lide vez que, como dito pela própria JJF, a exigibilidade do imposto encontrava-se suspensa, “*não cabendo falar em recolhimento fora do prazo*”.

Afirma, ainda, que a Decisão da JJF é confusa na medida ao afirmar que deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de vinte dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão final de mérito seja desfavorável ao contribuinte. Afirma que tal assertiva “*é a verdadeira ilação de que a multa e os juros mantidos na parte dispositiva devem ser afastados*”.

Requer o provimento do seu Recurso e que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Em Parecer da lavra do n. Procuradora Maria José Coelho Lins de A. Sento Sé (fls. 298/301), a PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, tendo por base a seguinte argumentação:

[...]

Compulsando os autos, verifica-se à saciedade que a matéria objeto do presente lançamento fiscal é a mesma do Mandado de Segurança nº 00309823320108050001, tendo sido concedida liminar autorizando o recolhimento do ICMS devido no dia 9 do mês subsequente ao fato gerador. Assim sendo, resta comprovada a identidade dos objetos do Auto de Infração e da medida judicial, ou seja, obtenção da autorização da COPEC para recolher o ICMS no mês seguinte ao da ocorrência do fato gerador e não no momento da saída de suas mercadorias.

Em decorrência da identidade de objetos, o Recurso Voluntário está prejudicado, na esfera administrativa, quanto à análise do mérito da exigência do imposto, objeto do Auto de Infração sob análise, em consonância com os termos do art. 117 do RPAF/99, sob pena de decisões conflitantes e de se tornar sem efeito a Decisão prolatada na esfera administrativa, a qual deve total obediência à Decisão do Poder Judiciário.

Porém, é importante salientar que o efeito jurídico da liminar concedida na ação de mandado de segurança é de mera suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas não de seu lançamento. Portanto, a SEFAZ está impedida de exigir e cobrar o imposto relativo à operação e não de exercer a atividade de constituição do crédito tributário.

Destarte, inexiste equívoco na Decisão exarada pela douta 1ª JJF ao considerar a Defesa Prejudicada, com a consequente extinção do processo, em razão da escolha judicial pelo contribuinte, esgotando-se a instância administrativa, conforme preconiza o art. 117, do RPAFI99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No concerne a alegação de erro material do acordão vergastado, é prudente reconhecer que ao mencionar o caráter tributável das operações envolvendo bacalhau, o digno relator cometeu equívoco passível de correção imediata, incapaz de ensejar prejuízo para o contribuinte, nem tampouco alteração do conteúdo decisório.

Contudo, quanto à questão da legalidade da multa aplicada e dos acréscimos tributários suscitados pelo recorrente, tendo em vista a suspensão do crédito fiscal pela concessão de liminar judicial, ponto da lide administrativa não enfrentada na seara judicial, os mesmos decorrem do lançamento de ofício, em razão do seu caráter nitidamente acessório, e são previstos em lei (art. 42, inciso 1, a, da Lei nº 7.014/96) devido à infração à legislação do ICMS, cuja norma não contempla a sua dispensa na esfera administrativa. Portanto, inexiste dúvida quanto à aplicabilidade da multa, cuja exigência somente será concretizada na hipótese de Decisão judicial favorável ao Estado da Bahia, visto que, por se tratar de um acessório, acompanha o objeto principal, no caso a exigência do imposto, o qual se encontra suspensa sua exigibilidade, porém, não a sua constituição, cuja atividade teve que ser levada a efeito para evitar a decadência.

Por outro lado, o § 3º, do art. 101, da Lei nº. 3.956/81 COTEB, determina com clareza solar que a correção monetária abrange o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, e o § 1º, do art. 102, do mesmo diploma legal estabelece que os acréscimos moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento.

Assim sendo, a materialização do lançamento de ofício ensejará também os acréscimos moratórios e a imposição de multa pelo descumprimento de obrigação principal, pois o fato de se encontrar o contribuinte amparado com medida judicial que suspende a exigibilidade do crédito tributário, não lhe retira, à luz da lei instituidora do ICMS, a condição de devedor, e nesta situação terá que necessariamente assumir todos os ônus resultantes da sua escolha judicial, em caso de uma eventual sucumbência no âmbito do Poder Judiciário, ressalvada a hipótese do contribuinte efetuar depósito judicial em garantia de débito discutido, situação jurídica não contemplada nos presentes autos.

Ante as considerações acima expendidas, opino no sentido de considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário, no que tange à exigência do imposto, por se tratar de objeto idêntico à demanda judicial, e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, relativamente à multa e aos acréscimos moratórios incidentes, devendo a exigibilidade do crédito tributário ficar suspensa, em consonância com os termos do artigo 151, IV, do CTN, uma vez que não restou comprovado nos autos o depósito judicial integral da quantia em questão.

Às fls. 303/306 consta cópia da Decisão da i. Juíza da 4ª Vara de Fazenda Pública denegando a segurança anterior, “revogando a liminar concedida, diante da falta de direito líquido e certo a ser amparado ou ilegalidade a ser reparada”. Extingue o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 6º, § 5º da Lei nº 12.016/09.

O processo foi encaminhado ao n. Conselheiro Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo para instrução (fl. 307). Este o devolve à Secretaria deste CONSEF, para que o PAF seja encaminhado à

outro Conselheiro já que se encontrava impedido de julgá-lo por ter sido advogado do recorrente nos anos de 2010 e 2011 (fl. 308).

Como na sua impugnação inicial, a empresa afirma que se encontrava albergada por Liminar em Mandado de Segurança concedida pelo Dr. Juiz da 10ª Vara de Fazenda Pública (processo nº 0030982-33.2010.805.0001) e como após o opinativo da PGE/PROFIS quando da interposição do Recurso Voluntário foi apensado aos autos uma sentença prolatada pela Dra. Juiza da 4ª Vara de Fazenda Pública “revogando a liminar concedida, diante da falta de direito líquido e certo a ser amparado ou ilegalidade a ser reparada” e extinguindo o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 6º, § 5º da Lei nº 12.016/09, porém do Processo nº 0015805-92.2011.8.05.0001 (fls. 303/306), esta 2ª CJF, em pauta suplementar do dia 29/11/2012 decidiu encaminhá-lo à PGE/Profis para que este Órgão Jurídico informasse o andamento do processo nº 0030982-33.2010.805.0001 que corre na 10ª Vara de Fazenda Pública como alega a empresa (fl. 310).

A n. Procuradora subscritora do Parecer acima transcrito encaminha os autos ao Núcleo de Representação Judicial da PGE/PROFIS para que fossem prestadas as seguintes informações: “levantamento dos Mandados de Segurança impetrados pela empresa PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÉLEO LTDA., com indicação do número de identificação das respectivas ações, objeto e data de Decisão judicial, em caráter liminar ou definitivo e período de vigência das respectivas decisões judiciais” (fl. 313).

Em Despacho, a n. Procuradora do Estado, Dra. Selma Reiche Bacelar, após pesquisa de todas as informações requeridas, assim se posiciona: “Mandado de Segurança nº 0015805-92.2011.805.0001 Impetrante PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETROLEO LTDA - 4ª VFP - A Ação foi julgada e publicada no DPJ em 20/07/2012 nos termos: “DENEGO a segurança aqui buscada, revogando a liminar concedida, diante da falta de direito líquido e certo a ser amparado ou ilegalidade a ser reparada. Consequentemente, EXTINGO o processo sem resolução do mérito, nos Termos art 6º, § 5º da Lei 12.016/09. Custas na forma legal, sem condenação de honorários em face do entendimento Sumular do 513 e STF.”

Cabe registrar que pelo site do Tribunal de Justiça não há notícia de Recurso, em 26/06/2013 o juiz despachou para que o Cartório certifique o transito em julgado do feito. Mandado de Segurança nº 0030982-33.2010.805.0001 Impetrante DISTRIBUIDORA DE PETROLEO LTDA — 10ª VFP - A Ação foi extinta por ausência de pressupostos processuais e os autos foram arquivados definitivamente. Tudo, conforme cópias anexas” (fls. 314/371).

A n. Procuradora, Maria José Coelho Lins de A. Sento Sé, exara o seguinte Parecer (fl. 373):. “Em face da situação processual relativa aos Mandados de Segurança de nºs 0030982-332010.805.0001 em tramite na 10ª Vara de Fazenda Pública (indeferimento da liminar em 08.04.2010; concessão da liminar em 15.04.2010; extinção do processo por ausência de pressupostos processuais em 26.08.2010) e 0015805-92.2011.805.0001 em tramite na 4ª Vara de Fazenda Pública (concessão da liminar; revogação da liminar; extinção do processo sem julgamento de mérito em 20.07.2012), impetrados pela PETROMOTOR, noticiada, às fls. 314/370, pelo Núcleo de Representação Judicial da PGE/PROFIS, ratifico o Parecer exarado pela PGE/PROFIS, às fls.298/301, ao tempo em que encaminho o presente processo para apreciação da digna relatora, membro da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal”.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado no trânsito de mercadorias para exigir o ICMS que deixou de ser recolhido na saída do estabelecimento do recorrente de álcool etílico hidratado, combustível – AEHC, em operação própria, tendo em vista não possuir o contribuinte credenciamento da COPEC/SEFAZ para efetuar o recolhimento do imposto em data posterior (artigo 515-B, § 1º, do RICMS/97). As notas fiscais foram anexadas aos autos e comprovam a realização da operação de circulação de mercadorias.

O contribuinte encontrava-se, à época da autuação, amparado por Liminar em Mandado de Segurança e, diante do encaminhamento do referido mandado conforme descrito no relatório do presente Acórdão, esta 2^a CJF entendeu por bem buscar informações junto à PGE/PROFIS para embasar corretamente a Decisão a ser tomada.

Após todas as informações prestadas pelo Núcleo de Representação Judicial da PGE/PROFIS, prova que tanto as liminares em Mandados de Segurança concedida pela 4^a Vara de Fazenda Pública, como aquela concedida pela 10^a Vara de Fazenda Pública foram extintas sem resolução de mérito, ao contrário do que externou a n. Procuradora da PGE/PROFIS em seu último Parecer exarado. Desta forma, o recorrente não mais se encontra albergado pelas mesmas, podendo este CONSEF adentrar nos argumentos recursais.

Primeiramente, afirma que se a JJF expressamente reconheceu que a exigibilidade do tributo estava suspensa, não poderia falar na incidência de multa e dos acréscimos moratórios.

De fato, à época do julgamento de 1º Grau, a exigibilidade do imposto estava suspensa por força de liminar em Mandado de Segurança. A concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, entre outras espécies de ação judicial, conforme expresso no art. 151, V, CTN, é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Porém nada impede a sua constituição, o que, observo, é dever do fisco em fazê-lo, ou seja, lançar o valor que considera devido, para assegurar, posteriormente, a sua exigibilidade no caso de Decisão a ele favorável, visando que não se opere a sua decadência. E, o art. 117, § 3^a do RPAF/BA, assim dispõe:

Art. 117 -

§ 3º A suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de depósito do valor ou de concessão de medida liminar em mandado de segurança não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela conseqüentes.

Em assim sendo, falece de eficácia o argumento recursal.

Outro argumento trazido pelo recorrente é de que houve equívoco no Acórdão recorrido, quando o relator indicou a mercadoria “bacalhau”, que não havia sido autuada.

Realmente houve tal equívoco do n. Relator julgador. Entretanto, este erro não interferiu, em qualquer momento na Decisão recorrida. O contribuinte entendeu perfeitamente o que foi decidido, inclusive no seu Recurso, apontou o erro, expressamente indicado não ter o “bacalhau” mercadoria autuada. E, observo, na Decisão não houve qualquer enfrentamento do mérito da autuação já que a exigibilidade do imposto encontrava-se sob propositura de medida judicial, momento em que o sujeito passivo havia renunciado ao seu direito de defender-se na esfera administrativa.

Diz ainda o recorrente que a matéria objeto da Liminar em Mandado de Segurança é distinta do que se discute no presente processo. Neste sentido, alinho-me com o parcer exarado pela d. PGE/PROFIS quando a n. Procuradora, Dmaria José Coelho Lins de A. Sento Sé afirma: *Compulsando os autos, verifica-se à saciedade que a matéria objeto do presente lançamento fiscal é a mesma do Mandado de Segurança nº 00309823320108050001, tendo sido concedida liminar autorizando o recolhimento do ICMS devido no dia 9 do mês subsequente ao fato gerador. Assim sendo, resta comprovada a identidade dos objetos do Auto de Infração e da medida judicial, ou seja, obtenção da autorização da COPEC para recolher o ICMS no mês seguinte ao da ocorrência do fato gerador e não no momento da saída de suas mercadorias.*

Portanto, todos os argumentos trazidos pelo recorrente não tem motivação para serem acolhidos.

No mérito a infração resta caracterizada e provada. O recorrente não trouxe, diante das determinações do art. 123, do RPAF/BA, qualquer prova em contrário à autuação.

O recorrente ainda prendeu a sua irresignação, quanto aos acréscimos moratórios e a multa pela infração apurada. Disse que se o Mandado de Segurança suspendeu a exigibilidade do crédito fiscal antes da lavratura do Auto de Infração não há que se falar em acréscimos moratórios e

multa. Impugna a Decisão recorrida ao trazer no bojo de sua análise as determinações dos artigos 101, § 3º e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Observo que a multa pela lavratura do Auto de Infração, encontra-se determinada em lei (art. 41 e 42, I, “a” da Lei nº 7.014/96), não tendo esta CJF competência para dispensá-la, inclusive, somente a Câmara Superior deste Colegiado possui tal competência ao apelo da equidade.

Sobre os acréscimos moratórios (incidentes pela intempestividade do recolhimento do imposto) eles abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estive suspensa, conforme regra inserta nos artigos 101, § 3º, e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), não tendo qualquer pertinência a insurgência do recorrente quanto às determinações dos nominados artigos trazidos pela JJF na sua Decisão.

Afirma, ainda, de que a Decisão da JJF é confusa quanto lhe concedeu prazo de vinte dias para quitar o débito sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão final de mérito lhe seja desfavorável. Disse que tal assertiva “é a verdadeira ilação de que a multa e os juros mantidos na parte dispositiva devem ser afastados”.

Este, igualmente, é argumento, sem qualquer motivação a ser analisado. Apenas a JJF externou que deveria ao contribuinte ser concedido prazo, após cassação da liminar (se ocorresse, como de fato ocorreu) para quitar o débito sem a multa punitiva. Apenas, isto. Ceberia ao recorrente aceitar o prazo ou não.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso interposto, mantendo a autuação no seu valor de origem, acrescido de multa e de todos os acréscimos legais.

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 julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 124157.0845/10-1, lavrado contra PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$5.700,00, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, de 30 de outubro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ALINE SOLANO SOUSA CASALI BAHIA- REPR. DA PGE/PROFIS