

PROCESSO - A. I. Nº 09170235/03
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PETRORECONCAVO S/A.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS - Acórdão 2^a CJF nº 0039-12/04
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 11/08/2005

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0259-12/05

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE CÂMARA.
NOVA DECISÃO. Representação proposta de acordo com o art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), alterado pela Lei nº 7.438/99, para que sejam reexaminadas as razões do Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte, tendo em vista que elas não se confundem com os motivos que embasaram a ação judicial interposta. Devolvam-se os autos à Câmara de Julgamento Fiscal para nova apreciação. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 28/03/03, pela fiscalização do trânsito de mercadorias, para exigir ICMS, no valor de R\$25.152,12, referente à falta de recolhimento do imposto no momento do desembarque aduaneiro de mercadorias importadas, conforme Declaração de Importação nº 03/0230880-0, estando o importador estabelecido neste Estado.

A 4^a Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente o Auto de Infração alegando o seguinte:

“A presente autuação exige o ICMS referente à importação de bem destinado ao ativo permanente do autuado. A defesa não contrapõe números ao valor apurado na autuação e se limita a questionar a incidência do ICMS sobre a operação em tela.

Não obstante as abalizadas alegações defensivas sobre a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 33/2001, deixo de apreciá-las, pois a declaração de inconstitucionalidade não se inclui na competência deste órgão julgador, conforme dispõe o art. 167, I, do RPAF/99.

De acordo com o inciso I do § 1º do artigo 2º da Lei Complementar nº 87/96, o ICMS incide “sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo permanente do estabelecimento”. Por seu turno, o inciso V do art. 2º da Lei nº 7014/96, em perfeita consonância com a Lei Complementar, prevê que o ICMS será devido também na “entrada de mercadoria ou bem importados do exterior por pessoa física ou jurídica, mesmo quando se tratar de bem destinado ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente do estabelecimento”.

Considerando os dispositivos citados acima, está claro que, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 33/2001, o ICMS na importação de bem já alcançava pessoas físicas e sociedades civis prestadoras de serviços. Reiteradas decisões deste CONSEF já pacificaram, na esfera administrativa, esse entendimento. Para exigir o imposto em lide não há a necessidade de promulgação de nova lei complementar e ordinária estadual, pois elas já existiam. Dessa forma, foi correto o procedimento adotado pelo autuante, pois era seu dever aplicar a legislação tributária vigente, não lhe cabendo questionar a constitucionalidade da mesma.

Quanto às alegações defensivas pertinentes ao princípio da não-cumulatividade, entendo que as mesmas não são capazes de elidir a acusação, pois o autuado, ao efetuar importação de mercadoria ou bem do exterior, passa a se classificar como um contribuinte do ICMS, conforme disposto no art. 36, § 1º, I, do RICMS-BA/97.

Pelo acima exposto, voto pela Procedência do Auto de Infração, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, tendo em vista a concessão de Liminar em Mandado de Segurança, até a Decisão final da lide no âmbito do Poder Judiciário.”

O recorrente, através seu Advogado, interpôs Recurso Voluntário insurgindo-se contra a Decisão recorrida, salientando-lhe dois aspectos. O primeiro seria o equívoco da conclusão pela procedência total da autuação, inclusive no que se refere às multas e acréscimos moratórios, quando o próprio Acórdão afirma que havia autorização judicial para o não-pagamento do imposto.

O segundo destaque diria respeito à própria suspensão da exigibilidade do crédito, reconhecida pela Decisão recorrida, a qual, na sua conclusão, deixaria transparecer que deveria haver inscrição do crédito em Dívida Ativa do Estado da Bahia. Entendendo o recorrente que como a inscrição é ato de exigibilidade, não poderia ser praticado em respeito à determinação da própria Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

Discorre sobre a impossibilidade da exigência de multa e acréscimos moratórios, por entender que não estaria nem em mora ou inadimplente, porque sobre proteção judicial e o vencimento do crédito tributário só ocorreria 30 dias depois da data que se considera o sujeito passivo notificado e essa notificação, no caso, “*sub-judice*”, só ocorrerá quando o recorrente for intimado da Decisão judicial transitada em julgado, que reforce o seu entendimento em relação ao não pagamento do imposto.

Salienta que o crédito tributário em questão vem sendo depositado judicialmente, o que além de prevenir a mora, em caso de Decisão judicial denegatória, proporcionará a conversão desses depósitos em renda do Estado.

Aduz também que o Acórdão recorrido não poderia reconhecer a suspensão da exigibilidade e determinar a inscrição na Dívida Ativa, porque o art. 160 do Código Tributário Nacional dispõe que tal somente pode ocorrer quando esgotado o prazo de pagamento fixado por uma lei ou por Decisão final proferida em processo regular. Cita e transcreve doutrina.

Conclui que o pagamento do imposto em questão não ocorreu em função de autorização judicial, assim, reconhecida a sua exigibilidade, o mencionado crédito não poderia ser inscrito em Dívida Ativa e, diante do exposto, requer que seja reconhecida a Procedência Parcial da autuação, excluindo-se as penalidades (multa de infração e acréscimos moratórios), e determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com a consequente não inscrição em Dívida Ativa.

A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, analisando o Recurso Voluntário interposto pelo autuado, julgou pela EXTINÇÃO do Auto de Infração na esfera administrativa pelos motivos a seguir:

“Tendo em vista que o recorrente ingressou na via judicial concomitantemente ao presente Recurso Voluntário, a instância administrativa estaria esgotada, apesar da douta JJF ter optado por exarar Parecer, contrariando o disposto no art. 117, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, atualizado pelo Decreto nº 8.001, de 20/07/01 e artigos 126 e 125 do COTEB.

Assim, diante do quanto foi exposto, e pelas fundamentações do Parecer da douta PROFIS, fica prejudicado o exame do presente Auto de Infração na esfera administrativa, vez que nos termos da Constituição Federal (art. 5º, inc. XXXV), assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir conclusivamente toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do

Direito a um caso concreto, de maneira tal que torna-se inócuo submeter a mesma questão ao CONSEF.

Pelas razões acima, concluo pela homologação da desistência da discussão do processo administrativamente e, julgo pela EXTINÇÃO do processo na via administrativa, devendo ser encaminhado à PGE/PROFIS, como determina o artigo acima citado.”

Dante dos fatos ocorridos, a Douta representante da PGE/PROFIS analisando o processo verificou que o Recurso Voluntário ventilou pontos distintos daqueles sustentados na defesa administrativa, uma vez que não mais procurou discutir a constitucionalidade da cobrança de ICMS na situação em exame. Assim sendo, aduziu em síntese que:

- 1) a discussão acerca da constitucionalidade da exigência fiscal constitui objeto de Mandado de Segurança impetrado pelo contribuinte, no qual foi concedida medida liminar no sentido de que o Fisco estadual se abstivesse de exigir o tributo até que sobrevenha Decisão de mérito;
- 2) o Auto de Infração foi efetivado para evitar a decadência do direito do Fisco de constituir o crédito tributário e, como o não pagamento do tributo encontra-se albergado por Decisão judicial, não seria cabível o lançamento de multa e acréscimos moratórios;
- 3) em razão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário – por força de concessão de medida liminar em Mandado de Segurança e dos depósitos judiciais correspondentes ao ICMS incidente sobre as operações ali descritas -, não seria cabível a inscrição em dívida ativa do respectivo débito.

O procedimento administrativo foi submetido à análise desta Procuradoria Fiscal, tendo a i. Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa opinado pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Depois de realizada diligência no sentido de verificar o andamento processual do mandado de segurança em que os autos encontram-se conclusos para sentença e a medida liminar anteriormente concedida ainda produz seus efeitos.

Constatadas estas informações, o ilustre procurador assistente Rogério Leal Pinto de Carvalho ratificou o Parecer exarado pela ilustre procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa e encaminhou o presente processo ao Egrégio Conselho da Fazenda Estadual.

No julgamento do Recurso Voluntário, a 2^a Câmara de Julgamento Fiscal extinguiu o processo e julgou prejudicado o Recurso interposto pelo contribuinte, em virtude da propositura de ação judicial sobre a mesma questão suscitada. Fundamentou a Decisão no disposto no art. 117 do RPAF, em cujos termos estabelece que a escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação.

O Recurso Voluntário também foi julgado prejudicado e o processo administrativo fiscal foi extinto em virtude da verificação de concomitância de processo judicial, no qual se discute questão referente à constitucionalidade da cobrança do ICMS sobre importação de mercadorias por pessoas físicas ou jurídicas não contribuintes do imposto.

Ocorre que a matéria ventilada pelo contribuinte nas razões do recurso não se refere ao mérito discutido em sede judicial – da forma como o fez nas razões de defesa -, mas, apenas, aduz a ilegitimidade da aplicação de multa lançamento tributário expedido para prevenir a decadência.

Em verdade, a situação suscitada pelo contribuinte não é objeto de ação judicial, uma vez que no mandado de segurança discute-se a constitucionalidade da exigência do tributo quanto às operações ali discriminadas. No Recurso Voluntário, por seu turno, a controvérsia gira em torno da pertinência de aplicação de multa moratória quando o comportamento do contribuinte encontra-se amparado por medida liminar.

Dessa forma, no caso do *mandamus* ser julgado improcedente - o que existe grande possibilidade de ocorrer, haja vista o entendimento sobre a matéria pacificado pela Súmula nº 660 do STF – a exigência fiscal irá produzir todos os seus efeitos, isto é, o débito inscrito em dívida ativa irá ser imediatamente cobrado, sem que o contribuinte tenha tido oportunidade de se insurgir contra a aplicação de acréscimos moratórios.

Nos termos do art. 113 do RPAF, compete à Procuradoria Fiscal, órgão da Procuradoria Geral do Estado, por seu órgão próprio, efetuar o controle da legalidade, em momento precedente à inscrição do crédito tributário em dívida ativa.

Conforme foi explicitado, o objeto do mandado de segurança não coincide com a questão suscitada no Recurso Voluntário, uma vez que o contribuinte não trouxe argumentos para demonstrar a suposta constitucionalidade da exigência do ICMS na situação em exame, mas somente alegações em torno da inaplicabilidade de multa moratória pelo não-recolhimento do ICMS e do não-cabimento da inscrição do débito em dívida ativa, quando seu comportamento se encontraria amparado por Decisão judicial.

Em razão desse fato é que não se reconhece identidade de objetos discutidos nas instâncias administrativa e judicial, capaz de provocar a extinção do procedimento administrativo.

Dessa forma, a manutenção da Decisão em exame, salvo melhor juízo, ensejará impossibilidade de discussão em sede administrativa sobre a matéria – incidência de acréscimos moratórios – provocando violação ao art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal que garante o livre acesso ao procedimento administrativo, com meios e Recursos inerentes ao exercício do contraditório e ampla defesa.

Diante do exposto, é que se representa a esse respeitável Pretório, com amparo no art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981 (COTEB), a fim de que seja reexaminado pelo órgão julgador, os termos do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, quanto ao cabimento da aplicação de multa e acréscimos moratórios na situação em análise.

O ilustre procurador chefe da PGE/PROFIS, destaca que a regra do artigo 117 do RPAF/99 não se aplica ao caso em exame, onde o Recurso Voluntário apresentado não versa sobre o mérito tratado em juízo.

Diz que em verdade, o recurso gira em torno das consequências decorrentes da propositura de ação judicial, obtenção de ordem judicial para suspensão do crédito, e, paralelamente, exigência de multa no Auto de Infração.

Veja-se que em nível federal a matéria encontra-se expressamente tratada no art. 63 da Lei nº 9.430/96.

Como na legislação estadual não existe dispositivo expresso sobre a matéria, compete ao Conselho de Fazenda apreciar o caso e aplicar o direito em âmbito administrativo, utilizando-se, para tanto, dos diversos métodos de interpretação.

Ressalta que a Decisão da Egrégia Câmara importa em vício insanável e ilegalidade flagrante (art. 114, II do RPAF) na medida em que deixou de apreciar matéria suscitada pelo contribuinte (referente à aplicação da multa), mitigando a garantia fundamental da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV da CF).

Assim, a presente representação tem pertinência e merece ser acolhida apenas e tão-somente para que seja afastada a Decisão de 2ª Instância Administrativa, determinando que os autos sejam devolvidos à Câmara, a fim de que seja apreciada a questão relativa à possibilidade de incidência da multa de ofício na constituição de crédito tributário destinada a prevenir decadência, nos casos em que a exigibilidade estiver suspensa por ordem judicial.

Destaca, para subsidiar o julgamento que compete ao Egrégio CONSEF, o disposto na Súmula nº 405 do STF, *verbis*: “*Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo dela interposto fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da Decisão contrária.*”

VOTO

Voto pelo ACOLHIMENTO da representação da PGE/PROFIS, para que se anule a Decisão pertinente ao Acórdão da 2ª CJF Nº 0039-12/04, determinando que os autos sejam devolvidos à Câmara de Julgamento Fiscal, a fim de que seja apreciada a questão relativa à possibilidade de incidência da multa de ofício na constituição de crédito tributário destinada a prevenir decadência, nos casos em que a exigibilidade estiver suspensa por ordem judicial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta. Devolva-se o presente PAF à Câmara de Julgamento Fiscal para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOSÉ HILTON DE SOUZA CRUZ – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS