

PROCESSO - A. I. Nº 207162.0015/03-9
RECORRENTE - PETRORECÔNCAVO S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2^a JJF nº 0281-02/03
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 23/03/2006

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0102-12/06

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. UNIDADES DE BOMBEIO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO QUANDO DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. Obrigatoriedade de recolhimento do tributo mesmo quando se tratar de bem para ativo permanente do importador com atividade exclusiva em prestação de serviço sujeito ao ISS. A existência de Liminar em Mandado de Segurança e do depósito judicial suspendem o dever de cumprir a obrigação tributária ademais se ocorrida antes da ocorrência do fato gerador. Correto o lançamento que inibe a decadência do crédito tributário e garante a suspensão da prescrição. Regular a inscrição em Dívida Ativa. Garantida a conversão do depósito em renda em caso de manifestação judicial favorável ao Estado. Descabida a multa por infração. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Inconformado com a Decisão da 2^a JJF que considerou Procedente o Auto de Infração contra si lavrado em 07/03/03 o contribuinte através de advogado regularmente habilitado apresenta um Recurso Voluntário que ora relatamos para em seguida emitirmos nosso voto e submetê-los a apreciação desta Câmara.

De acordo com o Acórdão recorrido o lançamento de ofício exigiu o ICMS de R\$134.758,78, em razão do contribuinte ter deixado de recolher quando do desembaraço aduaneiro, o ICMS da importação de cinco Unidades de Bombeio, constante da DI nº 03/0131819-5, liberado mediante Mandado de Segurança de nº 8574891/01 com concessão de Liminar em 28/11/01. O lançamento feito visa resguardar a Fazenda Pública Estadual em relação a exigibilidade futura do imposto devido. Tudo conforme Termo de Apreensão e documentos às fls. 6 a 17 dos autos.

Em seu voto o Sr. relator inicialmente observa que “*a questão levantada sobre inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 33/2001 é de competência do Supremo Tribunal Federal, não merecendo qualquer apreciação deste órgão julgador.*”

E “*quanto ao fato da operação estar amparada em Decisão Liminar determinando a imediata suspensão da exigibilidade do ICMS do bem importado, Parecer da PROFAZ de nº 626/01, constante do PAF de nº 206986.0011/00-1, de demanda similar, ressalta que os efeitos da ação de Mandado de Segurança é de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas não de seu lançamento, ao afirmar que: “Na realidade, o que a SEFAZ está impedida de fazer é a cobrar o imposto relativo a autuação firmada e não de constituir-lo”.*

Relembra que neste sentido também foi prolatado um outro Parecer da então PROFAZ, em 29/01/03, constante do PAF nº 917007301.

Conclui seu voto entendendo que “*subsiste a exigência, fundamentado nos referidos Pareceres e considerando que a Decisão Liminar concedida ao contribuinte, não é definitiva, como também*

que a referida operação de importação de bens do ativo fixo do estabelecimento está sujeita à tributação do ICMS, conforme preceituava a redação original do art. 155, §2º, inciso IX, alínea “a”, da Constituição Federal, com redação aperfeiçoada pela Emenda Constitucional 33/2001, assim como o art. 2º, §1º, inciso I, da Lei Complementar n.º 87/96, além do art. 2º, inciso V, da Lei nº 7.014/96, e do art. 1º, §2º, inciso V, c/c o art. 36, §1º, inciso I, ambos do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97, nos quais determinam como fato gerador do ICMS a entrada de bem importado do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado ao uso ou consumo ou ativo permanente do estabelecimento, por pessoa física ou jurídica, mesmo que não seja contribuinte habitual do imposto.”

Vota pela Procedência do Auto de Infração salientando que deve ficar suspensa a exigibilidade do crédito tributário até Decisão definitiva do mencionado Mandado de Segurança.

Em sua peça recursal o patrono do contribuinte ressalta dois aspectos da Decisão que, segundo ele, merecem ser postos em relevo.

Primeiro o que diz respeito a ter considerado a procedência total da autuação “*inclusive no que se refere às penalidades quando o próprio acórdão afirma que havia autorização judicial para não realização do pagamento*” O outro aspecto é o que diz respeito ao fato de que a fundamentação da Decisão deixar transparecer que deveria haver inscrição do crédito em dívida ativa do Estado da Bahia. Entende o advogado da empresa que “*a inscrição em dívida ativa é ato de exigibilidade e como tal não poderia ser praticado, inclusive em respeito a determinação da própria Decisão*” Entende que da premissa de que o pagamento do ICMS em questão não ocorreu em função de autorização judicial decorre a conclusão de que o crédito tributário só poderia ser formalizado “*sem qualquer multa, seja a fiscal seja a de mora, pois o recorrente não estava em mora ou inadimplente*”. E mais segundo a sua interpretação o vencimento do crédito tributário de acordo com o art. 160 do CTN só ocorreria 30 dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado e neste caso só ocorrerá “*quando for intimada da Decisão transitada em julgado...*”

Cita a Lei nº 9.430/96 que consolidou no âmbito federal a interpretação a respeito deste tipo de questão, transcrevendo o seu art. 63 e §§. Reforça o argumento no sentido de que “*o problema aqui apontado reside no fato de ser a inscrição do crédito em dívida ativa ato de exigibilidade. Portanto, r. acórdão recorrido não poderia reconhecer a suspensão da exigibilidade e determinar a inscrição em dívida ativa*”. Reproduz o art. 201 do CTN e comentários doutrinários sobre o mencionado artigo. Repete os argumentos iniciais e conclui pedindo “*que seja reconhecida a parcial procedência da autuação, excluindo-se do crédito a parcela inerente às penalidade e ser determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com a conseqüente não inscrição do crédito em Dívida Ativa*”

Enviado o PAF para Parecer da PGE/PROFIS no dia 26.08.2003, no dia seguinte recebe um primeiro deles onde a Sra. Procuradora entende que as penalidades devem ser mantidas “*a fim de resguardar-se o direito do Fisco de constituir o crédito tributário, direito este que não pode ser obstado, nem mesmo por Decisão judicial*” e conclui pelo Não Provimento do Recurso Voluntário pois crer “*ter havido um equívoco por parte do recorrente, pois tal determinação não consta no voto da Decisão recorrida*”.

Um “despacho” de uma outra Procuradora solicita uma diligência para verificação de uma série de informações sobre o andamento, deferimento, pedido de suspensão da segurança e depósito judicial. Estamos em 9 de setembro de 2003. Atendendo ao despacho, um outro Procurador responde: a liminar foi concedida em 28.11.02 e os depósitos foram efetivados em 27/12/2001. E mais: o Estado ajuizou sem sucesso no entanto um Pedido de Suspensão dos Efeitos da liminar. Informa ainda que os autos estão conclusos para a sentença. Alcançamos aqui o dia 28 de julho de 2004. Uma outra Procuradora lavra um outro despacho encaminhando desta vez à PROFIS/Extrajudicial. Em novo despacho solicita-se o retorno do Processo a “CODEF” a fim de que se proceda a juntada das peças solicitadas. As mesmas informações são prestadas desta vez

detalhando os números das notas fiscais, base de cálculo, origem e valores recolhidos, porém sem a juntada de cópia de nenhum documento. Um outro despacho ordena: “*a CODEF III para suspensão da exigibilidade. Após, encaminhe-se a PGE/PROFIS/Extrajudicial, tendo em vista já terem sido prestadas as informações solicitadas. Estamos a 22 de novembro de 2004*”. Um novo Parecer é juntado ao PAF desta vez trazendo a seguinte ementa: “*RECURSO VOLUNTARIO PARCIALMENTE PROVIDO. Os argumentos trazidos pelo recorrente são insuficientes para proporcionar a reforma total da Decisão guerreada. A Decisão de 1ª Instância está correta quanto a inscrição do débito em dívida ativa e deverá ser reformada apenas no tocante a exclusão da multa e encargos moratórios.*” Em seu conteúdo o aludido Parecer após breve relatório do ocorrido até aqui conclui: “*... 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 inconstitucionalidade da exigência do ICMS na situação em exame, mas somente alegações em torno da inaplicabilidade de multa moratória pelo não recolhimento do ICMS quando este se encontra amparado por Decisão judicial. Em razão deste fato é que não se reconhece identidade de objetos discutidos nas instâncias administrativas e judicial, capaz de provocar a extinção do procedimento administrativo. Dessa forma, opino pela manutenção parcial da Decisão em exame, isto é, da inscrição do débito em dívida ativa como forma de prevenir os riscos de sua prescrição e decadência, em face da existência de divergências sobre a possibilidade de discutir-se, ou não, questões de fundo constitucional, em sede administrativa; sob pena de não o fazendo provocar violação do 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 acata, em parte, o Recurso Voluntário formulado pelo contribuinte, a fim de que seja reformada a Decisão prolatada pelo órgão julgador no tocante ao não cabimento da aplicação de multa e acréscimos moratórios na situação em análise.*” Estamos a 31 de dezembro de 2004. Encaminhado a uma outra Procuradora esta encaminha a um outro procurador a quem, segundo o despacho exarado por esta funcionalia, caberá a função de revisar os Pareceres destinados ao CONSEF. Estamos a 26 de outubro de 2005. Em 27 de janeiro de 2006 um outro Procurador após breve relatório sobre o ocorrido até aqui emite, o que devo considerar como Parecer opinativo final, entendendo que a matéria “*encontra-se expressamente disciplinada no art. 63 da Lei nº 9.430/96, entretanto, como na legislação estadual não existe dispositivo expresso sobre o assunto, compete ao CONSEF apreciar o caso e aplicar o direito em âmbito administrativo, utilizando-se, para tanto, dos diversos métodos de interpretação. Outrossim, manifesto entendimento de que deve constar em Auto de Infração, lavrado com a finalidade de prevenir decadência, nos casos em que a exigibilidade estiver suspensa por ordem judicial, à exigência da multa de ofício e de acréscimos moratórios. Na hipótese de Decisão judicial desfavorável ao contribuinte, volta-se à situação anterior, devendo lhe ser facultado o prazo de trinta dias para pagamento do débito sem a multa e os acréscimos moratórios, com fundamento no artigo 160 do CTN.*”

VOTO

As questões trazidas pelo recorrente cingem-se basicamente em dois pontos: 1º - sobre a inscrição em dívida ativa como ato de *exigibilidade* e em 2º a imposição de penalidades quando do lançamento.

Os temas envolvem questões fundamentais do Direito Tributário relacionadas diretamente a obrigação e crédito tributário. Por impertinência funcional não nos cabe aprofundar a discussão de tais assuntos, mas mantemos presentes as idéias que temos a respeito dos assuntos incorporados de uma forma ou de outra à doutrina e à jurisprudência brasileira. Sobre as questões a de mais fácil deslinde é a “*inscrição na Dívida Ativa*” como ato ou não de exigibilidade. Respeitando a opinião contrária do ilustre patrono do autuado entendemos que a pura e simples inscrição não habilita a Fazenda Pública a exigir o crédito. Torna-se necessária a emissão de uma Certidão deste fato para que o Estado “execute” a dívida. Havendo questões

judiciais envolvendo este crédito o Estado não teria, dentro dos princípios norteadores do processo judicial tributário, condições de executar esta dívida por mais ativa que ela fosse. Neste ponto, concordo integralmente com um dos opinativos da Procuradoria Estadual no sentido de que a inscrição deve ser feita não somente como ato legal, mas para prevenir futuras possíveis discussões sobre decadência e prescrição.

O 2º ponto nos parece um pouco mais delicado. O histórico relatado nos leva a entendermos melhor o ocorrido: o contribuinte sabendo da necessidade de efetuar o pagamento do ICMS quando da ocorrência do seu fato gerador, na hipótese – momento do desembarque aduaneiro – antecipa-se a este fato e consegue junto ao Poder Judiciário uma liminar num Mandado de Segurança, garantindo a liberação do produto sem o pagamento do ICMS naquele momento. Ora, a ordem judicial garante a ele este comportamento, ou seja, não pague o ICMS neste momento. Agiu, portanto, antes mesmo da ocorrência do fato gerador. Antes mesmo do nascimento da obrigação tributária. Sem querer polemizar o assunto, necessariamente não havia crédito, pois o lançamento não havia ocorrido, e como sabemos este procedimento é fundamental para o nascimento do crédito tributário. Seguimos a linha do Prof. Hugo de Brito Machado no sentido de que causa de suspensão antes da exigibilidade não é propriamente suspensão e sim impedimento. E impedimento de quê? Exatamente de realizar a imposição tributária em condições de exigir-la. Nesta linha não teria sentido a imposição de penalidade, pois o contribuinte não cometeu, pelo menos até ali, nenhuma infração. E, se não há infração, não pode haver imposição de penalidade. Voltamos a concordar com um dos Pareceres no sentido de que não deve ocorrer a imposição de penalidades se não houve infrações, e mais, no presente PAF o crédito discutido foi objeto de depósito judicial que transformar-se-á em renda se o Estado sair vencedor da contenda.

Ratifico a nossa opinião: entendo que no caso de concessão de medida liminar em Mandado de Segurança ou em outras espécies de ação judicial acrescido de depósito judicial ou administrativo não cabe a imposição de multas ou acréscimos moratórios.

Votamos no sentido da modificação da Decisão da JJF para excluir a multa e demais acréscimos legais.

Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207162.0015/03-9, lavrado contra **PETRORECONCAVO S/A.** no valor de **R\$134.758,78**, sem imposição de multa e acréscimos moratórios, devendo o recorrente ser cientificado da presente decisão. Fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2003.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

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