

PROCESSO - A. I. Nº 140777.0104/03-5
RECORRENTE - ÁGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0109-03/06
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 19/09/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0299-11/06

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. FARINHA DE TRIGO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. De acordo com legislação vigente à época, nas operações de importação de farinha de trigo do exterior, a base de cálculo será apurada em conformidade com os valores constantes no Anexo I, da Instrução Normativa nº 63/02, a qual está de acordo com o Protocolo ICMS 46/00. Mantido o lançamento do crédito tributário para evitar a decadência do direito de efetuar-lo, ficando suspensa sua exigibilidade até a Decisão final da lide no âmbito do Poder Judiciário. 2. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no art. 42, II, “F”, 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 art. 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. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão da 3ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração, referente à falta de recolhimento do ICMS no momento do desembarço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo contribuinte na condição de importador está estabelecido no Estado da Bahia, relativamente a 1.380 sacos de 50 quilos e 1.840 sacos de 25 quilos de Pré-Mistura pronta para fabricação de pão francês constantes da DI nº 03/0953375-3 de 03/11/2003, conforme documentos juntados às fls. 05 a 21.

Sustenta a Decisão recorrida que:

- de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual;

- o contribuinte, em sua impugnação, contestou os valores do imposto apurado na autuação no que tange a apuração da base de cálculo e questionou a imposição de multa, uma vez que seu procedimento estava estribado em Decisão judicial;
- considerando que o autuado estava amparado por liminar em mandado de segurança, com suspensão da exigência do crédito tributário, o auditor fiscal constituiu o crédito, por meio deste lançamento, para resguardar o direito do fisco em razão da decadência. Todavia, consoante o entendimento exarado pela PGE/PROFIS e por este CONSEF, a exigibilidade do crédito tributário apurado ficará suspensa em obediência à citada liminar, até a Decisão final proferida pelo Poder Judiciário, porém, o ato administrativo do lançamento é vinculado, não podendo deixar de ser realizada a sua constituição;
- recentemente, a segunda instância deste CONSEF tem entendido, em matérias semelhantes, que, consoante o disposto no artigo 126, do COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia e no 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 Voluntário acaso interposto”*.
- em relação ao mérito da questão, foram indicados no Auto de Infração os dispositivos legais previstos na legislação tributária estadual, que prevê a tributação da mercadoria importada (farinha de trigo), no entanto, sua análise fica prejudicada pelo fato de o contribuinte estar discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para adoção das providências de sua alçada;
- quanto à multa e aos acréscimos moratórios decorrentes da autuação, o contribuinte na sua defesa fundamentou o pedido de exclusão da multa e acréscimos moratórios com os seguintes argumentos:
 - a) que estando protegido por liminar em mandado de segurança, nos termos do art. 151, IV do CTN e 964, IV do RICMS/BA, está suspensa a exigibilidade do crédito tributário;
 - b) que a multa de mora é devida em função da inadimplência do contribuinte e estando protegido pela medida judicial, não pode ser compelido a pagar a mencionada multa.
- o RPAF/BA, no seu art. 39 determina que o Auto de Infração conterá, entre outras coisas, a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, a alíquota e o percentual da multa cabível, tidos como infringidos em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente. Dessa forma, na lavratura do Auto de Infração, o fisco estadual não pode efetuar o lançamento do crédito tributário sem a imposição da multa correspondente.
- a multa indicada na autuação, foi corretamente aplicada em consequência da falta de recolhimento do imposto relativo a mercadoria importada, no momento da entrada do território do Estado, conforme prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96, devendo a sua exigibilidade ficar suspensa, enquanto o Mandado de Segurança estiver pendente de Decisão judicial.
- quanto à mora, para se prevenir do seu pagamento em decorrência de uma possível Decisão judicial desfavorável, do crédito tributário que teve a sua exigibilidade suspensa por força de liminar em mandado de segurança, o contribuinte pode fazer o depósito judicial do imposto exigido, o que conduz em conversão do depósito em renda do Estado, extinguindo, assim, o crédito tributário, os acréscimos moratórios e atualização monetária. Caso a Decisão judicial venha ser favorável ao contribuinte, é assegurado a restituição do depósito judicial, com os devidos acréscimos moratórios e atualizado monetariamente.

- em relação ao imposto que provisoriamente está suspensa sua exigibilidade, por proteção judicial, se for julgada desfavorável ao contribuinte, o crédito tributário deverá ser atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora previstos na legislação estadual, contando prazo a partir da data efetiva do desembaraço da mercadoria.
- esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para dispensar multa por descumprimento de obrigação principal, podendo no entanto ser requerida sua dispensa ou redução à Câmara Superior deste Conselho de Fazenda, conforme disposto no art. 159 do RPAF. Neste caso, não se pode falar nem em dispensa e sim em desvinculação com a infração apontada nos autos.

Por conseguinte, o lançamento deve ser mantido, ficando, contudo, suspensa a execução fiscal do crédito tributário correspondente até a Decisão final do Mandado de Segurança.

Conclui pela Procedência do Auto de Infração.

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente interpôs Recurso Voluntário, no qual alega, em síntese, que são distintos os objetos da impugnação e do mandado de segurança, uma vez que no presente processo administrativo há discussão acerca do fato de que estando amparado por Decisão judicial e com a conseqüente suspensão da exigibilidade do crédito tributário, não é cabível a imposição de multa e acréscimos moratórios.

Instada a se manifestar a representante da PGE/PROFIS opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, todavia com a ressalva de que, em caso da perda de efeitos da liminar inicialmente concedida, seja aberta ao contribuinte a possibilidade de pagamento do débito principal, sem incidência das penalidades moratórias, no prazo de 30 dias contados a partir da Decisão final de mérito.

VOTO

Após análise dos autos, entendo que a constituição da multa e demais penalidades deve ser mantida, para fins de resguardar o direito do Fisco de constituir o crédito tributário.

De fato, a constituição do crédito tributário consiste no exercício de uma função administrativa vinculada, obrigatória e delegada por lei, que não pode ser obstruída, nem mesmo por Decisão judicial.

Outrossim, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não afeta o direito do Fisco efetuar o lançamento tributário. A liminar em mandado de segurança pode paralisar a cobrança, mas não o lançamento.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, já decidiu conforme demonstra a ementa abaixo:

“TRIBUTÁRIO – CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – LANÇAMENTO – DECADÊNCIA. 1. O fato gerador faz nascer a obrigação tributária, que se aperfeiçoa com o lançamento, ato pelo qual se constitui o crédito correspondente à obrigação (art. 113 e 142, ambos do CTN). 2. Dispõe a fazenda do prazo de cinco anos para exercer o direito de lançar, ou seja, constituir o seu crédito. 3. O prazo para lançar não se sujeita a suspensão ou interrupção, sequer por ordem judicial. 4. A liminar em mandado de segurança pode paralisar a cobrança, mas não o lançamento. 5. Recurso especial não conhecido”

(Resp. nº 119986/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 09/04/01 – grifos nossos)

Ante o exposto, concordo com a PGE/PROFIS e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para que seja mantida a constituição do crédito tributário referente à imputação da multa e demais penalidades, devendo, entretanto, ficar suspensa a sua exigibilidade até a Decisão final da lide no âmbito do Poder Judiciário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **140777.0104/03-5**, lavrado contra **ÁGAPE DISTRIBUIDORA E ESTIVAS LTDA.**, no valor de R\$24.563,58. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional. Caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial, a repartição competente deve intimar o autuado para quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa pelo descumprimento da obrigação principal. Após o decurso do referido prazo sem a efetivação do pagamento, todas as penalidades indicadas na autuação devem ser incluídas no cálculo do débito ora exigido.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de agosto de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

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