

PROCESSO - A. I. Nº 114595.0023/05-3
RECORRENTE - POLICLIN POLICLÍNICA MÉDICA DE ITAPETINGA S/C LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2^a JJF nº 0106-02/06
ORIGEM - INFRAZ ITAPETINGA
INTERNET - 15/12/2006

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0443-11/06

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. BENS DESTINADOS A EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO ESTADUAL. EXISTÊNCIA DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. 1. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Com a existência de Mandado de Segurança, fica a exigibilidade do crédito tributário suspensa, mas não seu lançamento. nos termos do art. 117 do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8.001/01, a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso interposto, estando, por conseguinte, neste aspecto, extinto o presente processo administrativo, em face do art. 122, IV, do RPAF/99. 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 n.º 7.014/96, e se aplica ao presente caso, pois o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente, sem dolo. 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 n.º 3.956/81 (COTEB). A apreciação do mérito do Recurso é **PREJUDICADO** e o Auto de Infração **PROCEDENTE** quanto às penalidades e demais cominações legais, ressalvando-se que a exigibilidade do crédito tributário fica suspensa. Recurso **NÃO PROVVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado ao Acórdão n.º 0106-02/06, da 2^a JJF, que, por Decisão unânime de seus membros, julgou procedente o presente Auto de Infração, lavrado em decorrência da falta de recolhimento de ICMS no momento do desembarque aduaneiro, relativo à importação de um ecógrafo com análise espectral Doppler, marca GE. A operação diz respeito à Nota Fiscal Avulsa 666943 e à Declaração de Importação nº 05/1034905-0. Imposto lançado: R\$45.793,05. Multa: 60%.

No julgamento recorrido, entendeu a 2^a JJF que, no que concerne ao lançamento do imposto incidente na importação do referido bem, está extinto o presente processo administrativo, em face do art. 122, IV, do RPAF/99, em prestígio do Poder Judiciário, isto porque, nos termos do art. 117 do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8.001/01, a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso interposto, o que ocorreu no presente caso, pois o contribuinte autuado impetrhou Mandado de Segurança – processo nº 853402-7/2005 –, obtendo

Medida Liminar no sentido de que se permitisse o desembaraço da mercadoria sem o pagamento antecipado do ICMS (fls. 16-17).

Em relação à multa aplicada, disse que, no caso em exame, em que o contribuinte deixou de pagar o imposto porque havia prévia autorização judicial nesse sentido, não há infração, porque, enquanto o Mandado de Segurança estiver pendente de Decisão, a matéria de direito se encontra “*sub judice*” e, por conseguinte, o mandamento legal e regulamentar se encontra com sua eficácia suspensa, e é impossível infringir um preceito cuja eficácia está suspensa.

No entanto, afirmou esbarrar num óbice, porque a Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para “*dispensar multa por descumprimento de obrigação principal*” – pôs a expressão entre aspas para deixar claro que, a rigor, não se trata de “dispensar” multa, tendo em vista que, pela sua compreensão, não houve infração – e, em face da lacuna da legislação estadual, que, a seu ver, não contempla solução expressa para esta situação, manteve o lançamento.

O recorrente iniciou o seu Recurso Voluntário afirmando que a 2ª JJF deixou de analisar tema de grande relevância: o Direito ao Diferimento do ICMS, que, segundo ele, não foi ventilado em sede do mandado de segurança interposto, e ao se referir à multa, o seu relator colocou que a sua junta “*não tem competência para dispensar multa por descumprimento de obrigação principal*”, embora concorde com o fato de que infração não houve.

Disse que a Decisão administrativa da 2ª JJF, que entendeu prejudicada a defesa outrora apresentada, em razão de que o contribuinte preferira discutir a matéria no âmbito judicial, não deve prosperar, porque, em assim permanecendo, estará violando princípios constitucionais, a exemplo do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, que restará impossibilitada face a extinção da esfera administrativa. Assim, o dispositivo do RPAF/99 que prevê a extinção encontra-se em total incoerência com a Constituição Federal, ao restringir o direito de defesa do contribuinte.

Argumentou que tem direito ao diferimento do lançamento e pagamento do ICMS decorrente de importação de bens do exterior, previsto no art. 5º-C, do Decreto n.º 6.734/97, com a redação dada pelo Decreto n.º 9.547/05, cuja vigência se deu antes da presente ação fiscal, e que a DITRI, ao emitir Parecer sobre o seu pedido de diferimento, concluiu que teve a sua “análise prejudicada em virtude da existência do Auto de Infração em voga, cabendo portanto, ao CONSEF, na condição de órgão julgador, se manifestar sobre a matéria”.

Pediu que fosse reconhecido o benefício fiscal.

Firmou que não houve descumprimento de obrigação principal, porque não se pode exigir ICMS nas importações de bem destinado ao seu ativo fixo, pois o imposto, dentre outras hipóteses, é exação incidente sobre a circulação de mercadorias, assim entendida a circulação jurídica, não bastando a mera circulação física de mercadorias, sendo imprescindível a mudança de titularidade, isto porque a Carta Magna não prevê a tributação de mercadoria, de produto, mas sim e usando suas palavras “*operações relativas à circulação de mercadorias*”.

Quanto ao critério pessoal, asseverou ser gritante a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 33/2001, que elegeu como contribuinte do ICMS sobre a importação de bem destinado ao ativo fixo do estabelecimento pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, aniquilando todo o princípio da não cumulatividade, por falta de manancial para operar-se a compensação prevista no art. 155, § 2º, I, da CF/88.

Trouxe jurisprudência para lastrar seu argumento.

Pretendeu, ainda, demonstrar a ilegitimidade da aplicação de multa no caso em apreço, porque, nos termos do art. 151, IV, do CTN, a liminar em mandado de segurança suspende a exigibilidade do crédito fiscal, e, assim, uma vez suspensa a exigibilidade do crédito tributário, não há como se falar em aplicação de multa por descumprimento de obrigação principal e, mesmo que cassada a liminar, o contribuinte haverá de ter um prazo para quitar sua obrigação, sem a incidência da

multa.

Citou o art. 159, do RPAF, que prevê a possibilidade de ser requerida à Câmara Superior deste Colegiado a dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal ao apelo de eqüidade. [Apesar de mencionar este dispositivo, não o vinculou a qualquer pedido]

Concluiu pleiteando a Improcedência ou a nulidade do Auto de Infração.

O representante da PGE/PROFIS, no seu pronunciamento, no tocante à questão da ilegalidade e constitucionalidade da cobrança do ICMS em relação à importação de bem para o ativo fixo por não contribuinte do imposto, disse que não há que se manifestar a Corte Administrativa Fiscal Estadual, mormente que a discussão já se encontra alojada na esfera judicial, restando inapreciável esta discussão nesta seara, em face da inequívoca definitividade das decisões proferidas na esfera judicial, em que pese restar pacífica esta questão no Poder Judiciário por conta da Emenda Constitucional n.º 33, que alargou o âmbito constitucional do ICMS para alcançar qualquer importação de bem feita por sujeito passivo ou não do tributo Estadual.

Quanto à alegação de que a multa não poderia ser aplicada, conquanto existente a suspensão da exigibilidade por conta do deferimento de liminar em Agravo de Instrumento em favor do recorrente, afirmou que rema pacífico em nossa jurisprudência a idéia de que a medida acautelatória em processo judicial, não impede o lançamento da multa tributária, em razão do risco da decadência, pois a Decisão liminar possui sempre um caráter precário, restando latente os efeitos *ex tunc* da Decisão denegatória da segurança.

Opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário, no que se refere à questão da multa, evitando-se o *periculum in mora inverso*, acolhendo, entretanto, o posicionamento do CONSEF em relação à impossibilidade de discussão na seara administrativa da infração substancial arrostanda.

VOTO

O recorrente disse que a Decisão administrativa da 2ª JJF, que entendeu prejudicada a defesa outrora apresentada, em razão de que o contribuinte preferira discutir a matéria no âmbito judicial, não deve prosperar, porque, em assim permanecendo, estará violando princípios constitucionais, a exemplo do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, que restará impossibilitada face a extinção da esfera administrativa. Assim, o dispositivo do RPAF/99 que prevê a extinção encontra-se em total incoerência com a Constituição Federal, ao restringir o direito de defesa do contribuinte.

Como dito na Decisão questionada, o art. 117, do RPAF/99, preconiza 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 Voluntário acaso interposto, e mais, o seu art. 167, II, expressamente exclui da competência dos órgãos julgadores questão que esteja sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

Quanto a ser “inconstitucional” o dispositivo acima, do RPAF, da mesma forma, o art. 167, I, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade. Então, até que o Supremo Tribunal Federal o declare inconstitucional, para que seu efeito seja *erga omnes*, tal dispositivo está revestido de constitucionalidade e tem eficácia.

Quanto à alegada constitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 33/2001, que elegeu como contribuinte do ICMS sobre a importação de bem destinado ao ativo fixo do estabelecimento pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, aniquilando todo o princípio da não cumulatividade, por falta de manancial para operar-se a compensação prevista no art. 155, § 2º, I, da CF/88, segue o mesmo princípio – esta 1ª CJF não tem competência para declará-la.

Assim, a 2ª JJF agiu corretamente ao se abster em adentrar ao mérito do Auto de Infração.

O recorrente afirmou que a 2ª JJF deixou de analisar tema de grande relevância: o Direito ao

Diferimento do ICMS, que, segundo ele, não foi ventilado em sede do mandado de segurança interposto.

De fato, este tema não é mencionado no voto da Decisão recorrida.

O argumento do recorrente é de que tem direito ao diferimento do lançamento e pagamento do ICMS decorrente de importação de bens do exterior, previsto no art. 5º-C, do Decreto n.º 6.734/97, com a redação dada pelo Decreto n.º 9.547/05, cuja vigência se deu antes da presente ação fiscal, e que a DITRI, ao emitir Parecer sobre o seu pedido de diferimento, concluiu que teve a sua “*análise prejudicada em virtude da existência do Auto de Infração em voga, cabendo portanto, ao CONSEF, na condição de órgão julgador, se manifestar sobre a matéria*”. Pediu, então, que fosse reconhecido o benefício fiscal.

Entendo que a DITRI agiu corretamente ao considerar a sua análise “prejudicada”, pois, no presente caso, estamos diante da figura da preclusão lógica, senão vejamos.

O contribuinte ingressou com medida acautelatória em processo judicial, e obteve a liminar, para que não incidisse ICMS na importação de bem destinado ao ativo immobilizado de empresa prestadora de serviços médicos e hospitalares, não contribuinte do imposto, porque, segundo ele, a Emenda Constitucional n.º 33/2001, que alargou a incidência do ICMS para alcançar qualquer importação de bem feita por sujeito passivo ou não do tributo Estadual, seria inconstitucional.

Em 21/12/2005, foi cientificado da existência do presente Auto de Infração, lavrado para que o lançamento do tributo fosse efetivado, especialmente com o fim de impedir a sua decadência.

Depois disso, o autuado entrou com o processo n.º 03355520064, já mencionado, visando obter o benefício fiscal do diferimento do lançamento e pagamento do ICMS decorrente de importação de bens do exterior, previsto no art. 5º-C, do Decreto n.º 6.734/97.

Ora, não é possível atender ao que foi pleiteado, porque o próprio contribuinte questionou judicialmente a incidência do ICMS na dita operação de importação. Como se diferir o lançamento e o pagamento do imposto que, segundo a ação judicial, não existe? Os pedidos são contraditórios. Tal requerimento, sequer, pode ser apreciado na esfera administrativa, a menos que houvesse a anterior desistência pelo autuado da ação que impetrhou. Igualmente, esta 1ª CJF também não pode reconhecer o benefício fiscal.

Desta forma, o fato de a 2ª JJF omitir o seu pronunciamento a respeito desta questão, não causou prejuízo ao recorrente e, não havendo prejuízo, não se declara a nulidade do Acórdão recorrido, à luz do mandamento inserto no § 2º, do art. 18, do mesmo RPAF.

Pretendeu o recorrente, ainda, demonstrar a ilegitimidade da aplicação de multa no caso em apreço, porque, nos termos do art. 151, IV, do CTN, a liminar em mandado de segurança suspende a exigibilidade do crédito fiscal, e, assim, uma vez suspensa a exigibilidade do crédito tributário, não há como se falar em aplicação de multa por descumprimento de obrigação principal e, mesmo que cassada a liminar, o contribuinte haverá de ter um prazo para quitar sua obrigação, sem a incidência da multa.

Realmente, a exigibilidade do crédito tributário estava e está suspensa, mas não o seu lançamento, que foi efetuado, com o fim precípuo, de garantir que não ocorra a sua decadência.

Quanto à sua alegação de que é ilegítima a aplicação das multas por descumprimento de obrigação principal e de mora, não pode prosperar, posto que o já citado art. 151, IV, do CTN, prevê somente a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, no caso de concessão de medida liminar em mandado de segurança, mas não determina a exclusão de seus consectários (penalidades e acréscimos moratórios).

Já o § 3º, do art. 101, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), determina que a correção monetária abrangerá o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, e o no § 1º, do seu art. 102, que os acréscimos moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento.

Então, fica fácil a interpretação de que os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa.

No que concerne à multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no art. 42, II, “f”, da Lei n.º 7.014/96, e se aplica ao presente caso, pois o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente, sem dolo.

Contudo, conforme reiteradas decisões desta 1ª CJF, deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança ou a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial.

Por fim, o recorrente citou o art. 159, do RPAF, que prevê a possibilidade de ser requerida à Câmara Superior deste Colegiado a dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal ao apelo de eqüidade, mas, apesar de mencionar este dispositivo, não o vinculou a qualquer pedido.

De qualquer forma, se houvesse algum pedido, este deveria ser dirigido à Câmara Superior.

Por todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar PREJUDICADO a apreciação do seu mérito com relação à exigência do imposto e PROCEDENTE o Auto de Infração quanto às penalidades e demais cominações legais, ressalvando-se que a exigibilidade do crédito tributário fica suspensa, nos termos do art. 151, IV, do CTN, até a Decisão final do Mandado de Segurança impetrado pelo autuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADO, no que tange a exigência do imposto, e NÃO PROVER, em relação as penalidades e cominações legais, o Recurso Voluntário apresentado, mantendo inalterado o lançamento de ofício que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 114595.0023/05-3, lavrado contra POLICLIN POLICLÍNICA MÉDICA DE ITAPETINGA S/C LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$45.793,05, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. 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 por 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, 28 de novembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

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