

PROCESSO	- A. I. Nº 140777.0135/04-6
RECORRENTE	- EMPRESA METROPOLITANA DE RADIODIFUSÃO LTDA. (RÁDIO METRÓPOLE)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3 ^a JJF nº 0320-03/06
ORIGEM	- INFRAZ ATACADO
INTERNET	- 26/07/2007

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0259-12/07

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. EQUIPAMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A mercadoria é tributada normalmente, conforme previsto na legislação estadual. Existência de Mandado de Segurança. A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no artigo 42, II, “d”, 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 trinta 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** quanto à multa e aos acréscimos moratórios. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou prejudicada a defesa em relação à obrigação principal e Procedente quanto à multa e acréscimos moratórios. O Auto de Infração foi lavrado para exigir R\$55.375,48 de ICMS, acrescidos da multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas. Consta, na descrição dos fatos, que a mercadoria não foi apreendida em cumprimento à liminar no Mandado de Segurança de nº 613634-5/2005-55.833, concedida pela 2^a Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, e que o Termo de Apreensão e Ocorrências foi lavrado “para resguardar a Fazenda Pública Estadual com relação à exigibilidade futura do ICMS”.

O autuado apresentou impugnação (fls. 22 a 30), alegando que “*o desembaraço aduaneiro referente à mercadoria importada somente ocorreu em virtude de estar a ora defendente amparada por medida liminar*”. Salienta que o objeto do mandado de segurança consiste na permissão para que fosse efetuado o desembaraço das mercadorias importadas, abstendo-se a autoridade coatora de exigir o pagamento do ICMS sobre a operação; e que é possível a constituição de crédito tributário pelo lançamento de ofício, para evitar a decadência, mas é totalmente ilegítima a formalização deste crédito acrescido de penalidades. Obteve-se suspensão da exigibilidade do imposto, não pode agora ser apenado pelo Fisco, tendo em vista que, se não houve o pagamento do tributo é porque o autuado estava sob o manto do Poder Judiciário, ficando afastada qualquer mora e penalidade que se pretenda imputar. Assim, a defendente entende que não se pode exigir multa e acréscimos moratórios, porque não estava em mora ou inadimplente, ressaltando que o vencimento do crédito tributário ocorre trinta dias depois da data em que o sujeito passivo foi notificado, e se o caso está “*sub judice*”, só ocorrerá quando o

contribuinte for intimado da Decisão judicial transitada em julgado, que reforme o entendimento da defendant. Disse que esse entendimento é previsto na Lei nº 9.430/96, no seu art. 63. Por fim, a defendant pede para este órgão julgador expurgar do presente lançamento as exigências referentes à multa de mora e aos acréscimos moratórios.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 34 a 37 dos autos, após descrever os fatos relativos à autuação fiscal, e apresentar um resumo da impugnação do autuado, salienta que, de acordo com o entendimento deste CONSEF, a liminar em Mandado de Segurança apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário até a Decisão de mérito. Diz que a importação efetuada pelo contribuinte configura hipótese de incidência do imposto, e a legislação é bastante clara, ao estabelecer que incide o ICMS na entrada de mercadoria importada do exterior, e, considerando que não ocorreu o recolhimento do imposto pelo contribuinte, no momento do desembaraço, ficou caracterizada a infração à legislação tributária estadual. Cita o art. 155, § 2º, IX, da Constituição Federal, e requer a procedência do Auto de Infração em lide.

A JJF decidiu pela extinção do Processo Administrativo Fiscal, considerando que houve desistência da defesa, em decorrência de ingresso em juízo relativamente à matéria objeto da lide.

Consta às fls. 58 a 61 dos autos, representação da PGE/PROFIS para que seja anulado o Acórdão proferido pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, salientando que a matéria objeto do mandado de segurança interposto pelo contribuinte não coincide com a matéria analisada na sua defesa. Além disso, no processo judicial, foi apenas concedida liminar, inexistindo trânsito em julgado de Decisão final.

Conforme Acórdão CJF Nº 0261-12/06, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu pela reforma da Decisão de primeira instância e devolução dos autos ao órgão prolator da Decisão reformada para novo julgamento, acolhendo a Representação da PGE/PROFIS.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, pela falta recolhimento do imposto no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador é estabelecido no Estado da Bahia, em decorrência de liminar concedida no Mandado de Segurança de nº 613634-5/2005-55.833.

De acordo com as razões de defesa e descrição dos fatos, o autuado ingressou em Juízo com o Mandado de Segurança de nº 613634-5/2005-55.833, sendo deferido o pedido de liminar para não ser exigido o ICMS referente à operação de importação dos equipamentos. Por isso, o defendant reconhece que é possível a constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício, para evitar a decadência, mas alega que é totalmente ilegítima a formalização deste crédito acrescido de penalidades.

Observo que, efetivamente, se encontra suspensa a exigibilidade do crédito tributário face à concessão de medida liminar, e o defendant alegou que se insurge contra a multa indicada no Auto de Infração, bem como de acréscimos moratórios, em face de não se considerar que está em situação de inadimplência frente à Fazenda Pública Estadual.

A concessão de medida liminar é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Entretanto, nada impede que seja efetuado o lançamento pelo Fisco, para assegurar a sua exigibilidade posterior, em caso de Decisão judicial desfavorável ao contribuinte.

O art. 39 do RPAF/99 estabelece que o Auto de Infração deve conter a identificação, endereço e a qualificação do autuado; a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias; a alíquota e o percentual da multa cabível, etc. Dessa forma, o Fisco não pode efetuar o lançamento do crédito tributário com a lavratura de Auto de Infração por descumprimento de obrigação principal, sem a indicação da multa correspondente.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para dispensar ou reduzir multa por descumprimento de obrigação principal, e embora, não se trate, no presente processo, de “dispensa” de multa, compete à Câmara Superior do CONSEF decidir quanto a essa questão, se provocada pelo contribuinte, nos termos do art. 159 do RPAF-BA.

Relativamente à escolha da via judicial pelo sujeito passivo, o art. 117, do RPAF-BA estabelece:

“Art. 117. 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”.

Assim, verifico que o processo judicial está relacionado ao lançamento do ICMS correspondente às mercadorias importadas, sem julgado de Decisão final. Em relação ao mérito da questão, sua análise fica prejudicada pelo fato de o autuado estar discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário.

Saliento, ainda, que em relação ao argumento defensivo quanto aos acréscimos moratórios, de que somente ocorreriam após a notificação referente à Decisão judicial desfavorável ao contribuinte, essa alegação não pode ser acatada, haja vista que se a Decisão for favorável ao Estado, ficará caracterizado que não houve o pagamento do imposto no prazo regulamentar, e neste caso, é devido o imposto com os acréscimos previstos em Lei, cabendo ao defendant requerer a dispensa dos acréscimos ora questionados, se a Decisão judicial lhe for favorável.

Portanto, em relação à multa e aos acréscimos moratórios decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração. Dessa forma, a multa exigida por descumprimento de obrigação principal é a prevista na legislação no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e se aplica ao presente caso, uma vez que o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente. Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, consoante a regra do art. 101, § 3º e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Face ao exposto, julgo procedente a inclusão da multa de ofício e dos encargos pela mora, ao tempo em que considero PREJUDICADA a defesa sobre o mérito da exigência fiscal, em decorrência do ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide, devendo o presente processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.”

Em sede de Recurso Voluntário o recorrente alega inicialmente que a autuação exige ICMS por falta de recolhimento do imposto no momento do desembarque aduaneiro das mercadorias importadas, ressaltado que no lançamento foi assinalado o valor do imposto supostamente não recolhido e a multa pela citada infração, mas o acórdão “não fez a melhor análise do caso sob exame, em plena contrariedade à melhor doutrina trazida à colo dos autos e ratificado no presente Recurso Voluntário, conforme restar-se-á demonstrado”.

Prosseguindo, acrescenta que “inobstante restar-se claro o não impedimento à constituição do crédito tributário por parte do Fisco, clara também resta a impossibilidade de fazê-lo nos moldes pretendidos pelo ente tributante, uma vez que se admitindo como legal o referido lançamento tributário, forçosa é a constatação da **ILEGALIDADE da cobrança de multa**, bem como de acréscimos moratórios, em face de não estar a quo recorrente em situação de inadimplência frente à Fazenda Pública Estadual. Conforme informa o próprio r. acórdão exarado pela d. JJF, a quo recorrente impetrou Mandado de Segurança, sendo deferido o pedido de liminar para na ser exigido o ICMS referente à operação de importação de equipamentos”.

Reitera em sua contestação que:(a) a impugnação e o Mandado de Segurança não possuem o mesmo objeto;(b), a impugnação sustenta que se é legítima a constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício, para prevenir a decadência, totalmente ilegítima é a formalização do

crédito acrescido de penalidades; (c) se o autuado obteve, preventivamente, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, através de liminar, é óbvio que não pode agora ser apenada pelo Fisco; (d) e exatamente por isso, fica afastada qualquer mora e/ou penalidade, em face da clara distinção entre os objetos da impugnação e do mandado de segurança ajuizado, ainda mais que o recorrente não estava em mora ou inadimplente, pelo contrário, estava sim sob a proteção de medida judicial que reconhecia seu direito.

Ressalta que o vencimento do crédito tributário só ocorreria 30 dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado, e essa notificação, no caso “*sub-judice*”, só ocorrerá quando o recorrente for intimada da Decisão judicial transitada em julgado, que reforme o entendimento favorável que possui.

Conclui afirmando que “*tem-se como absurda a declaração de “Defesa PREJUDICADA” em decorrência de escolha da via judicial pelo sujeito passivo, posto que isso, conforme restou-se demonstrado, em momento algum ocorreu, assim como absurda qualquer referência em acusar a ora recorrente, então autuada, de estar em MORA ou INADIMPLENTE, e por isso, dela exigir valores relativos a acréscimos moratórios e multa por infração*”.

Em seu Parecer a PGE/PROFIS opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, inicialmente por entender que em relação à parte da Decisão *a quo* que exarou prejudicada a defesa por conta da similitude das pretensões meritórias do *mandamus* e do lançamento, verifica-se que a Decisão de base não merece reforma, pois o cerne da Decisão judicial restringe-se a não exigência do imposto, não sendo, desta forma, o ato de lançamento um ato de cobrança imediata do tributo.

No tocante à multa, ressalta a procuradoria que, conquanto existente a suspensão de exigibilidade por conta do deferimento da liminar, é pacífico na jurisprudência a idéia de que a medida acutelatória em processo judicial não impede o lançamento da multa, face ao risco da decadência.

Transcreve posicionamento de Hely Lopes Meirelles e Decisão prolatada pelo TRF, em sede de apelação em MS.

VOTO VENCIDO

Nosso entendimento, manifestado em processos semelhantes, é no sentido de que o objetivo primeiro do Fisco Estadual é a constituição do crédito tributário, visando prevenir a decadência. Suspensa a exigibilidade, no caso, por ordem judicial, está atendida essa condição. Por sua vez, o Mandado de Segurança impetrado pelo recorrente esgotou a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial, devendo, o PAF ser encaminhado à Dívida Ativa. E, de outra parte, ao decidir pela extinção do processo, em obediência ao princípio de que o acessório acompanha o principal, evidentemente está explícita a inclusão da multa na Decisão, mesmo porque, suspensa a exigibilidade do crédito tributário, não há como se falar em multa por descumprimento de obrigação principal.

Em face do exposto, NÃO CONHEÇO o Recurso Voluntário, em virtude da PREJUDICIALIDADE prevista no art. 122, IV, do RPAF. Com efeito, julgo EXTINTO o presente processo, devendo os autos ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, restando suspensa a exigibilidade do crédito enquanto salvaguardado por Decisão judicial.

VOTO VENCEDOR

Divergimos do Sr. relator, pois entendemos que o Recurso Voluntário deve ser conhecido, porém, não provido, conforme fundamentação a seguir exposta.

Cinge-se o Apelo Empresarial a postular, na via administrativa, pela exclusão da penalidade e dos acréscimos moratórios lançados em conjunto com o ICMS incidente na operação de importação dos bens descritos no Termo anexo a fl. 06 dos autos.

Adotamos na solução da presente lide as mesmas razões tracejadas no voto proferido por esta 2^a Câmara de Julgamento Fiscal, contida no Acórdão nº 0204-12/07 (processo Auto de Infração nº 020983.0008/05-1), da lavra do eminente Cons^o Helcônio de Souza Almeida, com o texto a seguir transscrito:

“...Como sabemos, não se exige do sujeito passivo que previamente esgote as vias administrativas como condição de acesso ao Poder Judiciário, vigorando, como afirma o Prof. Alberto Xavier, o princípio optativo “segundo o qual o particular pode livremente escolher entre a impugnação administrativa e impugnação judicial do lançamento tributário. Esta opção pode ser originária ou superveniente, em consequência de desistência da via originalmente escolhida. Todavia, em caso de opção pela impugnação judicial, na pendência de um impugnação administrativa, esta se considera extinta ipso iure” (Cfr. ALBERTO XAVIER, Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário, Rio de Janeiro, 2005, p. 27). Ora a escolha da via judicial, através de um Mandado de Segurança que antecedeu a ocorrência do fato gerador, relaciona-se exclusivamente com este próprio fato e que diz respeito, como sabemos, ao objeto principal do Auto de Infração: lançamento de um tributo que a Fazenda Pública entende devido.

A coexistência num mesmo documento do lançamento do imposto e da imposição de penalidade pode levar, e isto ocorre, inclusive, no modelo adotado pela legislação processual administrativa da Bahia, a confundirmos realidades jurídicas distintas. O Auto de Infração lavrado contra o contribuinte é um Auto de Infração procedural como diria o Prof. José Souto Maior Borges “que se formaliza mediante um só documento relacionando com uma realidade jurídica complexa que lhe é subjacente. Mas sob essa unidade formal, se esconde a sua diversidade de funções técnicas. Trata-se de ato procedural cuja complexidade é revelada pela circunstância de que, no Auto de Infração, como nota comum à multiforme legislação pertinente a matéria. Vêm normalmente mescladas: (a) aplicação das normas que disciplinam a cobrança do tributo, inconfundível com (b) aplicação das normas que prescrevem a sanção de ato ilícito, a combinação de penalidades tributárias e, finalmente (c) a aplicação da norma processual tributária, pela intimação ao autuado, para cumprir a exigência fiscal ou impugná-la no prazo que lhe for assinado” (Cfr. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, “Lançamento Tributário” 2^a Ed, São Paulo, 1991, p. 157). Quando o contribuinte optou pela via judicial pretendeu num primeiro momento discutir a legalidade ou não do lançamento do tributo, e não da multa decorrente da possível infração que poderia cometer ao recusar-se ao pagamento do imposto. Lógico que a procedência da ação judicial desconstituirá o ato praticado pela Fazenda Pública Estadual.

A impugnação apresentada refere-se ao mérito da autuação, sem relacionar-se diretamente com a multa aplicada. Resta-nos uma posição sobre a necessidade ou não de que na Decisão deva constar expressamente que o contribuinte sendo derrotado na esfera judicial tem trinta dias para pagar o valor exigido sem imposição de penalidade ou acréscimos moratórios.

Entendo que não há dúvidas quanto à exigibilidade do crédito tributário decorrente do fato gerador do imposto e que este não pode e não poderá ser exigido enquanto perdurar a lide. Acredito, porém, que a multa deve ser lançada como decorrência de um possível descumprimento da obrigação principal que ocorrerá, repito, se o contribuinte não quitar o seu débito trinta dias após a possível cassação, revogação ou mesmo improcedência do seu pedido. Não é possível que o contribuinte vá ao Judiciário como forma de procrastinar o pagamento do imposto. O Estado deve prevenir-se e lançar a penalidade decorrente de uma possível infração”.

Deflui da exposição acima, que o lançamento da multa se reveste de uma garantia da Fazenda Pública executar o crédito tributário decorrente, caso o Poder Judiciário venha a declarar a exigibilidade do tributo, e o contribuinte, após prévia intimação, não cumprir a obrigação principal. Pela natural demora do processo judicial, caso a multa não fosse lançada, poderia o Estado sofrer os efeitos da decadência, razão pela qual, nos termos do art. 142, parágrafo único do CTN, deve a Administração efetuar o lançamento do imposto e seus consectários, sob pena de

responsabilidade funcional, posto que, se eventualmente vier a ser cassada a liminar ou declarada a improcedência da ação promovida pelo contribuinte, os efeitos retrooperantes da decisão judicial conduzirão a estabelecer que o tributo será devido desde o momento da ocorrência do seu fato gerador.

Todavia, como o ingresso da medida judicial constitui direito e garantia de todos, se revestindo de um regular exercício de direito, inclusive, com amparo constitucional, a exigência da penalidade somente será imposta se o sujeito passivo, caso seja vencido na demanda judicial, não efetue o pagamento do imposto devido.

Já os acréscimos moratórios, que constituem exigência embutida ou integrante do crédito tributário, por força da lei, também devem ser preservados no ato administrativo de lançamento, seguindo a mesma sorte do principal, cuja exigência se encontra sob exame do Poder Judiciário.

Voto, portanto, pelo CONHECIMENTO e NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, ficando, todavia, suspensa a exigibilidade do crédito, quanto ao principal (imposto) e seus consectários (multa e acréscimos), até Decisão quanto à ação que tramita na esfera do Poder Judiciário. Caso ocorra 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 recorrente para quitar o débito, no prazo de 30 (trinta) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal. Após o decurso do referido prazo sem efetivação do pagamento, todas as penalidades indicadas na autuação devem ser incluídas no cálculo do débito ora exigido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 140777.0135/04-6, lavrado contra **EMPRESA METROPOLITANA DE RADIODIFUSÃO LTDA. (RÁDIO METRÓPOLE)**, no valor de **R\$55.375,48**, devendo ser intimado o recorrente na forma regulamentar, e, em seguida os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, restando suspensa a exigibilidade do crédito até Decisão final da lide pelo Poder Judiciário, nos termos do art. 151, inciso, IV, do Código Tributário Nacional. Caso ocorra 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 recorrente para quitar o débito, no prazo de 30 (trinta) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal. Após o decurso do referido prazo sem efetivação do pagamento, todas as penalidades indicadas na autuação devem ser incluídas no cálculo do débito ora exigido.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Tolstoi Seara Nolasco, Nelson Antonio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira, Márcio Medeiros Bastos e Helcônio de Souza Almeida.

VOTO VENCIDO - Conselheiro: Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de julho de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR

FAUZE MIDLEJ – RELATOR/VOTO VENCIDO

JOÃO SAMPAIO REGO NETO – REPR. PGE/PROFIS