

PROCESSO - A. I. Nº 232950.0024/03-9
RECORRENTE - PETRORECÔNCAVO S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0123-02/08
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 05/09/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0242-12/08

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. BENS DESTINADOS A EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Empresa prestadora de serviço quando realiza operação de circulação de mercadoria é obrigada a pagar o ICMS. No caso de importação esta obrigação consta expressamente em lei. Recurso prejudicado quanto à apreciação do mérito, pois a matéria está *sub judice*, o que importa em presunção de legitimidade do Auto de Infração. Exigibilidade do crédito tributário suspensa. 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 recorrente a oportunidade de quitar o débito, no prazo legal, sem incidência das penalidades moratórias, caso a Decisão final proferida pelo Poder Judiciário lhe seja desfavorável. Recurso **PREJUDICADO**, em relação à obrigação principal, e **NÃO PROVIDO**, quanto à multa e aos acréscimos moratórios. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª JJF que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar R\$40.413,01 de imposto, em razão da falta de recolhimento do ICMS, no momento do desembarque aduaneiro de mercadorias importadas, estando o importador estabelecido no Estado da Bahia, relativamente aos equipamentos constantes da DI nº 03/0609627-1, conforme Notas Fiscais de Entrada nº 927 a 932 (fls. 12 a 17).

O autuado se defendeu, impugnando a cobrança do imposto e questionando a aplicação de multa e de acréscimos moratórios. Em seguida, a informação fiscal foi prestada regulamente.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0154-02/04 (fls. 160/162), a primeira instância declarou extinto o processo, tendo em vista que o autuado optara pela via judicial para o deslinde da questão.

No exercício do controle da legalidade, a PGE/PROFIS representou ao CONSEF, pugnando pela nulidade do Acórdão JJF Nº 0154-02/04, alegando que não foram apreciados os argumentos defensivos atinentes à multa e aos acréscimos moratórios cobrados.

A representação da PGE/PROFIS foi acolhida (Acórdão CJF Nº 0465-12/07) e a Decisão recorrida foi declarada nula, devendo o processo retornar à primeira instância para nova Decisão.

Notificado acerca do Acórdão CJF Nº 0465-12/07, o autuado alegou que o crédito tributário estava com a sua exigibilidade suspensa e, portanto, não poderia ter sido inscrito em dívida ativa.

Em nova Decisão, o Auto de Infração foi julgado procedente (Acórdão JJF Nº 0123-02/08 – fls. 238 a 241). Ao proferir o seu voto, o relator explicou que o lançamento objetivou resguardar à Fazenda Estadual dos efeitos da decadência, contudo a exigibilidade do crédito tributário ficava suspensa. Salientou que a multa e os acréscimos moratórios estavam previstos na Lei Estadual nº 7.014/96 e faziam parte do lançamento tributário. Ressaltou que a Lei Federal nº 9.430/96 não se aplicava aos tributos estaduais. Ao finalizar, o relator concluiu que “*a defesa fica prejudicada quanto ao exame do seu mérito e o Auto de Infração é procedente, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário.*”

Inconformado com a Decisão proferida pela primeira instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega que o lançamento só poderia ser formalizado sem multa e sem acréscimos moratórios, pois estava sob proteção de medida judicial e, assim, não estava em mora. Diz que, nos termos do art. 160 do CTN, o vencimento do crédito tributário só ocorreria trinta dias depois da notificação do sujeito passivo, o que só acontecerá após a Decisão judicial transitada em julgado. Frisa que esse entendimento está previsto na Lei nº 9.430/96. Aduz que o crédito tributário em questão vem sendo depositado judicialmente.

O recorrente sustenta que o Acórdão JJF Nº 0123-02/08 não poderia reconhecer a suspensão da exigibilidade e determinar a inscrição em dívida ativa, pois, nos termos do art. 201 do CTN, a inscrição em dívida ativa somente pode ocorrer quando esgotado o prazo de pagamento fixado por lei ou por Decisão final. Transcreve doutrina e dispositivos legais.

Ao finalizar seu arrazoado, o recorrente solicita que o lançamento seja julgado procedente em parte, excluindo-se a parcela inerente à multa e aos acréscimos moratórios. Também requer que fique suspensa a exigibilidade do crédito tributário, sem que ocorra a inscrição em dívida ativa.

Ao exarar o Parecer de fls. 263 a 266, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que o CONSEF não deve se pronunciar sobre a incidência do imposto na importação das mercadorias, uma vez que tal matéria será apreciada pelo Poder Judiciário nos autos do mandado de segurança.

Assegura que a lavratura do Auto de Infração teve a finalidade de evitar a decadência, pois a natureza precária das liminares não afasta a posterior cobrança de penalidades moratórias, caso a Decisão liminar não seja mantida. Ressalta que, durante a vigência da liminar, o recorrente está amparado por uma norma individual e, portanto, deverá lhe ser dada a oportunidade de quitar o débito sem a incidência das penalidades moratórias, caso o provimento definitivo seja no sentido oposto à liminar concedida. Para embasar sua tese, cita decisões do STJ e do CONSEF.

No que tange à inscrição do débito em dívida ativa, a procuradora diz que tal matéria não pode ser objeto do Recurso Voluntário, pois não cabe ao CONSEF determinar se o crédito deve ser ou não inscrito. Sustenta que as etapas de saneamento e inscrição em dívida ativa são posteriores à fase contraditória do processo administrativo fiscal. No entanto, a ilustre procuradora assevera que a inscrição em dívida ativa não se trata de ato incompatível com a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, já que o recorrente, enquanto perdurar tal situação, terá direito a certidão positiva com efeito negativo, não lhe acarretando qualquer prejuízo. Opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata o Auto de Infração em epígrafe da falta de recolhimento do ICMS incidente no momento do desembarço aduaneiro de diversos equipamentos importados, destinados à utilização nos serviços de perfuração realizados pelo recorrente.

Conforme o documento de fl. 28 e os pronunciamentos da PGE/PROFIS, o recorrente estava amparado por medida liminar que determinava que a Fazenda Pública Estadual se abstivesse

provisoriamente de exigir do recorrente “*o pagamento do ICMS referente às operações de Importação de bens, realizadas para utilização em sua prestação de serviços*”.

Vê-se que há uma perfeita identificação entre a matéria objeto do lançamento tributário e a tratada na Decisão liminar. Desse modo, nos termos do art. 117 do RPAF/99, está esgotada a discussão de tal matéria na esfera administrativa. Foi, portanto, correta a Decisão da primeira instância que julgou prejudicada a apreciação do mérito da lide, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice*.

No Recurso Voluntário interposto, o recorrente alega que o crédito tributário em tela só poderia ser formalizado sem a imposição de multa e de acréscimos moratórios, uma vez que ele não se encontrava em mora ou inadimplente.

Conforme foi bem salientado na Decisão recorrida, a lavratura do Auto de Infração apenas visou a resguardar a Fazenda Pública Estadual da decadência, tanto que consta no Auto de Infração a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em virtude da determinação judicial.

Ao verificar a ocorrência do fato gerador do ICMS, o preposto fiscal tem o dever de sob pena de responsabilidade funcional, “*determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível*”. Dessa forma, na situação em tela, o autuante tinha a obrigação de proceder à constituição do crédito tributário, inclusive da multa e de seus consectários legais, deixando suspensa à exigibilidade do crédito até a Decisão judicial definitiva. Não havia, portanto, como excluir do lançamento à multa e os acréscimos moratórios. Ressalta que a multa aplicada e os acréscimos moratórios cobrados estão em conformidade com legislação tributária estadual.

Não há como aplicar ao caso em lide, o disposto na Lei Federal nº 9.430/96, pois essa lei é específica para os tributos de competência da União, portanto, não há como estender os efeitos dessa lei aos tributos estaduais. Todavia, caso a Decisão final do Poder Judiciário seja desfavorável ao recorrente, deverá lhe ser dado o prazo de trinta (30) dias para pagamento do débito tributário sem a aplicação de acréscimos moratórios, conforme foi explicado no opinativo da PGE/PROFIS e como vem reiteradamente decidindo este CONSEF.

No que tange à alegação recursal pertinente à inscrição do débito em dívida ativa, não há reparo a fazer na Decisão recorrida. Ao determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e o encaminhamento do processo à PGE/PROFIS para “*as providências de sua alçada*”, a primeira instância procedeu de forma acertada, pois não cabe a este colegiado determinar se o débito deve ou não ser inscrito em dívida ativa. Ademais, conforme foi bem explicado pela ilustre representante da PGE/PROFIS, não há incompatibilidade entre a inscrição de débito em dívida ativa e a suspensão da exigibilidade, “*já que o contribuinte, enquanto perdurar tal situação, terá direito a certidão positiva com efeito negativo, não importando, pois, nem em ato de constrição, nem em prejuízo ao contribuinte.*”

Os depósitos judiciais citados pelo recorrente não possuem o condão de modificar a Decisão recorrida, pois, a depender da Decisão final no âmbito do Poder Judiciário, eles serão convertidos em renda a favor da parte vencedora da demanda.

Pelo acima exposto, declaro Prejudicado o Recurso Voluntário, quanto à obrigação tributária principal, e voto pelo NÃO PROVIMENTO, quanto à cominação de penalidades e de acréscimos moratórios.

VOTO DIVERGENTE

Data vênia, discordo do entendimento do ilustre relator quanto à cominação de penalidades e de acréscimos moratórios, pelas razões que se seguem.

A douta procuradora, em seu parecer, opina no sentido de que a multa deve ser aplicada **uma vez que o imposto deixou de ser recolhido**. (grifo nosso)

Ora, como poderia o contribuinte recolher o imposto se a questão se encontrava e ainda se encontra *sub-judice*, portanto pendente de decisão e/ou condenação? Evidentemente a empresa não se encontra em mora ou inadimplente, pois não há decisão sobre a exigibilidade do crédito tributário.

Ressalte-se que a própria RESOÇUÇÃO do Acórdão determina, embora contraditoriamente, mas em reforço a esse entendimento, “*considerar PREJUDICADA a defesa apresentada e declarar EXTINTO o Processo Administrativo Fiscal, para que seja o crédito tributário inscrito na dívida ativa, ficando este, contudo, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a decisão do Judiciário....*” (grifo nosso)

Por sua vez, embora a JJF, acertadamente, entenda que a Lei nº 9.430/96, citada na defesa e repetida no Recurso Voluntário, não se aplica aos tributos estaduais, presta-se, porém, como subsidio ao julgador para orientar a interpretação da matéria jurídica em exame. Dispõe o § 2º do art. 63, dessa lei:

“*A interposição de ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considere devido o tributo ou contribuição*”.

Reforça ainda a convicção deste julgador o fato incontestável de que a obrigação acessória segue e é decorrente da obrigação principal. Se essa ainda não existe, não está constituída, não pode, portanto, ser devida a multa aplicada.

Em face do exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para declarar EXTINTO o processo administrativo e prejudicado o seu julgamento até Decisão final do Poder Judiciário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado, quanto à obrigação tributária principal, e NÃO PROVIDO, quanto à cominação de penalidade e de acréscimos moratórios, e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE, o Auto de Infração nº 232950.0024/03-9, lavrado contra PETRORECÔNCAVO S/A, no valor de R\$40.413,01, devendo ser intimado o recorrente na forma regulamentar e, em seguida, encaminhados os autos à PGE/PROFIS para as providências de sua alçada. A exigibilidade do crédito tributário fica suspensa, nos termos do art. 151, IV, do CTN, até a Decisão final da lide no âmbito do Poder Judiciário.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Álvaro Barreto Vieira, Márcio Medeiros Bastos, Carlos Fábio Cabral Ferreira, Nelson Antonio Daiha Filho e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO DIVERGENTE - Conselheiro: Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

FAUZE MIDLEJ – VOTO DIVERGENTE

JOÃO SAMPAIO REGO NETO – REPR. DA PGE/PROFIS