

PROCESSO - A. I. Nº 114595.0025/07-2
RECORRENTE - IMAGE MEMORIAL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0136-05/08
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 26/06/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0158-11/09

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO QUANDO DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. Defesa prejudicada quanto à apreciação do mérito, relativo à exigência do imposto, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa em desistência do Recurso na esfera administrativa. Comprovada a identidade do objeto do Mandado de Segurança impetrado com o do Auto de Infração. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa. 2. EXIGÊNCIA DE MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a legalmente prevista 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 **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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida no Acórdão nº 0136-05/08, que considerou Prejudicada a defesa apresentada, no que tange à obrigação tributária principal, e Procedente em relação às penalidades e cominações legais, cujo Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS, no valor de R\$162.752,99, acrescido da multa de 60%, devido no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador é estabelecido no Estado da Bahia.

Foi consignado no campo “Descrição dos Fatos” que “*A empresa acima citada deixou de recolher o ICMS quando do desembaraço aduaneiro referente a importação de 01 (um) Sistema de Imagem por Ressonância Magnética de um Tesla, modelo Othone e acessórios, conforme discriminação na DI sob nº 07/1597750-9, datada de 20.11.2007 A presente mercadoria não será objeto de qualquer embargo por parte da fiscalização, em cumprimento à liminar concedida em Decisão de Mandado de Segurança sob nº 1783127-7/2007, proferida pelo Exmº Juiz Gesivaldo*

Nascimento Brito, Titular da VFP - Substituto da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador-Bahia.”

A Decisão recorrida consignou que, por ter o autuado optado pela via judicial para discussão da incidência do ICMS, não há que subsistir a discussão na via administrativa. Entretanto, salientou a JJF que, isto não impede que a Fazenda Pública se acautele mediante a feitura do lançamento do seu crédito tributário através do Auto de Infração competente, no sentido de assegurar sua exigibilidade no futuro, caso a Decisão de mérito seja desfavorável ao sujeito passivo da obrigação tributária.

Ressaltou o órgão julgador que, efetuado o desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importado do exterior, a lei considera contribuinte qualquer pessoa física ou jurídica que realize com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial operações de circulação de mercadorias, ainda que as operações se iniciem no exterior ou, ainda que não contribuinte, importe mercadorias que se destine a consumo ou ativo permanente do estabelecimento, conforme se deduz do art. 4º e seu § único da Lei Complementar nº. 87/96.

No que se refere à incidência, aduziu a JJF que há de se observar o art. 2º, § 1º, inciso I da LC nº 87/96 que, em consonância com a regra constitucional do artigo 155, § 2º da CF, estabelece que o imposto também incide sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica ainda que não seja contribuinte habitual do importação, qualquer que seja a sua finalidade. Destaca ainda que o art. 2º, V, da Lei Estadual nº 7.014/96, reproduz o mesmo teor da regra acima transcrita da Lei Complementar 87/96.

Sustenta a Decisão *a quo* que, mesmo que o estabelecimento autuado não pratique com habitualidade operações de prestação de serviços que estejam incluídas nas hipóteses de incidência do ICMS, é legal a exigência do imposto na importação de bens destinados ao seu ativo imobilizado, tendo em vista que a Lei Complementar o define como contribuinte ao importar mercadorias do exterior. Assim, concluiu a JJF que é devido o ICMS da operação objeto da autuação, e devido o seu recolhimento no momento do desembaraço aduaneiro.

Entretanto, ressalva a JJF que, considerando que o contribuinte impetrou liminar em mandado de segurança para suspender a exigibilidade do crédito tributário, o que lhe foi concedido preliminarmente, deve ser mantido o lançamento de ofício, para precaver-se da decadência desse direito à cobrança, devendo ser suspensa a sua exigibilidade em obediência à segurança concedida, até que ocorra a Decisão final prolatada pelo Poder Judicial quanto ao mérito, conforme disposto no artigo 151, inciso IV, do CTN e art. 117 do RPAF/BA, o qual estabelece que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação.

Quanto à aplicação da multa de 60%, salientou o órgão julgador que é prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, porém, salienta que, caso a Decisão final exarada pelo Poder Judiciário seja favorável ao Contribuinte, não haverá exigência do ICMS e da multa. A contrário senso, caso a Decisão final do julgamento seja favorável ao Estado, restará caracterizado que não houve o pagamento do imposto no prazo regulamentar, e nesta situação, será devido o imposto com os acréscimos previstos em Lei, podendo o recorrente requerer a dispensa dos acréscimos ora questionados, se a Decisão judicial lhe for desfavorável.

Entende a JJF que, conforme decisões do CONSEF em situações similares, deva ser dada ao autuado, a oportunidade de quitar o débito, no prazo de 30 (trinta) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, 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.

Destaca a JJF que, de acordo com o art. 39 do RPAF/99, 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.

Por fim, constata que o processo judicial está relacionado ao lançamento do ICMS correspondente às mercadorias importadas, razão de considerar Prejudicada a defesa apresentada, no tocante ao mérito do imposto exigido, e decidir pela Procedência, relativamente à multa e aos acréscimos moratórios incidentes.

Em seu Recurso Voluntário, às fls. 94 a 112 dos autos, o recorrente entende que não haveria que subsistir a discussão na via administrativa, mas, como houve fundamentação por parte do relator de Decisão de primeira instância no presente processo, pugnando pela cobrança do ICMS na importação via *leasing*, apenas para demonstrar a insubsistência do Auto de Infração no mérito, eis que a fundamentação utilizada encontra-se em sentido oposto às decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal, pede vênica para reproduzir o julgamento prolatado por essa Corte, relativo ao “AG. REG. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 194.255-0 SÃO PAULO”, publicado pelo DJE nº. 152, do dia 15/08/2008, com a seguinte ementa:

“EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Contrato de arrendamento mercantil. Leasing. Inexistência de opção de compra. Importação de aeronaves. Não incidência do ICMS. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Não incide ICMS sobre as importações, do exterior, de aeronaves, equipamentos e peças realizadas por meio de contrato de arrendamento mercantil quando não haja circulação do bem, caracterizada pela transferência de domínio, ainda que sob a égide da EC nº 33/2001. Nego provimento ao agravo regimental.”

Em seguida aduziu o recorrente que: “E ainda, para não dizer que a esse nobre órgão julgador administrativo não cabe analisar a inconstitucionalidade de leis, vejamos que, também no âmbito **infra-constitucional**, o entendimento do Respeitável Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sua Excelência Ministro Eros Grau, vai de encontro ao posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça”, do que passa a transcrever, na íntegra, a Decisão relativa à Medida Cautelar nº. 14.444 – RJ (2008/0150676-5), cujo Relator é o Ministro Luiz Fux, conforme fls. 97 a 109 dos autos, para ressaltar que “Como se pode verificar, Doutos (a) Julgadores (a) desse Órgão Administrativo, não se trata, no mérito, de argüir a inconstitucionalidade de lei. Trata-se, outrossim, de interpretar e aplicar a legislação vigente, notadamente o art. 3º, inciso VIII, da Lei Complementar 87/96. Em tal dispositivo, o legislador complementar foi taxativo: não incide o imposto sobre o arrendamento mercantil. Vê-se, pois, que a jurisprudência dos Tribunais Superiores e o texto legal são uníssomos e, certamente, as suas vozes se juntará a Decisão desse Respeitável Órgão Julgador.”

Em relação à multa de 60% sobre o valor do tributo supostamente devido, aplicada com fulcro no art. 42, II, “f”, da Lei nº. 7.014/96, entende o recorrente que a mesma não pode subsistir pelo motivo de que não há ocorrência do fato gerador da multa, eis que não houve descumprimento da obrigação tributária principal, uma vez que, o imposto em questão foi suspenso por liminar em mandado de segurança, nos termos do art. 151, IV, do CTN, em 06 de dezembro de 2007, com o registro da Declaração de Importação, conforme informação do próprio Auto de Infração. Assim, sustenta o recorrente que, mantendo-se a multa seria penalizá-lo em virtude de uma situação que ainda pode, ou não, ocorrer em um momento futuro.

Por fim, requer o acolhimento do Recurso Voluntário, para que, ao final, o presente Auto de Infração seja julgado improcedente e arquivado, assim como, requer a abstenção da inscrição do presente crédito em dívida ativa, em virtude da suspensão de sua exigibilidade por medida judicial e também pelo presente processo administrativo.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer às fls. 118 a 121 dos autos, aponta ser acertada a Decisão recorrida ao firmar que a discussão administrativa do mérito do lançamento encontra-se obstacularizada, por ser objeto de ação judicial interposta pelo contribuinte (Mandado de Segurança nº 1783127-7/2007), pois, de fato, como bem apontado no aludido acórdão, os artigos 151, IV, do CTN, e 117 do RPAF/BA, dispõem que a interposição de medida judicial pelo contribuinte implica em renúncia da defesa ou Recurso eventualmente interposto administrativamente. Logo, concluiu o opinativo, demonstra-se prejudicado o exame das alegações do autuado sobre a natureza da operação por ele realizada e objeto do lançamento.

Ressalta que o lançamento foi realizado para se evitar a decadência do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, tendo em vista que liminar suspensiva de sua exigibilidade não impede o curso desse prazo decadencial. Aduz que o STJ e o STF já se manifestaram nesse sentido nos acórdãos, os quais transcrevem.

No que se refere à multa aplicada, observa o Parecer que é exatamente em razão da não obstacularização da decadência pela suspensão da exigibilidade do crédito tributário, que ainda que nessas hipóteses deve-se promover o lançamento também da multa respectiva, para que não decaia o direito à sua constituição na hipótese de Decisão judicial desfavorável ao contribuinte. Ademais, aduz a PGE/PROFIS, o lançamento tributário, nos termos do art. 39 do RPAF, conforme já apontado na Decisão recorrida, tem, como item essencial, a indicação da sanção tributária imputável ao ilícito ali descrito. Contudo, salienta que, caso reconhecida judicialmente a configuração do fato gerador na hipótese em apreço, será conferido ao contribuinte um prazo de 30 (trinta) dias para o recolhimento do imposto sem a cominação da multa, nos termos de posicionamento já firmados neste CONSEF.

Assim, diante de tais considerações, a PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso interposto.

VOTO

Da análise da aludida medida liminar no Mandado de Segurança nº 1783127-7/2007, à fl. 17 dos autos, se comprova a identidade dos objetos do Auto de Infração e da medida judicial, ou seja, a notificação para que a autoridade fazendária determine a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, bem como o desembaraço aduaneiro e a imediata liberação das mercadorias indicadas (SISTEMA DE IMAGEM POR RESSONÂNCIA MAGNÉTICA DE UM TESLA, MODLO OTHONE E ACESÓRIOS COMPOSTOS DE – CADEIRA DE PACIENTE – GANTRY DE 1.0 T – CONSOLE WORKSTATION – 3 BOBINAS DE EXTREMIDADE) sem o pagamento antecipado do ICMS.

Logo, por se tratar de objeto idêntico à demanda judicial, o Recurso Voluntário está prejudicado, na esfera administrativa, quanto à análise do mérito da exigência do imposto, objeto do Auto de Infração sob análise, conforme previsto no art. 117 do RPAF, sob pena de decisões conflitantes e de se tornar sem efeito a Decisão na esfera administrativa, a qual deve obediência à Decisão na esfera judicial.

Porém, há de se salientar que o efeito da ação de mandado de segurança é de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas não de seu lançamento. Assim, na realidade, a SEFAZ está impedida é de exigir o imposto relativo à operação e não de constituí-lo, conforme ocorreu.

Assim, entendo correta a Decisão, exarada pela 5ª JF, ao considerar a Defesa Prejudicada, diante da escolha judicial pelo contribuinte, importando tal escolha a desistência da defesa, considerando-se esgotada a instância administrativa, conforme previsto no art. 117, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Contudo, quanto à questão da legalidade da multa aplicada suscitada pelo recorrente, tendo em vista a suspensão do crédito fiscal pela concessão de liminar judicial, ponto da lide administrativa não ofertada na seara judicial, conforme já dito na Decisão recorrida e no Parecer PGE/PROFIS, a mesma decorre em consequência do lançamento de ofício, em razão do seu caráter acessório, e são previstos em lei, devido à infração à legislação do ICMS, determinada no art. 41 e 42 da Lei nº. 7.014/96, cuja norma não contempla a sua dispensa a nível administrativo, devendo, portanto, ser aplicada e somente exigida no caso de Decisão judicial favorável ao Estado da Bahia, visto que, por se tratar de um acessório, acompanha o objeto principal, no caso a exigência do imposto, o qual se encontra suspensa sua exigibilidade, porém, não a sua constituição, conforme anteriormente já abordado.

Portanto, ocorrido o lançamento de ofício, ensejam também as exigências consectárias, inclusive a imposição de multa pelo descumprimento de obrigação principal, pois o fato de se encontrar o

contribuinte amparado com medida judicial que suspende a exigibilidade do crédito tributário, não lhe retira, à luz instituidora do tributo estadual, a condição de devedor, e nesta condição terá que arcar com todas as consequências resultantes da sua opção, em caso de uma eventual sucumbência na discussão judicial. Nesta hipótese, 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 e, só 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.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida.

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 **PREJUDICADA** a defesa apresentada, no que tange à obrigação tributária principal, e **PROCEDENTE** em relação às penalidades e cominações legais, mantendo inalterado o lançamento de ofício promovido por meio do Auto de Infração nº **114595.0025/07-2**, lavrado contra **IMAGE MEMORIAL S.A.** no valor de **R\$162.752,99**, acrescido da multa de 60% indicada na inicial. 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, 16 de junho de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS