

A. I. Nº - 117926.0605/10-3

AUTUADO - UHT – INVESTIMENTOS PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS LTDA.

AUTUANTE - GUSTAVO SILVA DE BRITO

ORIGEM - IFMT/DAT-METRO

INTERNET - 31. 01. 2011

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0035-01/11

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. OPERAÇÃO NÃO AMPARADA PELO DIFERIMENTO. UTILIZAÇÃO DE BENEFÍCIO FISCAL EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. Impugnação administrativa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. Correto o lançamento que inibe a decadência do crédito tributário. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa. 2. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. A multa por descumprimento da obrigação principal, indicada no Auto de Infração, é a prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, porém o prévio depósito judicial do montante integral do débito garante a conversão do depósito em renda em caso de manifestação judicial favorável à Fazenda Pública. Excluída a multa do lançamento. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 02/06/10, exige do autuado ICMS, no valor de R\$ 66.944,92, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador está estabelecido no Estado da Bahia, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências (fls. 6 a 9).

No campo “Descrição dos Fatos”, o autuante consigna que o autuado deixou de recolher o ICMS devido no momento do desembaraço aduaneiro das mercadorias discriminadas na Declaração de Importação (DI) nº 10/0601157-0. Aduz que o contribuinte possui habilitação para diferir o lançamento e o pagamento do ICMS incidente na importação de bens destinados ao seu ativo imobilizado, conforme a Resolução nº 21/2009, ratificada pela Resolução nº 25/2009. Diz que, mediante consulta dirigida à SEFAZ, o autuado solicitou orientação quanto à Resolução nº 21/2009 e, em resposta a essa consulta foi exarado o Parecer Final nº 20071/2009, no qual foi esclarecido que o diferimento previsto no art. 5º-B do Dec. 6.734/97 alcançava apenas as aquisições de bens móveis destinados à manutenção das atividades do estabelecimento hoteleiro, excluindo deste tratamento as aquisições destinadas à incorporação física na edificação, os objetos decorativos e os materiais destinados ao uso e consumo. Frisa que as mercadorias importadas eram destinadas ao consumo e, portanto, não estavam beneficiadas pelo diferimento. Menciona que o autuado, apesar de notificado da resposta da consulta, efetuou o desembaraço aduaneiro das mercadorias relacionadas na referida DI sem recolher o ICMS devido, por força do Mandado de Segurança nº 2940350-8/2009, tendo efetuado um Depósito Judicial no valor de R\$ 66.944,93. Assevera que a autuação visa resguardar a Fazenda Pública Estadual com relação à exigibilidade futura do ICMS.

O autuado, por meio de advogados legalmente constituídos, apresenta a defesa de fls. 64 a 72, na qual sustenta que a autuação é insubsistente, conforme relatado a seguir.

Aduz que, por entender que estava beneficiado pelo diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas aquisições de bens para o seu ativo imobilizado, pelo recebimento do exterior e pelas

aquisições interestaduais, buscou a esfera judicial para discutir a matéria em questão, e assim ter reconhecido e declarado o seu direito ao diferimento do lançamento e pagamento do ICMS, nos termos da Resolução nº 21/2009, para os bens descritos na Declaração de Importação nº 10/0601157-0, destinados ao seu ativo imobilizado, bem como para aqueles que serão igualmente importados para integrar o seu ativo imobilizado, todos eles destinados à manutenção das atividades do seu estabelecimento.

Argui a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em comento, pois em 05/11/2009 a Dr<sup>a</sup> Juíza de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Salvador autorizou o depósito judicial do valor de R\$67.479,17, incidente na importação relativa à D.I. nº 09/1440112-7, e concedeu a liminar, para determinar que a autoridade coatora suspendesse a exigibilidade do crédito fiscal e a liberação das mercadorias importados do exterior (fl. 106 a 108). Como o Mandado de Segurança ainda se encontra *sub judice*, o MM Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador estendeu os efeitos da liminar concedida às mercadorias discriminadas na DI nº 10/0601157-0 (fl. 110), ao tempo que foi depositado judicialmente o valor de R\$ 66.944,93 (fl. 104).

Assevera que, em desrespeito à ordem judicial, o fisco estadual liberou as mercadorias importadas mediante a lavratura de Auto de Infração, aplicando a multa de 60% pelo suposto descumprimento da obrigação tributária principal.

Argumenta que o depósito judicial, nos termos do artigo 151, II, do Código Tributário Nacional, constitui uma das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Sobre esta questão transcreveu a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Menciona que a Súmula 112 do STJ já pacificou o entendimento de que, tendo o contribuinte depositado o valor integral em dinheiro do valor devido, fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário. Diz que, portanto, não há necessidade de ato formal de lançamento por parte da autoridade administrativa quanto aos valores depositados, conforme jurisprudência que cita. Sustenta que, ante a inexistência de prejuízo ao fisco estadual, que tem garantido o seu crédito tributário, caso o Poder Judiciário decida a seu favor, deve o Auto de Infração ser julgado totalmente improcedente.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado assevera que a multa prevista no artigo 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, somente é devida quando o contribuinte não recolhe o imposto devido tempestivamente, o que não ocorreu no presente caso, pois diz que efetuou o pagamento integral do imposto via depósito judicial, estabelecendo uma relação de garantia para com o Fisco, não caracterizando descumprimento de obrigação tributária. Ressalta que o depósito judicial é uma das causas suspensivas de exigibilidade do crédito tributário e, quando advindas antes do decurso do prazo para o pagamento do tributo, tem o condão de impedir a aplicação de multa, por não restar configurada a demora no recolhimento da exação pelo contribuinte. Frisa que não se encontra em mora, pois o valor foi depositado judicialmente antes da ocorrência do fato gerador e da lavratura do Auto de Infração. Cita doutrina.

Ao concluir sua defesa, o autuado requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente em face da suspensão da exigibilidade do crédito tributário devido ao depósito judicial, e a inaplicabilidade da multa. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente pela realização de diligência.

Na informação fiscal (fls. 114 a 120), o autuante explica que o autuado importou as mercadorias discriminadas na DI nº 10/0601157-0, tendo efetuado o desembaraço aduaneiro sem recolher o ICMS devido por força do Mandado de Segurança nº 2940350-8/2009, expedido pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Capital, e realizado Depósito Judicial no valor de R\$ 66.944,93. Aduz que o autuado tem habilitação para diferir o lançamento e o pagamento do ICMS nas aquisições de bens para o ativo imobilizado. Menciona que o contribuinte dirigiu consulta à SEFAZ, questionando se as referidas mercadorias estariam ou não beneficiadas pelo diferimento previsto na Resolução nº 21/2009, ratificada pela Resolução nº 25/2009. Afirma que a SEFAZ, por meio do Parecer Final nº

20071/2009, informou que o diferimento previsto no art. 5º-B do Dec. 6.734/97 alcançava exclusivamente as aquisições de bens móveis destinados à manutenção das atividades do estabelecimento hoteleiro, excluindo-se deste tratamento as aquisições de bens destinados à incorporação física na edificação, os objetos decorativos e os materiais destinados ao uso e consumo do próprio estabelecimento. Ressalta que, como a importação em tela é destinada ao consumo, conforme consta no campo “Dados Complementares” da citada DI, não é alcançada pelo benefício do diferimento e, portanto, é devido o valor lançado no Auto de Infração.

Diz que a medida liminar não antecipa os efeitos da sentença de mérito, apenas concede uma proteção provisória, portanto, não afirma direito e nem nega poder. Menciona que o ajuizamento de ação para questionamento do tributo suspende apenas a exigibilidade de sua cobrança, não obstando o lançamento. Assevera que, enquanto perdurar a suspensão da exigibilidade, a Administração Tributária estará impedida de executar atos de cobrança, porém o lançamento deve ser feito para evitar a decadência, nos termos do art. 63 da Lei Federal nº 9.430/96. Frisa que não há desrespeito à ordem judicial e que o lançamento tributário é uma função administrativa vinculada e obrigatória. Para embasar seus argumentos, transcreve jurisprudência.

Assevera que o depósito judicial visa resguardar o contribuinte de uma situação de inadimplência que o sujeitaria aos respectivos ônus, porém não representa um efetivo pagamento do ICMS, já que este só pode ser realizado através de DAE – Documento de Arrecadação Estadual, nos termos do art. 121, inc. I, do RICMS/BA.

Ao finalizar a informação fiscal, o autuante mantém a ação fiscal e solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

#### **VOTO**

Cuida o Auto de Infração em epígrafe da falta de recolhimento do ICMS devido no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, consignadas na Declaração de Importação nº 10/0601157-0, sendo que o importador está estabelecido no Estado da Bahia.

Na descrição dos fatos no Auto de Infração e no Termo de Apreensão e Ocorrências nº 117926.0605/10-0 (fls. 6 a 8), consta que o autuado deixou de efetuar o pagamento do ICMS devido no momento do desembaraço aduaneiro, no valor de R\$ 66.944,92, por força de liminar em Mandado de Segurança, expedido pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia, conforme Processo nº 2940350-8/2009. Também consta que o autuado efetuou Depósito Judicial no valor de R\$ 66.944,93.

Tendo em vista a existência de liminar em Mandado de Segurança, passo a verificar se há identidade entre a matéria tratada neste Auto de Infração e a que se encontra sob a apreciação do Poder Judiciário.

A autuação está baseada no entendimento de que o ICMS devido quando do desembaraço aduaneiro das mercadorias discriminadas na DI nº 10/0601157-0 não fica diferido conforme a Resolução nº 21/2009, ratificada pela Resolução nº 25/2009, pois essas mercadorias são destinadas ao uso e consumo do próprio estabelecimento. Por sua vez, o documento de fls. 106 a 108 leva-me à conclusão de que a matéria colocada sob a análise do Poder Judiciário visa ao reconhecimento do direito de o autuado diferir o pagamento do ICMS devido no momento do desembaraço aduaneiro das mercadorias discriminadas nessa citada DI, consoante o previsto na Resolução nº 21/2009, ratificada pela Resolução nº 25/2009. Dessa forma, entendo que a matéria tratada na Decisão Judicial possui perfeita identidade com a operação discriminada no Auto de Infração em tela. Robustecendo esse entendimento, observo que o Depósito Judicial (fl. 104), no valor de R\$ 66.944,93, coincide com o ICMS lançado.

Prevê o disposto no caput do art. 117, do RPAF/99, 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 acaso interposto*. Certamente, tal disposição somente é aplicável quando a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo, o

que ocorre no presente caso, haja vista que o autuado pretende ter reconhecido pelo Poder Judiciário o seu direito ao diferimento do ICMS, enquanto a fiscalização pretende exigir o ICMS sem o benefício do diferimento.

Em face do acima exposto, concluo que a matéria tratada no Auto de Infração em epígrafe está *sub judice*, tendo o autuante efetuado o lançamento apenas para evitar a decadência. Assim, a Defesa interposta fica **Prejudicada**, já que a matéria está em discussão no âmbito do Poder Judiciário, devendo o processo ser remetido para a PGE/PROFIS para a adoção das providências de sua alçada.

No que tange à multa pelo descumprimento da obrigação tributária principal, verifico que tal questão não foi objeto do Mandado de Segurança e, portanto, cabe a sua apreciação por parte deste colegiado, já que o autuado arguiu a sua inaplicabilidade.

A lavratura do Auto de Infração com a previsão de multa cabível é uma consequência direta da falta de recolhimento do ICMS que resultou no Auto de Infração, em conformidade com o artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96. Todavia, no caso em tela, há que se ressaltar que o autuado, ao levar a discussão para o âmbito do Poder Judiciário, efetuou o prévio depósito judicial do montante cobrado. Nessa situação, não houve infração à legislação tributária estadual, já que o autuado apenas exerceu o seu direito constitucional de defesa. Caso o autuado venha a sucumbir quando for proferida a decisão definitiva, o Depósito Judicial será convertido em renda a favor da Fazenda Pública Estadual, não havendo como se aplicar multa, já que não houve ilícito fiscal.

Corroborando o entendimento acima, transcrevo o voto proferido pelo Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco no Acórdão CJF Nº 0259-12/09, que versou sobre semelhante situação.

*Objetiva o recorrente o pronunciamento dessa instância administrativa sobre o mérito da autuação, ao tempo em que persegue a insubsistência da multa e acréscimos moratórios, na premissa da ausência de infração diante da ação judicial proposta e decorrente depósito do valor exigido na ação fiscal. Requer, ao final, o provimento do apelo no sentido da improcedência total da autuação.*

*A questão de mérito respeita ao reconhecimento do direito ao diferimento do ICMS na importação de equipamentos utilizados para diagnóstico médico, nos termos do art. 5º, “c”, do Decreto nº 6.734/97. Objetiva o contribuinte, portanto, afastar a exigência do imposto por ocasião do desembaraço aduaneiro dos bens importados.*

*Ocorre que essa mesma questão já se encontrava submetida à apreciação do Poder Judiciário conforme se pode atestar nos autos, a partir das cópias da Decisão liminar em sede de ação cautelar, bem como a ação declaratória ordinária, juntada às fls. 59/82, que comprovam que o contribuinte optou, preventivamente, pela via judicial para discutir o mérito da exigência fiscal.*

*Entendo, assim, que a espécie se subsume inexoravelmente ao art. 117, inc. II do RPAF, haja vista a flagrante identidade de temas veiculados na ação judicial e na impugnação oposta, ensejando a exaustão, neste particular, da instância administrativa. A intelecção da norma do RPAF não deixa margem de dúvida quanto à solução a ser adotada, visto que o dispositivo em questão determina o encerramento do feito na esfera administrativa tanto na hipótese de medida judicial posterior ao lançamento como também na hipótese de ação judicial proposta anteriormente ao lançamento de ofício.*

*Ressalto ainda que a interpretação esposada na Decisão ‘a quo’ encontra guarida na doutrina de HUGO DE BRITO MACHADO, cujo excerto segue adiante transcrito, ‘verbis’:*

*“Em matéria tributária, tem-se lei específica determinando que a propositura, pelo contribuinte, de ação para discutir a dívida tributária, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do Recurso acaso interposto. Dessa prescrição legal, que se reporta expressamente ao mandado de segurança, conclui-se que este é cabível, mesmo tendo sido utilizado pelo contribuinte o*

*Recurso administrativo, posto que a impetração implica desistência do Recurso.” (in Mandado de Segurança em Matéria Tributária, 5ª edição, ed. Dialética, p. 41)*

*No mesmo sentido a jurisprudência cristalizada neste CONSEF que ampara igualmente, o entendimento ‘a quo’, ‘verbis’:*

*“ACÓRDÃO CJF Nº 0396-12/06.*

*EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. BACALHAU. OBRIGATORIEDADE DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO DESEMPAÇO ADUANEIRO POR SE TRATAR DE MERCADORIA TRIBUTÁVEL. HABILITAÇÃO PARA DIFERIMENTO CANCELADA. 1. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. De acordo com o artigo 2º, inciso V, da Lei nº 7.014/96, é devido o pagamento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas do exterior. Defesa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra sub judice no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa.”*

*Ademais, a doutrina especializada não tergiversa no reconhecimento do poder-dever da Administração no lançamento do crédito tributário, até para evitar que se opere a decadência, mesmo em face da suspensão da exigibilidade do crédito, conforme escólio de ALBERTO XAVIER, ‘in’ Do Lançamento Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário, ed. Forense, 2ª edição, p. 428, ‘verbis’:*

*“...Nem o depósito, nem a liminar em mandado de segurança têm a eficácia de impedir a formação do título executivo pelo lançamento, pelo que a autoridade administrativa deve exercer o seu poder-dever de lançar, **sem quaisquer limitações**, apenas ficando paralisada a executoriedade do crédito”. (grifos adotados)*

*O recorrente, por sua vez, sustenta a inconstitucionalidade do dispositivo da norma processual administrativa que serviu de lastro para o pronunciamento da Decisão de 1º grau. Entretanto, a arguição de inconstitucionalidade de norma que integra o ordenamento jurídico é matéria que se encontra fora do âmbito de competência deste CONSEF, conforme prescreve o seu art. 167, inc. I, do RPAF/99, a seguir transcrito:*

*Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:*

*I - a declaração de inconstitucionalidade;*

*Pelas razões acima expostas, mantenho a Decisão hostilizada para considerar prejudicado o exame de mérito do Recurso no que se refere ao lançamento do tributo, ficando, todavia, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até pronunciamento final do Poder Judiciário.*

*No tocante ao capítulo da Decisão guerreada que manteve o lançamento da multa e acréscimos moratórios, a jurisprudência e a doutrina pátrias vêm entendendo que o depósito do montante integral do crédito tributário inibe a exigência dessas parcelas. Apenas, a título de exemplo, o eminente Ministro do STJ, Luiz Fux, relator no AgRg no Ag de nº 799.539/SP, assim se pronunciou acerca da questão em exame, “in verbis”:*

*“LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO JUDICIAL. ART. 151, II, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. GARANTIA DO JUÍZO. FINALIDADE DÚPLICE. 1) A garantia prevista no art. 151, II, do CTN, tem natureza dúplice, porquanto, ao tempo em que impede a propositura de execução fiscal, a fluência dos juros e a imposição de multa, também acautela os interesses do Fisco em receber o crédito tributário com maior brevidade, porquanto a conversão em renda do depósito judicial equivale ao pagamento previsto no art. 156, do CTN encerrando modalidade de extinção do crédito tributário. 2. Permitir o levantamento do depósito judicial sem anuência do fisco significa esvaziar o conteúdo da garantia prestada pelo contribuinte em detrimento da Fazenda Pública”.*

*(...)*

*No mesmo sentido da Decisão judicial acima reproduzida, na linha da exclusão da multa e acréscimos moratórios de créditos tributários previamente garantidos através de depósito judicial, há 3 (três) precedentes deste CONSEF, originários da suas Câmaras de Julgamento Fiscal, contidos nos Acórdãos nº 0102-12/06; 0005-21/06 e 0064-12/09.*

*Cabe reproduzir, pela importância do tema, a Decisão vazada no Acórdão nº 0064-12/09, atinente a matéria posta em discussão:*

*“MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. DEPÓSITO JUDICIAL. A finalidade do depósito judicial é evitar a aplicação das penalidades, caso a Decisão seja desfavorável ao sujeito passivo. Constata-se, **in casu**, que os valores depositados judicialmente se assemelham aos exigidos na autuação, contudo na hipótese de uma Decisão de mérito desfavorável ao contribuinte no mandado de segurança, eles serão convertidos em renda e, conseqüentemente, o crédito será totalmente extinto. Infração Improcedente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVIDO.”*

*Assim, consoante iterativa jurisprudência desta corte administrativa e das cortes judiciais do país e de acordo com a melhor doutrina, não há que se falar em imposição de penalidade no caso em exame, pois o contribuinte não cometeu infração à legislação tributária ao exercer direito legítimo e amparado no texto constitucional de discutir, na esfera judicial, pretensão tributária, cuja exequibilidade se encontra garantida com o depósito integral do valor equivalente ao tributo lançado pelo fisco estadual.*

*Ante o exposto, modifico a Decisão da JJF, no capítulo referente à exigência de multa e acréscimos moratórios e adiro ao pronunciamento da representante da Procuradoria Estadual presente à sessão de julgamento, no sentido de excluir as citadas parcelas do presente lançamento de ofício.*

Portanto, conclusivamente, pode ser dito que assiste razão ao impugnante quando sustenta que a exigibilidade do crédito tributário encontra-se suspensa, em face do depósito judicial do montante integral, assim como ao autuante, quando afirma que independentemente da escolha da via judicial pelo contribuinte, cabe o lançamento no intuito de preservar o direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário visando afastar a decadência.

Pelo acima exposto, julgo PREJUDICADA a defesa interposta e excluo da autuação a imposição de multa, tendo em vista o prévio depósito judicial integral do valor cobrado. O presente processo deve ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, declarar **PREJUDICADA** a defesa interposta, no que tange à obrigação tributária principal, e excluir do lançamento a parcela referente à multa, considerando que o crédito tributário se encontra garantido por meio de depósito judicial que antecedeu o lançamento tributário. Remanesce a exigência fiscal constante no Auto de Infração nº 117926.0605/10-3, lavrado contra **UHT- INVESTIMENTOS, PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS LTDA.**, no valor de **R\$66.944,92**. Suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário. Deverá o autuado ser cientificado desta Decisão, com posterior remessa dos autos à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de janeiro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR