

A. I. N° - 210320.0003/10-2

AUTUADO - UHT – INVESTIMENTOS, PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS LTDA.

AUTUANTE - JACKSON ROCHA DOS SANTOS

ORIGEM - IFMT-DAT/METRO

INTERNET - 31. 01. 2011

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0040-01/11

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, inciso II, alínea “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 do lançamento a multa aplicada. **DEFESA PREJUDICADA.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 07/06/2010, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$65.488,97, 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 nº 210320.0001/10-0 (fls. 06/07).

Consta na “Descrição dos Fatos” que a empresa deixou de recolher o ICMS-importação, através de DAE próprio, referente às mercadorias discriminadas na DI 10/0699298-9, registrada em 29/04/2010. O contribuinte possui habilitação para diferimento do lançamento e pagamento do ICMS nas aquisições de bens para o ativo imobilizado, pelo recebimento do exterior, conforme Resolução nº 25/2009 de 28/08/09, excluindo-se do tratamento a aquisição de materiais diversos destinados à incorporação física na edificação, os objetos decorativos e os materiais destinados ao uso e consumo do estabelecimento.

É dito que as mercadorias importadas enquadram-se na condição de bens de uso e consumo e na edificação, não sendo alcançadas pelo diferimento, conforme parecer nº 20071/2009, em resultado de consulta à DITRI, processo nº 17301120098, realizada pelo contribuinte. A empresa efetuou o desembaraço o depósito judicial equivalente ao montante do ICMS no valor de R\$65.488,97, por força do Mandado de Segurança, processo nº 2940350-8/2009, expedido pelo Juízo da 2^a Vara da Fazenda Pública da Capital. O Termo de Apreensão foi lavrado como prova de infração fiscal nos termos do RICMS/BA e visa resguardar a Fazenda Pública Estadual com relação à exigibilidade futura do ICMS, sendo as mercadorias liberadas em cumprimento à liminar concedida.

O autuado, por meio de advogados legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 110 a 118, argumentando que sendo beneficiário do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas aquisições de bens para o ativo imobilizado, pelo recebimento do exterior e pelas aquisições em

outras unidades da Federação, buscou a esfera judicial para discutir a matéria em questão, e ter reconhecido e declarado o direito ao deferimento do lançamento e pagamento do ICMS, nos termos da Resolução nº 21/2009, para os bens descritos na Declaração de Importação nº 10/0699298-9, 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.

Salienta que com base no Mandado de Segurança nº 2940350-8/2009, requereu autorização para efetuar depósito em juízo do valor exigido a título de ICMS, no montante de R\$65.488,97, o que foi deferido e devidamente efetuado (doc. 03 – fls. 158/159).

Suscita a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em razão de que em 05/11/2009, a Drª Juíza de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Salvador ter autorizado o depósito judicial do valor de R\$67.479,17 incidente na importação relativa à D.I. nº 09/1440112-7, concedendo a liminar, para determinar que a autoridade coatora suspendesse a exigibilidade do crédito fiscal e liberasse as mercadorias importadas do exterior (doc. 04 – fl. 160 a 163).

Aduz que, 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. 10/0699298-9 (doc. 05 – fls. 164 a 168), ao tempo em que o autuado depositou judicialmente o valor de R\$65.488,97.

Ressalta que em flagrante desrespeito à ordem judicial, o fisco estadual liberou as mercadorias importadas mediante a lavratura de Auto de Infração, ignorando o depósito o depósito realizado, e aplicando uma multa de 60% pelo 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. Nesse sentido, transcreve e ementa relativa ao Recurso especial nº. 722.754/SC, emanado do STJ - Superior Tribunal de Justiça, além de citar a Súmula 112 do STJ, que pacifica o entendimento de que, tendo o contribuinte depositado o valor integral em dinheiro do valor devido, fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário.

Realça que tendo em vista que o crédito tributário é constituído por meio da declaração do sujeito passivo, não se pode falar em decadência do direito do fisco de lançar, não se fazendo necessário o ato formal do lançamento pela autoridade administrativa quanto aos valores depositados, conforme jurisprudência do STJ que utiliza. 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.

Tratando sobre a multa sugerida, prevista no artigo 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, destaca que somente é devida quando o contribuinte não recolhe o imposto devido tempestivamente, o que não ocorreu no presente caso, pois efetuou o pagamento integral do imposto via depósito judicial, estabelecendo uma relação de garantia para com o fisco, não caracterizando descumprimento de obrigação tributária. Assevera que o depósito judicial é uma das causas suspensivas de exigibilidade do crédito tributário e, quando promovido 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.

Alega 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. Em reforço ao quanto consignado, transcreve as ementas atinentes aos Recursos Especiais de nº.s 774.739/RJ e 613.650/AM, originários do STJ.

Frisa que efetuou o depósito judicial antes mesmo do desembaraço aduaneiro, que seria o fato gerador do imposto, e antes da lavratura do Auto de Infração, o que torna incontestável a tempestividade do recolhimento realizado.

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, juntada posterior de documentos e de outros elementos probantes.

O autuante prestou Informação Fiscal às fls. 172 a 174, aduzindo que o impugnante possui habilitação para o diferimento do lançamento e pagamento do ICMS nas aquisições de bens para o ativo imobilizado, concedido através da Resolução 21/2009 e ratificada pela Resolução 25/2009, com base no Decreto nº 6.734/97. Em resposta a consulta formulada, a DITRI emitiu o Parecer nº 2007/2009 (fls. 72 a 74), informando que o diferimento só alcança a aquisição de bens móveis destinados à manutenção das atividades do estabelecimento hoteleiro, excluindo-se as aquisições de materiais diversos destinados à incorporação física na edificação, os objetos decorativos e materiais destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Como as mercadorias importadas enquadram-se como objetos decorativos, de bens de uso e consumo e de incorporação física na edificação, não sendo alcançados pelo diferimento, a empresa efetuou o desembaraço aduaneiro através de Mandado de Segurança e mediante um Depósito Judicial, no valor de R\$65.488,97.

Salienta que o Parecer cita especificamente a Declaração de Importação nº 09/1440112-7, afirmando que todas as mercadorias da referida DI e, consequentemente, da DI objeto desta autuação, não se enquadram no benefício do diferimento, por se tratarem de bens móveis decorativos, destinados à incorporação à edificação por ação física e consumo do estabelecimento, conforme se verifica na DI (fls. 14 a 89), não guardando relação direta com a manutenção de sua atividade-fim, não podendo ser considerados como bens do ativo imobilizado, para fins de aplicabilidade da legislação tributária estadual, ainda que possam ser lançados na contabilidade com esta classificação. Acrescenta que só gozam do diferimento os bens que se destinam à manutenção das atividades do estabelecimento, a exemplo de camas, colchões, ventiladores, televisores, etc.

Frisa que não houve desrespeito à ordem judicial, uma vez que as mercadorias não foram apreendidas, sendo que o Termo de Apreensão e Ocorrências é apenas uma formalidade administrativa e uma imposição legal, tratando-se da peça inicial do procedimento fiscal, previsto no art. 26 do RPAF/BA. Ressalta que logo em seguida foram lavrados o Termo de Liberação e o Auto de Infração, cuja finalidade é preservar a Fazenda Pública no caso de exigibilidade futura do crédito tributário, ou seja, até decisão do mérito, por haver necessidade do lançamento formal, mesmo tendo sido feito o depósito judicial. Cita as palavras da titular da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador: *"Por outro lado, tem-se a considerar que o depósito prévio da quantia entendida como devida, em favor do órgão estatal, não lhe retira a possibilidade de, no caso de insucesso da Impetrante, vir a cobrar o real devido"* (fl. 163).

Ressalta que já existe decisão deste CONSEF, conforme Acórdão nº 0209-02/10 (fl. 175), da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou procedente uma autuação contra o mesmo contribuinte.

Mantém a ação fiscal e sugere a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração se refere à falta de recolhimento do ICMS devido no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, consignadas na Declaração de Importação nº 10/0699298-9, sendo que o importador está estabelecido no Estado da Bahia.

Tanto na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração como naquela verificada no Termo de Apreensão e Ocorrências, consta que o autuado deixou de efetuar o pagamento do ICMS devido no momento do desembaraço aduaneiro, no valor de R\$65.488,97, 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, e que o autuado efetuou depósito judicial.

Verifico que o autuado questionou a lavratura do Auto de Infração e a imposição de multa, sob a alegação de que a exigência do crédito tributário se encontrava suspensa. Por esta razão, passo a verificar se há identidade entre a matéria tratada no Auto de Infração e aquela que se encontra sob apreciação do Poder Judiciário.

Observo que o Auto de Infração se refere à falta de recolhimento do ICMS devido no momento do desembarço aduaneiro das mercadorias, em razão de a fiscalização ter considerado que apesar de o autuado possuir habilitação para diferir o lançamento e o pagamento do tributo incidente na importação de bens destinados ao ativo imobilizado, conforme Resolução nº 21/2009, ratificada pela Resolução nº 25/2009, esse benefício fiscal somente alcançaria as aquisições de bens móveis destinados à manutenção das atividades do estabelecimento hoteleiro. Com base nesse entendimento, concluiu que na importação em questão descabe a utilização do mencionado benefício, pois os bens se destinariam ao uso e consumo do estabelecimento.

Vejo que de acordo com o relatório constante do Mandado de Segurança, que a matéria colocada sob a análise do Poder Judiciário diz respeito ao deferimento do ICMS incidente na operação de importação em tela, tendo em vista que o autuado pleiteou o direito de diferir o pagamento do ICMS correspondente aos bens discriminados na Declaração de Importação citada no Auto de Infração.

Concluo, assim, que a matéria tratada na esfera judicial possui perfeita identidade com a operação discriminada no Auto de Infração em tela. Ademais, o depósito judicial realizado pelo autuado, corresponde ao montante do imposto lançado. Assim, a matéria está *sub judice*, e, conforme consta no Auto de Infração, o lançamento tributário foi realizado apenas para evitar a decadência.

Saliento que em conformidade com o disposto no caput do art. 117 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, 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*”. Assim, com fulcro nesse dispositivo regulamentar, a defesa interposta fica prejudicada, já que o autuado está discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário, devendo o processo ser remetido para a PGE/PROFIS para a adoção das providências de sua alçada.

Quanto 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 sugestão, no Auto de Infração, da aplicação da multa cabível, é uma consequência direta da falta de recolhimento do ICMS que resultou no lançamento de ofício, de acordo com o artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96. No entanto, no presente caso, ressalto que o autuado, ao tempo em que levou a discussão para o âmbito do Poder Judiciário, também efetuou o prévio depósito judicial do montante exigido. 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.

Em reforço a este entendimento, utilizei-me do voto proferido pelo eminentíssimo Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco, no Acórdão CJF nº 0259-12/09, que versou sobre situação semelhante:

“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 deferimento 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 transcreto, ‘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 DESEMBARAÇO 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 aditados)

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, mantendo 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 díplice, 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 anuênciam 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 das 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 à 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, consequentemente, 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 executoriedade 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.

Concluo, desta forma, que assiste razão ao impugnante quando alega que a exigência do crédito tributário encontra-se suspensa, porém o autuante também agiu com acerto ao efetuar o lançamento, para evitar que se operasse a decadência, mesmo em face da suspensão da exigibilidade do crédito.

Com base em todo o 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 **210320.0003/10-2**, lavrado contra **UHT- INVESTIMENTOS, PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS LTDA.**, no valor de **R\$65.488,97**. 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, 24 de janeiro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR