

PROCESSO - A. I. Nº 210320.0002/11-4
RECORRENTE - GMN – GRUPO DE MEDICINA NUCLEAR LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JF nº 0304-02/11
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 08.01.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0131-13/12

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. SISTEMA GAMA CÂMARA DIRIGAL, MODELO MILLENNIUM MG. **a)** OBRIGATORIEDADE DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO DESEMBARAÇO ADUANEIRO POR SE TRATAR DE MERCADORIA TRIBUTÁVEL. 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 a matéria se encontrar sub judice no âmbito do Poder Judiciário, o que importa em presunção de legitimidade do Auto de Infração. Exigibilidade do crédito tributário suspensa. **b)** MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no artigo 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 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 à cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão final de mérito seja desfavorável ao contribuinte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **PREJUDICADO**, em relação à obrigação principal, e **NÃO PROVIDO**, quanto à multa e aos acréscimos moratórios. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão de Primeira Instância que considerou Prejudicada a defesa apresentada contra o Auto de Infração referente à “*Falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia*”.

Em primeira instância, assim concluíram os Ilustres Julgadores:

Verifico que o presente Auto de Infração é objeto de Mandado de Segurança Processo nº 0050061-61.2011.805.0001, constante cópia às fls. 68 a 72 dos autos, sendo concedida liminar pelo Juiz da 9ª Vara da Fazenda Pública, determinando a segurança pleiteada, “determinar a Autoridade apontada como Coatora para que determine a liberação do aparelho importado, sem necessidade do recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro, sem prejuízo do controle e fiscalização por parte do Impetrado e do conseqüente lançamento do crédito tributário, se houver”

Nesse caso, o artigo 117, do RPAF/99 determina 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”. Se o dispositivo regulamentar está, ou não, em desconformidade com a Constituição Federal, como alegado pelo Recorrente, não compete a este órgão julgador se manifestar a respeito, nos termos do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

De qualquer forma, o Auto de Infração foi lavrado para evitar os efeitos da decadência, não obstante esteja suspensa a sua exigibilidade, e caberá ao Poder Judiciário ditar a última palavra sobre a questão.

Quanto à multa por descumprimento da obrigação principal e aos acréscimos moratórios, verifico que a multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no artigo 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 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, de que é necessária a sua inclusão no lançamento de ofício, primeiro, porque são consectários do ICMS exigido, e, segundo, para que possam ser cobrados se a Decisão liminar for cassada ou se não for confirmada quando do julgamento final de mérito do Mandado de Segurança impetrado.

Sendo assim, considero PREJUDICADA a defesa, no que tange ao mérito do imposto exigido, e voto pela PROCEDÊNCIA, relativamente à multa e aos acréscimos moratórios incidentes.

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário argumentando que, por força de liminar concedida em sede de Mandado de Segurança nº 0050061-61.2011.805.0001 se encontra autorizado a não recolher o ICMS nas operações de importação no momento do desembaraço do bem importado.

Entende que devam ser apreciados os argumentos da Defesa Administrativa, independente da presença simultânea do Mandado de Segurança.

Aduz que, se foi proferida Decisão concedendo liminar em Mandado de Segurança se encontrando esta vigente, não há fundamento para tal autuação. A sua exigibilidade encontra-se suspensa por força do artigo 151, inciso IV, do CTN.

Considera não ter infringido o art. 42, II, “f” da Lei nº 7014/96, não cabendo a multa no caso em que o crédito estiver suspenso nos termos do art. 151, IV do CTN quando da lavratura do Auto de Infração.

Em Parecer de fls. 136-139, a PGE/PROFIS, por intermédio da Ilustre Procuradora Maria José Coelho Lins de A. Sento Sé, emite opinativo aduzindo que o Recurso Voluntário está prejudicado quanto à análise do mérito da exigência do imposto, em consonância com os termos do art. 117 do RPAF/99, sob pena de decisões conflitantes e de se tornar sem efeito a Decisão prolatada na esfera administrativa, a qual deve total obediência à Decisão definitiva do Poder Judiciário.

Frisa que a Decisão judicial exarada no Mandado de Segurança não tem caráter definitivo e somente impede a SEFAZ/BA de exigir e cobrar o imposto relativo à operação de importação, mas, não a impede de exercer a atividade de constituição do crédito tributário, portanto, inexistência nulidade na atuação fiscal realizada com o escopo de preservar o lícito direito do Fisco de constituir o crédito tributário e evitar os nefastos efeitos da decadência.

Aduz, ainda, que a materialização do lançamento de ofício ensejará também os acréscimos moratórios e 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 a condição de devedor e nessa condição terá que assumir todos os ônus resultantes da sua escolha judicial, em caso de uma eventual sucumbência no âmbito do Judiciário, ressalvada a hipótese do contribuinte efetuar o depósito judicial em garantia do débito discutido, situação jurídica não contemplada nos presentes autos.

Opina no sentido de considerar prejudicado o Recurso Voluntário, devendo a exigibilidade do crédito tributário ficar suspensa, nos termos do art. 151, IV, do CTN, quanto ao valor principal, e opina pelo Não Provimento do Recurso quanto à multa e aos acréscimos legais.

VOTO

Entendo que o cerne da questão está nos efeitos da Decisão judicial proferida no Mandado de Segurança. Veja-se que o recorrente, antes da lavratura do presente Auto de Infração, impetrou o *mandamus* preventivamente para evitar a incidência do ICMS sobre a importação realizada, obtendo Decisão liminar determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Diante de tal situação, entendo que não merece reforma a Decisão proferida pela primeira instância. Não há que se falar em nulidade do Auto de Infração, pois, a Decisão judicial não impede que o Fisco efetue o lançamento do crédito tributário para evitar a decadência. Note-se que a atividade administrativa de lançamento tributário é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (art. 142, CTN). Há de se ressaltar que a Decisão judicial pode ser reformada ao final do processo judicial, que costuma demorar mais de 5 (cinco) anos e o Fisco não pode ficar esperando o seu término para constituir o crédito tributário, uma vez que o prazo decadencial não está suspenso enquanto a *lide* judicial perdura.

Nesse sentido, o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CAUSAS SUSPENSIVAS DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. LANÇAMENTO. AUSÊNCIA DE ÓBICE. DECADÊNCIA.

1. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial impede o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à regular constituição do crédito tributário para prevenir a decadência do direito. Precedente: EREsp 572.603/PR, Rel. Min.

Castro Meira, Primeira Seção, DJ 05/09/2005.

2. O lançamento do ISS referente aos meses de Janeiro a Setembro de 1991 somente ocorreu em 27 de junho de 2001. A liminar conferida em Mandado de Segurança, anteriormente impetrado pelo contribuinte, com a finalidade de ver reconhecida isenção quanto ao tributo não impede a fluência do prazo decadencial, apenas obstando a realização de atos de cobrança posteriores à constituição. Nesse sentido: REsp 1.140.956/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 03/12/2010, julgado nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1129450/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 28/02/2011)

A discussão sobre a incidência do ICMS sobre importação realizada pelo Recorrente está sendo travada no âmbito judicial (Mandado de Segurança nº 0050061-61.2011.805.0001), destarte, a discussão no âmbito administrativo está prejudicada em razão do quanto disposto no art. 117 do RPAF. Em razão disso, as alegações do Recorrente quanto ao mérito da questão não devem ser apreciadas na instância administrativa.

Assim, deve-se aguardar o desfecho do processo judicial, acaso a Decisão liminar proferida seja confirmada em definitivo, o presente Auto de Infração será extinto, por outro lado, se a conclusão do processo judicial for pela incidência do ICMS sobre a importação realizada, o Auto de Infração poderá ser exigido, tanto no valor principal do imposto, como também no que se refere à penalidade de acréscimos moratórios. Nesse sentido, o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal:

SÚMULA Nº 405

DENEGADO O MANDADO DE SEGURANÇA PELA SENTENÇA, OU NO JULGAMENTO DO AGRAVO, DELA INTERPOSTO, FICA SEM EFEITO A LIMINAR CONCEDIDA, RETROAGINDO OS EFEITOS DA DECISÃO CONTRÁRIA.

Por fim, ressalte-se que, no caso de sucumbência na discussão judicial, o Recorrente será intimado para recolher o tributo devido no prazo de 20 dias, sem a incidência da multa por descumprimento da obrigação principal.

Face ao exposto, alio-me ao posicionamento da ilustre PGE/PROFIS e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, no que se refere à multa e aos acréscimos legais, e PREJUDICADO quanto à discussão relativa ao valor principal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado no que tange à obrigação tributária principal, e **NÃO PROVIDO**, quanto à discussão referente à multa e aos acréscimos legais, declarando **PROCEDENTE** o lançamento de ofício promovido por meio do Auto de Infração nº 210320.0002/11-4, lavrado contra **GMN – GRUPO DE MEDICINA NUCLEAR LTDA**. 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 por 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, 18 de dezembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR DA PGE/PROFIS