

PROCESSO - A.I. Nº 000.917.022-7/03
RECORRENTE - J. D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0233/01-03
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 06/11/03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº0115-12/03

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, em conformidade com o art. 117, do RPAF/99. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/03/03, refere-se ao lançamento de ICMS relativo a operações com bacalhau cujo imposto não foi destacado nas notas fiscais. Imposto lançado: R\$57.867,34. Multa: 60%.

O contribuinte defendeu-se alegando, preliminarmente, que, à época da autuação, 28/03/03, já se encontrava suspensa a exigibilidade do crédito tributário relativamente à situação em lide, face à medida liminar concedida em 14/03/03 pela 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, da qual a autoridade coatora tomou conhecimento em 18/03/03, nos autos da ação mandamental nº 140.03.9760404. Na Decisão da ação, em 14/03/03, conforme fl. 34, o MM. Juiz julgou procedente o *mandamus*, concedendo a segurança “na forma pleiteada”.

A defesa questiona a legitimidade da multa aplicada. Lembra que o CTN, no art. 151, determina a suspensão da exigibilidade do crédito tributário na situação em exame. Observa que aquele dispositivo é reproduzido na legislação estadual. Multa é cabível em função da inadimplência do contribuinte. Estando este sob a proteção de medida judicial, não pode ser compelido a pagar multa, já que não houve inadimplência.

Quanto ao mérito da autuação, a defesa, após assinalar que o cerne da questão é objeto de Mandado de Segurança, observa que nas importações de bacalhau a jurisprudência, inclusive do STF, é no sentido de que não cabe a cobrança do imposto estadual, haja vista o acordo do GATT (General Agreement on Tariffs and Trade). Transcreve ementas de acórdãos do STF, do STJ e do TJ do Estado da Bahia. O bacalhau objeto desta autuação provém da Noruega, país signatário do GATT, como o Brasil. O pescado é isento de ICMS. Sendo o bacalhau um pescado, também deve ser isento. De acordo com a cláusula segunda do art. 3º, parte II, do referido acordo internacional, os produtos originários de qualquer parte contratante, importados do território de qualquer outra parte contratante, devem gozar de tratamento não menos favorável que o concedido a produtos similares

de origem nacional no que concerne a todas as leis, regulamentos e exigências que afetem sua venda ou colocação no mercado, compra, distribuição ou uso no mercado interno.

A defesa frisa que, nos termos do art. 98 do CTN, os tratados internacionais se sobrepõem à legislação interna. Segundo o GATT, às mercadorias importadas de país signatário não pode ser atribuído regime tributário menos favorável que o assegurado às mercadorias nacionais.

Destaca que a matéria sob análise se encontra fartamente tratada pela jurisprudência, estando cristalizada na Súmula nº 575 do STF, que transcreve. No âmbito do STJ, foram editadas as Súmulas nºs 20 e 71, favoráveis à empresa. Também no Tribunal de Justiça da Bahia esta matéria tem sido fartamente tratada, na sua Câmara Especializada.

Pede que se decrete a Improcedência do Auto de Infração.

O fiscal autuante contestou as razões da defesa observando que a autuação não se refere à importação, mas à falta de destaque de ICMS sobre operação interna. O Convênio ICMS nº 60/91 excepciona da isenção as operações com bacalhau. Quanto ao Mandado de Segurança, a suspensão da exigibilidade do imposto diz respeito às Licenças de Importação citadas na sentença, a qual não faz menção às operações de circulação interna. Conclui citando decisões deste Conselho. Opina pela manutenção da ação fiscal.

A 1ª JJF, acompanhando o voto do relator, decidiu pela procedência do Auto de Infração, de acordo com a fundamentação a seguir exposta:

A defesa alega não ser devido o tributo. Apega-se aos termos do acordo do GATT. Cita jurisprudência dos tribunais. Diz estar suspensa a exigibilidade do crédito tributário relativamente à situação em lide, face à medida liminar concedida em 14/03/03 pelo MM. Juiz da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador. Noto que, depois, em 17/01/03, foi decidido o mérito, tendo o MM. Juiz de Direito concedido a segurança “na forma pleiteada”.

As operações foram documentadas através da Nota Fiscal-Fatura nº 1614.

Caso o fato objeto deste Auto de Infração, especificamente, se encontrasse *sub judice*, no âmbito do Poder Judiciário, estaria extinto o processo administrativo, conforme estabelece o art. 122, IV, do RPAF/99. Se assim fosse, não haveria julgamento por parte do CONSEF, quanto à matéria jurídica, e o processo seria enviado para inscrição em dívida ativa, ficando o crédito, contudo, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a Decisão final do Judiciário.

No entanto, neste caso específico, embora a matéria, em tese, esteja *sub judice*, o fato concreto não se encontra sob apreciação do Poder Judiciário: a sentença judicial não faz menção ao Auto de Infração nº 000.917.022-7, e as notas fiscais não fazem menção expressa à Ação Mandamental nº 140.03.0760404.

Passo, por isso, ao exame do mérito da questão.

Quando se fala em “mérito”, esta expressão comprehende os fatos e o direito aplicável. O que se encontra em discussão, aqui, é apenas a matéria de direito. A matéria de fato, não. Os fatos não foram questionados pelo sujeito passivo, pois este nem nega ter feito a operação, nem questiona os cálculos. No tocante ao direito aplicável, a matéria se encontra *sub judice*, haja vista a concessão da segurança pelo MM. Juiz de Direito da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, em sentença de 12/05/03. De acordo com o instrumento à fl. 73, a ação mandamental subiu para o Tribunal de Justiça.

O lançamento do crédito tributário deve ser mantido, para evitar a decadência do direito de efetuá-lo, ficando, contudo, suspensa a sua exigibilidade até a Decisão final da lide no âmbito do Poder Judiciário.

Inconformado com a Decisão da 1ª JJF, o autuado ingressa com Recurso Voluntário de fls. 56 a 73, onde conclui solicitando a improcedência da autuação por manifesta ausência de fundamento legal.

A PGE/PROFIS, em Parecer de fls. 77 a 80, observa que cabe ao fisco constituir o crédito e, caso haja Decisão liminar, a sua exigibilidade fica sobreposta, e que este não pode deixar de constituir o crédito tributário, sob pena, inclusive, de responsabilidade funcional, e deve fazê-lo dentro do prazo decadencial.

Conclui opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

No presente processo, em razão de o sujeito passivo ter impetrado Mandado de Segurança, o mérito não pode ser apreciado na esfera administrativa, devendo ser apreciado no âmbito do Poder Judiciário.

Portanto, a autuação teve a finalidade de constituir o crédito tributário para resguardar a Fazenda Pública dos efeitos da decadência, contudo, ficando sobreposta a sua exigibilidade, consoante dispõe o art. 151, inciso IV do CTN (Lei nº 5172/66).

Além disso, o COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia, no seu art. 126 dispõe: “Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou Recurso Voluntário, importando tal escolha à desistência da defesa ou do Recurso Voluntário interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à Procuradoria da Fazenda Estadual para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.”

E ainda, o art. 125, inciso II, do mesmo diploma legal, com redação dada pela Lei nº 7438, de 13/01/99, preconiza que não se inclui na competência dos órgãos julgadores, a questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

Neste caso, fica prejudicado o exame na esfera administrativa, por que, em tal hipótese, a legislação processual considera que enseja renúncia do poder de recorrer ou a desistência de impugnação ao Recurso Voluntário acaso interposto.

Assim, julgo EXTINTO o processo na via administrativa, devendo ser os autos encaminhados à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº **000.917.022-7/03**, lavrado contra **J. D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.**, devendo o mesmo ser encaminhado a PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA - RELATOR

MARIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS