

PROCESSO	- A. I. Nº 207162.0019/03-4
RECORRENTE	- JD COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0279-02/03
ORIGEM	- IFMT-DAT/METRO
INTERNET	- 06/11/03

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0127-12/03

**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 refere-se ao lançamento de ICMS relativo a operações de importação de bacalhau cujo imposto não foi destacado nas notas fiscais e nem pago no momento do desembarque aduaneiro da mercadoria importada.

Na impugnação inicial o contribuinte defendeu-se alegando, preliminarmente, que, à época da autuação já se encontrava suspensa a exigibilidade do crédito tributário relativamente à situação em lide, face à medida liminar concedida pela 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, da qual a autoridade coatora tomou conhecimento nos autos da ação mandamental nº 140.03.969773-9. Na Decisão da ação, 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 Mandato 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 inseto 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 afetam sua venda ou colocação no mercado, compra, distribuição ou uso no mercado interno.

A defesa frisa que, nos termos do art. 98 CTN, os tratados internacionais se sobrepõem à legislação interna. Segunda 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 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 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 JJF, acompanhando o voto do relator, decidiu pela Procedência do Auto de Infração, de acordo com a fundamentação a seguir exposta:

*“A autuação está fundamentada na falta de recolhimento do imposto devido pela importação de 2.000 caixas de bacalhau Saithe, consoante Nota Fiscal nº 1591 de 13/03/2003 e respectiva DI nº 03/0204463-3, uma vez que o autuado encontrava-se com sua habilitação para diferimento cancelada na SEFAZ/BA desde 18/07/2001.*

*Pelos argumentos defensivos, nota-se que o autuado deixou de recolher o imposto porque a operação estava amparada em decisão Liminar determinando a imediata suspensão da exigibilidade do ICMS da mercadoria objeto do DI nº 03/0204463-3, cuja sentença, concedendo a segurança definitiva, foi prolatada em 11/03/2003 (docs. fls. 22 a 23).*

*A infração está caracterizada, pois conforme está previsto no artigo 2º, inciso V, da Lei nº 7.014/96, nas entradas das mercadorias em questão importadas do exterior por pessoa física ou jurídica, é devido o recolhimento do imposto, cujo contribuinte para a fruição do diferimento sujeita-se às exigências regulamentares.*

*Fato idêntico também autuado contra este mesmo contribuinte, inclusive já foi objeto de reiteradas decisões no âmbito do CONSEF, a exemplo de julgamento por esta Junta de Julgamento Fiscal, conforme Acórdãos JJF nº 0044-02/03, em cujo referido julgamento foi tomado por base o pronunciamento da PROFAZ, Parecer nº 626/01, relativo ao Processo nº 206986.0011/00-1, onde foi ressaltado por aquela Procuradoria que os efeitos da ação de mandado de segurança é de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas não de seu lançamento, tendo concluído que “...o STF já tem se posicionado sobre o assunto, concedendo ganho de causa ao contribuinte importador de bacalhau, no entanto, na via administrativa, enquanto inexiste ato do Secretário da Fazenda acatando a decisão preponderante do STF, a decisão da JJF deve ser pela aplicação do RICMS à operação realizada”.*

*Portanto, tomando como paradigma os citados julgamentos, voto o Auto de Infração PROCEDENTE, devendo os autos serem remetidos à Procuradoria da Fazenda Estadual*

*para adoção dos procedimentos legais pertinentes, uma vez que o mandado de segurança suspende a exigibilidade do crédito tributário até decisão definitiva da ação”.*

Inconformado com a Decisão da JJF, o autuado ingressa com Recurso Voluntário, onde, em síntese, apresenta os argumentos que seguem.

Inicialmente requer a suspensão do crédito, por se tratar de procedimento cujo o mérito encontra-se como objeto de ação mandamental registrada sob nº 140.03.969773-9, em trâmite na 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador-Ba. Menciona Decisão firmada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em relação a isenção do Bacalhau, registra que se encontra suspensa a exigibilidade do crédito tributário em face da concessão da liminar e menciona os arts. 151, IV do CTN e 964 do RICMS/BA no sentido de sustentar seus argumentos.

Adentra ao objeto da autuação, onde sustenta que a infração objeto da autuação mostra-se visivelmente inexistente e que o mérito da autuação encontra-se como objeto de Mandado de Segurança, cabendo ao Poder Judiciário decidir sob a matéria em lide. Apesar disto, passa a argüir a improcedência do lançamento, onde transcreve Decisões oriundas do Superior Tribunal de Justiça – STJ, cita a origem do pescado, cujo país é signatário do GATT, de cujo acordo internacional depreende que o produto (bacalhau) deve ser isento do ICMS aqui no Brasil. A este respeito, cita o CTN, art. 95, Súmulas do STF. Diante disto requer a Improcedência do Auto de Infração.

Adiante, argui a ilegitimidade da multa aplicada por entender que estando sob a proteção de medida judicial não pode ser compelido a pagar multa de mora em função de inadimplência, vez que, mora não houve.

A PGE/PROFIS, em Parecer, observa que a alegação de que a liminar em Mandado de Segurança impede a lavratura do Auto de Infração não merece ser acolhida, pois o CTN trata a liminar em Mandado de Segurança como uma hipótese de suspensão do crédito tributário, ou seja, a exigibilidade do crédito fica sobrestada até a decisão final e destaca que nenhuma decisão judicial pode obstar a fiscalização de desempenhar o seu papel de constituir o crédito tributário, sob pena de invasão de competência.

Em relação a multa aplicada, considera que esta deve ser imputada a fim de resguardar o direito do Fisco em exigir-la, caso seja vencedor da lide em curso no Poder Judiciário. Para corroborar seu posicionamento transcreveu Decisão do STJ (fl. 95).

No mérito, fundamento seu opinativo e opina 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, e sim no âmbito do Poder Judiciário.

Portando, a autuação teve a finalidade de constituir o crédito tributário para resguardar a Fazenda Pública dos efeitos da decadência, contudo, ficando sobrestada 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, em seu art. 126: “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 citado diploma legal estadual, com a redação dada pela Lei nº 7.438, 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.

Em face do exposto, 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 2ª 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 207162.0019/03-4, lavrado contra **JD COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.**, devendo o mesmo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de Outubro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS