

PROCESSO - A.I. Nº 207162.0013/01-0
RECORRENTE - J. D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0044-01/03
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 22.04.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0171-11/03

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. PESCADOS. BACALHAU. DESTINATÁRIO NÃO HABILITADO PARA OPERAR NO REGIME DE DIFERIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação baiana durante algum tempo previu a isenção do ICMS nas operações com pescados, mas excetuava do benefício às operações com bacalhau. Depois, em lugar da isenção, passou a prever redução de base de cálculo, mantida a exceção no tocante ao bacalhau. Atualmente, não há nem isenção nem redução de base de cálculo para as operações com pescados. No caso em lide, cumpre distinguir os fatos e o direito aplicável. Os fatos não foram questionados pelo sujeito passivo, pois este nem nega ter feito a importação, nem questiona os cálculos. No tocante ao direito aplicável, a matéria se encontra *sub judice*, haja vista a concessão de Liminar em Mandado de Segurança. Mantido o lançamento do crédito tributário, 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. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O sujeito passivo através de seu representante legal interpôs o Recurso Voluntário, em face da Decisão proferida no julgamento da 1ª Junta de Julgamento Fiscal – Acórdão nº 0044-01/03, ter considerado Procedente o Auto de Infração.

A acusação fiscal aponta falta de recolhimento de ICMS relativo à importação de bacalhau não recolhido quando do desembarço aduaneiro, por estar cancelada a habilitação do importador para operar no regime de diferimento. A operação diz respeito à Nota Fiscal-Fatura nº 0956 e à Declaração de Importação nº 01/1200514-9, exigindo o imposto no valor de R\$14.404,95.

O autuado defendeu-se tempestivamente às fls. 23 a 34 dos autos, onde faz as seguintes alegações:

- 1) que obteve liminar em Mandado de Segurança, para que a autoridade fazendária se abstivesse de apreender o bacalhau importado e exigir a antecipação do pagamento do imposto até o julgamento final do MS, e que o autuante interpretou o fato de forma equivocada, pois o não recolhimento do imposto foi em decorrência de estar amparado pela liminar.

- 2) que à época da autuação (18/12/2001) já estaria suspensa a exigibilidade do imposto, uma vez que obteve a liminar em 14/12/2001, e por isso estava irresignado com a autuação, e pugna pelo arquivamento do Auto de Infração.
- 3) alega que é ilegítima a aplicação da multa, porque se está suspensa a exigibilidade do crédito não pode ser aplicada multa por descumprimento da obrigação principal, com base no art. 151, IV do CTN e no art. 964, inciso V do RICMS/97.
- 4) admite que comercializa mercadorias, inclusive importados, e que adquiriu bacalhau seco e salgado importado da Noruega e por isso considera que está autorizado a deixar de recolher o imposto diante da posição da Jurisprudência e do STF que consideram a exigência fiscal inconstitucional.
- 5) Transcreveu decisões de Tribunais Superiores e alega que na forma prevista no Acórdão Internacional o produto deve ser isento aqui no Brasil. Ressalta o art. 98 do CTN que preconiza a supremacia dos Tratados e Convenções Internacionais frente a legislação interna. Cita ainda a Súmula nº 575 do STF e as Súmulas nºs 20 e 71 do STJ. Assevera que no Tribunal de Justiça da Bahia já está pacificada a jurisprudência acerca da matéria em questão.
- 6) Alega não existir relação jurídica tributária legítima que determine obrigatório o recolhimento do imposto nas operações de entrada do produto bacalhau.

Concluiu que diante do que expunha estaria demonstrado que a autuação estava equivocada e requereu a improcedência do Auto de Infração.

O autuante na Informação Fiscal às fls. 49 a 54 observou que as Súmulas nº 575 do STF e 20 do STJ ratificam o que está sedimentado nos Tribunais do País ao conferir tratamento idêntico entre o produto importado de país signatário do GATT e o similar nacional. Ressaltou ainda que a habilitação para operar no regime de deferimento do produto estava cancelada desde 18/07/01, e por isso o recolhimento deveria ter ocorrido no momento do desembarque aduaneiro (15/12/01), porque que não se trata de mercadoria isenta, e ao final, requereu a procedência da autuação.

No julgamento da Decisão recorrida o relator considerou Procedente após o exame do mérito, e após uma resenha do tratamento tributário do bacalhau no âmbito da legislação estadual, concluiu que o lançamento do crédito deveria ser mantido para evitar a decadência, ficando contudo suspensa a sua exigibilidade até a Decisão da lide no âmbito do Poder Judiciário. Eis na íntegra o voto:

“Este Auto de Infração cuida de ICMS relativo à importação de bacalhau procedente da Noruega.

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 14/12/01 pelo MM. Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador.

De acordo com o instrumento à fl. 39, a liminar concedida pelo MM. Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador suspende a exigibilidade do ICMS relativamente às Licenças de Importação nºs 01/1182459-9, 01/1171030-5, 01/1239365-6. A defesa chama a atenção para o fato de que a Declaração de Importação nº 01/0824670-6 corresponde à supracitada Licença de Importação nº 01/1182459-9.

No caso em lide, trata-se da Declaração de Importação nº 01/1200514-9 (fls. 9 e 14). Aparentemente, esta não se encontraria amparada pela liminar concedida nos Autos nº 8609812/01 (fl. 39), ação mandamental referida pela defesa como de nº 140.01.860981-2 (fl. 24). No entanto, embora o Termo de Apreensão da mercadoria apenas faça referência à Nota Fiscal-Fatura 0956 e à DI nº 1200514-9, observo que no corpo da Nota Fiscal-Fatura nº 0956 consta estar a mesma vinculada à LI nº 01/1182459-9 e à DI nº 01/1200514-9. Sendo assim, não obstante o Termo de Apreensão fazer remissão, apenas, à DI nº 1200514-9, a Nota Fiscal relativa à mercadoria objeto da apreensão se reporta tanto à LI nº 01/1182459-9 como à DI nº 01/1200514-9. Por conseguinte, a matéria se encontra sub judice, no âmbito do Poder Judiciário.

O art. 117 do RPAF/99 prevê que se o sujeito passivo optar pela discussão da lide na via judicial ficam prejudicados sua defesa ou Recurso no âmbito administrativo, importando tal escolha a desistência da defesa ou do Recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa. Em complemento à regra acima, o art. 122, IV, declara extinto o processo administrativo quando há desistência de defesa pelo sujeito passivo, ingressando este em juízo relativamente à matéria objeto da lide, caso em que o CONSEF deve abster-se de julgar, encaminhando-se o processo para inscrição em dívida ativa, ficando o crédito, contudo, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a Decisão final do Judiciário. Isso, contudo, pelo que se compreende da expressão “desistência da defesa”, aplica-se é quando o contribuinte ingressa em juízo após a lavratura do Auto de Infração. No caso presente, antecipando-se ao procedimento fiscal, a empresa obteve Liminar para suspensão da exigibilidade do crédito. Lavrado o Auto de Infração, o contribuinte apresentou defesa. Não houve, portanto, “desistência da defesa”. O processo deve ter o seu trâmite normal. A liminar foi concedida apenas para suspender a exigibilidade do crédito tributário, não o seu lançamento.

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, pois o autuado nem nega ter feito a importação, nem questiona os cálculos. Tudo o que questiona diz respeito à incidência do tributo, que não considera cabível.

Não é razoável discutir-se no âmbito administrativo a legalidade do direito positivo. Sendo assim, limitar-me-ei a comentar o direito positivo vigente.

A legislação baiana, no passado, previa a isenção do ICMS nas operações com pescados, mas exceituava do benefício as operações com bacalhau. Depois, em lugar da isenção, passou a prever redução de base de cálculo, mantida a exceção no tocante ao bacalhau. Atualmente, não há nem isenção nem redução de base de cálculo para as operações com pescados.

Nas importações de mercadorias, a incidência do imposto se dá no momento do desembaraço aduaneiro. No entanto, no caso da importação de bacalhau, nos termos do art. 343, XLII, do RICMS/97, o lançamento do tributo é diferido para o momento em que ocorrer a saída (subseqüente) da mercadoria do estabelecimento do importador. Esse tratamento fiscal, contudo, é condicionado a que a empresa seja habilitada a operar no regime de diferimento, como prevê o art. 344. Durante algum tempo (entre 17/10/97 e 30/12/00), a exigência de habilitação esteve dispensada em relação aos importadores de bacalhau, haja vista o inciso IX do § 1º do art. 344, acrescido pela Alteração nº 4. Porém o referido inciso IX foi revogado pela Alteração nº 21 (Decreto nº 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/00). No caso em exame, o autuado, à data do desembaraço aduaneiro da mercadoria, estava com sua habilitação para o diferimento

cancelada. Foi, por isso, lavrado o presente Auto de Infração. Sob esses aspectos, está correta a ação fiscal.

Conforme destaquei antes, a matéria destes autos se encontra sub judice. Resta, então, analisar a questão do lançamento do crédito tributário e de sua exigibilidade na situação presente.

Existem estudos doutrinários que norteiam o comportamento do fisco e por conseguinte também dos órgãos de julgamento na esfera administrativa, quando se trata de medida liminar em Mandado de Segurança ou de medida cautelar ou de tutela antecipada deferida em outras espécies de ações judiciais. Valho-me aqui dos ensinamentos doutrinários expostos pela Dra. Maria Leonor Leite Vieira, em tópico no qual analisa o lançamento de ofício (Auto de Infração) na vigência de medida liminar. Segundo a autora, o Auto de Infração é lavrado apenas para constituir o crédito tributário, de modo a evitar que venha a caducar o direito de lançá-lo enquanto perdurar a suspensão da exigibilidade. Sua argumentação é peremptória nesse sentido:

“O entendimento segundo o qual, com a suspensão da exigibilidade, está a Fazenda Pública impedida de efetuar o lançamento, por intermédio do Auto de Infração, assim, parece equivocado, pois que o lançamento contido na peça mencionada consubstancia uma pretensão legítima do Fisco, já que esta se define como sendo a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação ou, na situação reflexa, o dever do outro de realizar a prestação, e o que caracteriza a pretensão é a exigibilidade ou, em outras palavras, a possibilidade de a Administração determinar a terceiros o cumprimento de obrigação veiculada pelo ato” (A Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário, p. 85).

De fato, o que o CTN prevê, no art. 151, é que a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada suspendem a exigibilidade do crédito, não a sua constituição. O ato administrativo do lançamento é vinculado, não podendo haver óbices à sua prática. O que não pode é o crédito ser exigido, isto é, executado, em caso de medida liminar ou de tutela antecipada, inclusive, evidentemente, em caso de medida cautelar em ADIn.

Noutro trecho, a referida autora assinala:

“Se assim é, para não sofrer os efeitos da decadência, ou seja, para não deixar perecer o crédito tributário indisponível e irrenunciável para os agentes públicos, o Fisco deve proceder ao lançamento, dele dar ciência ao sujeito passivo e atestar a suspensão da exigibilidade do crédito. Ao fim da discussão – da lide – já terá os elementos para proceder à inscrição da dívida e promover a ação de execução fiscal e haver o seu legítimo crédito” (op. cit., p. 87).

Num artigo publicado em jornal de circulação interna desta Secretaria, a Dra. Sylvia Amoedo Cavalcante, da PROFAZ, traçou com muita propriedade a linha a ser seguida em situação dessa natureza. Reportando-se ao entendimento da Procuradoria da Fazenda Nacional, ela comenta que nos casos de medida liminar concedida em Mandado de Segurança ou em Procedimento Cautelar com depósito do montante integral do tributo, quando já não houver saldo, deve o fisco efetuar o lançamento, sendo que,

“[...] efetuado o lançamento e notificado o contribuinte, deve ser esclarecido ao mesmo que a exigibilidade do crédito apurado permanecerá suspensa, em face da liminar concedida em MS, nos termos do art. 151 do C.T.N.” (Nulidade do Processo Administrativo Fiscal, in Informativo Técnico Tributário, ano II, nº 9. Set/97, SEFAZ, p. 6-7).

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

A defesa alega que não houve infração, porque, no período considerado, a matéria de direito se encontrava sub judice e, por conseguinte, o mandamento regulamentar se encontrava com sua eficácia suspensa. Seria então impossível infringir um preceito cuja eficácia se encontrasse suspensa.

Esta Junta não tem competência para decidir acerca de dispensa de multa relativa ao inadimplemento da obrigação tributária principal. Faço, contudo, o registro de que a empresa poderá valer-se da faculdade prevista no art. 159 do RPAF, que prevê a possibilidade de ser requerida à Câmara Superior a dispensa ou redução de multa, ao apelo da eqüidade, no caso, por exemplo, de razoável e justificada dúvida de interpretação da norma jurídica, desde que atendidos os pressupostos do citado dispositivo regulamentar.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O autuado tomando ciência do julgamento na 1^a Instância em 17/03/03, conforme AR à fl. 65, apresentou tempestivamente, as razões de Recurso, através de seu representante legal onde aduz o seguinte:

1. que a Decisão deve ser reformada porque o Auto de Infração é equivocado e não observou as formalidades legais.
2. a suspensão do crédito fiscal do montante apurado na autuação em face da ação mandamental, em trâmite na 3^a Vara da Fazenda Pública de Salvador.
3. diz que a liminar concedida no Mandado de Segurança além da segurança considerou no mérito procedente a ação mandamental, e foi objeto da Apelação Civil nº 29331-3/2002, pela Fazenda Pública do Estado da Bahia, estando o Recurso da Fazenda pendente de julgamento, Mas que o Tribunal de Justiça deste Estado já firmou entendimento quanto a isenção de bacalhau e transcreveu Acórdãos em que o oro recorrente figurou no pôlo passivo (apelado)
4. invoca os dispositivos do CTN correlatos à matéria, (art. 151, IV, 964, V).
5. diz que o bacalhau importado objeto da autuação está respaldado e amparado por liminar em Mandado de Segurança e o mérito sob o crivo do Tribunal de Justiça Estadual.
6. considera ilegítima e inconstitucional a exigência do ICMS nas importações de bacalhau em face das recentes decisões dos Tribunais Superiores, transcrevendo diversas ementas.
7. assevera que o referido produto é originário da Noruega, país signatário do GATT, e que se trata de pescado que é isento do ICMS, previsto no art. 14 inciso XIII do RICMS-BA.
8. Faz referência ao art. 98 do CTN, às Súmulas nºs 575, 20 e 71 dos Tribunais Superiores. Argui ainda ilegitimidade da multa e transcreve o art. 100 e seus incisos (do CTN). Conclui requerendo o Provimento do Recurso Voluntário com a Improcedência do Auto de Infração e faz juntada da Sentença proferida no Mandado de Segurança impetrado pelo recorrente relativo ao Processo nº 8.609.612/01 em 16/05/02..

A PROFAZ as fls. 88 e 89 considerou que as razões apresentadas no Recurso Voluntário careciam de argumentos jurídicos capazes de provocar reforma no Acórdão Recorrido e que a infração estava caracterizada não sobejando dúvidas quanto ao acerto da autuação à luz da legislação tributária vigente no Estado da Bahia, pois com efeito o bacalhau é tributado pelo ICMS. Observou que o CONSEF ao teor do artigo 167 do RPAF/99, não tem competência para apreciar argüição de constitucionalidade. Ressalta que a concessão da medida liminar não impede a constituição do crédito tributário apenas obstrui o ajuizamento da execução fiscal com vistas a cobrança do referido crédito, e concluiu pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Da análise dos elementos constantes dos autos, verifica-se que a matéria objeto da presente lide, tem causado dissensões nos Tribunais, como se vê no caso em exame, em que o sujeito passivo amparado por uma liminar em Mandado de Segurança concedida pelo Tribunal de Justiça da Bahia, se insurge contra a autuação que exige a falta de recolhimento do ICMS no momento do desembarque aduaneiro do bacalhau importado, proveniente da Noruega, pelo estabelecimento situado no Estado da Bahia.

Verifico que a matéria objeto da presente lide foi analisada quanto ao curso do processo no contencioso administrativo fiscal em face do contribuinte ter ingressado com Mandado de Segurança e obtido uma liminar na 3^a Vara da Fazenda Pública - Auto de Infração nº 8609811/01 conforme anexo aos autos às fls. 10 a 13 dos autos. E também com muita propriedade o relator da Decisão recorrida fez um histórico do tratamento tributário nas operações com pescados onde na isenção concedida aos pesados excetuava do benefício as operações com bacalhau, e depois estabeleceu a redução de base de cálculo e mais uma vez excetuou o bacalhau, concluindo que na legislação vigente não há isenção e nem se adota a redução de base de cálculo para as operações com pescados.

Ocorre que esta matéria já foi apreciada por Tribunais Superiores ao determinar que a isenção se estende a similar nacional do bacalhau importado dos países signatários do GATT, conforme as Súmulas nº 575 do STF e nº 20 do STJ.

De acordo com a Cláusula Primeira do Convênio nº 60/91, o bacalhau está excetuado da isenção do imposto nas operações internas com pescado.

De igual modo, o inciso XIII do art. 14 do RICMS-BA estabeleceu a exceção às saídas internas de pescado daqueles determinados no Convênio nº 60/91. Logo, como já analisado na Decisão recorrida, o lançamento em questão procede, ainda que esteja em curso na esfera judicial, o mérito da ação argüida no Mandado de Segurança, uma vez que ao teor do art. 151, inciso IV do CTN a concessão de liminar em Mandado de Segurança suspende a exigibilidade do crédito fiscal, mas não tem o condão de obstar que a autoridade administrativa efetue o lançamento do crédito tributário.

Ademais, a atividade de constituição do crédito na inteleção do art. 142 do CTN é privativa da autoridade administrativa. Concluo, adotando os fundamentos do abalizado Parecer da PROFAZ exarado as fls. 88 e 89 dos autos e mantendo a Decisão *a quo*, convencida do acerto da autuação, ainda que existente Decisão judicial do “writ” acerca da tributação pelo ICMS do bacalhau importado no desembarque aduaneiro.

Por todo o exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207162.0013/01-0, lavrado contra **J. D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.404,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PROFAZ