

PROCESSO - A.I. Nº 207162.0011/03-3
RECORRENTE - CRYSTAL COMPANY IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0194-03/03
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 01.09.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0442-11/03

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 art. 117, do RPAF/99. Recurso Voluntário NÃO CONHECIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, através de advogados devidamente habilitados nos autos, face à Decisão proferida na 1ª Instância, que considerou Procedente a acusação fiscal imputada no Auto de Infração acima epígrafado.

A infração descrita na peça acusatória aponta a falta de recolhimento do ICMS na importação de “bacalhau”, quando do desembarque aduaneiro, referente à Nota Fiscal nº 2355 com emissão em 03/01/03, cujo importador está estabelecido no Estado da Bahia, com infringência à legislação estadual. (arts. 572 § 7º e 573 do RICMS /97), no valor de R\$ 29.054,63.

A Decisão recorrida afastou a preliminar argüida quanto à liminar concedida no Mandado de Segurança, pautando-se no entendimento já manifestado pela PGE/PROFIS de que não obstante a matéria esteja sob apreciação em decorrência do Mandado de Segurança, o Fisco pode constituir o crédito para evitar a decadência do direito de efetuar o lançamento.

No que tange ao mérito, manteve a autuação asseverando que o CONSEF tem decidido que as operações com bacalhau não estão contempladas pela isenção, até porque o Acordo do GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio), não concede isenção, e sim, que seja dado tratamento tributário ao produto importado igualitário ao similar nacional.

Observa que no período de 01/10/91 até 30/04/99, as operações internas com pescados eram isentas, e de acordo com a legislação, o produto bacalhau dentre outros era excetuado da isenção (art. 14, XIII, “a” do RICMS/97).

E, ainda, o referido produto no momento da entrada no estabelecimento importador, era diferido para o momento que ocorresse à saída da mercadoria ou o fornecimento dos produtos dela resultantes. Mas, diante do autuado ter tido a sua habilitação para operar no regime de diferimento, cancelada desde 24/05/2001, o pagamento do imposto ocorria no momento do desembarque aduaneiro quanto à mercadoria importada. O voto da relatora foi acolhido pelos demais membros, obtendo-se a unanimidade no julgamento.

O sujeito passivo ao tomar ciência do Acordão nº 0194/03/03 que julgou Procedente Auto de Infração, através dos seus representantes legais, interpôs o Recurso Voluntário por não concordar com o julgamento proferido pela 3ª JJF, aduzindo as seguintes razões:

- 1) que relativamente ao mérito da autuação, acerca da tributação do bacalhau, ingressou com uma ação mandamental no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, e obteve liminar, suspendendo a exigência do ICMS referente ao bacalhau por ela comercializado;
- 2) alega que descabe aplicação da multa por descumprimento da obrigação principal, pelo fato de a exigibilidade do crédito está suspensa, conforme dispõe o inciso IV do art. 151 do CTN, e assim, a multa seria devida em razão da inadimplência do contribuinte, que neste caso estaria amparado pela medida judicial, não podendo incidir a multa, e por isso pede a improcedência da mesma;
- 3) que tramita no Poder Judiciário a ação em que obteve liminar no Mandado de Segurança interposto, e por esse motivo entende que é ao órgão jurisdicional que caberá decidir sobre a matéria objeto da lide;
- 4) alega que importou da Noruega o bacalhau seco e salgado, e este procedimento sempre esteve autorizado, e considera que de forma ilegítima o agente fiscal resolveu exigir o ICMS nas importações de bacalhau, ao ingressar no Estado da Bahia, citando decisões do STJ, e ainda decisões do Tribunal de Justiça da Bahia de 14/09/02 e 01/02/03, em que não foram providos os Recursos de Apelação Cível nºs 10048-7/2002 e 18911-4/2002, que o Estado da Bahia figurava como apelante, e o apelado era a empresa J.D. Comércio e Importação Ltda;
- 5) prossegue as suas alegações citando o art. 98 do CTN, que dispõe sobre os tratados e convenções internacionais que revogam, ou modificam a legislação interna, e cita a Súmula 575 do STF, e transcreve o artigo III do GATT;
- 6) Considera que se a Bahia isentou do ICMS o pescado, e o bacalhau seria uma espécie do gênero pescado, e alega que a fiscalização procura burlar os acordos internacionais firmados, o que estaria violando o art. 98 do CTN;
- 7) faz referência às súmulas nº 20 e 71 do STJ. Reitera os argumentos de que a exigência fiscal contraria a jurisprudência do STF, STJ e do Tribunal de Justiça da Bahia;
- 8) ao concluir o arrazoado, pugna para que se considere Improcedente o Auto de Infração, requerendo o arquivamento do mesmo.

A PGE/PROFIS às fls. 99 a 101 dos autos, exara Parecer onde analisa o argumento do recorrente, que a liminar impediria a lavratura do Auto de Infração, e diz que não merece acolhida essa alegação, uma vez que ao teor do CTN, a liminar é uma das hipóteses de suspensão do crédito tributário, e nenhuma Decisão judicial pode obstar a fiscalização de desempenhar o seu papel de constituir o crédito tributário, sob pena de invasão de competência. E acrescenta que o Fisco não pode deixar de constituir o crédito sob pena de responsabilidade funcional, e deve ser feito dentro do prazo decadencial, citando Decisão do STJ neste sentido.

No mérito, diz que o bacalhau importado de país signatário do GATT não é isento de ICMS. Faz ressalva que as súmulas no 2º do STJ e 575 do STF estendem a isenção do referido imposto, quando contemplado o similar nacional com o benefício da isenção, o que não se verifica na hipótese da autuação, porque ainda que se considere o peixe seco e salgado como similar nacional para o bacalhau importado, aquele sofre tributação normal.

Conclui que o Estado da Bahia não concedeu nenhum benefício fiscal às operações de importação de bacalhau, ou a qualquer mercadoria que possa ser considerada similar ao referido produto. E cita o art. 1º e Parágrafo único, incisos I e II do Decreto nº 7577, de 26/05/99, que dispõe sobre redução da base de cálculo em 100%, nas operações internas com pescado, excetuado crustáceo, molusco e rã, e ressalvando que tal redução não se aplica quando se tratar de pescado seco ou salgado (inciso III do citado Decreto).

Ao final, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Analisando os autos verifico que na própria peça acusatória o autuante fez referência ao Mandado de Segurança nº 9517186/2002. E consignou que, “este termo objetiva resguardar a Fazenda Pública Estadual em relação a exigibilidade futura do ICMS devido, atualmente suspensa por Mandado de Segurança”. Logo, a situação denota que o mérito não pode ser apreciado na esfera administrativa, em razão de o sujeito passivo ter impetrado Mandado de Segurança Preventivo tendo obtido liminar, e o exame de mérito por conseguinte será objeto de apreciação no âmbito de Poder Judiciário.

Deste modo, a autuação no momento do desembaraço aduaneiro 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, 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 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 7.438, de 18/01/99, preconiza que não se inclui na competência dos órgãos julgadores, a questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

Dante disso, a instância administrativa estaria esgotada, e este deveria ter sido o entendimento da 1ª Instância, declinando pelo arquivamento do processo administrativo, pois a manifestação do sujeito passivo em recorrer ao Poder Judiciário, feita inclusive preventivamente contra ato da Administração Tributária, como dispõe o art. 117, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, atualizado pelo Decreto nº 8.001, de 20/07/01 e artigos 126 e 125 do COTEB, obsta a apreciação do mérito no âmbito do contencioso administrativo.

Neste sentido, entendo que o julgamento feito pela Junta de Julgamento Fiscal vai de encontro ao que preconiza o § 1º do art. 117, inciso II do RPAF/99 com a redação dada pelo Decreto nº 8001 de 20/07/01, que determina a remessa do Auto de Infração para a Procuradoria da Fazenda Estadual, independentemente de requisição, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, imediatamente após a lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito à matéria objeto do procedimento administrativo, que é o caso deste processo.

Como se verifica dos autos à fl. 41, a concessão da medida liminar pelo Poder Judiciário, foi de natureza preventiva e antecedeu a autuação.

Neste caso, fica prejudicado o exame na esfera administrativa por que tal hipótese conforme restou exaustivamente acima demonstrado, 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, como determina o artigo acima citado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO CONHECER o Recurso Voluntário apresentado e declarar EXTINTO o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 207162.0011/03-3, lavrado contra CRYSTAL COMPANY IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., devendo o mesmo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS