

A. I. Nº - 207162.0014/03-2
AUTUADO - CRYSTAL COMPANY IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO MACHADO DE SOUZA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 31.07.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0279-01/03

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. 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 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. 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 efetuarlo, ficando, contudo, suspensa a sua exigibilidade até a decisão final da lide no âmbito do Poder Judiciário. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 7/2/03, acusa a falta de recolhimento de ICMS relativo à importação de bacalhau quando do desembarço aduaneiro, por estar cancelada a habilitação do importador para operar no regime de diferimento. Segundo consta no Auto de Infração, a operação é documentada pela Nota Fiscal 2357 e à Declaração de Importação nº 03/0092292-7, correspondente à Licença de Importação nº 03/0005199-6. Consta no Auto de Infração que o autuado obteve Liminar em Mandado de Segurança, através do Processo nº 14003.960074-1, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário relativo ao fato em lide. Imposto lançado: R\$ 56.931,00. Multa: 60%.

O contribuinte defendeu-se alegando, preliminarmente, que, à época da autuação, 7/2/03, já se encontrava suspensa a exigibilidade do crédito tributário relativamente à situação em lide, face à medida Liminar concedida em 16/1/03 pelo MM. Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador. Anexou à defesa cópia da decisão judicial nos autos do processo de Mandado de Segurança nº 14003.960074-1, referente às Declarações de Importação nº 02/1396048-3, 03/0004592-9 e 03/0005199-6. Destaca que o MM. Juiz de Direito acolheu o pedido, concedendo a Liminar no sentido de que o fisco estadual se abstenha de apreender o bacalhau importado pela impetrante, relativamente às aludidas licenças de importação, bem como de exigir a antecipação ou mesmo o

posterior pagamento do ICMS referente ao produto importado (bacalhau), até o julgamento final do “writ”..

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. Argumenta que 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 STJ. Observa que o bacalhau objeto desta autuação provém da Noruega, país signatário do GATT, como o Brasil. Alega que os pescados são isentos 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 575 do STF, que transcreve. No âmbito do STJ, foram editadas as Súmulas 20 e 71, favoráveis à empresa. Argumenta que a exigência de ICMS na importação e na saída de bacalhau seco e salgado da Noruega infringe princípios constitucionais, assim como a legislação tributária, além de ser contrária à jurisprudência do STF, do STJ e do próprio TJ-BA.

Pede que se decrete a improcedência do Auto de Infração.

O fiscal autuante contestou as razões da defesa observando que o Estado da Bahia não concedeu isenção a nenhum produto que possa ser considerado similar ao bacalhau importado. O Convênio ICMS 60/91 autorizou os Estados a conceder isenção de ICMS nas saídas internas de pescado, com exceção das operações com crustáceos, moluscos, adoque, bacalhau, merluza, pirarucu, salmão e rã. Mesmo que se considere o pirarucu como o similar nacional do bacalhau, ainda assim não estará isento o bacalhau importado, uma vez que ao produto “similar” nacional, o pirarucu, é vedada a concessão de isenção.

Prossegue comentando que o Decreto nº 7.577/99, que produziu efeitos de 1/5/99 até 30/9/99, prevê redução da base de cálculo do ICMS em 100% nas operações internas com pescado, ressaltando que esse tratamento fiscal não se aplica em se tratando de pescado seco ou salgado. Frisa que atualmente é normal a tributação de todas as espécies de pescado.

Conclui opinando pela manutenção do procedimento.

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 16/1/03 pelo MM. Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador.

Observo que a Nota Fiscal emitida pelo autuado, referente à Declaração de Importação nº 03/0092292-7, faz alusão ao Mandado de Segurança nº 9517186/02. No entanto, pelos dados do Auto de Infração e da defesa, a Liminar do Mandado de Segurança diz respeito ao processo nº 14003.960074-1.

De acordo com o instrumento às fls. 39-40, a Liminar concedida pelo MM. Juiz da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador suspende a exigibilidade do ICMS relativamente às Declarações de Importação nº 02/1396048-3, 03/0004592-9 e 03/0005199-6. Esta última é a indicada no Auto de Infração, concernente à Declaração de Importação nº 03/0092292-7. Os números da LI e da DI correspondem ao instrumento às fls. 9/11. O número da supracitada DI é o constante na guia emitida para liberação das mercadorias às fls. 13/16. 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 depreende 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 compreende 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 excetuava 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 importação 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 o 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 Amoêdo 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 em análise deve ser mantido, para evitar a decadência do direito de efetuar-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 equidade, 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207162.0014/03-2**, lavrado contra **CRYSTAL COMPANY IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 56.931,00**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Fica, contudo, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA