

PROCESSO - A.I. Nº 146468.0066/05-2
RECORRENTE - J.D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0282-03/05
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 21/12/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0446-11/05

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. BACALHAU SECO E SALGADO. EXISTÊNCIA DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A importação do bacalhau encontra-se amparada pelo benefício do diferimento do ICMS. Entretanto, provado que o autuado encontrava-se com sua habilitação cancelada, deve, no caso, recolher o imposto na época do desembarque aduaneiro, vez que a mercadoria “bacalhau” é tributada normalmente pela legislação estadual. Com a existência de Mandado de Segurança, fica a exigibilidade do crédito tributário suspensa, mas não seu lançamento. 2. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e se aplica ao presente caso, pois o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente. Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, conforme regra inserta nos art. 101, § 3º, e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). A apreciação do mérito do Recurso Voluntário em relação à obrigação principal fica **PREJUDICADA**, o que importa em presunção de legitimidade do Auto de Infração. Ressalve-se a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado ao Acórdão nº 0282-03/05, da 3ª JJF, que, por Decisão unânime de seus membros, julgou Prejudicada a impugnação administrativa apresentada pelo autuado e declarou extinto o presente PAF.

O presente Auto de Infração fora lavrado para exigir ICMS no valor de R\$392.049,75 acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do ICMS devido pelas importações de bacalhau seco e salgado, oriundas de país signatário do GATT, por contribuinte que se encontra com a sua habilitação para diferimento cancelada na SEFAZ/BA desde 18/07/2001.

Consta no voto do relator da Decisão recorrida:

“Considerando que o autuado possuía liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão da exigência do crédito tributário, o auditor fiscal constituiu o crédito, por meio deste lançamento, para resguardar o direito do fisco em razão da decadência. Todavia, a exigibilidade do crédito tributário apurado ficará suspensa em obediência à citada liminar, até a Decisão final proferida pelo Poder Judiciário.

Este CONSEF tem entendido, em matérias semelhantes, que, consoante o disposto no artigo 126, do COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia e no artigo 117, do RPAF/99, “a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso acaso interposto”.

Quanto à alegação de que a multa aplicada na autuação é ilegítima, sob a o argumento de que a concessão de medida liminar em mandado de segurança suspendem a exigibilidade do crédito tributário, ressalto que a multa é prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 e está vinculada a ocorrência do fato gerador do imposto.”

No Recurso Voluntário apresentado, o recorrente trouxe os seguintes argumentos:

1. Que a Resolução da 3^a JJF, no sentido de considerar prejudicada a defesa apresentada e extinguir o Processo Administrativo Fiscal, merece reforma, pois a não apreciação desta implicaria na impossibilidade de se exercitar de forma plena o seu direito como parte envolvida na demanda, ferindo os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, garantidos pela Constituição;
2. que, em razão de ter obtido Decisão liminar em Mandado de Segurança, que determinou a imediata liberação da mercadoria apreendida à época do desembarque aduaneiro, por ocasião da autuação, já encontrava-se suspensa a exigibilidade do crédito tributário em questão, razão pela qual deve ser declarada a improcedência do Auto de Infração, com fundamento nos dispositivos correlatos à matéria, (art. 151, IV, do CTN, e 964, V, do RICMS/97);
3. afirmou ser ilegítima a aplicação de multa por descumprimento de obrigação principal no caso em apreço, e, sendo a multa de mora devida em função da inadimplência do contribuinte, porque, estando sob a proteção de medida judicial, esta não ocorreu, e, ainda que cassada a liminar, haveria de ser concedido prazo para quitar a sua obrigação, sem a incidência destas multas. Pediu a Improcedência da aplicação desta penalidade;
4. quanto ao mérito, asseverou que o bacalhau importado objeto da autuação está respaldado e amparado por liminar em Mandado de Segurança, sendo ilegítima e inconstitucional a exigência do ICMS nas respectivas importações, visto que o referido produto é originário da Noruega, país signatário do GATT, e que se trata de pescado cujo similar nacional é isento do ICMS nas operações internas, conforme previsto no art. 14 inciso XIII do RICMS-BA, e fez referência ao art. 98 do CTN, às Súmulas 575, 20 e 71 dos Tribunais Superiores.

Conclui requerendo o Provimento do Recurso Voluntário com a Improcedência do Auto de Infração.

A representante da PGE/PROFIS, no seu pronunciamento, disse que é pertinente a conclusão exarada pela 3^a JJF no sentido de que não é cabível ao órgão julgador administrativo decidir acerca de inconstitucionalidade de leis, devendo ser constituído o crédito tributário a fim de evitar a decadência.

Observou, contudo, que a matéria ventilada pelo contribuinte na esfera administrativa, e reproduzida nas razões do Recurso, não se refere exclusivamente ao mérito discutido em sede judicial, mas envolve questão relativa à ilegitimidade da aplicação de multa no lançamento tributário expedido para prevenir a decadência, e a controvérsia gira em torno da pertinência de aplicação de multa moratória quando o comportamento do contribuinte encontra-se amparado por medida liminar.

Pontuou que, dessa forma, no caso da ação judicial ser julgada improcedente, a exigência fiscal irá produzir todos os seus efeitos, isto é, o débito inscrito em dívida ativa irá ser imediatamente cobrado, sem que o contribuinte tenha tido oportunidade de se insurgir contra a aplicação de acréscimos moratórios.

Opinou pelo Provimento do Recurso Voluntário, para que se anule a Decisão recorrida,

determinando-se o retorno dos autos à Primeira Instância para apreciação das alegações do recorrente.

VOTO

Antes de adentrar nas razões do Recurso Voluntário, necessário se torna apreciar o pronunciamento da representante da PGE/PROFIS, uma vez que conclui pelo Provimento do Recurso Voluntário, argüindo a nulidade da Decisão recorrida, em que pese não ser essa a causa de pedir nem o pedido formulado pelo recorrente. Este reclama a reforma da Decisão para que se declare a improcedência do Auto de Infração.

Inicialmente, cabe frisar que não está claro no Parecer PGE/PROFIS se a questão se prende à multa por descumprimento de obrigação principal ou se à multa de mora, e respectivos acréscimos.

Diz o citado Parecer, que, “*no caso da ação judicial ser julgada improcedente, a exigência fiscal irá produzir todos os seus efeitos, isto é, o débito inscrito em dívida ativa irá ser imediatamente cobrado, sem que o contribuinte tenha tido oportunidade de se insurgir contra a aplicação de acréscimos moratórios.*”

Sob este aspecto é indubioso que o recorrente teve assegurado o seu direito, posto que, o seu argumento foi apreciado na Primeira Instância, conforme fragmento do voto do relator, que acima transcrevi, e repito:

“*Quanto à alegação de que a multa aplicada na autuação é ilegítima, sob o argumento de que a concessão de medida liminar em mandado de segurança suspende a exigibilidade do crédito tributário, ressalto que a multa é prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 e está vinculada a ocorrência do fato gerador do imposto.*”

Passo à análise das razões recursais.

Afirmou o recorrente que a Resolução da 3^a JJF, no sentido de considerar prejudicada a defesa apresentada e extinguir o Processo Administrativo Fiscal, merece reforma, pois a não apreciação desta implicaria na impossibilidade de se exercitar de forma plena o seu direito como parte envolvida na demanda, ferindo os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, garantidos pela Constituição.

Como dito na Decisão questionada, o art. 117, do RPAF/99, preconiza que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso Voluntário acaso interposto. E mais, o seu art. 167, II, expressamente exclui da competência dos órgãos julgadores, questão que esteja sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

Assim, a 3^a JJF agiu corretamente ao se abster de adentrar ao mérito da exigência fiscal, no tocante à obrigação principal. O seu único equívoco reside na conclusão, ao declarar extinto o PAF, isto porque, de fato, existe na peça impugnatória o questionamento sobre a aplicação da multa, matéria que se encontra fora dos limites da proposição mandamental intentada pelo contribuinte.

Ocorre que a tal extinção não se materializou, seja pelo enfretamento que fez a própria Junta das razões da defesa quanto às penalidades indicadas na autuação, seja pelo acatamento do competente Recurso Voluntário, que foi recebido, processado e, neste momento, está sendo apreciado.

É princípio de direito processual, que não havendo prejuízo às partes não se decretará a nulidade do ato. Neste sentido, o § 2º do art. 18 do RPAF/99, determina que não se decretará a nulidade do ato, se, ainda que praticado de forma diversa, houver atingido a sua finalidade.

Por essa razão, peço *venia* para discordar do entendimento da ilustre procuradora, autora do

Parecer às fls. 198 a 200, quanto à necessidade de anulação da Decisão recorrida. A contradição que se verifica na referida Decisão não trouxe prejuízo ao contribuinte na sua impugnação nem a apreciação das suas argüições em sede de Recurso Voluntário.

No que respeita às questões de mérito, argüiu, também, o recorrente que, em razão de ter obtido Decisão liminar em Mandado de Segurança, determinando a imediata liberação da mercadoria apreendida à época do desembarque aduaneiro, o crédito tributário já se encontrava com a sua exigibilidade suspensa por ocasião da autuação, razão pela qual, entende que deve ser declarada a improcedência do Auto de Infração.

Realmente, a exigibilidade do crédito tributário estava e continua suspensa, mas não o seu lançamento, que foi efetuado, com o fim precípua, de inibir a decadência.

Quanto à sua alegação de que é ilegítima a aplicação das multas por descumprimento de obrigação principal e de mora, não pode prosperar, posto que o já citado art. 151, IV, do CTN, prevê somente a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, no caso de concessão de medida liminar em mandado de segurança, mas não determina a exclusão de seus consectários (penalidades e acréscimos moratórios).

Foi citado, ainda, o art. 100, II, e seu parágrafo único, que prevê que são normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos, as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa, e que a sua observância exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Ora, não tenho conhecimento da existência de Decisão de órgão de jurisdição administrativa favorável à tese sustentada pelo recorrente, e também não localizei no CTN qualquer dispositivo que abarcasse a sua pretensão.

Por outro lado, o § 3º, do art. 101, da lei n.º 3.956/81 (COTEB), determina que a correção monetária abrangerá o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, e o § 1º, do seu art. 102, que os acréscimos moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento.

A dicção dos dispositivos legais acima referidos, não deixa dúvidas quanto à incidência dos acréscimos moratórios (multa de mora, como chamou o recorrente) sobre o imposto lançado, mesmo no período em que a sua exigibilidade esteja suspensa.

No que concerne à multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no art. 42, II, “f”, da lei n.º 7.014/96, e se aplica ao presente caso, pois o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente.

Com efeito, ocorrido o fato gerador do imposto, nasce a obrigação tributária correspondente, e com ela, a necessidade de o sujeito passivo realizar o seu adimplemento no prazo regulamentar, sob pena de ter que suportar o lançamento de ofício com todos os consectários, inclusive a imposição de multa pelo descumprimento de obrigação principal. O fato de se encontrar o contribuinte amparado com medida judicial que suspenda a exigibilidade do crédito tributário, não lhe retira, à luz da lei instituidora do tributo estadual, a condição de devedor, e neste sentido terá que arcar com todas as consequências resultantes da sua opção, em caso de uma eventual sucumbência na discussão judicial.

Por fim, quanto ao lançamento do imposto, o recorrente argüiu que a exigência fiscal sobre a importação de bacalhau, objeto da autuação é ilegítima e inconstitucional, porque o referido produto é originário da Noruega, país signatário do GATT, e que se trata de pescado, cujo similar nacional é isento do ICMS, conforme previsto no art. 14 inciso XIII do RICMS-BA, além de fazer referência ao art. 98 do CTN, às Súmulas 575, 20 e 71 dos Tribunais Superiores.

A este respeito, repetindo o que já expus no início de meu voto, o RPAF expressamente exclui da

competência dos órgãos julgadores, questão que esteja sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

Assim, quanto a apreciação do mérito sobre a isenção ou não na importação de bacalhau, em razão da opção do contribuinte em discuti-la na esfera judicial, e em face dos limites impostos ao órgão julgador administrativo, considero PREJUDICADO o seu Recurso Voluntário.

Por todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, quanto às penalidades e demais cominações legais, ficando, entretanto, PREJUDICADO quanto à obrigação principal, em face da sua opção por discutir a matéria também na via judicial. Ressalve-se que a exigibilidade do crédito tributário fica suspensa, nos termos do art. 151, IV, do CTN, até a Decisão final do Mandado de Segurança impetrado pelo recorrente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, considerar PREJUDICADO quanto à obrigação tributária principal e NÃO PROVER em relação às penalidades e cominações legais o Recurso Voluntário apresentado contra a decisão que julgou EXTINTO no Auto de Infração nº 146468.0066/05-2, lavrado contra J.D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA., devendo ser intimado o recorrente, na forma regulamentar e, em seguida, encaminhados os autos à PGE/PROFIS, para as providências da sua alçada, até Decisão definitiva da lide na esfera judicial.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Antônio Ferreira de Freitas, Fernando Antônio Brito de Araújo, Oswaldo Ignácio Amador e Eduardo Nelson de Almeida Santos.

VOTO VENCIDO: Conselheira Denise Mara Andrade Barbosa.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS