

**PROCESSO** - A. I. Nº 140777.0134/04-0  
**RECORRENTE** - J.D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0007-05/06  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/METRO  
**INTERNET** - 08.05.06

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0172-12/06

**EMENTA:** ICMS. IMPORTAÇÃO. BACALHAU. OBRIGATORIEDADE DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO DESEMBARAÇO ADUANEIRO POR SE TRATAR DE MERCADORIA TRIBUTÁVEL. HABILITAÇÃO PARA DIFERIMENTO CANCELADA. 1. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. De acordo com o artigo 2º, inciso V, da Lei nº 7.014/96, é devido o pagamento do ICMS, no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas do exterior. Defesa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa. 2. EXIGÊNCIA DE MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no artigo 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 artigos 101, § 3º, e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de vinte dias, sem incidência das penalidades moratórias, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo. Recurso **PREJUDICADO**, em relação à obrigação principal, e **NÃO PROVIDO**, quanto à multa. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário de fls. 123 a 135, tempestivamente, aviado em face do Acórdão nº 0007-05/06, que julgou Prejudicada a defesa no capítulo afeto ao mérito, mantendo procedente a autuação no que respeita à aplicação da multa, suspensa, contudo, a sua exigibilidade.

O Auto de Infração exige ICMS relativo à importação de 25.000 quilos de bacalhau da Noruega, constante da DI nº 05/0122009-1, registrada em 3/2/2005, nº da LI 04/1946642-5 e 04/1946641-7 e Nota Fiscal de Entrada nº 2455, emitida em 16/02/2005.

Assenta o recorrente, iterando todas as promoções transadas, que o MM Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador concedeu Decisão liminar em sede de ação de segurança - processo nº 632636-3/2005 -, contemplando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário ora em discussão. Acrescenta que o início da vigência da Decisão liminar se deu em 15/02/2005, tendo a oro recorrente sofrido a autuação em 17/02/2005.

O mérito da autuação gravita sobre o reconhecimento, ou não, do direito à isenção de recolhimento do ICMS nas importações de bacalhau no momento de sua entrada no Estado da Bahia. Cita o recorrente reiteradamente em suas peças farta jurisprudência e Súmulas dos Tribunais Superiores em abono de sua tese.

Em que pese exame desta matéria manter-se submetido ao MM Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, conforme reiteradamente propagado, insiste o autuado em veicular a mesma matéria em sede de Recurso Voluntário, pugnando por uma apreciação meritória.

Neste diapasão, insurge-se em seu voluntário apelo contra a decretação da extinção da via administrativa pelo ‘*a quo*’, no que atine ao mérito da autuação. Em outra frente, ataca a Decisão primária no capítulo que manteve a condenação ao pagamento da multa.

Sustenta, destarte, que a extinção da instância administrativa vitupera princípios constitucionais da magnitude do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Quanto à multa, observa que sua existência vincula-se ao inadimplemento da obrigação principal, sendo que esta, a obrigação principal, não fora descumprida, pois a conduta empresarial esteve amparada em legítima ordem judicial. Obstaculizado estaria, desta forma, o lançamento da multa e consectários, ‘*ex vi*’ da Decisão liminar concedida e vigente.

Ao final, pugna pelo Provimento do Recurso para, avançando no mérito, seja reformada a Decisão de base, e julgado o Auto de Infração totalmente Improcedente.

Encaminhados os autos do PAF à PGE/PROFIS, a d. Procuradoria, dignamente representada pelo Dr. José Augusto Martins Júnior, às fls. 138/141, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Fundamenta seu Parecer no descabimento, nesta esfera administrativa, do enfrentamento da questão meritória - isenção ou não do ICMS nas operações ora em voga -, haja vista o esgotamento desta instância, neste particular, em função da impetração do Mandado de Segurança.

Em relação à multa, recomenda a sua subsistência, obviando-se a decadência de lançamento da infração em sua plenitude. Cita doutrina de Hely Lopes Meirelles e jurisprudência.

## VOTO

Colima a oro recorrente o pronunciamento da instância administrativa sobre o mérito da autuação, ao tempo em que persegue a insubsistência da multa e consectários, na premissa da ausência de infração. Requer, ao final, o provimento do apelo no sentido da improcedência total da autuação.

A questão de mérito respeita ao reconhecimento do direito à isenção de ICMS do bacalhau importado da Noruega, país signatário do GATT, a teor do princípio da reciprocidade que rege o aludido acordo internacional, consoante dispõem o art. 98, do CTN e Súmula nº 575 do E. STF.

Anunciado recorrentemente a instauração da instância judicial através do manejo da ação de segurança, foi concedida Decisão liminar nos termos transcritos pelo recorrente às fl. 26, ‘*verbis*’:

*“Defiro o pedido de liminar solicitado, pela presença incontestável dos requisitos legais do “fumus boni iuris” e o “periculum in mora”, para impedir que o direito líquido e certo da impetrante seja lesionado e determino a suspensão da exigibilidade do ICMS nas operações internas com o bacalhau descrito nas Licenças de Importação nºs 04/1946642-7 e 04/1946641-7 até julgamento final do presente mandado de segurança. (...)” (sic)*

Entendo, assim, que a espécie se subsume inexoravelmente ao art. 117, do RPAF e parágrafo único do art. 38, da Lei nº 6.830/80, haja vista a flagrante identidade de temas veiculados no ‘*writ*’ e na

impugnação oposta, ensejando a exaustão, neste particular, da instância administrativa. Escorreita a Decisão de base, vez que restou evidenciada a renúncia empresarial no atinente à impugnação do mérito nesta instância administrativa de julgamento.

A intelecção esposada pelo ‘*a quo*’ encontra guarida na doutrina de HUGO DE BRITO MACHADO, cujo excerto segue adiante transcrito, ‘*verbis*’:

*“Em matéria tributária, tem-se lei específica determinando que a propositura, pelo contribuinte, de ação para discutir a dívida tributária, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do Recurso acaso interposto. Dessa prescrição legal, que se reporta expressamente ao mandado de segurança, conclui-se que este é cabível, mesmo tendo sido utilizado pelo contribuinte o Recurso administrativo, posto que a impetração implica desistência do Recurso.”* (in Mandado de Segurança em Matéria Tributária, 5ª edição, ed. Dialética, p. 41)

A jurisprudência cristalizada nas instâncias administrativas de julgamento ampara, igualmente, o entendimento ‘*a quo*’, ‘*verbis*’:

PROCESSO ADMINISTRATIVO – PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL – APRECIAÇÃO DA MESMA MATÉRIA – EFEITOS

*“SIMPLES – Renúncia à via administrativa – O ajuizamento de ação judicial importa renúncia à apreciação da mesma matéria na esfera administrativa, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição una, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988, devendo ser analisados, apenas, os aspectos do lançamento não discutidos judicialmente. Recurso não conhecido.”* (Ac. un da 2ª C do 2º CC – nº 202-12.867 - Rel. Cons. Dalton César Cordeiro de Miranda – j. 21/03/01 – DOU 1 01.06.01, p. 53 – ementa oficial -). Repertório de Jurisprudência IOB - Verbete 16538 - 1ª quinzena de Novembro/2001, p. 606.

PROCESSO ADMINISTRATIVO – ELEIÇÃO DA VIA JUDICIAL ANTERIORMENTE À AÇÃO FISCAL – EFEITOS

*“...Eleição da via judicial – A iniciativa do contribuinte optando pela via judicial, anteriormente à ação fiscal, nos limites discutidos judicialmente implica em não conhecimento das razões de mérito, devendo ser sobrestado o feito até Decisão final no âmbito jurisdicional, visando garantir a via eleita e preservar seus efeitos e conseqüências. Recurso não conhecido no mérito, relativamente às questões anteriormente discutidas judicialmente e rejeitar as preliminares propostas.”* (Ac. da 5ª C do 1º CC – mv nº 105-13.041 - Rel. Cons. José Carlos Passuelo – j. 09/12/99 – DOU 1 11.02.00, p. 10 – ementa oficial -). Repertório de Jurisprudência IOB - Verbete 14608 - 2ª quinzena de Abril/2000, p. 185

Ressumbra, ademais, da impugnação de fls. 25 a 37 e Recurso Voluntário de fls. 66 a 83 e 123 a 135, que o recorrente, insofismavelmente, sinaliza sua renúncia ou desistência da impugnação deduzida nesta corte administrativa face ao ‘*meritum causae*’, ‘*verbis*’:

*“Verdadeiramente, a teor dos termos registrados no Auto de Infração em apreço, o fato que ocasionou a suposta infração, ora atacada, materializa-se na falta de recolhimento de ICMS em relação à importação de BACALHAU. Sendo que, conforme já noticiado, o mérito desta autuação encontra-se como objeto de anterior Mandado de Segurança, e, portanto, sob o crivo de nosso Poder Judiciário Estadual. Assim, salvo melhor juízo, entende o autuado que caberá somente ao referido órgão do Poder Judiciário decidir sobre a lide.”* (grifos dos originais)

Mantenho a Decisão hostilizada, neste capítulo.

No que concerne ao capítulo da Decisão primária que manteve a condenação ao pagamento da multa, reitera o recorrente sua oposição ao fundamento de que inexistia fato gerador para a

aplicação da penalidade moratória, posto que a conduta empresarial mantém-se estritamente afinada com os termos da Decisão liminar exarada pela MM 1ª Vara da Fazenda Pública.

Controverte, desta forma, o direito da Administração lançar multa e consectários, ainda que no desiderato da prevenção da decadência, quando vigente liminar suspensiva da exigibilidade do crédito tributário.

A JJF, ao arrostar esta vertente recursal, objetou que a multa encontra previsão na Lei nº 7014/96, em seu art. 42, não detendo competência para elidi-la ou reduzi-la. Mantém, assim, indene a autuação.

Entendo, também neste particular, que as razões recursais estão desvestidas de amparo das fontes jurídicas, *‘data maxima venia’*.

Identificado o ato infracional, a Administração tem o poder-dever de proceder ao lançamento, sob pena de caracterização de falta funcional. Impede, desta forma, a consumação da decadência em desfavor do Estado.

Releva notar, ademais, que a improcedência do lançamento realizado para precatar-se dos efeitos da decadência, somente deve ser decretada na inequívoca hipótese da Decisão judicial, exarada em favor da tese empresarial, revestir-se das garantais da coisa julgada pelo trânsito em julgado.

A Decisão liminar que embasa a tese empresarial é de natureza precária, sujeita a cassação e reforma, por isso deve a Administração proceder ao lançamento, inclusive, da multa e consectários, suspensa, entretanto, a exigibilidade do crédito até a definição judicial.

A doutrina especializada não tergiversa no reconhecimento do poder-dever da Administração no lançamento do crédito tributário, inclusive multa, mesmo em face da suspensão da exigibilidade do crédito, conforme escólio de ALBERTO XAVIER, *‘in’* Do Lançamento Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário, ed. Forense, 2ª edição, p. 428, *‘verbis’*:

*“...Nem o depósito, nem a liminar em mandado de segurança têm a eficácia de impedir a formação do título executivo pelo lançamento, pelo que a autoridade administrativa deve exercer o seu poder-dever de lançar, **sem quaisquer limitações**, apenas ficando paralisada a executoriedade do crédito. (grifos aditados)*

Nesta ordem de intelecção pontifica EDUARDO ARRUDA ALVIN, *‘in’* Mandado de Segurança no Direito Tributário, *‘verbis’*:

*“De outro lado, ocorrido o fato imponible, cabe à autoridade administrativa proceder ao lançamento. Nem pelo fato de antes de se proceder ao lançamento, vir a obter o contribuinte do Judiciário proteção liminar em mandado de segurança, ou mesmo suspender por outro fundamento a exigibilidade do crédito tributário, isto inibe a autoridade administrativa de proceder ao lançamento.*

*(...)*

*O lançamento, em caso de tributos federais, não incluirá multa de ofício (art. 63 da Lei nº 9.460/96).”*

Na jurisprudência, *‘verbis’*:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL – DISCUSSÃO SIMULTÂNEA – INADMISSIBILIDADE – REALIZAÇÃO DO LANÇAMENTO APÓS PROPOSITURA DA AÇÃO JUDICIAL – POSSIBILIDADE

*“Processo Administrativo Fiscal – Opção pela via judicial – Possibilidade de discussão simultânea – Lançamento para prevenir efeitos decadenciais: A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, prévia ou posteriormente ao lançamento, inibe o pronunciamento das autoridades administrativas sobre o mérito da tributação em litígio, cuja exigibilidade fica adstrita à Decisão definitiva do processo judicial. **Em tal caso,***

***porém, a Fazenda não está inibida de proceder ao lançamento visando prevenir eventuais efeitos decadenciais. Recurso Especial de divergência do contribuinte conhecido e não provido.***” (Ac. da 1ª T da CSRF – mv nº 01-03.560 – Rel. Cons. José Carlos Passuelo – j. 05/11/01 – DOU 1 16.06.03, p. 18 – ementa oficial -) **(grifos adicionados)** Repertório de Jurisprudência IOB - Verbete 18701 - 1ª quinzena de Setembro/2003, p. 589

Repise-se que, excepcionalmente, é defeso o lançamento do crédito acrescido da multa na vigência de liminar suspensiva de exigibilidade para os tributos e contribuições federais, ‘ex vi’ do art. 63 da Lei nº 9.430/96.

No caso do Estado da Bahia, não há legislação excepcionando o lançamento da multa, valendo, portanto, a regra geral do lançamento do tributo e consectários, mesmo na vigência de liminar suspensiva da exigibilidade.

Não vislumbro, ademais, ‘*in casu*’, prejuízos ao contribuinte no lançamento da multa, visto que, se vitoriosa a demanda judicial, descaberá a sua exigência. Caso contrário, dispõe o contribuinte do prazo legal de 20 (vinte) dias para recolher a exação, sem qualquer acréscimo pelo decurso do tempo, já que retorna à situação do momento da impetração.

Por estas razões, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo a Decisão afrontada.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, considerar **PREJUDICADO**, no que tange à obrigação tributária principal, e **NÃO PROVIDO**, em relação às penalidades e cominações legais, o Recurso Voluntário interposto, mantendo inalterado o lançamento de ofício promovido por meio do Auto de Infração nº **140777.0134/04-0**, lavrado contra **J.D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.**, devendo o recorrente ser cientificado desta Decisão e, após, os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional. Caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial, a repartição competente deve intimar o autuado para quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa pelo descumprimento da obrigação principal. Após o decurso do referido prazo sem a efetivação do pagamento, todas as penalidades indicadas na autuação devem ser incluídas no cálculo do débito ora exigido.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Bento Luiz Freire Villa-Nova, Helcônio de Souza Almeida, Nelson Antonio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de abril de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

BENTO LUIZ FREIRE VILLA NOVA – RELATOR

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