

PROCESSO - A. I. Nº 140777.0126/04-7
RECORRENTE - J.D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0011-03/06
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 18/05/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0184-12/06

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 não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão prolatada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0011/03-06, que julgou pela procedência do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado, em 04/11/04, no trânsito de mercadorias, para exigir o ICMS no valor de R\$24.631,42, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto, no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas pelo estabelecimento (12.500 kg de bacalhau seco e salgado), consoante o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 140777.0122/04-1 juntado às fls. 7 e 8 dos autos.

O autuante juntou às fls. 9 a 28 diversos documentos relativos a mandado de segurança impetrado pelo contribuinte, o qual obteve liminar concedida pelo Juíz de Direito da 10ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, nos autos do Processo nº 545758-0/2004.

O autuado apresentou defesa por meio de advogado (fls. 39 a 53), legalmente constituído (fl. 54) e inicialmente disse que obteve liminar no Mandado de Segurança nº 545758-0/2004 em trâmite na 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, determinando a imediata suspensão da exigibilidade do ICMS relativo à mercadoria de que cuida este lançamento.

Alegou que, na sua interpretação, o artigo 151 do CTN e o artigo 964, do RICMS/97, bem como o artigo 100, do CTN, que transcreveu às fls. 42 e 43, a concessão de medida liminar em mandado de segurança, suspendem a exigibilidade do crédito tributário e no seu entendimento não há do que se falar em aplicação de multa por descumprimento da obrigação principal.

Argumentou que a multa é devida em função da inadimplência do contribuinte e estando protegido por medida judicial, não pode ser compelido a pagar qualquer multa, tendo em vista que não houve mora. Requereu que fosse declarada improcedente a aplicação da multa.

No mérito, disse que a presente autuação refere-se à exigência do ICMS pela importação de bacalhau seco e salgado, cuja exigibilidade do imposto encontra-se suspensa por determinação Judicial, por força de Mandado de Segurança, até que o Poder Judiciário decida sobre a lide.

Esclareceu que importa diversas mercadorias, inclusive o bacalhau, e que fisco estadual, “*de forma ilegítima e inconstitucional*” resolveu exigir o imposto relativo à importação no momento do desembaraço aduaneiro, contrariando a posição jurisprudencial, inclusive do Supremo Tribunal Federal (STF), a respeito da matéria. Transcreveu diversas decisões judiciais a respeito da matéria (fls. 45 a 48).

Esclareceu que o bacalhau seco e salgado é originário da Noruega, país signatário do General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), e, no seu entendimento, é isento do ICMS na importação, pois deve ter o mesmo tratamento tributário do produto similar de origem nacional (pescado), nos termos do art. 98 do CTN e Súmula 575 do STF. Afirmou que, conforme previsto no art. 14, XIII, do RICMS/BA, o pescado é isento do ICMS e o bacalhau é uma espécie deste gênero, não podendo ser dado tratamento tributário diferente, conforme Cláusula 2ª do art. 3º, II do citado acordo internacional (GATT). Reproduziu a legislação e a jurisprudência a respeito e pediu a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 64 a 69), ressaltou que a Cláusula 2ª do artigo 3º, Parte II, do Acordo GATT estabelece que os produtos importados gozarão de tratamento igualitário aos produtos similares de origem nacional, o que comprova a inexistência de isenção do ICMS. Citou a legislação, as Súmulas nº 575, do STF, e nº 20, do STJ, frisando que o Estado da Bahia não concedeu isenção para produto similar ao bacalhau importado. Mencionou também a Cláusula primeira do Convênio ICMS nº 60 de 26/09/91, o qual concedeu isenção do imposto nas operações internas com pescado, exceto, dentre outras mercadorias, o bacalhau.

Ressaltou que o autuado apenas alegou que o bacalhau é um peixe do gênero seco e salgado, sugerindo existir similar nacional, sem que fosse indicado qual seria o produto similar e a norma isencional.

Concluiu ratificando a autuação, uma vez que a habilitação para diferimento do produto bacalhau, concedida ao estabelecimento autuado, se encontra cancelada desde o dia 18/07/2001, devendo, portanto, ser recolhido o imposto, referente à operação de importação, no momento do desembaraço aduaneiro.

Através do Acórdão JF nº 0085/03-05, a R. 3ª JF julgou Prejudicada a defesa e pela extinção do presente Auto de Infração.

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário, o qual foi dado provimento pela 2ª CJF, conforme Decisão contida no Acórdão CJF nº 0381-12/05 (fl. 119), determinando o retorno dos autos à 3ª Junta de Julgamento Fiscal, a fim de que “*sejam apreciadas as alegações do recorrente quanto à inaplicabilidade da multa e acréscimos moratórios*”.

Através do Acórdão JF n.º 0011-03/06, decidiu a 3ª Junta de Julgamento Fiscal pela procedência do Auto de Infração em epígrafe, sob o entendimento de que:

- a) preliminarmente, de acordo com o quanto disposto no art. 167, I, do RPAF/99, “*não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual*”;
- b) quanto ao mérito, invocando precedente da segunda instância no sentido de 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”, entendeu que “foram indicados no Auto de Infração os dispositivos legais previstos na legislação tributária estadual, que prevê a tributação da mercadoria importada (bacalhau seco e salgado), no entanto, sua análise fica prejudicada pelo fato do autuado estar discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para adoção das providências de sua alçada”;

- c) no que concerne à multa e acréscimos moratórios decorrentes da autuação, apesar da tese defensiva, asseverou a primeira instância que *“tendo o Poder Judiciário concedido liminar em mandado de segurança, para que o contribuinte não pague o imposto até que seja julgada em caráter definitivo, só haverá infração se a liminar for julgada desfavorável ao contribuinte e consequentemente a imposição da multa pela infração cometida”, razão pela qual, a contrariu sensu, “caso julgada favorável ao contribuinte, não haverá infração e nem multa”;*
- d) entendeu que *“o fisco estadual não pode efetuar o lançamento do crédito tributário sem a imposição da multa correspondente”, concluindo por afirmar “que a multa indicada na autuação, foi corretamente aplicada em consequência da falta de recolhimento do imposto relativo a mercadoria importada, no momento da entrada do território do Estado, conforme prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96, devendo a sua exigibilidade ficar suspensa, enquanto o Mandado de Segurança estiver pendente de Decisão judicial”;*
- e) com relação à mora, decidiu que, *“para se prevenir do seu pagamento em decorrência de uma possível Decisão judicial desfavorável, do crédito tributário que teve a sua exigibilidade suspensa por força de liminar em mandado de segurança, o contribuinte poderia fazer o depósito judicial do imposto exigido, o que conduziria em conversão do depósito em renda do Estado, extinguindo, assim, o crédito tributário, os acréscimos moratórios e atualização monetária”;* por outro lado, *“caso a Decisão judicial venha ser favorável ao contribuinte, seria assegurado a restituição do depósito judicial, com os devidos acréscimos moratórios e atualizado monetariamente”;* daí porque, em face do quanto acima exposto, asseverou que *“em relação ao imposto que provisoriamente está suspensa sua exigibilidade, por proteção judicial, se for julgada desfavorável ao contribuinte, o crédito tributário deverá ser atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora previstos na legislação estadual”;*
- f) outrossim, não tem a Junta de Julgamento Fiscal *“competência para dispensar multa por descumprimento de obrigação principal, podendo no entanto ser requerida sua dispensa ou redução à Câmara Superior deste Conselho, conforme disposto no art. 159 do RPAF”;* não se podendo, neste caso, *se “falar nem em dispensa e sim em desvinculação com a infração apontada nos autos”;*
- g) deve, por conseguinte, ser mantido o lançamento, *“ficando, contudo, suspensa a execução fiscal do crédito tributário correspondente até a Decisão final do Mandado de Segurança”.*

Inconformado com a Decisão prolatada pela 3.^a JfF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, reitera os termos constantes de suas peças anteriormente apresentadas nos autos e já relatadas, aduzindo, ainda, quanto à extinção da via administrativa, que:

- a) o fato de ter ingressado em Juízo, em razão da urgência, não quer dizer que seja prescindível a continuação da esfera administrativa, principalmente quando se tem um Auto de Infração lavrado em desconformidade com o que disciplina a legislação nacional;
- b) a Decisão da Junta que entendeu prejudicada a defesa apresentada, em face de o contribuinte preferir a discussão da matéria no âmbito judicial não deve prosperar, sob a ótica de que, se assim permanecer, estará violando os princípios constitucionais e da ampla defesa;
- c) tal dispositivo regulamentar está em total incoerência com o que alberga a Constituição Federal vigente, pois restringe o direito de defesa do contribuinte, ao tempo em que deixa de apreciar as manifestações interpostas administrativamente, entendendo que tudo aquilo que for apresentado após o início da discussão na esfera judicial, ter-se-á por prejudicado;
- d) o processo administrativo deve ser entendido como uma sucessão de atos ordenados, destinados à obtenção de um resultado final, que consubstancia uma determinada Decisão administrativa, sendo o procedimento, pois, um conjunto de atos, interligados e

progressivamente ordenados em vista da produção de um resultado final; a observância do procedimento, na concatenação de atos legalmente previstos, é imperioso para a legalidade e legitimidade da Decisão a ser tomada; logo, todos os atos da cadeia procedimental destinam-se à preparação de um único provimento, que consubstancia e manifesta a vontade da Administração em determinada matéria;

- e) daí porque o processo administrativo disciplina, a um só tempo, os exercícios das prerrogativas públicas, legitimando o exercício do poder da Administração, bem como o exercício de direitos subjetivos importantes por parte dos administrados, como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, o que quer dizer que ele funciona como instrumento de exercício de poder, de controle, e, por fim, de proteção dos direitos e garantias dos administrados, devendo ser, portanto, utilizado como meio cabível para se obter um resultado mais coerente;
- f) por fim, entendimento contrário não pode existir quanto ao fato de que o devido processo legal administrativo deve ter um final, com julgamento definitivo sobre a matéria controvertida, o que não ocorreu no caso em questão.

Posteriormente, passa o recorrente a repisar, integral e literalmente, os argumentos pelo mesmo invocados em sua peça recursal anteriormente apresentada às fls. 67/76, inclusive quanto aos pedidos ali formulados.

A ilustre representante da PGE/PROFIS emite Parecer, alegando, inicialmente, que quanto a incidência do imposto na importação da mercadoria, o Recurso se encontra prejudicado, não devendo haver manifestação de mérito do CONSEF acerca da matéria, uma vez que a mesma será apreciada pelo Poder Judiciário, nos autos do Mandado de Segurança.

No que tange à aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação tributária principal, não há que se falar em ilegalidade quanto aos termos da Decisão recorrida, uma vez que, a despeito das alegações do recorrente, não existe qualquer impossibilidade de aplicação das penalidades moratórias. Isso porque a lavratura do Auto de Infração é perfeitamente cabível, ainda que sua exigibilidade esteja suspensa por força de liminar. Nesse sentido, prossegue, este ato jurídico – constituição do crédito tributário através da lavratura do Auto de Infração – teria o condão de evitar os efeitos da decadência, marcando os termos da futura exigibilidade do crédito tributário, caso o Mandado de Segurança seja julgado improcedente. Salienta que este mesmo raciocínio há de pautar a atividade administrativa fiscal no que se refere à aplicação de multa e acréscimos moratórios. Aduz que a natureza precária das liminares concedidas em sede de provimentos cautelares, por si só, conduz à conclusão no sentido de que a liminar não afasta a posterior cobrança de penalidades moratórias, se a Decisão liminar não for confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial. Todavia, assevera que, como o contribuinte, durante a vigência da liminar, encontrava-se amparado por uma norma individual e concreta que permitia o cômputo da base de cálculo nos valores por ele apurados, deverá ser-lhe aberta a oportunidade de quitar o débito sem incidência das penalidades moratórias, caso o provimento definitivo seja oposto à da liminar concedida. Transcreveu, neste sentido, entendimento do STJ, consubstanciado através do REsp 676133/MG, DJ 13.02.2006, p. 678).

Assevera que, conforme ressalta o Acórdão acima mencionado, o caráter de precariedade das decisões liminares não pode afastar a aplicação das penalidades moratórias, caso não seja confirmada na ulterior Decisão definitiva de mérito. Logo, prossegue, a expedição do lançamento destas importâncias, mediante a inclusão das multas de mora no Auto de Infração, é necessária para que seja possível sua posterior cobrança, evitando-se os efeitos da decadência.

Outrossim, conclui, tendo em vista a existência de liminar amparando o comportamento do contribuinte, deve-lhe ser aberta oportunidade de quitar o débito, no prazo legal, de forma espontânea, sem incidência das penalidades moratórias, caso ocorra a cassação da liminar, posto que, como visto, não houve ainda cometimento de infração por parte do contribuinte.

VOTO

Ab initio, faz-se mister observar que tendo em vista que se trata de objeto idêntico à demanda judicial intentada pelo recorrente, encontra-se o Recurso Voluntário pelo mesmo interposto, no que se refere à análise do mérito da exigência do imposto, prejudicado no âmbito administrativo.

Por outro lado, faz-se mister observar que o efeito do ajuizamento da ação mandamental é a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, que não pode se confundir com o seu lançamento, estando a SEFAZ possibilitada de constituir o crédito tributário, impedida, porém, de exigir o imposto concernente à operação ora debatida.

Outrossim, com relação ao argumento de que ilegítima se apresenta a multa aplicada, por estar albergada por medida judicial, descabida é a pretensão recursal, em face do seu caráter acessório ao lançamento de ofício, podendo ser constituída, para fins de evitar a decadência. Ademais, a própria Lei nº 3.956/81 (COTEB), prescreve, no bojo do § 3.º, do art. 101, “*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.*”

Daí porque, ocorrido o lançamento de ofício, manifesto que tal lançamento abrange também os seus consectários, notadamente a imposição de multa pelo descumprimento de obrigação principal, visto que o ajuizamento de medida judicial com deferimento de liminar, não retira, do recorrente, a sua condição de devedor, à luz da legislação estadual vigente, devendo, se perder no âmbito do Poder Judiciário, arcar com todas as consequências resultantes da sua escolha (art. 117, do RPAF, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99).

Ex positis, à luz do quanto acima exposto, com espeque no precedente exarado pela Colenda 1.ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, através do voto no sentido de considerar, quanto ao mérito do imposto exigido, PREJUDICADO o Recurso Voluntário interposto, e pelo NÃO PROVIMENTO do mesmo, no que tange à multa e aos acréscimos moratórios incidentes, devendo a exigibilidade do crédito tributário ficar suspensa, nos termos do artigo 151, IV, do Código Tributário Nacional, até a Decisão definitiva a ser proferida pelo Poder Judiciário.

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 140777.0126/04-7, 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 Nelson Antonio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira, Bento Luiz Freire Villanova, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

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