

PROCESSO - A. I. Nº 206894.0001/04-7
RECORRENTE - J.D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO- Acórdão 2ª JJF nº 0025-02/06
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 18/05/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0185-12/06

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. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 15/03/04, no Posto Fiscal Codeba, para exigência de R\$49.555,00 de imposto, mais multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo autuado na condição de importador está estabelecido no Estado da Bahia, relativamente a 25.000 quilos de Bacalhau Shaite Imperial constantes da DI nº 04/0189783-9 de 02/03/2004, e Nota Fiscal de Entrada nº 2117 de 12/03/2004, conforme docs. fls. 05 a 31.

O autuado, em sua defesa às fls. 34 a 47, apresenta como fundamento para o não recolhimento da exigência fiscal, a alegação de que, à época da autuação, obteve através do Mandado de Segurança nº 365919-9/2004, em trâmite na 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, Decisão liminar determinando a imediata suspensão da exigibilidade, antecipada ou mesmo

posterior, do ICMS relativo à mercadoria importada conforme Licença de Importação nº 04/0260548-6 e DI nº 04/0189783-9 de 02/03/2004.

Em seguida, após interpretação dos artigos 100/151 do CTN, e do artigo 964 do RICMS/97, pugna pela inaplicação da multa, fundamentado na suspensão da exigibilidade concedida pela medida liminar citada. Considerou ilegítima e inconstitucional a exigência do imposto, no momento da entrada no Estado da Bahia, do bacalhau importado do exterior, citando legislação e jurisprudência, com o fito de mostrar que a operação com o bacalhau, originário da Noruega, país signatário do GATT, está isenta do ICMS.

Esclareceu que o estabelecimento comercializa com diversas mercadorias, inclusive importadas de outros países, como é o caso do Bacalhau seco e salgado originário da Noruega, exigindo o Fisco, de forma ilegítima e inconstitucional, o ICMS no momento da entrada da mercadoria no Estado da Bahia.

Citou jurisprudência no âmbito do STF que decidiu sobre a isenção do ICMS sobre o bacalhau importado de país signatário do GATT, e a sua interpretação sobre a matéria à luz do artigo 14, inciso XIII do RICMS/97, e da Cláusula 2ª do artigo 3º, parte II do Acordo Internacional GATT, combinados com o artigo 98 do CTN e Súmula 575 do Supremo Tribunal Federal, concluindo que, se o Estado da Bahia isentou o pescado, sendo o bacalhau uma espécie deste gênero, a isenção do ICMS concedida ao produto nacional não pode ser negada ao similar importado.

Fez referência ainda às reiteradas decisões do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia que editou as Súmulas nº 20 e 71 ratificando a jurisprudência do STF.

Por fim, ressaltando que a exigência fiscal além de ferir preceitos constitucionais, é contrária à jurisprudência do STF, STJ e TJ/Ba, por entender que o bacalhau importado da Noruega, país signatário do GATT, acompanhando o tratamento dado ao pescado nacional de quem ele é similar, deve ser considerado como isento do ICMS, requer a nulidade do lançamento em questão, ou a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal constante às fls. 59 o autuante esclarece que a sua ação fiscal está respaldada nos artigos 1º, inciso V, 2º, inciso XI e 14 inciso XII, todos do RICMS/97.

Ressalta que de acordo com o artigo 572, o ICMS incidente no desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, será recolhido no momento do despacho aduaneiro de mercadoria ou bem (Conv. ICM 10/81 e Prot. ICM 10/81).

Quanto aos argumentos defensivos baseados em decisões do STF, STJ, Tratados e Acordos Internacionais, o preposto fiscal absteve-se de qualquer comentário.

Conforme Acórdão JF nº 0244-02/04, esta 2ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pelo não conhecimento da defesa e pela extinção do PAF, por considerar que houve desistência da defesa, em decorrência do ingresso do sujeito passivo em juízo, relativamente à matéria objeto da lide (docs. fls. 61 a 63).

O autuado, irredimido com a citada Decisão, apresentou Recurso Voluntário (docs. fls. 70 a 81), arguindo que o mérito do procedimento fiscal coincide com o objeto da ação mandamental, obtida na liminar no Mandado de Segurança nº 365919-9/ e, posteriormente, a segurança definitiva, por ter sido julgada procedente a ação mandamental em toda a sua inteireza, estando, portanto, suspensa a exigibilidade do presente crédito tributário. Aduz que a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal em considerar Prejudicada a defesa apresentada e ter declarado extinto o Processo Administrativo Fiscal, em razão de sua escolha da via judicial, configurou cerceamento ao seu direito de defesa a não análise do mérito da autuação. No mérito, enfatiza a ilegitimidade da aplicação da multa, dizendo que se for suspenso o crédito tributário em decorrência da liminar concedida, não há como se falar em aplicação de multa por descumprimento de obrigação

principal, conforme dispõe o art. 100 do CTN que transcreve. Requer a improcedência do Auto de Infração.

Em seu Parecer à fl. 87 a procuradora do Estado Dra. Sylvia Maria Amoêdo, após considerações sobre a Decisão, conclui: *“Ante o exposto, nosso entendimento é no sentido de que o presente Recurso seja indeferido liminarmente com base no art. 173, § 2º do RPAF pelo Ilustre Presidente do CONSEF, por já se ter encerrado a via administrativa de julgamento da presente lide, tornando-se assim o Recurso Voluntário de que se trata, prejudicado e sem amparo na legislação, devendo o PAF ser encaminhado para inscrição na DÍVIDA ATIVA para cobrança judicial”*.

Às fls. 89 o Presidente do CONSEF, com base no Parecer da PGE/PROFIS e no despacho do Conselheiro Álvaro Barreto Vieira, indefere liminarmente o Recurso Voluntário apresentado, encaminhando o processo à Secretaria para a ciência aos interessados, e demais procedimentos de sua alçada.

Encaminhado o PAF à PGE/PROFIS-GAB para conhecimento e análise de competência no controle da legalidade, o Procurador do Estado, Rogério Leal Pinto de Carvalho, emite o seguinte DESPACHO (docs. fls. 91 a 92):

“Nos termos da designação contida na Portaria PGE Nº 048/2003, publicada no D.O.E. de 04/06/03, discordo, “data vênia”, do Parecer exarado pela i. Procuradora do Estado, Dra. Sylvia Maria Amoedo Cavalcanti, constante às fls. 87. Com efeito, deve ser dado provimento ao Recurso Voluntário de fls. 70/81, para que seja declarada a nulidade do Acórdão JJF Nº 00244-02/04, retornando-se o processo ao referido órgão julgador para nova Decisão.

Destaco que, a regra inserta no art. 117 do RPAF/99 não tem aplicação ao caso em exame, onde a defesa administrativa apresentada não versa exclusivamente sobre a questão discutida em juízo.

Em verdade, a defesa contém, também, referencia às conseqüências decorrentes da propositura de ação judicial, obtenção de ordem judicial para suspensão do crédito tributário, e, paralelamente, a exigência de multa e acréscimos moratórios no Auto de Infração.

Veja-se que, a nível federal a matéria encontra-se expressamente disciplinada no art. 63 da Lei nº 9.430/96, entretanto, como na legislação estadual não existe dispositivo expreso sobre a questão, compete ao Conselho de Fazenda Estadual apreciar o caso e aplicar o direito em âmbito administrativo, utilizando-se, para tanto, dos diversos métodos de interpretação.

Ressalto, ainda, que a Decisão da 2ª JJF, ao deixar de apreciar a defesa apresentada pelo contribuinte (que versa também sobre a aplicação da multa e exigência de acréscimos moratórios), viola a garantia fundamental da ampla defesa e do contraditório, prevista no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Assim, deve ser dado provimento ao Recurso Voluntário tão somente para que seja afastada a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, determinando-se que os autos sejam devolvidos, a fim, de que seja apreciada a questão relativa à possibilidade de incidência da multa de ofício e acréscimos moratórios na constituição de crédito tributário destinada a prevenir decadência, nos casos em que a exigibilidade estiver suspensa por ordem judicial.

Encaminhe-se o presente processo ao Egrégio Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF”.

Disso decorrente, opinou pelo prosseguimento do contencioso administrativo, a fim de que tal questionamento fosse respondido pela Administração Pública no exercício de suas atribuições e em respeito ao princípio da ampla defesa.

Conforme Acórdão CJF nº 0374-12/05 (docs. fls. 94 a 98), a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, com base no citado Parecer, concluiu com base no voto vencedor do Relator:

“Entendo, d.v., que o ilustre conselheiro incorre num pequeno equívoco de interpretação. Talvez levado pela própria dubiedade que representa o Auto de Infração na legislação baiana.

Em verdade o Recurso Voluntário do contribuinte no que pertine à matéria objeto da obrigação tributária principal – incidência ou não do ICMS sobre o bacalhau – está administrativamente vencida ipso iure por opção do recorrente e sobre ela como fez o Ilustre Conselheiro, não importa mais nos manifestarmos. Porém no que diz respeito à aplicação ou não da multa a JJF necessita proferir uma Decisão. Agindo como agiu, entendemos, data venia, que o Julgamento do 1ª Instância poderá ofender o princípio do devido processo legal, cercear a defesa do autuado e desrespeitar um dos seus corolários que é o contraditório, como bem disse o Srta. procuradora.

Como afirmamos em voto proferido em processo semelhante não se exige do sujeito passivo que previamente esgote as vias administrativas como condição de acesso ao Poder Judiciário, vigorando, como afirma o Prof. Alberto Xavier o princípio optativo “segundo o qual o particular pode livremente escolher entre a impugnação administrativa e impugnação judicial do lançamento tributário. Esta opção pode ser originária ou superveniente, em consequência de desistência da via originalmente escolhida. Todavia, em caso de opção pela impugnação judicial, na pendência de um impugnação administrativa, esta se considera extinta ipso iure” (Cfr. ALBERTO XAVIER, Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário, Rio de Janeiro, 2005, p. 27). Ora a escolha da via judicial, através de um Mandado de Segurança e até mesmo a concessão final da segurança, como no presente caso, relaciona-se exclusivamente com uma discussão que diz respeito ao objeto principal do Auto de Infração: lançamento do ICMS que a Fazenda Pública entende devido.

A coexistência num mesmo documento do lançamento do imposto e da imposição de penalidade pode levar, e isto ocorre, inclusive, no modelo adotado pela legislação processual administrativa da Bahia, a confundirmos realidades jurídicas distintas. O Auto de Infração lavrado contra o contribuinte é um auto procedimental como diria o Prof. José Souto Maior Borges “que se formaliza mediante um só documento relacionando com uma realidade jurídica complexa que lhe é subjacente. Mas sob essa unidade formal, se esconde a sua diversidade de funções técnicas. Trata-se de ato procedimental cuja complexidade é revelada pela circunstância de que, no Auto de Infração, como nota comum à multiforme legislação pertinente à matéria vêm normalmente mescladas:

- a) aplicação das normas que disciplinam a cobrança do tributo, inconfundível com;*
- b) aplicação das normas que prescrevem a sanção de ato ilícito, a cominação de penalidades tributárias e , finalmente;*
- c) a aplicação da norma processual tributária, pela intimação ao autuado, para cumprir a exigência fiscal ou impugna-la no prazo que lhe for assinado (Cfr. JOSE SOUTO MAIOR BORGES, “Lançamento Tributário” 2ª Ed, São Paulo, 1991, p. 157) . Quando o contribuinte optou pela via judiciária pretendeu num primeiro momento discutir a legalidade ou não do lançamento do tributo e não da multa decorrente da possível infração cometida. Lógico que a procedência da ação judicial desconstituirá o ato praticado pela Fazenda Pública Estadual. A impugnação apresentada entretanto refere-se também a outros fatores que influenciariam na Decisão sobre a aplicação da multa e exatamente sobre estes argumentos que a JJF precisa manifestar-se.*

Estamos, portanto, em comunhão com a PGE/PROFIS no sentido do retorno do presente PAF a JJF para que à luz dos dispositivos legais possa realizar o julgamento da multa.”

Cientificados o sujeito passivo e o autuante da Decisão proferida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, ambos não apresentaram qualquer manifestação.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“A autuação está fundamentada na falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas do exterior através DI nº 04/0189783-9 de 02/03/2004, e Nota Fiscal de Entrada nº 2117 de 12/03/2004, conforme docs. fls. 05 a 31, relativamente a importação de 25.000 quilos de Bacalhau Saithe Imperial em caixa de 25 quilos, cujo autuado na condição de importador está estabelecido no Estado da Bahia.

Sobre o aspecto formal o PAF está revestido de todas as formalidades legais, haja vista que a autuação foi precedida de Termo de Apreensão e Ocorrências às fls. 06 a 07, apesar de não ter sido apreendida a mercadoria em face da existência do Mandado de Segurança nº 365919-9/2004, e o débito encontra-se devidamente demonstrado, com a indicação de todas as parcelas que compõem a base de cálculo, imposto devido, e no Auto de Infração foi indicada a multa de 60% pelo descumprimento da obrigação principal, cujo contribuinte tomou conhecimento da autuação e pode exercer a ampla defesa e o contraditório.

De acordo com as razões da defesa, nota-se que o autuado deixou de recolher o imposto porque a operação estava amparada em Decisão Liminar determinando a imediata suspensão da exigibilidade do ICMS da mercadoria objeto do DI nº 04/0189783-9, cuja sentença, concedendo a segurança definitiva, foi prolatada em 11/03/2004 (doc. fls. 53 a 54).

Apesar de a fiscalização ter dado estrito cumprimento à norma prevista no artigo 2º, inciso V, da Lei nº 7.014/96, qual seja, de exigir o imposto, no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas do exterior através da DI nº 04/0189783-9, contudo, em virtude da existência de mandado de segurança, o seu efeito é de suspensão da exigibilidade do crédito tributário até a Decisão definitiva da ação, mas não de seu lançamento.

Concluo, com base no artigo 117, do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8.001/01, que em relação ao mérito da autuação, sua análise fica prejudicada na esfera administrativa, pelo fato do autuado estar discutindo a matéria no âmbito do poder judiciário, devendo o processo ser remetido para PGE/PROFIS para a adoção das providências de sua alçada.

Quanto a multa pelo descumprimento da obrigação principal e acréscimos moratórios, observo que tais questão não foram objeto do mandado de segurança, e, portanto, cabe a sua apreciação neste processo. O autuado argüiu a inaplicabilidade da multa e dos acréscimos moratórios, argumentando que, no caso da multa de mora somente é devida em função da inadimplência do contribuinte, e que estando sob a proteção de medida judicial, não pode ser compelido a pagá-la, por entender que mora não houve, e que se for cassada a liminar teria prazo para quitar a obrigação tributária sem a incidência da multa.

Cumpra observar, que neste processo, não há porque se falar em inadimplência, pois a exigência da multa e os acréscimos moratórios só não ocorrerá se a Decisão judicial for desfavorável ao Estado. Desta forma, a aplicação da multa e dos acréscimos moratórios por serem consequência direta da falta de recolhimento do imposto que resultou no Auto de Infração objeto deste processo, está em conformidade com o artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, não havendo contemplada a sua dispensa nesta instância de julgamento administrativo, a menos que em atenção ao apelo de equidade pela Câmara Superior do CONSEF. No tocante aos acréscimos tributários, sendo a sentença judicial desfavorável ao contribuinte, cabe-lhe requerer em juízo a sua dispensa.

Face ao exposto, a defesa fica prejudicada quanto ao exame de seu mérito, e o Auto de Infração é PROCEDENTE, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário, cabendo à PGE/PROFIS tomar as medidas cabíveis”.

O contribuinte, em seu Recurso Voluntário, reitera os argumentos expendidos na defesa, requerendo a improcedência do procedimento fiscal, sob alegação de que está incrustado de

inúmeros erros que precisam ser sanados. Enfatiza a ilegitimidade da aplicação da multa, eis que, com a suspensão do crédito tributário, em decorrência de liminar concedida em Mandado de Segurança, não há que se falar em aplicação de multa por descumprimento de obrigação principal, conforme disposto no art. 100 do CTN.

A PGE/PROFIS, diz, em síntese, que: (I) a matéria ventilada pelo contribuinte se refere, em parte, ao mérito discutido em sede judicial, como também envolve questão relativa à legitimidade da aplicação da multa; (II) quanto à incidência do imposto, entende que o Recurso Voluntário encontra-se prejudicado, não devendo haver manifestação de mérito do CONSEF, já que a matéria será apreciada pelo Poder Judiciário; quanto à multa, não há que se falar em ilegitimidade, pois sua aplicação é perfeitamente cabível, ainda que sua exigibilidade esteja suspensa por força de liminar; (III) o ato jurídico teria o condão de evitar os efeitos da decadência, marcando o os termos de futura exigibilidade do crédito, caso o Mandado de Segurança seja julgado improcedente; (IV) este mesmo raciocínio há de pautar a atividade administrativa fiscal no que se refere à aplicação de multa e acréscimos moratórios; (V) a natureza precária das liminares, por si só, não afasta a possibilidade de posterior cobrança de penalidades moratórias se a Decisão não for confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial; (VI) cabe considerar, contudo, que, como durante a vigência da liminar o contribuinte 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 as penalidades moratórias, caso o provimento definitivo seja no sentido oposto da liminar concedida, conforme Acórdão do STJ que transcreve; (VII) o caráter de precariedade das decisões preliminares não pode afastar a aplicação das penalidades moratórias, caso não seja confirmada na ulterior Decisão definitiva de mérito; 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.

VOTO VENCIDO

Data venia discordo do entendimento da ilustre procuradora e do julgador de Primeira Instância. O objetivo maior do FISCO, no caso presente, é a constituição do crédito tributário visando prevenir a decadência, já que a exigibilidade está suspensa por ordem judicial, tendo sido atendida, portanto, essa condição. Primeiramente, o Mandado de Segurança impetrado pelo recorrente esgotou a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial, ficando prejudicada a defesa e, conseqüentemente, o Recurso Voluntário, devendo, em decorrência, o PAF ser encaminhado à Dívida Ativa. De outra parte, ao decidir a JJF pela extinção do processo, em obediência ao princípio de que o acessório acompanha o principal, evidentemente está explícita a inclusão da multa na Decisão, mesmo porque, como alega o autuado em sua defesa, suspensa a exigibilidade do crédito tributário, não há como se falar em multa por descumprimento de obrigação principal. Por todas essas razões, considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário por já haver sido encerrada a via administrativa, devendo o PAF ser encaminhado à inscrição na Dívida Ativa para cobrança judicial.

VOTO VENCEDOR

Peço *venia* para discordar do ilustre relator, pois entendo, em conformidade com a jurisprudência reiterada deste Conselho de Fazenda, que a discussão trazida nos autos versam sobre 2 (duas) questões distintas, que demandam, em conseqüência, soluções também distintas. Já tivemos oportunidade de em outros PAFs manifestarmos nosso posicionamento, razão pela qual peço licença para transcrever a Decisão que adotei para caso idêntico.

“No tocante à questão da ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança do ICMS em relação à importação de bacalhau da Noruega, não há que se manifestar esta Corte Administrativa, considerando que a discussão já se encontra alojada na esfera judicial,

restando inapreciável esta matéria em face da inequívoca definitividade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. 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.

Insurgiu-se também o contribuinte contra a aplicação da multa. Nesta matéria, acompanho o entendimento externado no parecer jurídico da Procuradoria Estadual. Em conformidade com o julgado firmado pelo STJ, (Decisão transcrita nos autos), o provimento liminar decorre sempre de um juízo provisório, passível de alteração no tempo pelo juiz prolator da Decisão ou pelo Tribunal, no exame do recurso. A parte que requer a medida liminar se sujeita à sua cassação, devendo arcar com os consectários decorrentes do atraso ocasionado pelo deferimento da medida.

Dessa forma, retornando os fatos ao "status quo ante", em razão da cassação da liminar, cabe ao fisco a cobrança do crédito tributário na sua integralidade, com a inclusão de todos os encargos decorrentes de mora. Assim, é pacífico em nossa jurisprudência a idéia de a medida acautelatória em processo judicial não impede o lançamento da multa tributária, em razão do risco da decadência, pois a decisão liminar possui sempre um caráter precário, restando latente os efeitos "ex tunc" da decisão denegatória da segurança.

Ademais, 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.

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 aditados) Repertório de Jurisprudência IOB - Verbete 18701 - 1ª quinzena de Setembro/2003, p. 589.*

Não vislumbro, ademais, no caso em exame, 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 20 (vinte) dias para recolher a exação, sem qualquer acréscimo pelo decurso do tempo (exceto correção monetária, que não tem natureza de penalidade), já que retorna à situação do momento da impetração”.

Dessa forma, considerando as razões externadas na Decisão acima transcrita, de nossa autoria, plenamente aplicável ao caso em exame, julgo PREJUDICADO o Recurso Voluntário no que se refere à obrigação principal, e NÃO PROVIDO em relação às penalidades e cominações legais, ficando inalterada a decisão recorrida.

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 **206894.0001/04-7**, 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 Tolstoi Seara Nolasco, Nelson Antonio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira, Helcônio de Souza Almeida e Bento Luiz Freire Villa-Nova.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

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

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR

FAUZE MIDLEJ – RELATOR/VOTO VENCIDO

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