

PROCESSO - A. I. Nº 140777.0143/04-9
RECORRENTE - J.D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0070-02/06
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 11/09/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0274-11/06

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 da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão final de mérito seja desfavorável ao contribuinte. Recurso **PREJUDICADO**, em relação à obrigação principal, e **NÃO PROVIDO**, quanto à multa e aos acréscimos moratórios. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal proferida no Acórdão nº 0070-02/06, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir o ICMS, no valor de R\$25.961,70, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do imposto, no momento do desembaraço aduaneiro no Estado da Bahia, relativamente a 12.500 quilos de bacalhau importados da Noruega, referente à Declaração de Importação nº 05/0842794-5; Licença de Importação nº 05/1196147-0 e Nota Fiscal de Entrada nº 2637, emitida em 16/08/2005, sendo tal lavratura para resguardar o direito da Fazenda Pública Estadual com relação à exigibilidade futura do crédito tributário, haja vista a existência de Mandado de Segurança nº. 791017-6/2005-G.

A Decisão recorrida foi de que fica esgotada a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, ficando prejudicada a defesa interposta, conforme art. 117 do RPAF/99, considerando que a matéria fora objeto de Mandado de Segurança contra o Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda.

Quanto à multa pelo descumprimento de obrigação principal e acréscimos moratórios, por não serem objeto do mandado de segurança, entende a JJF que não há porque se falar em adimplência, pois tais exigências só não ocorrerão se a Decisão judicial for desfavorável ao Estado, ou seja, se for julgada insubsistente a autuação, uma vez que são conseqüências diretas da falta de recolhimento do imposto que resultou no Auto de Infração, objeto deste processo, cuja penalidade está conforme o art. 42, II, “F”, da Lei nº. 7.014/96, sendo sua dispensa cabível apenas através do apelo de equidade para Câmara Superior do CONSEF.

Em relação aos acréscimos tributários, sendo a sentença judicial desfavorável ao contribuinte, cabe-lhe requerer em juízo a sua dispensa.

Assim, nos termos do art. 122 do RPAF/99, a JJF considera extinto o presente processo administrativo fiscal, em decorrência do ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide, restando prejudicada a defesa referente ao exame de seu mérito e julgando o Auto de Infração 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.

Em seu Recurso Voluntário, interposto às fls. 102 a 113 dos autos, aduz que se trata o presente levantamento fiscal de um procedimento cujo mérito encontra-se como objeto da ação mandamental registrada sob nº 791017-6/2005, na qual foi deferido pedido Liminar, pelo Juiz da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, tendo sido desembaraçado o bacalhau importado sem o recolhimento do ICMS.

Ressalta que o objeto da autuação se materializa na falta de recolhimento de ICMS em relação à importação de bacalhau, do que passa a transcrever decisões do STJ a respeito da matéria, entendendo o recorrente que inexistente relação jurídico tributária legítima que determine como obrigatório o recolhimento de ICMS nas referidas operações de entrada de bacalhau e, como tal, é improcedente o Auto de Infração, por infringir princípios constitucionais, assim como a legislação tributária, além de contrariar a jurisprudência do STF, do STJ e do TJ/BA.

Em seguida, passa a alegar a ilegitimidade da aplicação de multa no caso em apreço, pois uma vez suspensa a exigibilidade do crédito tributário, não há como se falar em aplicação de multa por descumprimento de obrigação principal, visto que a multa de mora é devida em função da inadimplência do contribuinte. Assim, estando o mesmo sob a proteção de medida judicial, não pode ser compelido a pagar a mencionada multa, vez que mora não houve. Defende que ainda que cassada a liminar, o contribuinte haverá de ter um prazo para quitar sua obrigação, sem a incidência da multa. Assim pugna pela improcedência da aplicação da multa.

Sustenta que a recorribilidade dos contribuintes à esfera judicial, não quer dizer que seja prescindível a continuação da esfera administrativa. Defende que a Decisão administrativa não deve prosperar, pois, se assim permanecer, estará violando princípios constitucionais, a exemplo do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, que restará impossibilitada em face da noticiada extinção da esfera administrativa.

Aduz que, apesar de tal extinção estar prevista no RPAF/99, tem-se por certo de que tal dispositivo encontra-se em total incoerência com o que prevê a Constituição Federal vigente, uma vez que restringe o direito de defesa do contribuinte. Por fim, defende que 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.

Assim diante do exposto, por entender que a discussão da matéria não pode ser encerrada no âmbito administrativo sem atender ao julgamento definitivo do Auto de Infração, tendo em vista os equívocos e omissões da presente autuação, requer que seja dado provimento ao Recurso Voluntário, sendo o Auto de Infração julgado Improcedente.

O ilustre representante da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Junior, às fls. 116 a 119 dos autos, emitiu seu Parecer ressaltando que o recorrente, em sua súplica recursal, renitiu basicamente à tese lançada na peça de defesa administrativa, no sentido do julgamento do mérito do Auto de Infração, em especial a ilegalidade da aplicação da multa, propugnando ao final pela improcedência do mesmo.

Entende o douto procurador que resta claro a inequívoca impertinência temática das duas lides, em vista da não veiculação da questão da aplicação da multa na seara judicial.

Ressalta que, à mercê da incongruência das pretensões desveladas nas duas esferas tutelares, restou apreciada pela JJF a questão da ilegalidade da multa aplicada, devidamente suscitada pelo recorrente, tendo como fundamento para a pretensão do não lançamento da multa a suspensão do crédito fiscal pela concessão de liminar judicial.

Salienta que, 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 a Corte Fiscal Estadual, mormente que a discussão já se encontra alojada na esfera judicial, restando inapreciável esta discussão em face da inequívoca definitividade das Decisões proferidas na esfera judicial.

Por outro lado entende que não cabe guarida a alegação do recorrente de que a multa não poderia ser aplicada por estar acobertado por medida acautelatória, uma vez que rema pacífico em nossa jurisprudência a idéia de que 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. Cita Hely Lopes Meirelles e destaca Decisão prolatada pela 1ª Turma do TRF 4º, em sede de apelação m MS, *in verbis*:

“A cassação da liminar ou da segurança concedida por sentença retroagem seus efeitos, ensejando, então, o lançamento do tributo devido com multa moratória e juros” (TRF4, 1ª T., unânime, AMS 19997000029091-7, rel. Juiz Federal Leandro Paulsen, out/2003).

Assim, nos termos do art. 119, § 1º, do COTEB, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, no que se refere à questão da multa, evitando-se, assim, o *PERICULUM IM MORA INVERSO*, acolhendo, entretanto, o posicionamento do CONSEF em relação à impossibilidade de discussão na seara administrativa da infração substancial arrostada.

VOTO

O presente Auto de Infração exige o ICMS em razão de falta de recolhimento do imposto, no momento do desembarço aduaneiro no Estado da Bahia, relativamente a 12.500 quilos de bacalhau salgado importados da Noruega, conforme Licença de Importação nº. 05/1196147-0, cuja operação encontra-se sob medida liminar, obtida no Mandado de Segurança nº 791017-6/2005-G, para o desembarço e liberação do pescado importado, fazendo cessar a constrição noticiada nos autos, sem prejuízo do controle e fiscalização por parte do impetrado e do conseqüente lançamento do crédito tributário.

Observe que o Recurso Voluntário não versa exclusivamente sobre a questão discutida no âmbito do Poder Judiciário. Assim, se faz necessária a apreciação da questão relativa à multa por descumprimento de obrigação principal, exigida no Auto de Infração.

No Recurso Voluntário, entende o recorrente que inexistente relação jurídico tributária legítima que determine como obrigatório o recolhimento de ICMS na referida operação de entrada de bacalhau e, como tal, é improcedente o Auto de Infração, por infringir princípios constitucionais, assim como a legislação tributária, além de contrariar a jurisprudência do STF, do STJ e do TJ/BA.

Inicialmente, devo ressaltar que, por se tratar de objeto idêntico à demanda judicial, o Recurso Voluntário está prejudicado, na esfera administrativa, quanto à análise do mérito da exigência do imposto, objeto do Auto de Infração sob análise.

Contudo, há de se salientar que o efeito da ação de mandado de segurança é de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas não de seu lançamento. Assim, na realidade, a SEFAZ está impedida de exigir o imposto relativo à operação e não de constituí-lo.

Inerente à citação recursal da ilegitimidade da aplicação de multa, quando protegido de medida judicial, também entendo descabida, em razão do seu caráter acessório ao lançamento de ofício, devido à infração à legislação do ICMS, determinada no art. 41 e 42 da Lei nº 7.014/96, cuja norma não contempla a sua dispensa a nível administrativo, devendo, portanto, ser aplicada e somente exigida no caso de Decisão judicial favorável ao Estado da Bahia, visto que, por se tratar de um

acessório, acompanha o objeto principal, no caso a exigência do imposto, o qual se encontra suspensa sua exigibilidade, porém, não a sua constituição, conforme anteriormente já abordado.

Por outro lado, o § 3º, do art. 101, da Lei nº 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.

Portanto, ocorrido o lançamento de ofício, ensejam também as exigências consectárias, inclusive a imposição de multa pelo descumprimento de obrigação principal, pois o fato de se encontrar o contribuinte amparado com medida judicial que suspende a exigibilidade do crédito tributário, não lhe retira, à luz instituidora do tributo estadual, a condição de devedor, e neste terá que arcar com todas as conseqüências resultantes da sua opção, em caso de uma eventual sucumbência na discussão judicial.

Assim, ao contrário do que alega o recorrente, nos termos do art. 117 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, escolhida a via judicial pelo sujeito passivo, ficam prejudicados sua defesa ou Recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do Recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, quando o objeto da demanda judicial coincidir ou abranger o objeto da demanda administrativa, sob pena de decisões conflitantes e de se tornar sem efeito a Decisão na esfera administrativa, a qual deve obediência à Decisão na esfera judicial. Logo, quanto à apreciação do mérito sobre a isenção ou não na importação do 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.

Do exposto, considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário, no que tange ao mérito do imposto exigido, por se tratar de objeto idêntico à demanda judicial, e voto pelo NÃO PROVIMENTO, relativamente 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, 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 140777.0143/04-9, lavrado contra **J.D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA**. 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS