

PROCESSO - A. I. Nº 020983.0104/05-0
RECORRENTE - J.D. COMÉRCIO IMPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0114-03/06
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 14/09/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0298-12/06

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. BACALHAU. OBRIGATORIEDADE DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO DESEMBARÇO 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 desembarço 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-se de Recurso Voluntário, tempestivamente, ajuizado em face do Acórdão nº 0114-03/06, 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 12.000 kg de bacalhau salgado SAITHE, e 660 kg de bacalhau GADUS, seco, salgado, totalizando 12.660 kg, conforme descrito na DI nº 05/0275080-9, de 17/03/200.

Assenta o recorrente, iterando todas as promoções transatas, que o MM Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador concedeu Decisão liminar em sede de ação judicial - processo nº 664954-0/2005 -, contemplando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário ora em discussão. Acrescenta que o início da vigência da Decisão liminar se deu anteriormente à lavratura do Auto de Infração.

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 4ª 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 Voluntário 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, 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 da ação judicial, processo nº 664954-0/2005.

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 o ora 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 de 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 575 do E. STF.

Anunciado recorrentemente a instauração da instância judicial através do manejo de ação própria, foi concedida Decisão liminar nos termos transcritos pelo recorrente em sua peça recursal.

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 na ação judicial 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 inteligência 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 – APRECIÇÃO 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 consequências. 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 e do Recurso Voluntário 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 inexistente 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 4ª Vara da Fazenda Pública.

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

A JJE, ao arrostar esta vertente recursal, objetou que a multa encontra previsão na Lei nº 7014/96, em seu art. 42, não detendo competência para elidí-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 imponível, 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 aditados)*

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, disporá 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 **020983.0104/05-0**, 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 Tolstoi Seara Nolasco, Álvaro Barreto Vieira, Bento Luiz Freire Villa-Nova, Helcônio de Souza Almeida e Nelson Antonio Daiha Filho.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

BENTO LUIZ FREIRE VILLA NOVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS