

PROCESSO - A. I. Nº 020983.0103/05-4
RECORRENTE - J.D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0186-02/06
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 17/11/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0396-12/06

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. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no artigo 42, inciso II, alínea “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 PROVADO, quanto à multa e aos acréscimos moratórios. 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 23/03/2005, no Posto Fiscal Codeba, para exigência de R\$61.310,50 de imposto, mais multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS no momento do desembarço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo autuado na condição de importador, está estabelecido no Estado da Bahia, relativamente a 25.000 quilos de Bacalhau da Noruega, salgado, Shaite Cura Corrente, constante da DI nº 05/0220942-3, data de registro 03/03/2005, Licença de Importação nº 05/0241751-7 e Nota Fiscal de Entrada nº 2467, emitida em 10/03/2005, respectivamente, fls. 10 a 15. Já havia sido lavrado, em 10/03/2005, o competente Termo de Apreensão e Ocorrências nº 020983.0003/05-0, fls. 07 a 08.

O autuado em seu arrazoado defensivo, fls. 20 a 31, apresenta como razão de defesa para o não recolhimento da exigência fiscal, a alegação de que, à época da autuação, obteve através do Mandado de Segurança sob nº 647171-2/2005, fls. 16 a 17, em trâmite na 10ª 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 05/0241751-7.

Ressalta que nos termos do artigo 151, V, do CTN, a liminar em medida cautelar suspende a exigibilidade do crédito fiscal, pugnando 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.

Enfatiza as suas razões para o descumprimento da obrigação principal dizendo que o estabelecimento comercializa com diversas mercadorias, inclusive importadas de outros países para comercialização neste Estado, como é o caso do Bacalhau seco e salgado que importou da Noruega, sendo exigido de forma ilegítima e inconstitucional o ICMS no momento da entrada da mercadoria no Estado da Bahia.

Transcreve fragmentos de algumas decisões do STF como fonte jurisprudencial, favoráveis à isenção do ICMS sobre o bacalhau importado de país signatário do GATT, onde também expressa o seu entendimento sobre a matéria, 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.

Refere-se ainda a respeito das reiteradas decisões do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia que editou as Súmulas nº 20 e 71 ratificando a jurisprudência do STF.

Conclui o autuado, 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.

O autuante na informação fiscal, fls. 42 a 46, contestando o argumento defensivo, ressalta que a Cláusula 2ª do artigo 3º do Acordo GATT estabelece que os produtos importados gozam de tratamento igualitário aos produtos similares de origem nacional, o que comprova a inexistência de isenção do ICMS. Cita legislação, Súmula 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, e também o artigo 14, inciso XIII do RICMS/97, onde está prevista a isenção do ICMS nas operações internas com pescado, exceto, dentre outras mercadorias, o bacalhau. Por fim, o preposto fiscal ratificou integralmente a autuação, uma vez que a Habilitação para Diferimento do produto bacalhau concedida ao estabelecimento autuado se encontrava cancelada junto à SEFAZ desde o dia 18/07/2001, devendo ser recolhido o imposto referente à operação no momento do desembarque aduaneiro.

Conforme Acórdão JJF nº 00286-02/05, esta 2ª Junta decidiu pela extinção do PAF e pelo não conhecimento da defesa, por considerar que houve desistência, em decorrência do ingresso do sujeito passivo em juízo, relativamente à matéria objeto da lide.

Inconformado com a citada Decisão, o autuado apresentou Recurso Voluntário, fls. 57 a 69, no qual, argüiu que o mérito do procedimento fiscal foi objeto de ação mandamental, obtendo liminar no Mandado de Segurança nº 647171-2/2005, 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 também o autuado que a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, ao considerar Prejudicada a defesa apresentada e ter declarado extinto o Processo Administrativo Fiscal, em razão de sua escolha pela via judicial, não examinando o mérito da autuação, cerceou o seu direito de defesa. Arrimado nos mesmos argumentos apresentados na impugnação inicial, também discorreu sobre a ilegitimidade da multa aplicada e expôs seu entendimento de que houve equívoco da 2ª JJF em extinguir o processo sem discussão da matéria posta.

Em seu opinativo, fls. 73 a 74, pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, no que se refere à necessidade de apreciação da questão relativa à multa e exigência de acréscimos moratórios, a PGE/PROFIS, acolhe o posicionamento do CONSEF em relação à impossibilidade de discussão na seara administrativa da infração substancial arrostanda, retornando-se o PAF para novo julgamento pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, acorde com o Acórdão CJF nº 0034-11/06, fls. 79 a 81, com base no citado Parecer, deu provimento ao Recurso Voluntário, anulando a Decisão recorrida e determinando o retorno dos autos à primeira instância para que, em novo julgamento, fosse apreciada a questão concernente à multa e aos acréscimos moratórios, cujo voto foi o seguinte: “*A Junta de Julgamento Fiscal, em sua Decisão, limitou-se a considerar prejudicada a defesa e a extinguir o processo administrativo fiscal, sob o argumento de que o contribuinte havia recorrido à via judicial. Diante de tais considerações, observo que a defesa administrativa não versa exclusivamente sobre a questão discutida no âmbito do Poder Judiciário. Constatou que caberia a apreciação da questão relativa à possibilidade ou não de incidência da multa por descumprimento de obrigação principal e dos acréscimos moratórios sobre o débito exigido no Auto de Infração, como impugnou o autuado, sob pena de se configurar violação à ampla defesa e ao contraditório. Assim, concordo com o opinativo da PGE/PROFIS de que é necessária apreciação da questão relativa à multa, acolhendo, entretanto, o posicionamento do CONSEF em relação à impossibilidade de discussão na seara administrativa da infração substancial, relativa à exigência do imposto*”,

Cientificado o sujeito passivo e o autuante da Decisão proferida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, ambos se mantiveram silentes, fls. 83 86.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“*Alicerça-se a autuação na falta de recolhimento do ICMS no momento do desembarque aduaneiro de mercadorias importadas do exterior através da DI nº 05/0220942-3, data de registro 03/03/2005, Licença de Importação nº 05/0241751-7 e Nota Fiscal de Entrada nº 2467, emitida em 10/03/2005, respectivamente, conforme docs. fls. 10 a 15, relativamente a importação de 25.000 quilos de Bacalhau da Noruega, salgado, Shaite Cura Corrente, cujo autuado na condição de importador está estabelecido no Estado da Bahia.*

Verifico que, para resguardar o direito da Fazenda Pública com relação à exigibilidade futura do crédito tributário, em face da existência de Mandado de Segurança nº 647171-2/2005, foi lavrado o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 020983.0003/05-0, fls. 07 a 08.

Constatou também ao examinar os autos que, em relação ao 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 647171-2/2005, e o débito encontra-se devidamente demonstrado no Auto de Infração, com a indicação de todas as parcelas que compõem a base de cálculo, imposto devido e a multa de 60% pelo descumprimento da obrigação principal, cujo contribuinte tomou conhecimento da autuação e pode exercer a ampla defesa e o contraditório.

Acorde 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 das mercadorias objeto da DI nº 05/0220942-3.

Não obstante a fiscalização ter, estritamente, cumprido ao mandamento previsto no artigo 2º, inciso V, da Lei nº 7.014/96, qual seja, de exigir o imposto, no momento do desembarque aduaneiro de mercadorias importadas do exterior através da citada DI, entretanto, em virtude da existência de mandado de segurança, cujo efeito, suspende tão somente a exigibilidade do crédito tributário até a Decisão definitiva da ação, entendo que, no presente caso, deve ser mantido o lançamento.

Por isso, 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, ou seja, exigência da obrigação principal, sua análise fica prejudicada 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 alcada.

No que concerne à multa pelo descumprimento da obrigação principal e acréscimos moratórios, constato que, efetivamente, tais questões não foram objeto do mandado de segurança, portanto, cabe a sua apreciação neste processo. Precipuamente, tendo em vista que o autuado arguiu a inaplicabilidade da multa e dos acréscimos tributários (mora), aduzindo 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 cassada a liminar teria prazo para quitar sua obrigação tributária sem a incidência da multa e dos acréscimos moratórios.

Observo que neste processo, não há porque se falar em adimplência, pois a exigência da multa e dos acréscimos moratórios só não ocorrerá se a Decisão judicial for desfavorável ao Estado, ou seja, se for julgada insubstancial a autuação.

Assim, 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.

No tocante aos acréscimos tributários, sendo a sentença judicial desfavorável ao contribuinte, cabe-lhe requerer a sua dispensa em procedimento administrativo próprio e específico.

Ante o 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.”

Em seu Recurso Voluntário o recorrente alonga-se em demonstrar a recorribilidade à esfera judicial em ações de urgência que possibilitam solução mais rápida não prescinde a continuação da esfera administrativa. A Decisão da JJF importa em violação de princípios constitucionais, a exemplo do contraditório e da ampla defesa. Quanto ao objeto da autuação, transcreve decisões dos tribunais para reforçar a sua tese de que o bacalhau importado está isento de tributo, por força de tratados internacionais que regem a matéria.

Quanto à multa, pugna pela sua ilegitimidade, porque uma vez suspensa a exigibilidade do crédito tributário, não há como se falar em aplicação de multa por descumprimento de obrigação principal. Transcreve o art. 100 do CTN para concluir que a multa de mora é devida em função da inadimplência do contribuinte; assim, estando sob a proteção de medida judicial, não pode o mesmo ser compelido a pagar mencionada multa, vez que mora não houve.; e ainda, cassada a

liminar, o contribuinte haverá de ter um prazo para quitar sua obrigação sem a incidência de multa. Pede a improcedência da multa e que o AI seja julgado improcedente.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, afirma inicialmente que o Recurso Voluntário encontra-se prejudicado, não devendo haver manifestação de mérito do CONSEF sobre tal matéria, já que será apreciada pelo Poder Judiciário nos autos do Mandado de Segurança. Prosseguindo diz que não vislumbra nulidade suscitada em função da extinção do PAF quando da escolha do judiciário pelo contribuinte, pois além de expressamente prevista no RPAF, é coerente com os princípios constitucionais. No que tange à aplicação da multa, não há que se falar em ilegalidade, uma vez que não existe qualquer impossibilidade de aplicação das penalidades moratórias. Tece comentários sobre os efeitos da decadência, no caso do MS ser julgado improcedente. Refere-se à precariedade das decisões liminares, justificando-se a inclusão da multa para possibilitar a sua posterior cobrança, evitando-se o efeito da decadência.

VOTO VENCIDO

Reiteradamente esta Câmara de Julgamento Fiscal tem decidido que a defesa fica prejudicada, com a extinção do processo, por haver o contribuinte recorrido judicialmente da lavratura do Auto de Infração. Divergência há, no entanto quanto à multa aplicada. O meu entendimento tem sido no sentido de que, em obediência ao princípio de que o acessório acompanha o principal, está evidentemente implícita a inclusão da multa na Decisão judicial, mesmo porque, como alega o autuado, suspensa, em consequência, a exigibilidade do crédito tributário, não há como se falar em multa por descumprimento de obrigação principal. Por todas essa razões, voto no sentido de considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário, com a consequente extinção do processo, e em decorrência, nula a penalidade aplicada.

VOTO VENCEDOR

Discordo, com o devido respeito, do voto proferido pelo ilustre relator, pois entendo que a matéria tratada na presente impugnação e a que se encontra em lide na esfera judicial têm o mesmo objeto. Assim, consoante o disposto no art. 117 do RPAF/99, a Defesa e o Recurso Voluntário interpostos, no que se referem à exigência do ICMS, ficam prejudicados no âmbito administrativo, não havendo mais o que este CONSEF se pronunciar acerca da cobrança do imposto estadual incidente no momento do desembarco aduaneiro do bacalhau importado.

É pacífico que o ajuizamento da ação mandamental suspende a exigibilidade do crédito tributário, porém não impede a sua constituição mediante o lançamento de ofício, para evitar a decadência. Contudo, a Fazenda Pública Estadual fica impedida de exigir o pagamento do imposto referente à operação ora debatida na esfera judicial, até o desfecho da lide.

Quanto à aplicação de multa e à cobrança de acréscimos moratórios, a matéria foi abordada na Decisão recorrida de forma acertada e com a devida fundamentação, uma vez que o fato de o recorrente estar amparado por medida judicial não impede que o crédito tributário seja lançado com a imposição da multa prevista na lei para o ilícito fiscal descrito no Auto de Infração. Quanto aos acréscimos moratórios, o § 3º do art. 101 da Lei nº 3.956/81 (COTEB) prescreve que *a correção monetária abrange o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa*. Por seu turno, o § 1º do seu art. 102 da mesma Lei prevê que *os acréscimos moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento*.

Todavia, na hipótese de a Decisão judicial ser favorável ao recorrente, descabrá a exigência do imposto, da multa e dos acréscimos moratórios. Caso contrário, o contribuinte terá o prazo legal de vinte (20) dias para recolher o valor devido, sem qualquer acréscimo pelo decurso do tempo, uma vez que estava amparado por Decisão judicial.

Pelo acima exposto, julgo PREJUDICADO o Recurso Voluntário no que se refere à obrigação principal, e NÃO PROVADO em relação às penalidades e cominações legais, mantendo 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 PROVADO, 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 020983.0103/05-4, 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 Álvaro Barreto Vieira, Nelson Antonio Daiha Filho, Bento Luiz Freire Villa-Nova, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR/VOTO VENCIDO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS