

A. I. Nº - 140777.0133/04-3
AUTUADO - JD COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - WILSON FIGUEIREDO DE SOUZA
ORIGEM - IFMT/DAT-METRO
INTERNET - 01/02/06

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0008-05/06

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. BACALHAU. A mercadoria “bacalhau” é tributada normalmente pela legislação estadual. Existência de Mandado de Segurança. Defesa prejudicada quanto a apreciação do mérito tendo em vista a matéria se encontrar *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário, o que importa em presunção de legitimidade do Auto de Infração. Exigibilidade do crédito tributário suspensa. 2. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no art. 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 art. 101, § 3º, e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 2/2/2005, o Auto de Infração exige ICMS no valor de R\$24.048,19 acrescido da multa de 60% em virtude da falta de recolhimento do imposto quando do desembaraço aduaneiro de mercadoria (bacalhau) recebida do exterior referente a DI 05/0098142-0.

Foi anexada cópia do despacho do Exmº Juiz de Direito da 10ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, datada de 15/2/2005, concedendo liminar para suspender a exigibilidade do imposto nas operações internas com o bacalhau descritas nas LI 05/0007300-4. A mercadoria não foi apreendida.

O autuado impugnou o lançamento fiscal através de advogado legalmente qualificado (fls. 21/33). Observou, inicialmente, que o mérito da ação fiscal encontrava-se sob o manto de Mandado de Segurança nº 624326-5/2005, em trâmite na 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador-BA, com decisão liminar em 1/2/2005, portanto antes da ação fiscal. Desta forma, à época da autuação (2/2/2005) a exigibilidade do suposto crédito tributário estava suspensa, pugnando, por este motivo e inclusive, a multa aplicada, diante das determinações do art. 151, IV e art. 100, do CTN e art. 964, V do RICMS/97.

Afirmou, em seguida, que embora o mérito da autuação estivesse sob o crivo do poder judiciário estadual, cabendo a ele decidir sobre a matéria, atacou a infração no intuito de “barrar o desnecessário andamento” do lançamento em lide. Disse que o autuante resolveu, de forma ilegítima e inconstitucional, exigir o ICMS nas importações de “bacalhau seco e salgado” no momento de sua entrada no Estado da Bahia, contrariando a unânime posição jurisprudencial, inclusive do STF, a respeito da matéria. Nestes termos, transcreveu Ementas do STF e de Recursos Especiais do STJ.

Prosseguindo, ressaltou que o "bacalhau", objeto da autuação, era originário da Noruega, país signatário do GATT e que se tratava, inquestionavelmente, de pescado, que é isento do ICMS, conforme art. 14, XIII do RICMS. Assim, de acordo com a cláusula 2º do art. 3º, Parte II do referido acordo internacional e art. 98, do CTN, o "bacalhau" importado também deve ser isento do imposto no Brasil. Que a matéria já se encontrava sumulada pelo STF (Súmula 575), em obediência ao disposto no tratado do GATT, segundo o qual, às mercadorias importadas de país dele signatário não podem ter regime tributário menos favorável que o assegurado às mercadorias nacionais. Esta decisão visava proibir a implantação de regras discriminatórias entre bens nacionais e estrangeiros, de modo a garantir a plenitude do regime do comércio internacional. Neste sentido e para corroborar sua tese de defesa, transcreveu as Súmulas 20 e 71 do STJ que tratam da isenção do "bacalhau" do ICM.

Por derradeiro requereu a improcedência da autuação, vez que ao "bacalhau" importado da Noruega deve se dar o mesmo tratamento do pescado nacional de quem ele é similar. Além do mais, advogou que não deveria ser desconsiderado pelo Órgão Julgador Administrativo que, sob o mando do poder judiciário através de medida liminar, obteve seu direito de proceder a circulação do bacalhau importado de país signatário do GATT sem sujeitar-se ao arbítrio da insensatez dos agentes fiscais estaduais.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 44/49), ressaltando que a Cláusula 2º do Artigo 3º, Parte II, do Acordo GATT e as Súmulas 575 do STF e 20 do STJ confirmam a posição do Estado da Bahia, pois o que está garantido, por força do referido acordo e sumulado pelos tribunais do País, é que deve ser dada igualdade de tratamento tributário entre o produto importado do país signatário e o similar nacional. Nesta situação, o cerne da questão é saber se o bacalhau é isento do ICMS dentro do Estado da Bahia.

Discorrendo sobre a competência dos Estados de conceder isenções através de Convênios, assegurada pela Constituição Federal, e baseado na legislação pertinente, ressaltou que o bacalhau não está elencado dentre as mercadorias que usufruíam tal benefício.

Afora tais considerações, disse que, mesmo que se considerasse o bacalhau como um tipo de pescado seco ou salgado, como pretendeu o impugnante, com o término de vigência do Convênio 60/91, todas as espécies de peixe seco ou salgado passaram a ser oneradas com tributação normal do ICMS, razão pela qual não se podia mais falar que o similar nacional do bacalhau é isento do imposto. Lembrou que naquela época foi editado o Decreto nº 7.577/99, com efeitos no período de 01 de maio a 30 de setembro de 1999, quando ficou estabelecido que sobre o pescado houvesse redução da base de cálculo em 100%, exceto para as operações que destinassem o produto à industrialização, ao pescado enlatado ou cozido e ao pescado seco ou salgado.

Pelo exposto, entendeu que para o correto cumprimento do Acordo GATT, e das Súmulas já referidas, o ICMS deve incidir, inclusive, sobre o bacalhau importado de países signatários do referido acordo.

Ratificou a ação fiscal.

A 4ª JJF, através do Acórdão nº JJF 0188-04/05, decidiu pelo não conhecimento da defesa, extinguindo o processo administrativo tendo em vista que, antes da ação fiscal, o sujeito passivo impetrou Mandado de Segurança nº 624326-5/2005, obtendo Medida Liminar, expedida pelo Exmº Juiz de Direito da 10ª vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, com o objetivo do fisco estadual de se abster de exigir o pagamento do ICMS referente às suas operações de importação (fls. 52/54).

Insatisfeito com a Decisão, o autuado interpôs Recurso Voluntário (fl. 60/73) contra esta decisão entendendo que a legislação tributária estadual violava os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Como mérito, trouxe aos mesmos argumentos apresentados quando de sua impugnação inicial. Discorreu, ainda, sobre a ilegitimidade da multa aplicada e expôs seu entendimento de que houve equívoco da 4ª JF em extinguir o processo sem discussão da matéria posta.

Manifestando-se a PGE/PROFIS (fls. 76/79) posicionou-se pelo não conhecimento do Recurso Voluntário interposto, por entender que a 4ª JF agiu acertadamente ao não conhecer a defesa administrativa e extinguir o processo administrativo fiscal.

A 1ª CJF, através do Acórdão CJF Nº 0355-11/05, não deu provimento ao Recurso interposto, porém declarou de ofício a nulidade da Decisão recorrida com o seguinte voto:

Após análise dos autos, observo que, não obstante o brilho costumeiro dos membros da 4ª JF, a Decisão recorrida que julgou Prejudicada a impugnação apresentada pelo contribuinte e extinguiu o presente PAF deve ser reformada.

Isto porque, o objeto da impugnação administrativa é distinto daquele discutido no mandado de segurança. Neste, o contribuinte pretende ver aceita a tese de isenção do ICMS na importação de bacalhau, enquanto na discussão administrativa visa demonstrar também que a multa aplicada é descabida, por estar albergado por Decisão judicial, e que a exigência contraria o entendimento jurisprudencial consolidado.

Assim, como a matéria levada ao Judiciário não contempla toda a discussão administrativa, esta não poderá ser extinta, conforme determina o art. 117, do RPAF. Em razão disso, o contencioso administrativo deve prosseguir, a fim de que o questionamento não suscitado no judiciário seja prontamente respondido pela Administração Pública no exercício de suas atribuições e em respeito ao princípio da ampla defesa.

Ante o exposto, discordo do entendimento da PGE/PROFIS, voto pelo NÃO PROVIMENTO, do Recurso Voluntário e, de ofício, seja declarada a NULIDADE da Decisão recorrida, determinando-se o retorno dos autos à Primeira Instância para apreciação das alegações do recorrente quanto à inaplicabilidade da multa.

O contribuinte foi cientificado da decisão (fls. 87/88).

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo à importação de 12.500 quilos de bacalhau da Noruega, constante da DI nº 05/0098142-0, registrada em 28/1/2005, nº da LI 05/0007300-4 e Nota Fiscal de entrada nº 2447, emitida em 2/02/2005.

A discussão da lide diz respeito ao fato da empresa autuada entender que deve ser aplicado ao bacalhau importado da Noruega, país signatário do GATT, isenção do ICMS, nos termos do princípio da reciprocidade que rege o referido acordo internacional, com base no art. 98, do CTN e Súmula nº 575 do STF.

Antes da ação fiscal, o sujeito passivo impetrou Mandado de Segurança nº 624326-5/2005, obtendo Medida Liminar, expedida pelo Exmº Juiz de Direito da 10ª vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, com o objetivo do fisco estadual se abster de exigir o pagamento do ICMS referente às suas operações de importação.

A concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial, conforme expresso no art. 151, V, CTN, é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Porém nada impede a sua constituição, o que, observo, é dever do fisco em fazê-lo, ou seja, lançar o valor que considera devido, para assegurar, posteriormente, a sua exigibilidade no caso de decisão a ele favorável.

Em vista do exposto, a decisão da 4ª JJF (Acórdão JJF nº 0188/04-05) foi pela extinção do processo, e o seu envio à PGE/PROFIS para que fossem tomadas as medidas cabíveis. Nesta circunstância, conforme determinações do art. 117 do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8.001/01, a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso interposto.

No entanto a 1ª CJF ao apreciar o Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo não o acolheu, porém declarou a nulidade da decisão da Primeira Instância determinando o retorno dos autos à Primeira Instância para apreciação das alegações do impugnante quanto a inaplicabilidade da multa (Acórdão CJF Nº 0355-11/05). Os autos voltaram para novo julgamento.

Em vista do exposto, adentro na questão que não foi objeto do Mandado de Segurança, uma vez que quanto ao direito aplicável, à questão se encontra *sub judice*, não estando em discussão neste Colegiado.

A defesa prendeu-se, também, na sua irresignação, quanto a multa pela infração apurada. Disse que se o Mandado de Segurança suspende a exigibilidade do crédito fiscal, não há que se falar em aplicação de multa por descumprimento de obrigação principal. Observou que a multa de mora é devida em função da inadimplência do contribuinte. Portanto, estando sob o manto de medida judicial, jamais poderia ser obrigado a pagá-la, vez que mora não houve. E que, se cassada a liminar, teria prazo para quitar sua obrigação sem a incidência da multa.

Analisando os termos da defesa apresentada, percebo que o impugnante se reporta a dois aspectos. No primeiro, contesta os acréscimos moratórios (multa de mora) e no segundo, a multa aplicada em decorrência da lavratura do Auto de Infração.

Ressalto, inicialmente, que os acréscimos moratórios decorrem da intempestividade do recolhimento do imposto e estão previstos no art. 51 da Lei nº 7.014/96. No presente caso, corresponde a 1% (um por cento) por cada mês ou fração seguinte, a partir de trinta dias de atraso, já que o imposto foi cobrado através de Auto de Infração. Caso tivesse havido denúncia espontânea, este percentual seria diferente. Em relação à multa, esta tem cunho punitivo e somente é aplicada quando lavrado Auto de Infração, ou seja, quando o imposto é cobrado através de lançamento de ofício. A lei do ICMS escalona percentuais de multa conforme a gravidade da irregularidade constatada.

Após estas considerações entendo inteligente o argumento de defesa quanto aos acréscimos moratórios (multa de mora) de que eles somente ocorreriam após a notificação de decisão judicial a si desfavorável, portanto não estando inadimplente perante o Estado. No entanto, não posso levá-la adiante. Se a decisão judicial for desfavorável ao Estado, não existirão acréscimos moratórios nem, tampouco, multa, pois a autuação será insubsistente. Se favorável ao Estado, o contribuinte não pagou, no prazo regulamentar, o imposto devido, sendo dever do fisco cobrá-lo de ofício, através de Auto de Infração, como feito, e com todos os acréscimos tributários determinados em lei.

E, a respeito da multa pela lavratura do Auto de Infração, ela está determinada em lei (art. 41 e 42, da Lei nº 7.014/96), que não contempla a sua dispensa a nível administrativo. Inclusive, somente a Câmara Superior deste Colegiado possui competência para excluí-la ao apelo da equidade.

No mais, cabe ao impugnante, sendo a sentença judicial a ele desfavorável, requerer em juízo a dispensa dos acréscimos tributários ora questionados.

Do exposto, a defesa fica prejudicada quanto ao exame do 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, devendo a PGE/PROFIS tomar as medidas cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar prejudicada a defesa em relação a questão do mérito e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 140777.0133/04-3, lavrado contra a **JD COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado na forma regulamentar e, em seguida, encaminhados os autos à PGE/PROFIS para as providências de sua alçada, até a decisão final da lide na esfera judicial.

Fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, IV, do CTN, até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

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

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE /RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR