

A. I. Nº - 020983.0002/04-5
AUTUADO - JD COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - LUIZ OTÁVIO LOPES
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 07/02/06
INTERNET - 07/02/06

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0012-03/06

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

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 23/03/04, no trânsito de mercadorias, para exigir o ICMS no valor de R\$50.044,58, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto, no momento do desembarque aduaneiro de mercadorias importadas pelo estabelecimento (bacalhau seco e salgado Saithe), consoante o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 020983.0002/04-5 acostado às fls. 5 e 6 dos autos.

O autuante anexou às fls. 14 a 16 documentos comprovando que o contribuinte impetrou mandado de segurança e obteve liminar concedida pelo Juízo de Direito da 2^a Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, nos autos do Processo nº 359752-2/2004.

Na defesa apresentada às fls. 19 a 33, por meio de representante legalmente constituído (fl. 34), o autuado alega, inicialmente, que obteve liminar no Mandado de Segurança nº 359752-2/2004 em trâmite na 2^a Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, determinando a imediata suspensão da exigibilidade do ICMS relativo à mercadoria de que cuida este lançamento.

Alega que na sua interpretação, o artigo 151 do CTN e o artigo 964, do RICMS/97, bem como o artigo 100, do CTN, que transcreveu às fls. 42 e 43, a concessão de medida liminar em mandado de segurança, suspendem a exigibilidade do crédito tributário e no seu entendimento não há do que se falar em aplicação de multa por descumprimento da obrigação principal.

Argumenta que a multa é devida em função da inadimplência do contribuinte e estando protegido por medida judicial, não pode ser compelido a pagar qualquer multa, tendo em vista que não houve mora. Requer que seja declarada improcedente a aplicação da multa.

No mérito, diz que a presente autuação refere-se à exigência do ICMS pela importação de bacalhau seco e salgado, cuja exigibilidade do imposto encontra-se suspensa por determinação Judicial por força de Mandado de Segurança, até que o Poder Judiciário decida sobre a lide.

Esclarece que importa diversas mercadorias, inclusive o bacalhau, e que fisco estadual, “de forma ilegítima e inconstitucional” resolveu exigir o imposto relativo à importação no momento do desembarço aduaneiro, contrariando a posição jurisprudencial, inclusive do Supremo Tribunal Federal (STF), a respeito da matéria. Transcreve diversas decisões judiciais a respeito da matéria (fls. 45 a 48).

Esclarece que o bacalhau seco e salgado é originário da Noruega, país signatário do General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), e no seu entendimento, é isento do ICMS na importação, pois deve ter o mesmo tratamento tributário do produto similar de origem nacional (pescado), nos termos do art. 98 do CTN e Súmula 575 do STF. Afirma que conforme previsto no art. 14, XIII, do RICMS/BA, o pescado é isento do ICMS e o bacalhau é uma espécie deste gênero, não podendo ser dado tratamento tributário diferente, conforme Cláusula 2^a do art. 3º, II do citado acordo internacional (GATT). Reproduz a legislação e a jurisprudência a respeito e pede a nulidade do lançamento e caso ultrapassada, requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 46 a 50), ressalta que a Cláusula 2^a do artigo 3º, Parte II, do Acordo GATT estabelece que os produtos importados gozarão de tratamento igualitário aos produtos similares de origem nacional, o que comprova a inexistência de isenção do ICMS. Cita a legislação, as Súmulas nº 575, do STF, e nº 20, do STJ, frisando que o Estado da Bahia não concedeu isenção para produto similar ao bacalhau importado. Menciona também a Cláusula primeira do Convênio ICMS nº 60 de 26/09/91, o qual concedeu isenção do imposto nas operações internas com pescado, exceto, dentre outras mercadorias, o bacalhau.

Ressalta que o Decreto nº 5.777/99 no art. 1º, estabelece que são isentas as operações internas com pescado, no inciso III do parágrafo Único, do mesmo dispositivo, restringe que “o disposto neste artigo não se aplica: ao pescado seco ou salgado”. Conclui que no âmbito estadual, todas as operações com as espécies de peixe seco ou salgado, são tributadas e não se pode afirmar que se trata de similar nacional, para adequar-se à norma isencional.

Conclui ratificando a autuação, uma vez que a habilitação para diferimento do produto bacalhau, concedida ao estabelecimento autuado, se encontra cancelada desde o dia 18/07/2001, devendo, portanto, ser recolhido o imposto, referente à operação de importação, no momento do desembarço aduaneiro.

Informa que o Tribunal de Contas do Estado da Bahia, revendo entendimentos anteriores, suspendeu a liminar de nº 6825-2/04, concedida ao autuado, que determinava o desembarço de pescado importado (bacalhau) sem o recolhimento do ICMS, até o julgamento da liminar.

Através do Acórdão JJF nº 0266/03-04, esta JJF julgou Prejudicada a defesa e pela extinção do presente Auto de Infração.

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário, o qual foi dado provimento pela 2^a CJF, conforme decisão contida no Acórdão CJF nº 0367-12/05 (fl. 104), determinando o retorno dos autos à 3^a Junta de Julgamento Fiscal, para novo julgamento “por vício relacionado à falta de apreciação da defesa do contribuinte, em especial na questão vinculada à multa aplicada no Auto de Infração...”.

VOTO

Inicialmente, devo ressaltar que, acorde o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS devido pela importação de bacalhau salgado seco, consoante Nota Fiscal nº 2113 de 10/03/04 e respectiva DI nº 04/0158146-7, uma vez que o autuado encontrava-se com sua habilitação para diferimento cancelada na SEFAZ/BA desde 18/07/2001.

O contribuinte, em sua impugnação, não contestou os valores do imposto apurado na autuação, limitando-se a questionar a incidência do ICMS sobre a operação em tela e a imposição de multa, uma vez que seu procedimento estava estribado em decisão judicial.

Considerando que o autuado possuía liminar em mandado de segurança, com suspensão da exigência do crédito tributário, o auditor fiscal constituiu o crédito, por meio deste lançamento, para resguardar o direito do fisco em razão da decadência. Todavia, consoante o entendimento exarado pela PGE/PROFIS e por este CONSEF, a exigibilidade do crédito tributário apurado ficará suspensa em obediência à citada liminar, até a decisão final proferida pelo Poder Judiciário, porém, o ato administrativo do lançamento é vinculado, não podendo deixar de ser realizado a sua constituição.

Recentemente, a segunda instância deste CONSEF tem entendido, em matérias semelhantes, que, consoante o disposto no artigo 126, do COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia e no artigo 117, do RPAF/99, “a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto”.

Assim, verifico que a Liminar concedida trata da liberação da mercadoria e da suspensão da exigibilidade da diferença do ICMS, que foi objeto de Mandado de Segurança, com decisão favorável ao autuado, quanto a apuração do imposto, e por isso, o autuante informou na descrição dos fatos que o Termo de Apreensão e Ocorrências visa “resguardar a Fazenda Pública Estadual com relação à exigibilidade futura do ICMS”.

Concluo que, em relação ao mérito da questão, foram indicados no Auto de Infração os dispositivos legais previstos na legislação tributária estadual, que prevê a tributação da mercadoria importada (bacalhau seco e salgado), no entanto, sua análise fica prejudicada pelo fato do autuado estar discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para adoção das providências de sua alçada.

Quanto à multa e acréscimos moratórios decorrentes da autuação, o autuado na sua defesa fundamentou o pedido de exclusão da multa e acréscimos moratórios com os seguintes argumentos:

- a) que estando protegido por liminar em mandado de segurança, nos termos do art. 151, IV do CTN e 964, IV do RICMS/BA, está suspenso a exigibilidade do crédito tributário;
- b) que a multa de mora é devida em função da inadimplência do contribuinte e estando protegido pela medida judicial, não pode ser compelido a pagar a mencionada multa.

Conforme anteriormente exposto, o contribuinte obteve autorização para, provisoriamente, não pagar o imposto na importação de mercadorias a serem comercializadas, até o julgamento final do Mandado de Segurança. Neste caso, a legislação estadual prevê o pagamento do imposto relativo a importação das mercadorias objeto da autuação, mas, tendo o Poder Judiciário concedido liminar em mandado de segurança, para que o contribuinte não pague o imposto até que seja julgada em caráter definitivo, só haverá infração se a liminar for julgada desfavorável ao contribuinte e consequentemente a imposição da multa pela infração cometida. A contrário senso, caso julgada favorável ao contribuinte, não haverá infração e nem multa.

O RPAF/BA, no seu art. 39 determina que o Auto de Infração conterá, entre outras coisas, a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, a

alíquota e o percentual da multa cabível, tidos como infringidos em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente. Dessa forma, na lavratura do Auto de Infração, o fisco estadual não pode efetuar o lançamento do crédito tributário sem a imposição da multa correspondente. Concluo que a multa indicada na autuação, foi corretamente aplicada em consequência da falta de recolhimento do imposto relativo a mercadoria importada, no momento da entrada do território do Estado, conforme prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96, devendo a sua exigibilidade ficar suspensa, enquanto o Mandado de Segurança estiver pendente de decisão judicial.

Quanto a mora, entendo que, para se prevenir do seu pagamento em decorrência de uma possível decisão judicial desfavorável, do crédito tributário que teve a sua exigibilidade suspensa por força de liminar em mandado de segurança, o contribuinte poderia fazer o depósito judicial do imposto exigido, o que conduziria em conversão do depósito em renda do Estado, extinguindo, assim, o crédito tributário, os acréscimos moratórios e atualização monetária. Caso a decisão judicial venha ser favorável ao contribuinte, seria assegurado a restituição do depósito judicial, com os devidos acréscimos moratórios e atualizado monetariamente.

Pelo acima exposto, em relação ao imposto que provisoriamente está suspensa sua exigibilidade, por proteção judicial, se for julgada desfavorável ao contribuinte, o crédito tributário deverá ser atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora previstos na legislação estadual.

Ressalto que esta Junta não tem competência para dispensar multa por descumprimento de obrigação principal, podendo no entanto ser requerida sua dispensa ou redução à Câmara Superior deste Conselho, conforme disposto no art. 159 do RPAF. Neste caso, não se pode falar nem em dispensa e sim em desvinculação com a infração apontada nos autos.

Por conseguinte, o lançamento deve ser mantido, ficando, contudo, suspensa a execução fiscal do crédito tributário correspondente até a decisão final do Mandado de Segurança.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a 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 020983.0002/04-5, 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 alcada, 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, 27 de janeiro de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR – JULGADORA