

PROCESSO - A. I. N° 0928842207/03  
RECORRENTE - J.D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5<sup>a</sup> JJF n° 0059-05/07  
ORIGEM - INFAT ATACADO  
INTERNET - 23/08/2007

## 2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0295-12/07

**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. É devido o pagamento do ICMS, no momento do desembarço aduaneiro de mercadorias importadas do exterior(art. 2º, inciso V, da Lei nº 7.014/96). Defesa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário.Suspensa a exigibilidade do crédito tributário. 2. EXIGÊNCIA DE MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. A multa por descumprimento da obrigação principal, (art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96), aplica-se 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 trinta 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. Rejeitada as nulidades suscitadas. 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 apresentado contra a Decisão da 5<sup>a</sup> JJF que julgou Prejudicada a defesa em relação à obrigação principal e procedente em relação à multa e aos acréscimos moratórios, o contribuinte através do seu advogado regularmente estabelecido interpõe visando modificar a Decisão prolatada.

O lançamento de ofício foi efetuado, em 21/08/03, no trânsito de mercadorias, para exigir o ICMS no valor de R\$23.958,61, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto, no momento do desembarço aduaneiro de mercadorias importadas pelo estabelecimento (1250 caixas de bacalhau seco e salgado), consoante o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 110437 juntado à fl. 3 dos autos.

De acordo com os documentos juntados aos autos às fls. 11 a 15 o autuante trouxe diversos documentos relativos a mandado de segurança impetrado pelo contribuinte, o qual obteve liminar concedida pela Juíza de Direito da 1<sup>a</sup> Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, nos

autos do Processo nº 113553/03/03, objetivando suspender a exigibilidade do ICMS nas operações internas com bacalhau, descrito na Licença de Importação de nº 03/06145671.

O processo foi encaminhado para a PGE/PROFIS, tendo a Procuradora Ingrid Macedo Landim (fl. 16) informado que foi interposto o Agravo de Instrumento nº 25.944-9/2003, o qual não foi provido pelo TJ/BA. Consequentemente foram interpostos Recurso especial e extraordinário contra o referido Acórdão. No Parecer exarado pela Procuradora Sylvia Maria Amoedo Calvacante (fl. 24), foi autorizada a inscrição do crédito tributário em dívida ativa.

Em petição à fl. 40, o autuado esclareceu que, apesar do Termo de Revelia juntado à fl. 17, só teve ciência da lavratura do Auto de Infração em 18/11/04, quando foi comunicado da inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa. Afirmou que o processo transcorreu sem o seu conhecimento, em desobediência ao princípio da ampla defesa e do contraditório por falta de regular intimação ao impugnante, que se viu tolhido no seu direito de defesa. Transcreveu o art. 108 do RPAF/BA e disse que é condição obrigatória do regular processo administrativo, que seja dado ao acusado a oportunidade de tomar ciência de todos os atos do processo, e por este motivo, requereu que fosse determinada a remessa da impugnação à primeira instância do processo administrativo para julgamento (fl. 46).

No Parecer da PGE/PROFIS às fls. 50 e 51, exarado pela procuradora Rosana Maciel Bittencourt Passos, foi acatado o pedido de nulidade do Termo de Revelia formulado pelo contribuinte, proposto o cancelamento da inscrição na dívida ativa e instaurado o contencioso administrativo para apreciar a defesa apresentada pelo recorrente. Por sua vez, a procuradora Leila Von Söhsten Ramalho, considerando que o autuado não foi intimado como deveria da autuação, fez representação ao CONSEF nos termos do art. 119 do COTEB, para apreciar o cancelamento da inscrição na dívida ativa e remessa dos autos para produção da informação fiscal.

A 1ª CJF do CONSEF, no Acórdão 137-11/06 (fl. 60), acolheu a representação da PGE/PROFIS, pelo cancelamento da inscrição em dívida ativa e remessa dos autos à Inspetoria Fazendária de origem para produção da informação fiscal. A Secretaria do CONSEF intimou o autuado e o autuante para tomar conhecimento da Decisão constante do mencionado Acórdão (fl. 64). O autuado foi cientificado por meio de AR (fl. 68) e não se manifestou.

Em seu voto o Sr. relator na JJF diz que “*da análise dos documentos juntados ao processo, verifico que o Termo de Apreensão de Mercadorias juntado à fl. 3, consta a especificação das mercadorias, a nota fiscal de entrada e também do número do mandado de segurança, que motivou à liberação das mercadorias o qual foi citado tanto no Termo como no Auto de Infração. Logo, não pode ser acolhido a nulidade pleiteada, sob o argumento de que foi cerceado o seu direito de defesa, haja vista que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com o referido Termo, o qual identifica as mercadorias. Além disso, o contribuinte se defendeu do que estava sendo acusado, o que demonstra ter conhecimento prévio da infração apontada na autuação. No mérito, o Auto de Infração exige ICMS decorrente da importação de bacalhau. 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 protegido por Decisão judicial*

Quanto ao argumento defensivo de que o bacalhau seco e salgado, originário da Noruega é isento do ICMS na importação, entendeu que não pode ser acolhido, tendo em vista que, conforme ressaltado pelo autuante: “a Cláusula segunda do artigo terceiro do Acordo GATT estabelece: Os produtos originários de qualquer parte contratante, importados do território de qualquer outra parte contratante, gozarão de tratamento não menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional no que concerne a todas as leis, regulamentos e exigências que afetem sua venda ou colocação no mercado, compra, distribuição ou uso no mercado interno. E mais a Súmula 575 do STF determina: “À mercadoria de país signatário do GATT, ou membro do ALAC, estende-se a isenção do Imposto de Circulação de Mercadorias concedida a similar Nacional” e também a Súmula 20 do STJ dispõe: A mercadoria importada de país signatário do

GATT é isenta do ICM, quando contemplado com esse favor o similar nacional. E conclui: “logo, as regras estabelecidas no Acordo do GATT em consonância com as mencionadas Súmulas do STF e STJ, prevêem que deve ser dado tratamento tributário igual para produtos similares de origem nacional”

Comenta que de acordo com a legislação do ICMS, os benefícios fiscais serão concedidos ou revogados por meio de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e o Distrito Federal (art. 1º da LC 24/75) e que os Convênios ICMS 60/91, 148/92, 121/95 e 23/98 mantiveram excluídos do benefício da isenção as operações com bacalhau, além de outros produtos (crustáceo, molusco, adoque, merluza, pirarucu, salmão e rã). Quanto ao argumento do recorrente, de que o produto bacalhau é isento, verificou que o dispositivo invocado ao seu favor, o art. 14, XIII do RICMS/BA, dispõe que a isenção recai sobre as saídas internas de pescados, excetuando o bacalhau e que dessa forma, não pode ser acolhido o argumento de que este produto é isento.

Entendeu que tendo o autuado uma 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 constituído.

Verificou que de acordo com o artigo 126, do COTEB e o 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 Voluntário acaso interposto*”. E assim sendo, observa que a Liminar concedida trata da liberação da mercadoria e da suspensão da exigibilidade do ICMS, que foi objeto de Mandado de Segurança, com Decisão favorável ao autuado, quanto a apuração do imposto e por isso o presente Auto de Infração foi lavrado para “*resguardar a Fazenda Pública Estadual com relação à exigibilidade futura do ICMS*”.

Concluiu 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 de o 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*”.

Observa que “*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 à 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. Ao contrário senso, caso julgada favorável ao contribuinte, não haverá infração e nem multa*”.

Relembra que 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*”.

Quanto à mora, entendeu que, para se prevenir do seu pagamento, em decorrência de uma possível Decisão judicial desfavorável o contribuinte poderia fazer o depósito judicial. Caso a Decisão judicial lhe fosse favorável, estaria assegurada a restituição do depósito. Entendeu que em relação ao imposto, provisoriamente está suspensa sua exigibilidade. Porém se a ação for

julgada desfavorável ao contribuinte, o crédito tributário deverá ser atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora previstos na legislação estadual.

Conclui que: “*em relação à multa e acréscimos moratórios decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração. A multa exigida por descumprimento de obrigação principal é a prevista na legislação no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e se aplica ao presente caso, uma vez que o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente. Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, consoante a regra do art. 101, § 3º e 102, § 1º, da Lei 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 de obrigação principal, caso ocorra à cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão final de mérito seja desfavorável ao contribuinte*”. Votou no sentido de que a defesa fosse considerada prejudicada em relação à obrigação principal, e o Auto de Infração procedente quanto à multa e acréscimos moratórios, ficando suspensa a exigibilidade do crédito até Decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

O autuado apresentou as suas razões do Recurso Voluntário (fls. 102 a 112), por meio de advogado legalmente constituído (fl. 41).

Inicialmente refere-se ao cabimento do Recurso Voluntário com fundamento na legislação em vigor e em observância aos princípios que regem o processo administrativo fiscal.

Em seguida refere-se a extinção da via administrativa comentando a respeito dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Diz que o entendimento de que indo ao Poder Judiciário o processo administrativo extingue-se contraria tais princípios e gera “*um falso esgotamento da esfera administrativa que sequer julga as mínimas controvérsias sobre o Auto de Infração*”. Comenta respeito do entendimento existente sobre o processo administrativo e conclui afirmando que o “*processo legal administrativo deve ter um final, com julgamento definitivo sobre a matéria controvertida, o que não ocorreu no caso em questão*”. Comenta rapidamente sobre o auto e diz que a mercadoria não está apreendida. Em seguida refere-se a improcedência do lançamento.

Cita e transcreve decisões do STJ que faz referência às Súmulas nºs 20 e 71 concluindo que a ação fiscal vai de encontro ao que têm decidido os mais diversos Tribunais brasileiros. Ratifica que o bacalhau é considerado peixe seco e salgado e como tal a exemplo dos outros pescados é isento.

Afirma que não é possível furtar-se à aplicação das normas contidas no General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), e transcreve parte do acordo que expressamente diz “*os produtos originários de qualquer parte contratante, importados do território de qualquer outra parte contratante, gozarão de tratamento não menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional no que concerne a todas as leis, regulamentos e exigências que afetem sua venda ou colocação no mercado, compra, distribuição ou uso no mercado interno*”. Cita e transcreve o art. 98 do CTN e a Súmula 575 do STF determina “*À mercadoria de país signatário do GATT, ou membro do ALAC, estende-se a isenção do Imposto de Circulação de Mercadorias concedida a similar Nacional*” .

Refere-se a “suspensão do suposto crédito fiscal” e diz que obteve liminar no Mandado de Segurança, em trâmite na 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, determinando a imediata suspensão da exigibilidade do ICMS relativo à mercadoria de que cuida este lançamento.

Por fim, requer que seja dado Provimento ao Recurso Voluntário e a declaração da Improcedência do Auto de Infração.

Após breve relatório sobre o ocorrido até aqui a Sra. procuradora manifesta-se no sentido de que o autuado “*renitiu, exclusivamente, na tese meritória lançada na peça impugnatória administrativa, propugnando pela improcedência da autuação fiscal, permanecendo silente em*

*relação à legalidade da aplicação da multa e acréscimos moratórios*”. Diz que ocorre uma inequívoca equivalência temática das contendas judicial e administrativa sendo obrigatória a aplicação do art. 117 do RPAF no que se refere à apreciação do mote substancial do ilícito tributário, sob pena de decisões conflitantes.

Observa que há informação nos autos (fls. 69 e 70) de que houve denegação da segurança pela 1<sup>a</sup> Instância de julgamento do Poder judiciário pelo que não há que se falar mais em suspensão da exigibilidade do crédito, podendo ser prosseguida a cobrança do mesmo em sua integralidade, salvo se o contribuinte vier a comprovar ter logrado restabelecer a suspensão através da via judicial.

Conclui que nos termos do art. 119,§1º do COTEB opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário e acolhendo o posicionamento do CONSEF em relação à impossibilidade de discussão na seara administrativa da infração substancial arrostanda.

## VOTO

O Recurso Voluntário do contribuinte no que pertine à matéria objeto da obrigação tributária principal – incidência ou não do ICMS sobre o bacalhau – esta administrativamente vencida *ipso iure* por opção do recorrente e sobre ela não importa mais nos manifestarmos.

Como afirmamos em outros processos e de forma diversa do que argüiu o recorrente não se exige do sujeito passivo que previamente esgote as vias administrativas como condição de acesso ao Poder Judiciário, vigorando, como afirma o Prof. Alberto Xavier o princípio optativo “segundo o qual o particular pode livremente escolher entre a impugnação administrativa e impugnação judicial do lançamento tributário. Esta opção pode ser originária ou superveniente, em consequência de desistência da via originalmente escolhida. Todavia, em caso de opção pela impugnação judicial, na pendência de um impugnação administrativa, esta se considera extinta *ipso iure*” (Cfr. ALBERTO XAVIER, *Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário*, Rio de Janeiro, 2005,p.27). Ora a escolha da via judicial, através de um Mandado de Segurança a concessão liminar da segurança e sua posterior denegação, como no presente caso, relacionam-se exclusivamente com uma discussão que diz respeito ao objeto principal do Auto de Infração: lançamento do ICMS que a Fazenda Pública entende devido.

A coexistência num mesmo documento do lançamento do imposto e da imposição de penalidade pode levar, e isto ocorre, inclusive, no modelo adotado pela legislação processual administrativa da Bahia, a confundirmos realidades jurídicas distintas. O Auto de Infração lavrado contra o contribuinte é um auto procedural como diria o Prof. José Souto Maior Borges “que se formaliza mediante um só documento relacionando com uma realidade jurídica complexa que lhe é subjacente. Mas sob essa unidade formal, se esconde a sua diversidade de funções técnicas. Trata-se de ato procedural cuja complexidade é revelada pela circunstância de que, no Auto de Infração, como nota comum à multiforme legislação pertinente a matéria vêm normalmente mescladas: (a) aplicação das normas que disciplinam a cobrança do tributo, inconfundível com (b) aplicação das normas que prescrevem a sanção de ato ilícito, a cominação de penalidades tributárias e, finalmente (c) a aplicação da norma processual tributária, pela intimação ao autuado, para cumprir a exigência fiscal ou impugná-la no prazo que lhe for assinado” (Cfr. JOSE SOUTO MAIOR BORGES, “*Lançamento Tributário*” 2<sup>a</sup> Ed, São Paulo, 1991, p. 157). Quando o contribuinte optou pela via judiciária, pretendeu, num primeiro momento, discutir a legalidade ou não do lançamento do tributo e não da multa decorrente da possível infração cometida.

No que diz respeito à aplicação ou não da multa a JJF também se manifestou e entendeu que a mesma compõe o lançamento de ofício.

Concluo acompanhando o Parecer da PGE/PROFIS e votando no sentido de que deve ser mantida a Decisão da JJF, pois houve denegação da segurança pela 1<sup>a</sup> Instância de julgamento do Poder

judiciário e deve prosseguir a cobrança do crédito em sua integralidade, salvo se o contribuinte vier a comprovar ter logrado restabelecer a suspensão através da via judicial, onde deverá ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, IV, do Código Tributário Nacional. Caso 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 30 (trinta) 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, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO**, no que tange à obrigação tributária principal, e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado em relação às penalidades e cominações legais, mantendo inalterado o lançamento de ofício promovido por meio do Auto de Infração nº **0928842207/03**, lavrado contra **J.D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.**, no valor de R\$23.958,61. 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, IV, do Código Tributário Nacional. Caso 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 30 (trinta) 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, 13 de agosto de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA-RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTI – REPR. PGE/PROFIS