

A. I. Nº - 928842-2
AUTUADO - JD COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA
AUTUANTE - WILSON FIGUEIREDO DE SOUZA
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 17/04/2007

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0059-05/07

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. De acordo com o artigo 2º, inciso V, da Lei nº 7.014/96, é devido o pagamento do ICMS, no momento do desembaraço 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 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. Defesa **PREJUDICADA**, em relação à obrigação principal. Auto de Infração **PROCEDENTE**, quanto à multa e aos acréscimos moratórios. Rejeitada as nulidades suscitadas. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado, 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 desembaraço 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.

O autuante juntou às fls. 11 a 15 diversos documentos relativos a mandado de segurança impetrado pelo contribuinte, o qual obteve liminar concedida pela Juíza de Direito da 1ª 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.

O autuado apresentou defesa (fls. 28 a 40), por meio de advogado legalmente constituído (fl. 41), inicialmente 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.

Suscita a nulidade da autuação, por entender que está eivada de vícios na sua constituição, além de violar normas jurídicas cogentes e direitos constitucionais adquiridos. Alega que a falta de atendimento às garantias constitucionais conduz à nulidade do Auto de Infração nos termos do art. 18, e incisos do RPAF/BA, que transcreveu à fl. 30. Afirma que os requisitos de formalização do Processo Administrativo Fiscal (PAF) foram fixados em lei, por intenção do legislador em conferir aos contribuintes uma segurança jurídica, obedecendo aos princípios constitucionais. Aduz que o CONSEF em inúmeras oportunidades tem demonstrado preocupado com a legalidade, anulando lançamentos efetuados sem a observância do devido preceito legal. Transcreve as ementas das Resoluções 979/91, 2247/91 e do Acórdão JJF 198/00, para reforçar o seu posicionamento quanto à nulidade suscitada.

Diz que o Auto de Infração não menciona a que mercadoria importada se refere, não especifica a Declaração de Importação, nem o número da nota fiscal, indicando apenas que houve falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, o que no seu entendimento, embaraça e cerceia seu direito de defesa. Requer a nulidade do Auto de Infração por vício insanável que macula a sua validade, por ausência de formalidades legais.

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 o Fisco estadual, “de forma ilegítima e inconstitucional” resolveu exigir o imposto relativo à importação no momento do desembaraço aduaneiro, contrariando a posição jurisprudencial, inclusive do Supremo Tribunal Federal (STF), a respeito da matéria. Transcreve diversas decisões judiciais acerca da lide (fls. 33 a 35), 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 2ª do art. 3º, II do citado acordo internacional (GATT). Reproduz a legislação e a jurisprudência a respeito, inclusive as Súmulas de nº 20 e 71 do STJ, e diz que no seu entendimento inexistente relação jurídica tributária legítima que determine como obrigatório o recolhimento do ICMS nas operações de importação de bacalhau. Pede a improcedência do Auto de Infração.

Com relação à multa aplicada, diz que a mesma é ilegítima nos termos do art. 151, IV do Código Tributário Nacional (CTN), ratificando no art. 964, V do RICMS/BA, que transcreveu à fl. 38, tendo em vista que a liminar em mandado de segurança suspende a exigibilidade do crédito fiscal e no seu entendimento, não há do que se falar em aplicação de multa por descumprimento de obrigação principal. Afirma que nos termos do art. 100 do CTN, “as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa”, são normas complementares das leis, e que

a multa de mora é devida em função de inadimplência do contribuinte, não podendo ser aplicada ao contribuinte protegido por medida judicial, haja vista que mora não houve. Pondera que ainda que cassada a liminar, deve ser concedida ao contribuinte, um prazo para quitar sua obrigação, sem a incidência da multa. Requer a improcedência da multa aplicada.

Por fim, requer a nulidade do Auto de Infração e se vencida, seja julgado improcedente por exigir ICMS de mercadoria isenta, bem como a improcedência da multa aplicada.

Em petição à fl. 40, o autuado esclarece 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. Afirma 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. Transcreve o art. 108 do RPAF/BA e diz 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, requer que fosse determinada a remessa da impugnação à primeira instância do processo administrativo para julgamento (fl. 46).

No parecer da PGE/PROFIS à fl. 50, 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 Sohsten 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 primeira 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.

O autuante produziu informação fiscal (fls. 75 a 80), inicialmente tece comentários sobre os fatos e a defesa e diz que de acordo com a Cláusula segunda do artigo terceiro do Acordo GATT, s produtos originários dos países singnatários, gozarão de tratamento não menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional, que transcreveu, juntamente com a Súmula 575 do STF e 20 do STJ, que estabelece que a mercadoria importada de país signatário do GATT é isenta do ICM, quando contemplado com esse favor o similar nacional.

Conclui dizendo que o cerne da questão é saber se o Estado da Bahia concedeu benefício da isenção a algum produto que possa ser considerado similar ao bacalhau importado e responde que não.

Ressalta que a Constituição Federal colocou sob reserva legal a matéria relativa à isenção de tributos, e que em relação ao ICMS, os benefícios fiscais serão concedidos ou revogados por meio de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e Distrito Federal (art. 1º da LC 24/75) e que o Convênio ICMS 60/91 estabelece na sua Cláusula primeira, autorização para que os Estados e o Distrito Federal, concedam benefícios fiscais nas saídas internas de pescado, excetuando o bacalhau e mesmo que o pirarucu seja considerado produto similar, também foi vedado à concessão da isenção do ICMS deste produto.

Salienta que o art. 1º do Decreto 7.577 de 26/05/99, também estabeleceu redução de 100% nas operações internas com pescado, exceto crustáceo, molusco e rã e no Parágrafo único, III do mesmo artigo, ressaltou que não se aplica “ ao pescado seco ou salgado”.

Esclarece que o mencionado Decreto produziu efeitos no período de 01/05/99 a 30/09/99 e o mesmo não concedeu benefício de redução de base de cálculo ao pescado seco ou salgado. Ressalta que ainda que se considere o bacalhau similar a qualquer espécie de peixe nacional, no âmbito estadual, todas as espécies de peixe seco ou salgado sofrem tributação normal do ICMS e não se pode falar que o similar do bacalhau é isento do imposto.

Destaca que o art. 14, XIII, “a” do RICMS/BA, dispõe sobre a isenção de ICMS as operações com hortaliças, frutas, animais, produtos agropecuários e produtos extrativos animais e vegetais, nas saídas internas de pescados (de 01/10/91 até 30/04/99), exceto em se tratando de (Convênios ICMS 60/91, 148/92, 121/95 e 23/98), crustáceos, moluscos, adoque, bacalhau, merluza, pirarucu, salmão e rã.

Salienta que a isenção foi concedida por período determinado, sendo que estão excluídos as operações com o bacalhau, e não se pode falar em isenção deste produto. Observa que o art. 111 do CTN ordena a interpretação literal do dispositivo que outorga isenção, o que no seu entendimento torna indevida a pretensão do autuado em ampliar o campo de incidência da norma isentiva para alcançar o produto importado.

Ressalta que na defesa foi afirmado que o bacalhau é um peixe seco e salgado, sugerindo existir um similar nacional, sem indicar qual é o similar. Entende que em cumprimento ao acordo do GATT e das Súmulas do STJ e STF, deve incidir ICMS sobre a importação de bacalhau. Afirma que a isenção pretendida contraria norma prevista no acordo internacional, que garante apenas um tratamento igualitário entre o produto nacional e o importado, o que não se pode dar ao produto bacalhau, como quer o autuado.

Conclui ratificando a autuação, uma vez que a habilitação para diferimento do produto bacalhau, concedida ao estabelecimento autuado, se encontra cancelada desde o dia 24/05/2001, devendo, portanto, ser recolhido o imposto, referente à operação de importação, no momento do desembaraço aduaneiro. Requer a procedência da autuação.

VOTO

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade da autuação, sob argumento de que foram cometidos erros na sua constituição, além de violar normas jurídicas e direitos constitucionais, cerceando o seu direito de defesa. 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 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 do mais, 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 de que o bacalhau seco e salgado, originário da Noruega, são isento do ICMS na importação, 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.

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.

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.

Logo, as regras estabelecidas no Acordo do GATT em consonância com as mencionadas Súmulas do STF e STJ, prevêm que deve ser dado tratamento tributário igual para produtos similares de origem nacional. Conforme disposto na 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). 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, verifico que o dispositivo invocado ao seu favor, o art. 14, XIII do RICMS/BA, dispõe:

Art. 14 – São isentas de ICMS as operações com hortaliças, frutas, animais, produtos agropecuários e produtos extrativos animais e vegetais:

XIII - de 01/10/91 até 30/04/99, nas saídas internas de pescados, exceto em se tratando de (Convys. ICMS 60/91, 148/92, 121/95 e 23/98):

- a) crustáceos, moluscos, adoque, bacalhau, merluza, pirarucu, salmão e rã;*
- b) operação que destine o pescado à industrialização;*
- c) pescado enlatado ou cozido.*

Portanto, a isenção recai sobre as saídas internas de pescados, excetuando o bacalhau. Dessa forma, não pode ser acolhido o argumento de que este produto é isento.

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 constituído.

Consoante o disposto no artigo 126, do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) 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 sendo, verifico 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”.

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 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.

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 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 conseqüentemente 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.

Quanto à 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, é 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.

Portanto, em relação à multa e acréscimos moratórios decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é conseqüência 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 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.

Defesa PREJUDICADA, em relação à obrigação principal, e Auto de Infração **PROCEDENTE**, quanto à multa e acréscimos moratórios, ficando suspensa a exigibilidade do crédito até decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA**, no que tange à obrigação tributária principal, e **PROCEDENTE**, em relação às penalidades e cominações legais, a defesa do Auto de Infração nº **928842-2**, lavrado contra **J.D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA**. 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de abril de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

RAIMUNDO OLIVEIRA DOS SANTOS – JULGADOR