

PROCESSO - A. I. Nº 140777.0136/04-2
RECORRENTE - J.D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0171-02/06
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 02/01/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0400-11/12

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. BACALHAU. OBRIGATORIEDADE DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO DESEMBARAÇO ADUANEIRO POR SE TRATAR DE MERCADORIA TRIBUTÁVEL. HABILITAÇÃO PARA DIFERIMENTO CANCELADA. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal proferida no Acórdão nº 0171-02/06, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir o ICMS, no valor de R\$59.200,84, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do imposto, no momento do desembaraço aduaneiro no Estado da Bahia, relativamente a 25.000 quilos de bacalhau importados da Noruega, referente à Declaração de Importação nº 05/0183697-1; Licença de Importação nº 04/1448943-5 e Nota Fiscal de Entrada nº 2502 e 2503, emitida em 17/03/2005, sendo tal lavratura para resguardar o direito da Fazenda Pública Estadual com relação à exigibilidade futura do crédito tributário, haja vista a existência de Mandado de Segurança nº. 658290-5/2005.

A 2ª JJF decidiu a lide proferindo o seguinte voto (fls. 112/116):

A autuação está fundamentada na falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas do exterior através das DIs nºs 05/0183697-1 e 05/0199876-9 data de registro 18/03/2005 e 25/02/2005, Licença de Importação nº 04/1448943-5 e Notas Fiscais de Entrada nºs 2502 e 2503 emitidas em 17/03/2005, respectivamente, conforme docs. fls. 06 a 27, relativamente a importação de 25.000 quilos de Bacalhau da Noruega, salgado, Shaite (Pollachius Virens), cujo autuado na condição de importador está estabelecido no Estado da Bahia.

Conforme consta às fls. 06 a 07, foi lavrado o Termo de Apreensão e Ocorrências para resguardar o direito da Fazenda Pública com relação à exigibilidade futura do crédito tributário, haja vista a existência de Mandado de Segurança nº 658290-5/2005.

Sobre o 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 658290-5/2005, 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.

De acordo 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 das DIs nº 05/0183697-1 e 05/0199876-9.

Apesar de a fiscalização ter dado estrito cumprimento à norma prevista no artigo 2º, inciso V, da Lei nº 7.014/96, qual seja, de exigir o imposto, no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas do exterior através das DIs citadas, contudo, em virtude da existência de mandado de segurança, o seu efeito é de suspensão da exigibilidade do crédito tributário até a Decisão definitiva da ação, mas não de seu lançamento.

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 a PGE/PROFIS para a adoção das providências de sua alçada.

Quanto a multa pelo descumprimento da obrigação principal e acréscimos moratórios, observo que tais questões não foram objeto do mandado de segurança, e portanto, cabe a sua apreciação neste processo. O autuado arguiu a inaplicabilidade da multa e dos acréscimos tributários (mora), argumentando 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.

Cumpra observar, que neste processo, não há porque se falar em inadimplência, 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 insubsistente a autuação. Desta forma, 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, não havendo contemplada a sua dispensa nesta instância de julgamento administrativo, a menos que em atenção ao apelo de equidade pela Câmara Superior do CONSEF. No tocante aos acréscimos tributários, sendo a sentença judicial desfavorável ao contribuinte, cabe-lhe requerer em juízo a sua dispensa.

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.

Face ao 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.

A PGE/PROFIS prestou informação (fl. 127) de que foi deferida a liminar para suspender a exigibilidade do crédito tributário; em seguida foi denegada a segurança pleiteada por entender não ser isento o bacalhau no Estado; a cautelar foi julgada improcedente e revogada a liminar concedida; foram interpostos Recurso de Apelação (Recurso Especial e Extraordinário), com remessa para o Superior Tribunal de Justiça, tendo sido admitido nos efeitos devolutivos e suspensivos que não foi julgado até a 02/05/07.

Em Recurso Voluntário, interposto em 14/07/06 (fls. 141/151) destaca que a 2ª JJF decidiu que a defesa é prejudicada em relação à obrigação principal, em razão da discussão na esfera judicial, Decisão esta, que viola princípios constitucionais, do processo legal, contraditório e ampla defesa.

Argumenta que apesar da extinção declarada estar prevista no RPAF/BA, a não apreciação da defesa implica na impossibilidade de discutir o eventual crédito tributário, resultando num julgamento definitivo sobre a matéria controvertida, o que não ocorreu na situação presente.

Ressalta que o a acusação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS na importação de bacalhau seco e salgado consignado na DI 04/0218548-4, apesar de da unânime posição jurisprudencial,

inclusive inconstitucional, da isenção do ICMS de país signatário do GATT, na situação em questão da Noruega, tratando-se de PESCADO, que é isento do ICMS (art. 14, XIII do RICMS/97).

Transcreve a cláusula 2ª, art. 3º, II do referido Acordo Internacional, art. 98 do CTN, Súmula 575 do STF, que tratam de tributação de produtos similares, respeito a tratados e convenções e entendimento de que a isenção do ICMS se aplica à mercadoria impostada de país signatário.

Destaca que o Estado da Bahia isentou do ICMS o pescado, sendo o bacalhau uma espécie deste gênero, diferente do entendimento do autuante de que não é um pescado nacional.

Afirma que inexistente relação jurídica que legitime recolhimento do ICMS na importação de bacalhau, sendo ilegítima e abusiva a sua exigência diante do regramento no art. 98 do CTN.

Alega a ilegitimidade da aplicação de multa, tendo em vista que a liminar em mandado de segurança suspende a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, IV do CTN) e não há como se falar em aplicação de multa por descumprimento de obrigação principal, visto que a multa de mora é devida em função da inadimplência do contribuinte. Entende que estando sob a proteção de medida judicial, não pode ser compelido a pagar a mencionada multa, tendo em vista que uma vez cassada a liminar, terá um prazo para quitar sua obrigação, sem a incidência da multa. Assim pugna pela improcedência da aplicação da multa.

Sustenta que tendo recorrido à esfera judicial, não quer dizer que seja prescindível a continuação da esfera administrativa. Defende que a Decisão da 2ª JF não deve prosperar, sem atender um julgamento definitivo. Requer provimento do Recurso Voluntário e improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS emitiu seu Parecer (fls. 156/157) ressaltando que o recorrente repetiu basicamente às mesmas razões da defesa, questão que está sendo discutida em Tribunais Superiores.

Opina que a empresa tendo optado pela via judicial, renunciou o direito de defesa na esfera administrativa, e o processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção de medidas cabíveis a fim de resguardar a Fazenda Estadual da prescrição do crédito tributário (art. 117 do RPAF/BA).

Em petição de 08/06/09, o patrono do autuado peticionou juntada de carta de renúncia, devidamente cientificada pelos representantes, retirando seu nome da capa dos autos e feito notificações em nome do autuado, sob pena de nulidade.

A Secretaria do CONSEF intimou o autuado, sócios e representante legal, para que apresentasse novo procurador (fl. 168/188). No Parecer do gabinete da Presidência do CONSEF (fls. 190/192) foi feito um relato cronológico dos fatos, ressaltando que tendo apresentado Recurso Voluntário e silenciado quanto à renúncia do seu patrono o processo deve seguir a sua tramitação.

Cientificado o sujeito passivo e o autuante do mencionado Parecer, ambos não apresentaram qualquer manifestação.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS em razão de falta de recolhimento do imposto, no momento do desembaraço aduaneiro no Estado da Bahia, relativamente à importação de 25.000 quilos de bacalhau salgado importados da Noruega, conforme Licença de Importação nº. 04/1448943-5, cuja operação encontra-se sob medida liminar, obtida no Mandado de Segurança nº 658290-5/05, para o desembaraço e liberação do pescado importado, fazendo cessar a constrição noticiada nos autos, sem prejuízo do controle e fiscalização por parte do impetrado e do consequente lançamento do crédito tributário.

Constato que conforme documento à fl. 127, mesmo tendo sido denegada a segurança pleiteada e revogada a liminar concedida, o Recurso de Apelação Cautelar 27109-4/2005 não foi julgado.

Como se trata de matéria com diversos julgados por este Conselho, transcrevo abaixo a fundamentação contida no Acórdão CJF Nº 0274-11/06 de 18/07/06 cujo Relator foi o Conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo, que aplico na apreciação deste processo:

Observe que o Recurso Voluntário não versa exclusivamente sobre a questão discutida no âmbito do Poder Judiciário. Assim, se faz necessária a apreciação da questão relativa à multa por descumprimento de obrigação principal, exigida no Auto de Infração.

No Recurso Voluntário, entende o recorrente que inexistente relação jurídico tributária legítima que determine

como obrigatório o recolhimento de ICMS na referida operação de entrada de bacalhau e, como tal, é improcedente o Auto de Infração, por infringir princípios constitucionais, assim como a legislação tributária, além de contrariar a jurisprudência do STF, do STJ e do TJ/BA.

Inicialmente, devo ressaltar que, por se tratar de objeto idêntico à demanda judicial, o Recurso Voluntário está prejudicado, na esfera administrativa, quanto à análise do mérito da exigência do imposto, objeto do Auto de Infração sob análise.

Contudo, há de se salientar que o efeito da ação de mandado de segurança é de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas não de seu lançamento. Assim, na realidade, a SEFAZ está impedida de exigir o imposto relativo à operação e não de constituí-lo.

Inerente à citação recursal da ilegitimidade da aplicação de multa, quando protegido de medida judicial, também entendo descabida, em razão do seu caráter acessório ao lançamento de ofício, devido à infração à legislação do ICMS, determinada no art. 41 e 42 da Lei nº 7.014/96, cuja norma não contempla a sua dispensa a nível administrativo, devendo, portanto, ser aplicada e somente exigida no caso de Decisão judicial favorável ao Estado da Bahia, visto que, por se tratar de um acessório, acompanha o objeto principal, no caso a exigência do imposto, o qual se encontra suspensa sua exigibilidade, porém, não a sua constituição, conforme anteriormente já abordado.

Por outro lado, o § 3º, do art. 101, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), determina que a correção monetária abrangerá o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, e o § 1º, do seu art. 102, que os acréscimos moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento.

Portanto, ocorrido o lançamento de ofício, ensejam também as exigências consectárias, inclusive a imposição de multa pelo descumprimento de obrigação principal, pois o fato de se encontrar o contribuinte amparado com medida judicial que suspende a exigibilidade do crédito tributário, não lhe retira, à luz instituidora do tributo estadual, a condição de devedor, e neste terá que arcar com todas as consequências resultantes da sua opção, em caso de uma eventual sucumbência na discussão judicial.

Assim, ao contrário do que alega o recorrente, nos termos do art. 117 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, escolhida a via judicial pelo sujeito passivo, ficam prejudicados sua defesa ou Recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do Recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, quando o objeto da demanda judicial coincidir ou abranger o objeto da demanda administrativa, sob pena de decisões conflitantes e de se tornar sem efeito a Decisão na esfera administrativa, a qual deve obediência à Decisão na esfera judicial. Logo, quanto à apreciação do mérito sobre a isenção ou não na importação do bacalhau, em razão da opção do contribuinte em discuti-la na esfera judicial, e em face dos limites impostos ao órgão julgador administrativo, considero PREJUDICADO o seu Recurso.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **140777.0136/04-2**, lavrado contra **J.D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.**, no valor de **R\$59.200,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. 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, 04 de dezembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS