

PROCESSO - A. I. Nº 140777.0111/04-0
RECORRENTE - ÁGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0265-04/04
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 27/10/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0349-11/05

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO ACATAMENTO DA EXTINÇÃO DO PROCESSO. NOVA DECISÃO. Reformada a Decisão de primeira instância que concluiu pela extinção do processo administrativo fiscal em virtude da propositura de medida judicial pelo sujeito passivo. Comprovado que o objeto do Mandado de Segurança impetrado refere-se à liberação das mercadorias apreendidas e à forma de cálculo do imposto estadual e não ao objeto da impugnação, que é relativo à aplicação da multa e dos acréscimos moratórios sobre o débito exigido. Devolvam-se os autos ao órgão prolator da Decisão reformada para novo julgamento. Recurso **NÃO PROVIDO**. Nulidade da Decisão recorrida declarada de ofício. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal proferida no Acórdão nº 0265-04/04, pela Extinção do presente Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir o ICMS em razão de recolhimento a menos do imposto, por erro na determinação da base de cálculo, referente a mercadoria (pré-mistura para fabricação de pão) procedente do exterior.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu considerar prejudicada a defesa apresentada e extinguir o presente processo administrativo fiscal, nos termos do artigo 117, § 1º, incisos I e II, do RPAF/99, considerando que o autuado havia ingressado com mandado de segurança e obtido liminar da Justiça Estadual.

O recorrente alega que a Decisão recorrida não fez a melhor análise da lide, haja vista que:

- a) embora “o assunto esteja resguardado sob o manto do Poder Judiciário”, “a impugnação e o mandado de segurança ajuizado não possuem o mesmo objeto”;
- b) enquanto que o objeto do mandado de segurança é a permissão para que fosse efetuado o desembaraço das mercadorias importadas utilizando-se o Anexo 2 da Instrução Normativa nº 63/2002 (isto é, com preço da mercadoria de R\$89,00 e alíquota de 12%), o objeto da peça defensiva foi a declaração de ilegalidade da multa e dos acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, pois não se encontrava inadimplente ou em mora, considerando a existência de liminar concedida pelo Judiciário;
- c) é ilegal a exigência de multa e acréscimos moratórios, pois, como dito acima, encontrava-se sob a proteção de medida judicial liminar e, mesmo que seja vencido na ação judicial, o vencimento do débito somente ocorrerá após trinta dias da notificação da Decisão transitada em julgado.

A ilustre representante da PGE/PROFIS Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa apresentou o seu Parecer opinando pelo provimento do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, com fundamento nos

seguintes argumentos:

1. que a razão pela qual o RPAF/99 (artigo 117, § 1º, incisos I e II) prevê a extinção do PAF, no caso de o contribuinte levar ao Poder Judiciário a discussão sobre a matéria, é “*evitar contradições de decisões entre a esfera Administrativa e Judicial, quando, então, essa última prevaleceria*”;
2. segundo a doutrina de escol “*a discussão na esfera judicial somente acarretará a extinção por desistência do processo administrativo, no caso do objeto a ser discutido no Judiciário ser o mesmo, ou ainda mais amplo, do impugnado administrativamente*”, pois, nesse caso, caberá ao Poder Judiciário proferir a Decisão prevalente, não havendo razão para prosseguir o contencioso administrativo;
3. porém, quando a matéria levada ao Judiciário não contempla toda a discussão administrativa, o contencioso deve prosseguir a fim de que o questionamento seja devidamente respondido pela Administração Pública no exercício de suas atribuições e em respeito ao princípio da ampla defesa;
4. na situação em análise, a matéria discutida judicialmente se refere exclusivamente à isenção do pagamento do ICMS em relação a operação de importação de mercadoria do exterior, enquanto que, na impugnação, o contribuinte acrescenta a sua irrisignação em referência à multa e aos acréscimos moratórios, pois entende que estava albergado por Decisão judicial.

Por fim, conclui que a Decisão recorrida equivocou-se ao extinguir o processo administrativo fiscal em razão de escolha do contribuinte da via judicial e considera que o Recurso Voluntário deve ser provido para que se anule a Decisão recorrida, determinando-se o retorno dos autos à primeira instância para apreciação das alegações do impugnante.

O Parecer acima mencionado foi endossado pelo Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho que acrescentou, ainda, as seguintes considerações:

1. que a regra inserta no artigo 126, do COTEB não tem aplicação ao caso em exame, tendo em vista que a defesa apresentada não versa exclusivamente sobre a questão discutida em juízo;
2. no âmbito federal a matéria encontra-se expressamente disciplinada no artigo 63 da Lei nº 9.430/96, entretanto, não existe na legislação estadual nenhum dispositivo que regule a questão, competindo então ao CONSEF apreciar o caso e aplicar o direito no âmbito administrativo, utilizando-se, para tanto, dos diversos métodos de interpretação;
3. a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, ao deixar de apreciar a defesa apresentada pelo autuado, a qual versa também sobre a aplicação de multa e acréscimos moratórios, violou a garantia fundamental da ampla defesa e do contraditório, prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal;
4. deve ser dado provimento ao Recurso Voluntário tão somente para que seja afastada a Decisão da primeira instância, determinando-se o retorno dos autos para que seja apreciada a questão relativa à possibilidade de incidência da multa e dos acréscimos moratórios, na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, nos casos em que a exigibilidade esteja suspensa por ordem judicial.

VOTO

O presente Auto de Infração exige o ICMS em razão de erro na determinação da base de cálculo em operação de importação de 3.670 sacos de pré-mistura para fabricação de pão, conforme Declaração de Importação anexa.

O autuado, ora recorrente, obteve medida liminar no Mandado de Segurança nº 346014-3/2004 impetrado contra a Fazenda Estadual (fls. 18 a 20) para liberar as mercadorias apreendidas e recolher o ICMS nos moldes previstos no item 2.2 e no Anexo II da Instrução Normativa nº

63/2002, isto é, à alíquota de 12% e com preço unitário de R\$89,00 por saco de pré-mistura de farinha de trigo para fabricação de pão, até o julgamento final da ação judicial.

Lavrado o lançamento de ofício, o contribuinte apresentou a sua peça defensiva (fls. 32 a 35) ressaltando, preliminarmente, “*que a presente impugnação e o mandado de segurança ajuizado não possuem o mesmo objeto*”, pretendendo apenas, no âmbito administrativo, ver afastada a aplicação da multa e dos acréscimos moratórios, pois o seu procedimento se encontrava amparado por Decisão judicial.

A Junta de Julgamento Fiscal, na Decisão recorrida, limitou-se a considerar prejudicada a defesa e a extinguir o processo administrativo fiscal, sob o argumento de que o contribuinte havia recorrido à via judicial, sem apreciar a questão relativa à possibilidade ou não de incidência da multa e dos acréscimos moratórios sobre o débito exigido no Auto de Infração, configurando violação à ampla defesa e ao contraditório, conforme acentuado pela PGE/PROFIS.

Sendo assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser declarada, de ofício, a NULIDADE da Decisão recorrida, retornando-se os autos à Primeira Instância para novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar de ofício a **NULIDADE** da Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **140777.0111/04-0**, lavrado contra **ÁGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA**. Os autos deverão ser remetidos à 4ª Junta de Julgamento Fiscal para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS