

PROCESSO - A. I. Nº 140777.0115/04-5
RECORRENTE - J.D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0230-02/04
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 31/10/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0364-12/05

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. É nula a Decisão que não enfrentou pedido específico do impugnante. A matéria discutida na esfera administrativa não é totalmente coincidente com as questões versadas na ação que tramita na Justiça. Violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Inconformado com a Decisão da JJF que considerou extinto o processo administrativo fiscal por ter o impugnante optado pela via judicial, o contribuinte recorre voluntariamente a esta Câmara de julgamento Fiscal aduzindo: 1º que através de uma ação mandamental teve deferido pedido de liminar e em seguida lhe fora concedida à segurança definitiva com julgamento a ele favorável.

Registramos que o Auto de Infração objeto deste PAF refere-se à exigência de ICMS, por falta de recolhimento do imposto no momento do desembaraço aduaneiro de mercadoria importada, bacalhau, cujo importador está estabelecido no Estado da Bahia.

A continuação o recorrente repete argumentos já apresentados quando da impugnação onde alega mais uma vez a ilegitimidade da multa aplicada, entendendo que liminar seguida de segurança suspende a exigibilidade do crédito fiscal, e neste caso, não há como se falar em aplicação de multa por descumprimento de obrigação principal. Cita e transcreve o art. 151, IV, do CTN, além do art. 964, V, do RICMS/97. Alegou ainda, que além da Súmula nº 575 do STF, há também do Superior Tribunal de Justiça que editou as Súmulas nºs 20 e 71, ratificando a jurisprudência do egrégio STF. Assim, entende o autuado que o bacalhau importado da Noruega, país signatário do GATT, acompanhando o tratamento dado ao pescado nacional, - art. 14, II do RICMS - deve ser considerado isento de ICMS. Cita o art. 98 do CTN que trata da aplicação dos tratados internacionais em matéria tributária e também o art. III do GATT. Argumenta que a multa aplicada é ilegítima sob o argumento da suspensão da exigibilidade do crédito – art. 100 do CTN. Entende que sendo a multa de mora devida em função da inadimplência do contribuinte e estando o mesmo sob a proteção de medida judicial, não pode o mesmo ser compelido a pagar a mencionada multa, vez que mora não houve. Pede Provimento ao Recurso Voluntário.

A Sra. procuradora emite Parecer opinativo onde conclui que a “ a Decisão recorrida equivocou-se ao extinguir o processo administrativo fiscal contencioso em razão de escolha do contribuinte da via judicial”. Cita e transcreve o “art. 117 do RPAF 99 e acrescenta que a razão desta escolha é óbvia: evitar contradições entre a esfera administrativa e judiciária”. Transcreve opinião doutrinária a respeito da matéria. Entende que “quando a matéria levada ao judiciário não contempla toda a discussão administrativa o contencioso administrativo deve prosseguir, a fim de que tal questionamento seja prontamente respondido pela Administração Pública no exercício de suas atribuições e em respeito ao princípio da ampla defesa”. Apõe que na peça impugnativa o contribuinte apresenta também sua irresignação com a exigência da multa

pois entende que estava albergado por Decisão judicial, pelo que não pode ser exigida a multa e os acréscimos moratórios. Entende que a Decisão judicial não responderá sobre esta matéria e que o contribuinte faz jus a resposta a esse questionamento, sob pena de ter seu direito de defesa cerceado. Conclui opinando no sentido de que o Recurso Voluntário deve ser Provido para que se anule a Decisão recorrida e determine-se o retorno dos autos à Primeira Instância para apreciação das alegações do impugnante.

VOTO

Inclino-me também, acompanhando o Parecer da PGE-PROFIS no sentido de que o julgamento deve ser anulado. Em outras oportunidades já nos manifestamos neste Conselho de Fazenda sobre a matéria.

O Recurso Voluntário do contribuinte no que pertine à matéria objeto da obrigação tributária principal – incidência ou não do ICMS sobre o bacalhau – está administrativamente vencida IPSO IURE por opção do recorrente e sobre ela não importa mais nos manifestarmos. Porém no que diz respeito à aplicação ou não da multa a JJF necessita proferir uma Decisão. Agindo como agiu, entendemos, *data venia*, que o Julgamento do 1ª Instância poderá ofender o princípio do devido processo legal, cercear a defesa do autuado e desrespeitar um dos seus corolários que é o contraditório, como bem disse o Srta. Procuradora.

Como afirmamos em processo semelhante 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 e até mesmo a concessão final da segurança, como no presente caso, relaciona-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 procedimental 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 procedimental 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”* 2ª 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. Lógico que a procedência da ação judicial desconstituirá o ato praticado pela Fazenda Pública

Estadual. A impugnação apresentada, entretanto, refere-se também a outros fatores que influenciariam na Decisão sobre a aplicação da multa e exatamente sobre estes argumentos que a JJF precisa manifestar-se.

Estamos, portanto, em comunhão com a PGE/PROFIS, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário e no sentido do retorno do presente PAF a JJF, para que à luz dos dispositivos legais possa realizar o julgamento da multa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e julgar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 140777.0115/04-5, lavrado contra **J.D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.**, devendo retornar os autos à Primeira Instância para novo julgamento.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Helcônio de Souza Almeida, Nelson Antonio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira, José Antonio Marques Ribeiro e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS