

PROCESSO	- A. I. Nº 140777.0134/04-0
RECORRENTE	- J.D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0164/04-05
ORIGEM	- IFMT - DAT/METRO
INTERNET	- 31/10/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0372-12/05

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

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo autuado contra a Decisão da 4ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0164/04-05, que julgou Prejudicada a defesa, extinguindo o presente Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$59.578,17, acrescido da multa de 60%, em virtude da falta de recolhimento do imposto quando do desembarque aduaneiro de mercadoria (bacalhau) recebida do exterior, referente à DI 05/0122009-1.

Foi anexada cópia do despacho proferido pela Exm.^a Juíza de Direito da 1ª Vara da Fazenda pública da Comarca de Salvador, concedendo liminar para suspender a exigibilidade do imposto nas operações internas com o bacalhau, descritas nas LI 04/1946642-5 e 04/1946641-7, não tendo sido a mercadoria apreendida.

O autuado impugnou o lançamento fiscal, observando, inicialmente, que o mérito da ação fiscal encontrava-se sob o manto de Mandado de Segurança nº 632636-3/2005, em trâmite na 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador-BA, tendo sido prolatada, em 15/02/2005, Decisão liminar, anterior, portanto, ao início da ação fiscal. Logo, à época da autuação, encontrava-se suspensa a exigibilidade do suposto crédito tributário, pugnando, por este motivo e inclusive, pela improcedência da multa aplicada, à luz das determinações do art. 151, IV, e art. 100, do CTN, c/c art. 964, V, do RICMS/97. Alegou que embora o mérito da ação esteja sob o crivo do Poder Judiciário estadual, cabendo ao mesmo decidir sobre a matéria, atacou a infração no intuito de “*barrar o desnecessário andamento*” do lançamento em lide. Disse que o autuante resolveu, de forma ilegítima e inconstitucional, exigir o ICMS nas importações de “*bacalhau*” no momento de sua entrada no Estado da Bahia, contrariando a unânime posição jurisprudencial, inclusive do STF, a respeito da matéria. Nesse sentido, transcreveu Ementas do STF e de Recursos Especiais do STJ. *Pari passu*, ressaltou que o “*bacalhau*”, objeto da autuação, era originário da Noruega, país signatário do GATT, bem assim que se tratava, inquestionavelmente, de pescado, que é isento do ICMS, conforme art. 14, XIII, do RICMS. Assim, de acordo com a cláusula 2.ª, do art 3.º, Parte II, do referido acordo internacional e art. 98, do CTN, o “*bacalhau*” importado também deve ser isento do imposto no Brasil. Aduziu que matéria já se encontra sumulada pelo STF (Súmula 575), em obediência ao quanto disposto no tratado do GATT, segundo o qual as mercadorias importadas de país dele signatário não podem ter regime tributário menos favorável que o assegurado às mercadorias nacionais. Esta Decisão visava proibir a implantação de regras discriminatórias entre bens nacionais e estrangeiros, de modo a garantir a plenitude do regime do

comércio internacional. Neste sentido e para corroborar a sua tese de defesa, transcreveu as Súmulas 20 e 71 do TJ-BA que tratam da isenção do “*bacalhau*” do ICMS. Por fim, requereu a improcedência da autuação, vez que ao “*bacalhau*” importado da Noruega deve ser dado o mesmo tratamento conferido ao pescado nacional de quem ele é similar. Além do mais, afirmou que não deveria ser desconsiderado pelo Órgão Julgador Administrativo que, sob o mando do Poder Judiciário através de medida liminar, obteve o seu direito de proceder a circulação do bacalhau importado de país signatário do GATT, sem precisar sujeitar-se ao arbítrio da insensatez dos agentes fiscais estaduais.

Em sua informação fiscal, o autuante ressaltou, inicialmente, que a Cláusula 2^a, do art. 3º, Parte II, do Acordo GATT, bem como as Súmulas 575, do STF, e 20, do STJ, confirmam a posição do Estado da Bahia, pois o que está garantido, por força do referido acordo e sumulado pelos tribunais pátrios, é que deve ser dada igualdade de tratamento tributário entre o produto importado do país signatário e o similar nacional. Nesta situação, o cerne da questão é saber se o bacalhau é isento do ICMS dentro do Estado da Bahia. Após discorrer acerca da competência dos Estados de conceder isenções através de Convênios, assegurada pela Constituição Federal, baseando-se, ainda, na legislação pertinente, alegou que o bacalhau não está elencado dentre as mercadorias que usufruíam tal benefício. Além disso, afirmou que, ainda que se considerasse o bacalhau como um tipo de pescado seco ou salgado, com o término de vigência do Convênio 60/91, todas as espécies de peixe seco ou salgado passaram a ser oneradas com tributação normal do ICMS, razão pela qual não se podia mais falar que o similar nacional do bacalhau é isento do imposto. Asseverou que naquela época foi editado o Decreto nº 7.577/99, com efeitos no período de 01 de maio a 30 de setembro de 1999, quando ficou estabelecido que sobre o pescado haveria redução da base de cálculo em 100%, exceto para as operações que destinasse o produto à industrialização, ao pescado enlatado ou cozido e ao pescado seco ou salgado. Assim, entendeu que para o correto cumprimento do Acordo GATT, e das Súmulas já referidas, o ICMS deve incidir, inclusive, sobre o bacalhau importado de países signatários do referido acordo, ratificando, ao final, a ação fiscal.

Através do Acórdão JJF nº 0164/04-05, a 4^a JJF julgou prejudicada a defesa, extinguindo o presente Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) conforme determinação constante do art. 117, do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8.001/01, a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa na renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa, ou na desistência da impugnação ou Recurso interposto;
- b) deve ser extinto o processo administrativo, à luz do art. 122, IV, do RPAF/99, de modo que o CONSEF deve se abster de julgar o presente Auto de Infração, encaminhando os autos para inscrição do crédito tributário em dívida ativa, ficando este, contudo, com a sua exigibilidade suspensa, aguardando a Decisão final do Poder Judiciário;

Inconformado com a Decisão prolatada pela 4^a JJF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, ratificando, inicialmente, todos os termos da sua defesa, ressaltando, ainda, que tem por escopo a declaração de improcedência do presente Auto de Infração, requerendo que o malsinado lançamento fiscal seja fadado ao insucesso e de pronto arquivado. Assevera, ainda, que o Estado da Bahia, por seus procuradores, tentou suspender os efeitos da liminar concedida pela Douta Juíza da 1^a Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, através de Recurso encaminhado ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sob o nº 9891-4/2005, no qual obteve a negativa de sua pretensão, pois, como já dito, o referido Tribunal entende que o bacalhau é o similar do peixe seco e salgado, espécie de pescado contemplado com a isenção do ICMS, devendo, portanto, lhe ser estendido o predito benefício. Aduz que o pedido do Estado foi julgado sob o fundamento de que a Decisão de primeiro grau reflete tão somente o entendimento já pacificado nos tribunais brasileiros, não se podendo considerá-lo como ofensivo à ordem e economia públicas, razão pela

qual foi de pronto indeferido. Alega que, mesmo após alteração na legislação estadual da Bahia, com o fito de tributar a mercadoria objeto do *mandamus*, enquanto vigentes os tratados internacionais dispendo sobre tributos, não se torna lícito ao Poder Legislativo baiano elaborar leis que entrem em conflito com a matéria desses acordos. Além disso, prossegue, o Decreto não é o instrumento legítimo para a concessão de isenção de tributo, nem para revogar aquelas concedidas por lei ou convênio. Nesse sentido, a fim de corroborar a sua tese transcreveu entendimento esposado pelo jurista LUCIANO AMARO, em sua obra “*Direito Tributário Brasileiro*” editora Saraiva, 4^a edição, no capítulo em que trata dos Tratados Internacionais, e, no particular, quando discorre sobre “*tratado e tributo estadual e municipal*”.

Informa que a multa de mora é devida em função da inadimplência do contribuinte, razão pela qual, estando o mesmo sob a proteção de medida judicial, não pode o mesmo ser compelido a pagar a mencionada multa, vez que mora alguma ocorreu. Assim, ainda que cassada a liminar, entende que deverá ter um prazo para quitar a sua obrigação, sem a incidência da multa aplicável. Pugna pela improcedência da multa, em face da noticiada suspensão da exigibilidade, determinada pela medida liminar tempestivamente concedida.

Frisa que a recorribilidade do contribuinte à esfera judicial, em ações que, em razão da urgência possibilitem a estes uma solução mais rápida para os seus problemas, não quer dizer que seja prescindível a continuação da esfera administrativa, principalmente quando se tem um Auto de Infração lavrado em desconformidade com o que disciplina a legislação nacional. Afirma que não deve prosperar a Decisão administrativa prolatada pela 4^a JJF, posto que, se mantida, resultaria em violação aos princípios constitucionais, a exemplo do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, impossibilitada face a noticiada extinção da esfera administrativa. Conclui aduzindo que entendimento contrário não pode existir quanto ao fato de que o devido processo legal administrativo deve ter um final, com julgamento definitivo sobre a matéria controvertida, o que não ocorreu no caso em questão.

Por fim, por entender que a discussão da matéria não pode ser encerrada no âmbito administrativo sem atender ao julgamento definitivo do Auto de Infração que embasa a cobrança da suposta dívida tributária e, tendo em vista os equívocos e omissões da presente autuação, requer o provimento do Recurso Voluntário interposto, para que seja declarada a improcedência do Auto de Infração, por manifesta ausência de fundamento legal.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, informa, inicialmente, que a Decisão recorrida se equivocou ao extinguir o processo administrativo fiscal contencioso em razão da escolha pelo contribuinte da via judicial. Alega que o objeto da impugnação administrativa é distinto do objeto da ação judicial impetrada. Frisa que nessa o recorrente objetiva ver aceita a tese de isenção do ICMS na importação de bacalhau, enquanto na discussão administrativa pretende demonstrar que a multa aplicada é descabida, em face de estar albergado por Decisão judicial e que a exigência contraria o entendimento jurisprudencial consolidado. Transcreve o art. 117, § 1º, I e II, para aduzir que a razão pela qual o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal prevê a extinção do processo contencioso administrativo, no caso de o contribuinte levar ao Poder Judiciário a discussão sobre a matéria, é óbvia: evitar contradições de decisões entre a esfera administrativa e judicial, quando, então, essa última prevaleceria. Colaciona ao Parecer licença emanada da jurista LIDIA MARIA LOPES RODRIGUES RIBAS, in “*Processo Administrativo Tributário*”, editora Malheiros, páginas 167/168. Assevera que, como dito no trecho transcrito, a Decisão 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. Todavia, entende a ilustre Parecerista que, quando a matéria levada ao Judiciário não contempla toda a discussão administrativa, o contencioso 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. Informa que,

no caso presente, o recorrente, além de discutir a questão da isenção da operação de importação, acrescenta a sua irresignação com exigência de multa, pois entende que estava albergado por Decisão judicial, pelo que não pode ser exigida a multa e acréscimos moratórios. Questiona quem decidirá se a multa por descumprimento de obrigação principal e os acréscimos moratórios devem ou não ser aplicados e, em caso positivo, a partir de quando, concluindo por afirmar que o contribuinte faz jus à essa resposta, sob pena do seu direito de defesa ser cerceado. Ao final, pugna pelo Provimento do Recurso Voluntário interposto, a fim de que seja anulada a Decisão recorrida, determinando-se o retorno dos autos à Primeira Instância para apreciação das alegações do recorrente quanto à inaplicabilidade da multa.

O eminente Procurador Assistente da PGE/PROFIS ratifica o Parecer exarado pela ilustre procuradora, a fim de que os autos retornem para a Primeira Instância administrativa para nova Decisão. Destacou que a regra inserta no art. 117, do RPAF/99 não se aplica ao caso sob exame, onde a defesa administrativa não versa exclusivamente sobre a questão discutida em juízo, posto que a defesa contém, também, referência a consequências decorrentes da propositura de ação judicial, obtenção de ordem judicial para suspensão do crédito tributário e, paralelamente, a exigência de multa e acréscimos moratórios no Auto de Infração. Assevera que a nível federal a matéria se encontra disciplinada no art. 63, da Lei nº 9.430/96; contudo, como na legislação estadual não existe dispositivo expresso sobre a matéria, compete ao Conselho da Fazenda Estadual apreciar o caso e aplicar o direito em âmbito administrativo, utilizando-se, para tanto, dos diversos métodos de interpretação. Ressalta que a Decisão de primeira instância, ao deixar de apreciar a alegação defensiva, viola o quanto disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal. Ao final, opina pelo provimento do Recurso Voluntário interposto, para que seja determinada a devolução dos autos à Primeira Instância, a fim de que seja apreciada a questão relativa à possibilidade de incidência da multa de ofício e acréscimos moratórios na constituição de crédito tributário destinada a prevenir decadência, nos casos em que a exigibilidade estiver suspensa por ordem judicial.

VOTO

Merce reforma a Decisão proferida no âmbito de Primeira Instância. Senão, vejamos.

O recorrente, desde a sua peça impugnatória, ventilou também matéria distinta daquela que fora objeto da Decisão judicial prolatada em seu favor. De fato, como brilhantemente ressaltado nos Pareceres emitidos pela Douta PGE/PROFIS, que invoco como se aqui estivessem literalmente transcritos, a defesa contém, também, alusão à consequências decorrentes da propositura de ação judicial, obtenção de ordem judicial para suspensão do crédito tributário e, paralelamente, a exigência de multa e acréscimos moratórios no Auto de Infração.

Dai porque, *concessa venia*, não se aplica ao caso vertente o quanto consubstanciado no art. 117, do RPAF/99, como decidiu a 4ª Junta de Julgamento Fiscal na Decisão recorrida.

Caso contrário, não sendo de competência do CONSEF, quem decidiria se a multa por descumprimento de obrigação principal e os acréscimos moratórios devem ou não ser aplicados? E mais: em caso positivo, a partir de quando incidiriam essas cominações?

Evidente, no meu entender, que faz o contribuinte jus às respostas pelos questionamentos supra formulados, sob pena de violação do seu direito de defesa, assegurado no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Para tanto, envio como precedente para julgamento do presente feito o Acórdão, da lavra do ilustre relator Helcônio de Souza Almeida, a fim de fundamentar o voto ora proferido, como se estivesse literalmente transscrito.

Destarte, por ter o recorrente suscitado, desde a sua peça impugnatória, matéria distinta daquela que fora objeto da Decisão judicial liminar, razão pela qual não é aplicável, no particular, o art.

117, § 1º, I e II, do RPAF/99, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto para ANULAR a Decisão prolatada no âmbito de Primeira Instância, para que seja determinado retorno dos autos à 4ª Junta de Julgamento Fiscal, a fim de que sejam apreciadas as alegações do recorrente quanto à inaplicabilidade da multa e acréscimos moratórios.

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 **140777.0134/04-0**, 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

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

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