

PROCESSO - A. I. Nº 140777.0126/04-7
RECORRENTE - J.D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF nº 0085/03-05
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 09/11/2005

**2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0381-12/05**

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE 1^a 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 3.^a JJF, através do Acórdão JJF nº 0085/03-05, que julgou Prejudicada a defesa, extinguindo o presente Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$24.631,42, acrescido da multa de 60%, em virtude da falta de recolhimento do imposto quando do desembaraço aduaneiro de mercadoria (bacalhau) recebida do exterior, consoante o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 140.777.0122/04-1, acostado às fls. 7 e 8 dos autos.

Foi anexada cópia do despacho proferido pela Exm.^a Juíza de Direito da 10^a Vara da Fazenda pública da Comarca de Salvador, concedendo liminar para suspender a exigibilidade do imposto nas operações internas com o bacalhau, nos autos do processo nº 545758-0/2004.

O autuado impugnou o lançamento fiscal, observando, inicialmente, que o mérito da ação fiscal encontrava-se sob o manto de Mandado de Segurança nº 545758-0/2004, em trâmite na 10^a Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador-BA, tendo sido prolatada, em 25/10/2004, 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. 3.^º, Parte II, do Acordo GATT, bem como as Súmulas nº 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 n.^º 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 0085/03-05, a 3.^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 n.^º 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 Voluntário 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 3^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 10^a Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, em que 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 dispondo 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 possibilitam 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 3.^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, § 1.^º, 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 lição emanada da jurista LIDIA MARIA LOPEZ RODRIGUES RIBAS, *in “Processo Administrativo Tributário”*, editora Malheiros, páginas 167/168. Assevera que, como dito no trecho transcrita, 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 n.º 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. 5.º, 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

Merece 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.

Daí porque, *concessa venia*, não se aplica ao caso vertente o quanto consubstanciado no art. 117, do RPAF/99, como decidiu a 3^a 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.

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 o retorno dos autos à 3^a 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 2.^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 140777.0126/04-7, lavrado contra **J.D. COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.**, devendo os autos retornar à 3^a Junta de Julgamento Fiscal para realização de novo julgamento.

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

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS