

PROCESSO - A. I. Nº 140777.0104/03-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ÁGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 06/02/06

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0019-12/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Representação proposta com supedâneo no art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956/81 - COTEB para que seja declarada a nulidade da Decisão de primeira instância, com o retorno dos autos ao órgão julgador, para, através de novo julgamento, reexaminar os termos da defesa apresentada pelo contribuinte quanto ao cabimento da aplicação de multa e acréscimos moratórios na situação em análise. Representação ACOLHIDA. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de representação proposta pela PGE/PROFIS, com supedâneo no art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956/81 – COTEB, no sentido de que sejam reexaminados pelo órgão julgador os termos da defesa apresentada pelo contribuinte, quanto ao cabimento da aplicação de multa e acréscimos moratórios, vez que a Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, pertinente ao Acórdão nº 0249-02/04, foi pela extinção do presente processo administrativo fiscal em razão de o recorrido ter ingressado em juízo quanto à matéria que se discute nos presentes autos, isto é, a exigência do valor de R\$ 24.563,58, mais multa de 60%, pela falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, relativamente a 1.380 sacos de 50 quilos e 1.840 sacos de 25 quilos de pré-mistura pronta para fabricação de pão francês constantes da DI nº 03/0953375-3 de 03/11/2003, conforme docs. fls. 5 a 21.

Destaca a representante da PGE/PROFIS que muito embora a defesa tenha sido considerada prejudicada e o processo administrativo fiscal extinto em face de concomitância de processo judicial, a matéria ventilada pelo contribuinte nas razões de defesa não se refere ao mérito discutido em sede judicial, mas, apenas, aduz a ilegitimidade da aplicação de multa no lançamento tributário, isto é, enquanto no mandado se segurança discute-se o direito do contribuinte de apurar o ICMS devido nos termos prescritos no Anexo 2 da Instrução Normativa nº 63/02, na defesa administrativa a controvérsia gira em torno da pertinência de aplicação de multa moratória quando o contribuinte se encontra amparado por medida liminar. Observa, ainda, que na condição em que o PAF se encontra, no caso do *mandamus* ser julgado improcedente a exigência fiscal irá produzir todos os seus efeitos e o débito inscrito em dívida ativa irá ser imediatamente cobrado sem que o contribuinte tenha tido a oportunidade de se insurgir contra a aplicação de acréscimos moratórios.

O Sr. procurador chefe, ao ratificar o Parecer de fls. 144 a 147, destaca que a regra inserta no artigo 117 do RPAF/Ba não tem aplicação ao caso sob exame pois a defesa apresentada não versa exclusivamente sobre o mérito tratado em juízo, girando a mesma em torno das conseqüências decorrentes da propositura de ação judicial, com obtenção de ordem judicial para suspensão do crédito e paralelamente, exigência de multa no Auto de Infração. Cita que em nível federal a matéria encontra-se expressamente tratada no artigo 63 da Lei nº 9.430/96 e como na legislação

estadual não existe dispositivo expresso sobre a matéria, compete ao CONSEF apreciar o caso e aplicar o direito em âmbito administrativo.

Destaca que a Decisão da JJF importa em vício insanável e ilegalidade flagrante na medida em que deixou de apreciar matéria suscitada pelo contribuinte, mitigando a garantia fundamental da ampla defesa e do contraditório no âmbito do contencioso administrativo.

Com isso, considera pertinente a presente representação no sentido de que os autos sejam devolvidos à JJF a fim de que seja apreciada a questão relativa à possibilidade de incidência de multa de ofício na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, nos casos em que a exigibilidade estiver suspensa por ordem judicial.

Por fim, a título de mera contribuição para subsidiar o julgamento, destaca o disposto na Súmula 405 do STF: *“Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da Decisão contrária”*.

VOTO

Realmente, da leitura do inteiro teor do voto proferido pelo o Sr. julgador da primeira instância, conclui-se, sem dúvida alguma, que não foram enfrentadas no julgamento questões argüidas pelo recorrido pertinentes a *“distinção entre os objeto da impugnação e o do Mandado de Segurança”*, onde suscita à ilegalidade da formalização do crédito acrescido de penalidades, bem como os argumentos concernentes *“a impossibilidade de se exigir multa e acréscimos moratórios”*.

Este fato macula de nulidade a Decisão de primeira instância pois, se mantido tal posicionamento, impediria o pleno exercício do contribuinte ao direito do contraditório e da ampla defesa no âmbito do contencioso administrativo.

Em face do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da representação proposta, para que seja decretada a nulidade da Decisão pertinente ao Acórdão nº 0249-02/04 devendo os autos retornar ao órgão prolator da Decisão recorrida para novo julgamento com apreciação de todos os aspectos abordados na peça de defesa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, ACOLHER a representação proposta, devendo os autos retornar ao órgão prolator da Decisão recorrida para novo julgamento.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Carlos Fábio Cabral Ferreira, Nelson Antonio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira, Bento Luiz Freire Villa Nova e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - RELATOR

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