

**PROCESSO** - A. I. Nº 207162.0066/03-2  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - PETRORECÔNCAVO S.A.  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS – Acórdão 1ª JJF nº 0152-01/04  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/METRO  
**INTERNET** - 20/05/2005

## **1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0128-11/05**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. Representação proposta com fundamento no art. 119, inciso II, e § 1º, da Lei nº 3.956/81, (COTEB) a fim de serem reexaminados pela 1ª Instância os argumentos sustentados na defesa administrativa apresentada pelo contribuinte, quanto ao cabimento da aplicação de multa e acréscimos moratórios na situação em análise. Representação ACOLHIDA. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

A presente representação tem como foco o Auto de Infração em referência, lavrado em 16/09/03, que acusa a falta de recolhimento de ICMS relativo à importação de equipamentos, conforme Nota Fiscal de Entrada nº 988 e a Declaração de Importação nº 03/0763874-4. Imposto lançado: R\$2.845,99. Multa: 60%.

A 1ª JJF, ao analisar o Auto de Infração que cuida de ICMS relativo à importação de bens, por empresa prestadora de serviços sujeitos à incidência do ISS, informa que a discussão gira em torno da constitucionalidade, ou não, da exigência de ICMS na importação de bens por pessoas físicas ou jurídicas não contribuintes do imposto estadual.

O autuado impetrou Mandado de Segurança, para que o fisco estadual se abstenha de cobrar o ICMS referente à operação de importação de bens a serem utilizados em suas prestações de serviços.

Entendeu a 1ª JJF que, nos termos do art. 117 do RPAF, com a redação do Decreto nº 8.001/01, a propositura de medida judicial, pelo sujeito passivo, enseja a renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

Desse modo, entendeu a JJF, que em face ao art. 122, IV, do RPAF, está extinto o presente processo administrativo fiscal, de modo que o CONSEF deve abster-se de julgá-lo, e, modo contínuo, encaminhar os autos para a inscrição de crédito tributário na Dívida Ativa, ficando assim suspensa sua exigibilidade.

A PGE/PROFIS, ao analisar a defesa do contribuinte esclarece que a mesma foi julgada prejudicada, e o processo administrativo fiscal foi extinto, pelo fato da concomitância de processo judicial, onde se discute a inconstitucionalidade da cobrança do ICMS, sobre mercadorias importadas por pessoas físicas ou jurídicas não contribuinte do imposto.

Esclarece a ilustre representante da PGE/PROFIS, que o autuado em sua defesa, desprezou o mérito, que está sendo discutido na esfera judicial, aduz apenas a legitimidade da cobrança da multa. Admite, que caso seja o pleito do autuado julgado improcedente, o que existem grandes possibilidades, por existir súmula pacificando a matéria, a exigência fiscal irá produzir efeito, isto é, o débito inscrito na Dívida Ativa irá ser imediatamente cobrado, sem tempo do contribuinte protestar contra a aplicação dos acréscimos moratórios.

Argúi que de acordo com os termos do art.113 do RPAF, compete-lhe efetuar o controle da legalidade, em momento precedente à inscrição de créditos tributários em Dívida Ativa. Entende que o Mandado de Segurança impetrado, não coincide com a questão suscitada na defesa

administrativa, desde que o contribuinte não utilizou argumentos para demonstrar a pretendida inconstitucionalidade da exigência do ICMS, mas somente alegações sobre a aplicação da multa moratória, enquanto está amparado por Decisão judicial. Não vê, portanto, identidade de objetos discutidos nas esferas administrativas e judicial, capaz de provocar a extinção do processo administrativo.

De modo que, em se mantendo a Decisão em exame, ensejará impossibilidade de discussão na esfera administrativa a matéria que envolve a cobrança de acréscimos moratórios, com violação ao art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Adiante, sugere que seja reexaminado pelo CONSEF os termos da defesa apresentada pelo contribuinte, quanto ao cabimento da multa e acréscimos moratórios na situação em análise.

Ao se pronunciar sobre o Parecer da representante da PGE/PROFIS, assim se expressou outra procuradora da Procuradoria Fiscal da PGE: *“... Assim ratifico o Parecer exarado pela i. Procuradora do Estado Dr<sup>a</sup> Cláudia Guerra, constante às fls. 61/64 que conclui pela necessidade de representação ao Egrégio Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, no exercício do controle da legalidade, com fundamento no art. 119, inciso II, e § 1º, da Lei nº 3.956/81, para o fim de ser reexaminado pelo aludido órgão os argumentos sustentados na defesa administrativa apresentada, os quais não se confundem com as razões que embasaram a ação judicial por ela proposta”*.

Finalmente, em despacho, o Procurador Chefe da PGE/PROFIS acolhe os Pareceres das i.i. procuradoras, destacando que é regra incerta do art.117 do RPAF/99, não tem aplicação no caso em estudo, onde a defesa administrativa não versa sobre o mérito tratado em juízo. Adverte que a Decisão da 1ª JJF incorreu em vício insanável, flagrada pelo art.114, II do RPAF, na medida que se absteve de analisar a defesa feita pelo contribuinte, mitigando a garantia de ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV da Constituição Federal).

Pugna para que seja anulada a Decisão da 1ª JJF, e, em seu retorno seja apreciada a questão relativa à possibilidade de incidência da multa de ofício na constituição do crédito tributário destinado a prevenir decadência, nos casos em que a exigência estiver suspensa por ordem judicial.

## **VOTO**

Acolho a Representação da PGE/PORFIS, por entender que de fato, o Mandado de Segurança impetrado não tem nada a ver com a questão tratada na defesa administrativa, onde o contribuinte absteve-se de argumentos para demonstrar a inconstitucionalidade da exigência do ICMS, tratando tão-somente da multa moratória, enquanto acobertado por Decisão judicial, não havendo identidade de objetos nas questões discutidas na justiça e na esfera administrativa que possam provocar a extinção do processo administrativo.

Desse modo, reconheço que o processo deva retornar a 1ª JJF, para que esta se pronuncie sobre a possibilidade de incidência de multa na constituição do crédito tributário, para prevenir a decadência quando a exigência estiver suspensa por força do Mandado de Segurança.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS – RELATOR

