

**PROCESSO** - A. I. Nº 301589.0022/03-2  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - PERBRÁS – EMPRESA BRASILEIRA DE PERFURAÇÕES LTDA.  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/METRO  
**INTERNET** - 25/10/2005

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO CJF Nº 0330-12/05**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Representação proposta com base nos art. 119, II, § 1º e 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), tendo em vista que a 2ª JfF ao deixar de apreciar todos os argumentos suscitados na peça impugnativa, não observou os princípios da ampla defesa e do contraditório. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

A PGE/PROFIS através do Procurador Chefe representa a este CONSEF a *“fim de que seja declarada a nulidade da Decisão de primeira instância, por vício insanável e ilegalidade flagrante, devendo o processo retornar à Junta de Julgamento Fiscal a fim de que seja apreciada e julgada como entender de direito, a questão relativa a aplicação da multa na constituição de crédito destinado a prevenir decadência na hipótese de existência de liminar judicial vedando a incidência do imposto.”*

Para que tenhamos conhecimento dos fatos e de como ocorreram às diversas fases deste processo torna-se necessário um breve resumo dos mesmos. E inicio retomando o relatório do Sr. Julgador de 1ª Instância onde afirma que o Auto de Infração lavrado em 19/11/03, no Posto Fiscal Aeroporto, exigia o valor de R\$18.701,47 de imposto, mais multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas constantes na DI nº 03/0952206-0. Quando da descrição dos fatos no Auto de Infração o autuante observou que *“o presente termo de ocorrência visa resguardar a Fazenda Pública Estadual com relação à exigibilidade futura do ICMS devido nesta operação. As mercadorias não foram apreendidas por força do Mandado de Segurança Processo nº 9417544/02”*.

Após intimação regular ocorrida em 05.02.2004 o autuado apresenta tempestivamente a sua impugnação (fls. 27 a 34), aduzindo em seu favor que se trata de empresa exclusivamente prestadora de serviços, estando sua atividade relacionada à exportação de petróleo, desenvolvendo prestação de serviços de perfuração, completação, restauração, estimulação, pescaria e abandono de poços petrolíferos e a assistência e serviços técnicos relacionados com essas atividades, e que necessita realizar a importação de determinados componentes e equipamentos a serem utilizados na realização de serviços específicos. Alega também que a exigência de ICMS nas operações de importações realizadas por pessoas físicas ou jurídicas que não sejam contribuintes é ilegal e inconstitucional, por entender que a competência outorgada ao Estado pelo artigo 155, inciso IX, alínea “a”, da CF/88, não alcança tais operações e que obteve liminar em Mandado de Segurança (nº 9.417.544/02), onde foi determinada pela autoridade judicial que o fisco estadual se abstenha de exigir o pagamento do ICMS referente às operações de importação de bens realizadas pelo autuado para utilização em sua prestação de serviço. Salientou que embora a fiscalização estadual tenha cumprido à referida ordem judicial permitindo o desembaraço aduaneiro dos bens importados, lavrou o presente Auto de Infração para evitar a decadência do direito do fisco constituir o crédito tributário, mas que mesmo assim, sustenta que a autuação é improcedente. Acrescentou que o imposto exigido vem sendo depositado judicialmente. Argumenta que o crédito tributário em questão não pode ser objeto de inscrição em dívida ativa, em razão da suspensão da sua exigibilidade por medida liminar

garantida nos autos de Mandado de Segurança nº 9.417.544/02, bem como dos depósitos judiciais relativos ao ICMS das referidas operações. Assevera não ser possível a exigência de multa e dos acréscimos moratórios, por se encontrar amparado por medida liminar, e que neste caso o crédito tributário só poderia ser formalizado sem qualquer multa, tendo em vista que a empresa não estava em mora ou inadimplente. Disse que a notificação do crédito tributário só ocorrerá quando a empresa for intimada da Decisão judicial transitada em julgado, sendo isto que no seu entender está previsto no art. 63, §§ 1º e 2º da Lei Federal nº 9.430/96. Conclui salientando que o mérito da autuação está sendo discutido através da via judicial, requer a procedência parcial da autuação, com a exclusão da parcela inerente às penalidades (multa por infração e acréscimos moratórios), e que seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário, com a conseqüente não inscrição do crédito em dívida ativa.

Em seu relatório o Sr. julgador de 1ª Instância resume a informação fiscal (fl. 42) afirmando que o autuante rebate a alegação defensiva de que é empresa prestadora de serviços/não contribuinte do ICMS, dizendo que os artigos 572 e 573 do RICMS/97 atribuem ao importador a responsabilidade pelo pagamento do imposto relativo às aquisições destinadas a contribuinte localizado neste Estado e sobre o questionamento a respeito da multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal ressalta que a mesma foi aplicada em razão da falta de recolhimento do imposto no desembaraço aduaneiro, e que o Auto de Infração foi lavrado para garantir a exigibilidade do ICMS, não havendo espaço no contencioso administrativo para a discussão sobre as questões de inconstitucionalidade da legislação tributária levantadas na defesa.

Em seu voto aquele julgador entende que no aspecto formal o PAF está correto *“haja vista que a autuação foi precedida de Termo de Apreensão, apesar de não ter sido apreendida a mercadoria em face da existência do Mandado de Segurança citado, e o débito encontra-se devidamente demonstrado, com a indicação de todas as parcelas que compõem a base de cálculo e o imposto devido, cujo contribuinte foi regularmente intimado sobre a autuação conforme documentos às fls. 23 e 24”*. Em seguida estranhamente acrescenta *“Tendo em vista que o sujeito passivo intentou o Mandado de Segurança de número 9417544/02 contra o Diretor do SAT em virtude de o autuado estar sob consulta, e por isso, não poderia ser instaurada qualquer ação fiscal requerendo, de logo, a remessa deste processo à 2ª Vara de Fazenda Pública, haja vista que se o referido Mandado for julgado procedente o Auto de Infração será nulo E conclui: Considerando que a matéria foi objeto de Mandado de Segurança impetrado pelo autuado, referindo-se aos fatos objeto do procedimento fiscal, fica esgotada a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, ficando prejudicada a defesa interposta, conforme art. 117 do RPAF/99 e assim, nos termos do art. 122 do RPAF/99, considero extinto o presente processo administrativo fiscal em decorrência do ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide e prejudicada a defesa referente ao presente Auto de Infração.”*

Em seguida sobre a Decisão são notificados autuante e autuado.

O PAF é encaminhado a PGE/PROFIS para que proceda ao controle da legalidade de acordo com o art. 31-A, I, da Lei nº 8.207/2002 com a redação introduzida pela LC nº 29/2003 combinado com o art. 113 do RPAF. A Sra. procuradora entende que para que este múnus seja exercido necessita que algumas questões sejam respondidas:

- a) a presente importação estava sub judice no momento do lançamento?
- b) A liminar concedida refere-se ao presente processo administrativo?
- c) Em caso positivo, qual o andamento do referido Mandado de Segurança? As respostas foram dadas através da Sra. procuradora Dra. Cinthya Fingergut e assim podemos resumi-las: O mandado de segurança foi ajuizado em outubro de 2002, preventivamente objetivando que a autoridade coatora *“exigisse de pessoa jurídica não contribuinte o ICMS referente à importação de bens para o ativo fixo. Portanto o writ foi anterior à lavratura do presente Auto de Infração em epígrafe lavrado em 19/11/03. Foi deferida liminar em 17/10/02, suspendendo-se a cobrança do ICMS sendo realizados regularmente os depósitos judiciais do*

*tributo do início da ação até 15.03.2005. Embora tenha sido interposto Agravo de Instrumento, para suspender os efeitos da liminar, o Tribunal de Justiça entendeu converte-lo em retido, em 12.03.2003, indeferindo o efeito suspensivo pleiteado. Ainda foi interposto Agravo regimental na tentativa de obter o efeito ativo do Recurso, também negado pelo TJ. Ao final, informa que os autos estão conclusos desde 31.03.05 para o ser despachado pelo MM Juiz, sendo as informações a serem prestadas, de acordo com o que requerido às fls. 62". Encontram-se acostadas ao PAF cópias das decisões sobre os referidos agravos bem como da petição inicial relativa ao Mandado de Segurança impetrado pelo autuado, a Decisão do Juízo a quo, cópias de recibos de depósitos judiciais, cópia do agravo de instrumento apresentado pela PGE/PROFIS.*

Em seguida consta uma Representação com fundamento na “*existência de vício insanável e ilegalidade flagrante nos termos do art. 119 da Lei nº 3.956/81 (COTEB)*”. Afirma a Sra. Procuradora que a “*Decisão recorrida equivocou-se ao extinguir o PAF em razão da escolha da via judicial*” Transcreve o art. 117, §1º, I e II do RPAF/99. “*Entende que a razão pela qual o RPAF prevê a extinção do PAF, no caso, é óbvia: evitar contradições de decisões entre a esfera administrativa e judicial, quando, então, essa última prevaleceria. Transcreve textos doutrinários e sobre eles conclui: “quando a matéria levada ao Judiciário não contempla toda a discussão administrativa, entendo data vênua, que 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. Entende que o autuado contesta a autuação em seus aspectos formais, além de discutir a legislação aplicável e contesta a aplicação da multa e a Decisão judicial não responderá ao contribuinte sobre todas as questões postas, quanto aos aspectos formais da autuação. E pergunta: “O questionamento do contribuinte ficará sem resposta?” E antes de concluir comenta que “o contribuinte faz jus a resposta a esse questionamento sob pena do seu direito de defesa cerceado e mais “a leitura da legislação estadual transcrita conduz à mesma conclusão, quando diz que os autos serão remetidos ao DARC caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo. “Conclui que estão demonstrados a ilegalidade flagrante e o vício processual insanável”. O Sr. procurador chefe lavra um despacho acolhendo o Parecer da Sr. procurador e acrescenta que “a presente representação tem como objeto apenas e tão somente, a ilegalidade relativa a não apreciação pelo CONSEF da questão suscitada pelo contribuinte (aplicação ou não da multa por força da Decisão judicial provisória), na medida em que ofende o princípio do devido processo legal, do qual são corolários a ampla defesa e o contraditório” . Em seguida “como mero opinativo, e sem caráter vinculativo ao Órgão julgador, acolho o entendimento no sentido que, ante o caráter provisório da Decisão liminar, a multa deve constar no crédito tributário constituído para prevenir a decadência, destacando que o crédito permanecerá com a exigibilidade suspensa até a Decisão judicial definitiva” E esclarece que ; “ eventual revogação da liminar, com julgamento definitivo pelo Poder Judiciário em favor da Fazenda Estadual, conduz à absoluta ineficácia do provimento inicial de caráter provisório, devendo prevalecer a Decisão final que transitar em julgado. Ao revés, se o contribuinte sair vitorioso da demanda judicial, tanto a multa quanto o valor principal serão considerados indevidos”E saliento que esse entendimento decorre do fato de inexistir, na legislação estadual, regras relativas à aplicação de multa na hipótese analisada, como ocorre, por exemplo no âmbito federal, por força do art. 63 da Lei nº 9430/96, assim ante a omissão da legislação estadual sobre o tema específico, devem prevalecer as regras gerais do processo civil relativas à eficácia de medidas liminares e à soberania da coisa julgada material”.*

## **VOTO**

Creio que devemos cingir a nossa apreciação ao quanto solicitado na Representação que, segundo palavras do Chefe da PGE/PROFIS tem como objeto tão somente a suposta ilegalidade ocorrida pelo fato de que o CONSEF não apreciou uma questão suscitada pelo contribuinte quanto a aplicação ou não da multa entendendo e agindo desta forma o órgão julgador ofendeu o

princípio do devido processo legal cerceando a defesa do autuado e desrespeitando um dos seus corolários que é o contraditório.

Trata-se, portanto, de um pedido que tem total amparo no sistema jurídico constitucional em particular no processo administrativo fiscal.

Como sabemos 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 preventivo, relaciona-se exclusivamente com uma discussão que diz respeito ao objeto principal do Auto de Infração: lançamento de um tributo 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 impugna-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.

Somos, portanto, pelo ACOLHIMENTO da Representação e assim o 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, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta. Retorne a 1ª Instância para que seja realizado o julgamento.

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

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

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