

PROCESSO - A. I. Nº 232950.0024/03-9
RECORRENTE - PETRORECÔNCAVO S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 2ª JJF nº 0154-02/04
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 11/12/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDAO CJF Nº 0465-12/07

EMENTA: ICMS. DECISÃO CITRA PETITA. NULIDADE. NÃO APRECIÇÃO DA INCIDÊNCIA DA MULTA. NOVA DECISÃO. Representação proposta com base no art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81, COTEB, tendo em vista que a 2ª JJF ao deixar de apreciar questões suscitadas na peça impugnativa, não observou os princípios da ampla defesa e do contraditório. Representação **ACOLHIDA**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade, interposta com base no art. 119, II, § 1º, do COTEB, pugnando pela nulidade da Decisão de fls. 160/162 e que outra seja proferida apreciando-se a questão da possibilidade de incidência da multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência.

O voto proferido pelo sr. relator na JJF e seguido pelos demais membros do órgão julgador *a quo* tem o seguinte teor :

“Na análise das peças processuais, constata-se que a acusação fiscal fez referência a falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas do exterior através da DI nº 03/0609627-1, Notas Fiscais de Entrada nº 0927 a 0932, emitidas em 30/07/2003, relativamente a diversos equipamentos, cujo autuado na condição de importador está estabelecido no Estado da Bahia. Conforme consta no Termo de Apreensão e Ocorrências às fls. 07 a 09, o Auto de Infração foi lavrado para resguardar o direito da Fazenda Pública com relação à exigibilidade futura do crédito tributário, haja vista a existência de Mandado de Segurança nº 8574891/01. 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 à fl. 10, com a indicação de todas as parcelas que compõem a base de cálculo e o imposto devido. Portanto, sobre o aspecto formal o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo porque se falar de sua nulidade, uma vez que o lançamento em questão está em conformidade com as disposições legais. Tendo em vista que o sujeito passivo intentou o Mandado de Segurança de número 857489/01 contra o Diretor da 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. 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. 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. Face ao exposto, resta PREJUDICADA a defesa referente ao presente Auto de Infração, devendo os autos ser remetidos à PGE/PROFIS para os fins da sua competência.

Encaminhada a PGE/PROFIS a sra. procuradora representa a este CONSEF e após breve síntese do ocorrido até aqui, informa que constam no PAF informações sobre a situação do processo judicial a ele referente inclusive do julgamento da Apelação interposta pelo Estado da Bahia contra a sentença proferida pela 2ª Vara da Fazenda Pública no Mandado de Segurança nº 140.01.857489-1, somente as operações de importação cujos fatos geradores tenham se dado em momento anterior à Emenda Constitucional nº 33, promulgada em 11.12.2001, estariam atingidas pelo *mandamus*. Em contrapartida todas as demais DIs que se referem a fatos geradores ocorridos na vigência da EC nº 33/2001 estariam excluídas da tutela obtida pela impetrante. Observa, porém, que tal Decisão ainda não transitou em julgado. Destaca que apesar de existir nos autos declaração do contribuinte de que houvera ocorrido o depósito judicial este fato não está comprovado.

Registra, porém que *“a Decisão proferida pelo Eg. CONSEF, através da sua 2ª JfF, data vênica, padece de nulidade na medida em que deixaram de ser apreciadas questões suscitadas pelo autuado, na sua impugnação ao lançamento administrativo, que não foram objeto do MS mencionado”*.

Relembra que só cabe a extinção do PAF sob o fundamento do art. 122 se houver identidade das questões suscitadas em nível administrativo e judicial. Verificou que a pretensão administrativa foi além pois referiu-se a impossibilidade de inscrição na dívida ativa e de exigência de multa e acréscimos moratórios. Observa, que a recusa de julgamento administrativo de tais questões implica em ofensa ao princípio do devido processo legal e mitiga a ampla defesa e o contraditório, garantias constitucionais do cidadão.

Desta forma entende que o PAF deve ser encaminhado, em primeiro lugar, ao CONSEF, na forma de Representação de que cuida o art. 119, II, §1º, do COTEB para que seja declarada nula a Decisão de fls. 160/162 e que outra seja proferida, apreciando-se a questão da possibilidade de incidência da multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência.

Comenta também a respeito da inscrição na Dívida Ativa a cargo da PGE/PROFIS.

Conclui sugerindo que sendo acolhida a representação ora proposta e, assim constituído o crédito tributário indene de vício a ilegalidade, deverá ser o mesmo inscrito em Dívida Ativa, oportunidade em que se diligenciará no sentido de verificar a situação do processo judicial, à época, para os devidos fins.

A Representação foi ratificada pelo sr. Procurador Assistente.

VOTO

A análise das peças processuais nos leva a concluir que a Representação da PGE/PROFIS deve ser acolhida, pois como bem colocaram a sra. procuradora e o sr. Procurador Assistente, a Decisão proferida padece de nulidade na medida em que deixaram de ser apreciadas questões suscitadas pela empresa autuada, na sua impugnação ao lançamento administrativo, em particular sobre a aplicação ou não da penalidade e que não foram objeto do Mandado de Segurança impetrado pelo contribuinte.

Como bem lembrou a representante da Procuradoria a extinção do PAF deve ocorrer na hipótese do art. 122, se houver identidade das questões suscitadas em nível administrativo e judicial. A JfF não poderia recusar-se a proceder ao julgamento administrativo sobre a questão levantada.

Agindo desta forma realizou um julgamento, como disse o sr. Procurador Assistente: *“citra petita”* o que implicou em ofensa ao princípio do devido processo legal e, de alguma forma, diminuindo a aplicação de outros princípios tais como a ampla defesa e o contraditório.

Concluo, desta forma, que a Decisão seja declarada nula e que outra seja proferida, apreciando-se a questão da possibilidade de incidência da multa de ofício na constituição do crédito

tributário destinada a prevenir a decadência e, como tal, seja a representação da PGE/PROFIS acolhida.

Voto pelo ACOLHIMENTO da Representação interposta, para que seja declarada NULA a presente Decisão e que outra seja proferida indene de ilegalidades.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **ACOLHER** a Representação proposta, devendo retornar à Primeira Instância para proferir nova Decisão.

VOTO VENCEDOR (Quanto a Fundamentação) - Conselheiros: Helcônio de Souza Almeida, Nelson Antônio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira, Márcio Medeiros Bastos e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO (Quanto a Fundamentação) - Conselheiro: Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS – REPR. PGE/PROFIS