

PROCESSO - A. I. Nº 0050449303/86
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BAKER HUGHES EQUIPAMENTOS LTDA. (HUGHES TOOL DO BRASIL EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LIMITADA)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS – Acórdão 2ª Câmara nº 564/87
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA (INFAZ PIRAJÁ)
INTERNET - 08/10/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0314-12/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. FALTA DE DETERMINAÇÃO DA MULTA APLICADA EM RELAÇÃO À INFRAÇÃO 2 DO PAF – UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. CERCEAMENTO DE DEFESA E DECISÃO NÃO FUNDAMENTADA. NOVA DECISÃO. Representação proposta de acordo com o art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja declarada a nulidade da Resolução nº 564/87 proferida pela 2ª Câmara deste Colegiado, tendo em vista a omissão na aplicação da multa relativa à infração 2 do presente Auto de Infração. É nula, por cerceamento de defesa, e as decisões não fundamentadas, conforme determinações do art. 18, incisos II e III do RPAF/BA (Dec. nº 7.629/99). A referida omissão não pode ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, pois implicaria supressão de instância. O processo deve retornar à primeira instância para nova Decisão. Representação **ACOLHIDA**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS com fundamento no artigo 119, II, e seu § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e art. 31-A, inciso I, da Lei nº 8.207/02, que, dentro da sua competência para efetuar o controle da legalidade do Processo Administrativo Fiscal, propõe que seja decretada a nulidade da Resolução Nº 564/87 proferida em 28/09/1987 pela então 2ª Câmara deste Colegiado, tendo em vista a presença de omissão nela existente.

O Auto de Infração foi lavrado em 31/10/1986 para exigir ICM sob as seguintes acusações:

1. Falta de recolhimento do imposto normal no exercício de 1984 no valor de Cr\$182.008.523,00, apurado através de levantamento de mercadorias tributadas saídas como isentas. Foi aplicada multa de 50%, conforme determinações do art. 455, inciso II, do RICM (Decreto nº 28.593/81)
2. Utilização indevida de crédito fiscal nos exercícios de 1984, 1985 e 1986 no valor de Cr\$353.098.917,00, apurado através de levantamento de mercadorias saídas para empresas sob contratos de risco. Foi aplicada multa de 60%, conforme determinações do art. 455, inciso XVIII, do RICM (Decreto nº 28.593/81)

A 2ª Câmara deste Colegiado proferiu a seguinte resolução: *E, diante do quanto dos autos consta, resolve o CONSEF através da sua 2ª Câmara e a unanimidade dos seus pares, julgar como julga PROCEDENTE o A. I. 00504493/86 condenado o autuado ao pagamento do débito acrescido da multa capitulada no Art. 455, inc. II do RICM.*

Em 05/01/1989 os autos foram encaminhados para inscrição em Dívida Ativa (Dívida Ativa). Nesta ocasião foi observada a omissão constante na Resolução proferida houve a determinação do percentual da multa a ser aplicada para

tratando apenas da multa relativa à infração 1 (fl. 83). O processo foi encaminhado à DIRET/PROFI objetivando a verificação e informação, em relação à Decisão proferida na ação movida pelo autuado contra a Fazenda Pública e qual o destino dos depósitos efetuados que noticiam os documentos de fls. 51 a 56 (fl. 83).

Consta à fl. 84 a seguinte informação: o autuado propôs *Medida cautelar preparatória de Depósito em 27/12/84, visando depositar os valores que seriam devidos nas operações de saída de seus produtos a empresas estrangeiras destinatárias de contrato de risco com a Petrobrás. Portanto a partir de 11/84 todo o imposto que a autuante entendeu devido está depositado judicialmente, visto que a matéria é objeto de discussão através da Ação Anulatória Ordinária nº 2/85. Sendo assim, apenas 2 das parcelas (setembro e outubro) é que não estão abrigadas pela Medida Cautelar de Depósito nº 1/85, pendente de julgamento na 1ª V.F.P.*

Das fls. 85 a 105 dos autos constam:

- 1) Ajustes da moeda, já que, embora a época dos fatos geradores ela tenha sido cruzeiro, o lançamento fiscal ocorreu quando a moeda já era cruzado.
- 2) Buscas junto ao poder judiciário do andamento das ações existentes e referentes ao presente PAF.
- 3) Informações prestadas pela PGE/PROFIS ao Tribunal de Contas do Estado da Bahia.

Em 7/7/2010, a PGE/Profis apresenta Representação a este CONSEF (fls.106/107). Nela, ressalta que, como a Decisão do órgão julgador nada disse acerca da multa concernente à infração 2 (uso indevido de crédito fiscal), capitulada no art. 455, XVIII, do RICM, o fato conduzia à nulidade da Decisão, “*ante a impossibilidade de determinar, com clareza, o montante do débito tributário*”. E, ademais, o contribuinte titulariza o direito de obter pronunciamento do órgão julgador administrativo quanto às penalidades a ele aplicadas.

Assim, em obediências aos princípios que norteiam o processo administrativo fiscal, bem como, para possibilitar o sucesso de futura cobrança judicial, se houver, imperioso o saneamento do vício constatado.

Conclui afirmando textualmente: *Destarte, à luz do § 1º, do art. 119, do COTEB, faz-se necessária a representação, por essa Procuradoria Fiscal, ao Conselho Estadual de Fazenda – CONSEF, para o fim de ver retificada a resolução inserta no acórdão CJF nº 564/87 em espeque. Com fundamento em tudo quanto acima exposto, bem assim no art. 136, § 2º, do COTEB, representamos ao Conselho Estadual de Fazenda – CONSEF pela nulidade do Acórdão CJF nº 564/87, através do qual a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal julgou a defesa interposta pelo contribuinte.*

Submete seu Parecer ao crivo da Procuradora Assistente do Núcleo de Consultoria e Assessoria da PGE/PROFIS.

Em despacho (fl. 108) a Procuradora Assistente da PGE/PROFIS ratifica o Parecer exarado e encaminha os autos a este CONSEF.

Na sessão de julgamento do dia 09/09/2010, o Conselheiro Nelson Antonio Dahia Filho, de ofício, levantou a questão da prescrição do crédito tributário, à luz do art. 174 do Código Tributário Nacional – CTN, tendo em vista que a Fazenda Pública Estadual deixou transcorrer por mais de cinco (05) anos o direito de cobrança do referido crédito.

O representante da PGE/PROFIS, procurador João Sampaio Rego Neto, em manifestação a respeito da matéria levantada pelo Conselheiro Nelson Antonio Daiha Filho, teceu considerações acerca da prescrição, entendendo que não cabe ao CONSEF apreciar esta matéria. Ressaltou o representante da PGE/PROFIS que a “*análise administrativa, feita em grau de instância, independente e especializada, homenageia os princípios da verdade real e da justiça material. Com efeito, trata-se de uma fase necessária para constituição da verdade real e da justiça material. Analisa o lançamento*”.

aspectos, inclusive a decadência eventual do auto. Porém a prescrição opera-se em um momento posterior ao lançamento, não sendo, portanto, vício que adere o lançamento e sim a cobrança do crédito. Em assim sendo, o CONSEF não pode se desincumbir da análise do lançamento quanto ao instituto da prescrição”.

VOTO

Ressalto, neste momento, de que a questão levantada de ofício nesta sessão de julgamento é matéria alheia ao pedido feito pela PGE/PROFIS. Em assim sendo, restrinjo-me à análise do pedido requerido por aquele Órgão Jurídico.

Nos termos do art. 113 do RPAF, que indica a competência da Procuradoria Fiscal, órgão da Procuradoria Geral do Estado para efetuar o controle de legalidade, veio ela representar a este CONSEF, com supedâneo no art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja decretada a nulidade da Resolução nº 564/87 proferida pela 2ª Câmara deste Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, datada de 28 de setembro de 1987, tendo em vista ter havido omissão na indicação da multa a ser aplicada em relação à infração 2 do lançamento fiscal que trata da utilização indevida de crédito fiscal nos exercícios de 1984, 1985 e 1986, como indicado.

Ao analisar as peças processuais, resta clara e expressa a constatação da mencionada omissão. Por outra banda, não se pode discutir de que o contribuinte tem o direito de saber o valor total do tributo (imposto, correção monetária, quando houver, acréscimos moratórios e multa aplicada) a ele imputado.

Em vista desta situação, somente posso me alinhar com o entendimento externado pela Douta PGE/PROFIS. E, o próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal deste Estado - RPAF/BA assim determina. O seu art. 18, incisos II e III, prevê de que são nulos *os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa e as decisões não fundamentadas.*

Assim, acolhendo a Representação da PGE/PROFIS, voto pela nulidade da Resolução nº 564/87. E, como a referida omissão não pode ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, pois implicaria supressão de instância, o processo deve retornar à primeira instância para nova Decisão.

VOTO DIVERGENTE

Divirjo do entendimento manifestado pela insigne Conselheira Relatora, tendo em vista que no caso vertente existe um obstáculo intransponível – prejudicial de mérito - que impede a análise da matéria invectivada na Representação apresentada pela Douta PGE/PROFIS, qual seja, a **prescrição do direito** da Fazenda Pública Estadual exigir o crédito tributário.

Ab initio, em breve prelôquio, cumpro-me tecer algumas considerações acerca do opinativo exarado pela Douta PGE/PROFIS na assentada do julgamento, entendendo não ser possível ao julgador do CONSEF acolher, nos seus votos, o fenômeno da prescrição.

Invoco no particular, inclusive, os princípios da verdade material e da legalidade, utilizados pelo referido órgão jurídico, justamente para, ao revés daquele entendimento, justificar e demonstrar, de forma cabal, a competência do CONSEF e, conseqüentemente, de seus Conselheiros, para aplicar a prescrição do crédito tributário.

Preceitua o art. 2º, caput, do RPAF, que norteia o processo administrativo fiscal *in verbis*:

“Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito”. (grifos nossos)

No que tange ao **princípio da oficialidade**, Hely Lopes Meirel
aquele que:

Created with

*“... atribui sempre a movimentação do processo administrativo à Administração, ainda que instaurado por provocação do particular: uma vez iniciado passa a pertencer ao Poder Público, a quem compete o seu impulsionamento, até a decisão final. Se a administração o retarda, ou dele se desinteressa, infringe o **princípio da oficialidade**, e seu agentes podem ser responsabilizados pela omissão”.* (grifos nossos)

Outrossim, no que pertine ao **princípio da verdade material**, traz-se à colação doutrina de Odete Medauar acerca da matéria, no sentido de que:

“... o princípio da verdade material ou verdade real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos.” (grifos nossos)

Por fim, de referência ao **princípio da legalidade objetiva**, Marcelo Alexandrino o define como sendo *“toda a atuação da administração pública exige que o processo administrativo seja instaurado e conduzido com base na lei e com a finalidade de preservar o império da lei.”*

Ora, da simples leitura dos conceitos supra expendidos e do quanto erigido na legislação tributária estadual, deflui-se, com clareza solar, que não existe qualquer vedação no ordenamento jurídico pátrio que obste ou impeça a aplicabilidade da **prescrição** do crédito tributário no âmbito do processo administrativo fiscal.

Ao contrário, o RPAF/99 determina que sejam respeitados os princípios da oficialidade e da verdade material.

Mas não é só. Ao elencar, *numerus clausulus*, as matérias que não podem ser objeto de apreciação por parte do CONSEF, o legislador não indica ou ao menos faz referência à impossibilidade de aplicação da prescrição. Eis a dicção do referido artigo normativo:

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I – a declaração de inconstitucionalidade;

II – questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida;

III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.”

Ademais, o próprio RPAF/99, de forma expressa, consigna que são aplicáveis ao processo administrativo fiscal, de forma subsidiária, os ditames do Código de Processo Civil, como se depreende da simples leitura do art. 180, soto reproduzido:

“Aplicam-se subsidiariamente ao processo administrativo fiscal as normas do Código de Processo Civil.”

Cura salientar, inclusive, que, já existe precedente de nossa lavra nessa diretiva, a exemplo do que sói ocorrer na Representação intentada pela PGE/PROFIS nos autos do Auto de Infração nº 538723904, que resultou no Acórdão nº 0364-12/09.

Destarte, firme nas razões e fundamentos supra alinhavados, divirjo do entendimento externado pela PGE/PROFIS na assentada do julgamento, entendendo que não só pode, como **deve**, o julgador administrativo vinculado ao CONSEF aplicar o fenômeno da **prescrição** quando da análise do processo administrativo fiscal.

Tecidas essas considerações prefaciais, ingresso na apreciação do *meritum causae*.

Isso porque o crédito tributário restou definitivamente constituído desde o **mês de agosto de 1988**, quando fora proferida decisão administrativa definitiva, transitada em julgado, passando, desde então, a transcorrer o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para que o Fisco Estadual intentasse a competente ação executiva, o que não ocorreu até a presente data, ou seja, mais de **22 (vinte e dois) anos** depois.

Nesse sentido, eis o que preceitua o art. 174, *caput*, do Codex Tributário Nacional, *in litteris*:

“Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (ci constituição definitiva”.

Outrossim, impende salientar que durante o lapso temporal decorrido não ocorrera nenhuma das hipóteses de interrupção do prazo prescricional indicadas nos quatro incisos do parágrafo único, do artigo de lei supra invocado.

Daí porque, inegavelmente, aplica-se *in casu* o comezinho brocardo latino “*dormientibus non succurrit jus*” ou o “*direito não socorre aos que dormem*”.

Ademais, é de corriqueira sabença que a prescrição – prejudicial de mérito que é – pode ser invocada, de ofício, pelo julgador, à luz do quanto disposto no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo fiscal, soto reproduzido:

“Art. 219. (...)

§ 5º - O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição;”

Destarte, invocando, de ofício, o fenômeno da prescrição, voto no sentido de NÃO ACOLHER a Representação interposta para julgar improcedente o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **ACOLHER** a Representação proposta, devendo o processo retornar à Primeira Instância para nova Decisão.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as): Mônica Maria Roters, Valtércio Serpa Júnior e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE: Conselheiros: Nelson Antonio Daiha Filho, Carlos Henrique Jorge Gantois e José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – VOTO DIVERGENTE

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS