

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 51.065 - RJ
(2016/0123185-1)**

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
RECORRENTE : PRECON INDUSTRIAL SA
ADVOGADOS : WERTHER BOTELHO SPAGNOL - MG053275
OTTO CARVALHO PESSOA DE MENDONCA - RJ163682
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : LAURO DA GAMA E SOUZA JÚNIOR E OUTRO(S)

DECISÃO

Cuida-se, originariamente, de mandado de segurança impetrado por **Precon Industrial SA**, contra ato atribuído ao Secretário de Estado da Fazenda do Rio de Janeiro, consistente na decisão em recurso hierárquico que reformou o *decisum* proferido pelo Pleno do Conselho de Contribuintes que anulava o Auto de Infração 03.236749-2 (PTA E-04-061467/2009).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro denegou a segurança, em aresto assim ementado (fl. 96):

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. RECURSO HIERÁRQUICO. REVISÃO ADMINISTRATIVA DE DECISÃO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES. ART. 266, II, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO ESTADUAL.

LIMINAR INDEFERIDA. AGRAVO REGIMENTAL. MANDAMUS APTO A JULGAMENTO.

O RECURSO HIERÁRQUICO PERMITE AO SECRETÁRIO DA FAZENDA REVER A DECISÃO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES QUANDO FOR CONTRÁRIA À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA OU À EVIDÊNCIA DA PROVA CONSTANTE NO PROCESSO. INSTRUMENTO DE CONTROLE DE LEGALIDADE DE QUE DISPÕE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. A IMPETRANTE NÃO INFIRMOU O FATO DE QUE TENHA DESCUMPRIDO OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS E NÃO COMPROVOU QUE A DECISÃO DO SECRETÁRIO DE FAZENDA ULTRAPASSOU OS LIMITES DE SUA COMPETÊNCIA.

PARECER DA DOUTA PROCURADORA DE JUSTIÇA PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

DENEGADA A SEGURANÇA, PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL.

No recurso ordinário, a parte recorrente sustenta: (I) a ilegalidade da existência de recurso hierárquico apenas para a Fazenda Estadual, por ofensa ao princípio da isonomia; (II) a impossibilidade de reanálise do mérito da decisão proferida pelo Conselho de Contribuintes, em sede de recurso hierárquico, que se destinaria apenas à correção de eventuais nulidades e ilegalidades patentes cometidas pelo tribunal administrativo; (III) o cumprimento dos requisitos da Lei Estadual 1.954/92, razão pela qual faz jus ao aproveitamento de créditos de ICMS.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Suprocurador-Geral da República José Bonifácio Borges de Andrada, opinou pelo desprovimento do recurso, nos termos da seguinte ementa (fl. 353):

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO HIERÁRQUICO DIRIGIDO AO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. CABIMENTO. LEGALIDADE. PRECEDENTES.

- *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça posicionou-se pela legalidade do recurso hierárquico interposto pelo Fisco ao Secretário da Fazenda, pois, em razão do princípio hierárquico, a Administração pode, por meio de autoridades superiores, rever os atos de seus subordinados.*
- *Parecer pela negativa de provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.*

É O RELATÓRIO.

No Estado do Rio de Janeiro, o cabimento do recurso hierárquico dirigido ao Secretário de Estado da Fazenda contra decisão do Conselho de Contribuintes está previsto no art. 266, II, do Código Tributário fluminense (Decreto-Lei 05, de 15 de março de 1975), *verbis*:

Art. 266 – Das decisões do Conselho cabe recurso:

[...]

II – para o Secretário de Estado de Fazenda, quando a decisão de Câmara, ou a decisão acordada por menos de $\frac{3}{4}$ (três quartos) do Conselho Pleno, desfavorável à Fazenda, for contrária à legislação tributária ou à evidência da prova constante no processo, e não couber o recurso previsto no inciso anterior, mantido o princípio do contraditório.

Sobre a discussão dos autos, as duas Turmas que compõem a Primeira

Seção deste STJ consolidaram o entendimento de que é legítima a previsão do recurso hierárquico previsto no art. 266 do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro. Confirmam-se os julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 266 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. RECURSO HIERÁRQUICO DIRIGIDO AO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA CONTRA DECISÃO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTE. LEGALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.

1. "Art. 266. Das decisões do Conselho cabe recurso: (...) II - para o Secretário de Estado de Fazenda, quando a decisão de Câmara, (...) desfavorável à Fazenda, for contrária à legislação tributária (...)" (Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro, artigo 266).

2. "Recurso hierárquico da Fazenda manifestado contra decisório proferido pelo Conselho de Contribuintes - art. 266, II, do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro - não viola os preceitos constitucionais da igualdade processual, da ampla defesa e do devido processo legal. Precedentes." (RMS nº 15.114/RJ, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, in DJ 26/9/2005).

3. Não há falar em ilegalidade qualquer em função da interposição de recurso hierárquico fundado na legislação de regência, por ser a decisão do Conselho de Contribuintes "contrária à legislação tributária", tampouco em razão de decisão devidamente fundamentada, que expôs com clareza a controvérsia posta na insurgência recursal e declinou todos os fundamentos fácticos e jurídicos que embasaram a decisão final.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RMS 32.088/RJ, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 02/02/2011)

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO HIERÁRQUICO DIRIGIDO AO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. CABIMENTO. LEGALIDADE. PRECEDENTES.

A jurisprudência desta Corte posicionou-se pela legalidade do recurso hierárquico interposto pelo Fisco ao Secretário da Fazenda, pois, em razão do princípio hierárquico, a Administração pode, por meio de autoridades superiores, rever os atos de seus subordinados.

Agravo regimental provido, para negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

(AgRg no AgRg no RMS 23.497/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 23/11/2010)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 105, II, B, DA CF/1988. TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO HIERÁRQUICO. DECISÃO DO SECRETÁRIO DA FAZENDA ESTADUAL QUE REFORMOU JULGAMENTO DE ÓRGÃO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES. REEXAME DE MÉRITO DA DECISÃO COLEGIADA. POSSIBILIDADE.

1. O artigo 266 do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro, (com redação alterada pela Lei Estadual n.º 3.188/99) dispunha que, verbis: "Art. 266. Das decisões do Conselho cabe recurso: [...] II - para o Secretário de Estado de Fazenda, contra as decisões do Conselho Pleno, que, desfavoráveis à Fazenda, violem a legislação tributária."

2. O efeito devolutivo do recurso administrativo equipara-se ao deferido à impugnação judicial, por isso que o recurso hierárquico é servil à correção de erros in procedendo e in judicando, como sói ser o reconhecimento de violação da "legislação tributária", expressão que não se adstringe ao due substantive process of law.

3. Consectariamente, concluiu com acerto o aresto recorrido que (fl.

236): "MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE REJEITADA. IMPETRANTE QUE ATACOU ATO DO IMPETRADO, AO PROVER O RECURSO HIERÁRQUICO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. RECURSO COM PREVISÃO LEGAL. PODER DA ADMINISTRAÇÃO EM REEXAMINAR OS SEUS ATOS, POIS O INTERESSE PÚBLICO DEVE PREVALECER SOBRE O INTERESSE PARTICULAR. SÚMULA Nº 473 DO STF. REVOGAÇÃO DA LIMINAR E DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA."

4. Recurso ordinário desprovido, divergindo da E. Relatora.

(RMS 26.874/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 25/05/2010)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. CONSELHO DE CONTRIBUINTES. DECISÃO CONTRÁRIA À FAZENDA ESTADUAL. RECURSO HIERÁRQUICO. SECRETÁRIO ESTADUAL DE FAZENDA. REFORMA DE MÉRITO. POSSIBILIDADE.

1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual é possível a reforma da decisão do Conselho de Contribuintes pelo Secretário Estadual de Fazenda por meio de interposição de recurso hierárquico, na forma prevista no Código Tributário Estadual do Rio de Janeiro.

2. *Tem-se aí a única conclusão possível porque, se ao contribuinte é dado recorrer ao Judiciário em caso de decisão contrária a seus interesses, a Fazenda não pode fazê-lo com o objetivo de anular atos próprios.*

3. *Não há violação ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que a previsão de cabimento do recurso hierárquico tem sede legal, pendendo a seu favor a presunção de constitucionalidade, na medida em que se desconhece impugnação acerca da compatibilidade dessas normas com a Constituição da República vigente.*

4. *Precedentes das Turmas que compõem a Primeira Seção.*

5. *A redação do art. 266, § 2º, do Decreto-lei n. 5/75 (Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro), com redação dada pela Lei n. 4.014/02, é clara ao asseverar que "[d]as decisões do Conselho cabe recurso: [...] para o Secretário de Estado de Fazenda, quando a decisão de Câmara, ou a decisão acordada por menos de $\frac{3}{4}$ (três quartos) do Conselho Pleno, desfavorável à Fazenda, for contrária à legislação tributária ou à evidência da prova constante no processo, e não couber o recurso previsto no inciso anterior, mantido o princípio do contraditório".*

6. *A menção a "decisão desfavorável" engloba tanto as decisões de admissibilidade como as de mérito, daí porque incabível a interpretação pretendida pela contribuinte-agravante.*

7. *Lembre-se, por fim, que, na espécie, o procedimento administrativo já ocorreu na vigência da nova redação do art. 266, § 2º, do Decreto-lei n. 5/75.*

8. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no RMS 26.512/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27/04/2010)

Na espécie, o Tribunal carioca assim se manifestou (fls. 98/99):

No caso concreto, a Terceira Turma do Conselho de Contribuintes, por voto de qualidade, admitiu o creditamento de ICMS realizado por PRECON INDUSTRIAL SA., relativamente a incentivo à cultura por ela prestado na forma da Lei n.º 1.954/92 (cf. fls. 92/96, do Anexo).

O SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, por sua vez, cassou o Acórdão da Terceira Turma do Conselho de Contribuintes acima referido e restabeleceu os efeitos do Auto de Infração n.º 03.236749-2 (PTA n.º E-04-061467/2009), por entender que a decisão não observou o disposto no art. 34, da Lei Estadual n.º 2657/96, in verbis:

"Art. 34 - O direito ao crédito é condicionado à idoneidade da documentação e à sua regular escrituração, nos prazos e condições estabelecidos na legislação".

Ora, o recurso hierárquico constitui instrumento de controle de legalidade que autoriza o Secretário da Fazenda Estadual a

rever decisão do Conselho de Contribuintes quando for contrária à legislação, nos termos do art. 266, II, do Código Tributário Estadual. [...]

A rigor, a impetrante não infirmou o fato de que tenha descumprido obrigações acessórias, além de não demonstrar que a decisão do Secretário de Fazenda ultrapassou os limites de sua competência, conforme bem ressaltado pela douta Procuradora de Justiça.

Por estar em conformidade com o entendimento jurisprudencial acima demonstrado, não merece reparos o acórdão recorrido.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso ordinário.

Publique-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator