

PROCESSO	- A.I. Nº 293575.0801/02-7
RECORRENTE	- ROGIL MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0245-03/03
ORIGEM	- INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET	- 06/11/03

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0128-12/03

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, em conformidade com o art. 117, do RPAF/99. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário da decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado PROCEDENTE o Auto de Infração nº 293575.0801/02-7, exigindo pagamento do imposto no valor de R\$99.939,69, relativo a recolhimento efetuado a menor, por erro na apuração do valor do tributo, vez que o contribuinte recolheu o imposto como se fosse empresa de pequeno porte, apesar de cadastrado na condição de contribuinte NORMAL.

A 3ª JJF, verificando que o procedimento fiscal seguiu as regras legais pertinentes, que foi respeitada a capacidade contributiva, uma vez que a base de cálculo do imposto foi apurada de acordo com as operações mercantis realizadas e que a autuação se fundamenta em documentos fiscais, rejeitou as preliminares de nulidade suscitadas. Afastou, também, a alegação de inconstitucionalidade de lei por não ser órgão competente para tal e indeferiu o pedido de diligência formulado por entender suficientes as informações constantes nos autos para a formação de seu convencimento.

No mérito, verificou que o contribuinte foi desenquadrado de ofício do regime SimBahia pela autoridade competente, fato objeto de Mandado de Segurança com concessão de medida liminar que foi suspensa pelo TJ/BA, tendo em vista ter obtido seu enquadramento através de declarações inexatas e emissão irregular de documentos fiscais, verificou o acerto da acusação fiscal, inclusive do montante de débito exigido.

O recorrente interpôs Recurso Voluntário em que requer que o “... acolhimento e processamento do presente Recurso, com apreciação de todas as questões nele argüidas em 34 páginas, ponto por ponto, sob pena de tornar-se verdadeiros as questões não rebatidas no r. julgamento, a ser prolatado, para então, *tornar insubsistente o respeitável Auto de Infração...*”. Requer também que a SEFAZ não se abstenha de expedir certidões negativas, quando as solicitar.

A PGE/PROFIS, em Parecer da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, opinou pelo Não Provimento do Recurso apresentado, tendo em vista que a liminar em Mandado de Segurança não impede a constituição do crédito, apenas sobrestando a exigibilidade do crédito fiscal. Quanto ao desenquadramento de ofício disse entender que foi praticado de acordo com a lei vigente, que

seus motivos estavam bastante esclarecido pelo autuante e pela JJF, não tendo o autuado conseguido provar que não cometeu os atos que lhe foram imputados.

## VOTO

O Recurso Voluntário apresentado tem 43 páginas e o autuado requer a análise, ponto por ponto, das questões suscitadas em 34 delas, sem, no entanto, as especificar, ficando assim prejudicado o seu pedido. Além disso, no curso do presente processo, o sujeito passivo impetrou Mandado de Segurança, tendo a PGE/PROFIS entendido que o MS não impede a constituição do crédito tributário, embora fique sobrestada a sua exigibilidade, consoante dispõe o art. 151, inciso IV do CTN (Lei nº 5172/66)

Porém, considerando o que dispõe o COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia, em seu art. 126:

*“Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou Recurso Voluntário, importando tal escolha à desistência da defesa ou do Recurso Voluntário interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à Procuradoria da Fazenda Estadual para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.”*

e, também o art. 125, inciso II, do citado diploma legal estadual, com a redação dada pela Lei nº 7.438, de 13/01/99, estabelece que não se inclui na competência dos órgãos julgadores, a questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida:

*“Art. 125. 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.”*

entendo que fica prejudicado o exame na esfera administrativa, por imposição legal. Por isso, julgo EXTINTO o processo na via administrativa, devendo ser os autos encaminhados à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, conforme prevê o art. 126 da citada lei estadual.

*“Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à Procuradoria da Fazenda Estadual para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.”*

## VOTO DIVERGENTE

Peço vênia para discordar do ilustre relator, pois entendo que o Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo deva ser conhecido e apreciado pelo colegiado da Câmara, como o fez a Junta de Julgamento Fiscal.

Dispõe o art. 117 do RPAF/99 que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa na renúncia de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou do recurso acaso interposto, devendo o Auto de Infração ser remetido à Procuradoria Fiscal (PGE/PROFIS) para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis. Entendo que esse dispositivo se refira aos termos da matéria discutida no Auto de Infração, ou seja, que a medida judicial processada em

paralelo com a discussão judicial deva envolver as mesmas causas de pedir (identidade de ações).

Da leitura dos autos, o que pude deduzir é que esta identidade não existe no caso em lide. A medida judicial interposta pelo contribuinte (Mandado de Segurança), teve por objetivo atacar a decisão da autoridade fiscal que o exclui de ofício do regime simplificado de apuração do ICMS denominado SimBahia. A ação interposta resultou na concessão de liminar, na 1ª Instância de julgamento, medida que foi posteriormente cassada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

No processo administrativo fiscal, discute-se outra questão, ainda que correlata com a primeira: a exigência de ICMS pelos critérios normais de tributação, através da sistemática de apuração de débito e crédito, em contraposição ao adotado pelo contribuinte, que entendeu ter direito de pagar o imposto, devido à Fazenda Pública, pelo regime simplificado.

Entendo que são distintas as questões substanciais trazidas nas duas ações. Na ação judicial discute-se a legalidade do ato de exclusão do contribuinte do SimBahia. No processo administrativo a controvérsia gira em torno do ato de lançamento tributário, através do qual a fiscalização apurou débito de ICMS. Os atos impugnados nas duas ações diferem totalmente quanto ao conteúdo e finalidade. Percebo que apesar do direito sustentado pelo recorrente, de pagar o ICMS na forma simplificada, vincular-se ao ato cuja legalidade se discute na esfera judicial, essa circunstância não afasta a competência do Conselho de Fazenda de examinar as questões formais e materiais que integram o lançamento de ofício e sobre elas pronunciar decisão, ainda que sua eficácia (executoriedade) dependa do resultado de outro processo. Deve a Administração Pública utilizando-se do devido processo legal fazer o controle de seus atos em atendimento ao princípio da legalidade objetiva.

Voto, portanto, pelo CONHECIMENTO e PROCESSAMENTO do Recurso Voluntário interposto.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 293575.0801/02-7, lavrado contra **ROGIL MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo o mesmo ser encaminhado a PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros - César Augusto da Silva Fonseca, Fauze Midlej, José Raimundo Ferreira dos Santos e José Carlos Barros Rodeiro.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros - Tolstoi Seara Nolasco e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de Outubro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA – RELATOR / VOTO VENCEDOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – VOTO DIVERGENTE

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS