

PROCESSO - A.I. Nº 2985740100/98-7
RECORRENTE - COBAPE - AUTOMÓVEIS PEÇAS E EMPREENDIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0813/01
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 30.06.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0327-11/03

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OUTROS CRÉDITOS LANÇADOS NO RAICMS ATRAVÉS DE MANDADO DE SEGURANÇA. Fica prejudicada a decisão quanto ao mérito, haja vista que houve ingresso em juízo pelo sujeito passivo, relativamente à matéria objeto da lide, esgotando-se a instância administrativa. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/10/98, refere-se à exigência de R\$189.373,75 de imposto, mais multa, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de crédito fiscal lançado no livro RAICMS, na coluna Outros Créditos, com a observação, “conforme sentença Processo nº 545512, Mandado de Segurança de 21/07/97”.
2. Utilização indevida de crédito fiscal lançado no livro RAICMS, na coluna Outros Créditos, referente às Notas Fiscais de números 100045, 106860 e 135280, com a observação, “complemento para utilização de crédito fiscal”.

Quanto à infração 1, foi alegado pela defesa que a empresa autuada atua na área de revenda de veículos novos, sujeitando-se ao regime da substituição tributária, conforme arts. 352, inciso II e 353, inciso II, alínea “r” do RICMS-BA. Disse que a montadora da qual é revendedora, ao faturar os veículos aplicava o previsto no art. 61, I do RICMS-BA, utilizando o preço de tabela sugerido para revenda, e a Secretaria da Fazenda deste Estado vem impedindo o autuado de proceder ao creditamento da diferença existente entre o valor base adotado pela montadora para cálculo do ICMS, e valor real de venda do veículo, que pode ser inferior àquele, haja vista que a montadora utiliza-se de um preço fictício para a retenção do ICMS, e somente quando da revenda do veículo é que se poderá chegar à verdadeira base de cálculo. Assim, o autuado disse que ingressou com Mandado de Segurança visando ter assegurado o seu direito ao creditamento da diferença do imposto retido a mais. A defesa tece comentários sobre o regime da substituição tributária e a Constituição Federal, afirmando que o ressarcimento do imposto retido a mais é uma forma de possibilitar a aplicação do princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS. Cita os ensinamentos de Roberto Siqueira Campos em trabalho publicado na Revista de Direito Tributário, fala sobre os trabalhos do tributarista Sacha Calmon Navarro Coelho, além de Aroldo Gomes de Mattos.

Relativamente à infração 2, foi alegado que em decorrência da Lei Complementar nº 87/96, as aquisições de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado passaram a gerar crédito fiscal. Cita as normas estabelecidas no art. 359 do RICMS-BA, quanto à emissão de nota fiscal e destaque do imposto referente a mercadorias que já foram objeto de substituição tributária. Disse que a

situação da Nota Fiscal nº 100045, de 19/06/97 corresponde à previsão legal, haja vista que se trata de complemento para utilização de crédito de ICMS não destacado na Nota Fiscal nº 76.777, de 05/05/97, mercadoria sujeita à substituição tributária. Assim, a defesa descreveu os seguintes fatos que resultaram na emissão dos documentos fiscais objeto do segundo item do Auto de Infração:

- a) a nota fiscal original se refere a venda de veículos destinados ao ativo imobilizado da empresa adquirente;
- b) o documento fiscal emitido pela venda não constou destaque do imposto, e, tendo notado a omissão no documento fiscal original, impossibilitando o adquirente utilizar o crédito fiscal, foi emitida outra nota fiscal em cumprimento a solicitação do adquirente. Dessa forma, esclarece que o destaque do ICMS foi efetuado em razão da aquisição de imobilizado por contribuinte do ICMS, e, por entender que esse imposto não é devido, o autuado fez a sua exclusão com o creditamento do valor na rubrica “Outros Créditos” no livro RAICMS. A defesa argumentou ainda que a única divergência é que o lançamento deveria ser como “Estorno de Débito” e não como “Outros Créditos”. Apresenta relação de notas fiscais originais e as correspondentes notas fiscais complementares, conforme quadro a seguir:

NOTA FISCAL ORIGINAL	NOTA FISCAL COMPLEM.	VALOR DA OPERAÇÃO	B C REDUZIDA	VALOR DEBITADO	VALOR CREDITADO
78777	100045	13.600,00	9.600,00	1.632,04	1.632,04
104124	106860	13.100,00	9.247,29	1.572,04	1.572,04
128395	135280	17.500,00	12.333,00	2.100,05	2.100,06
T O T A L				3.204,08	3.204,08

A defesa juntou aos autos xerocópia da Sentença referente ao Mandado de Segurança impetrado, conforme Processo nº 545512-6, visando impedir que o impetrado promovesse a exigibilidade de inexistente crédito tributário resultante do creditamento que vem fazendo e que pretende continuar.

O autuante apresentou informação fiscal mantendo a exigência do imposto, dizendo que o Auto de Infração foi lavrado de acordo com o que dispõe o RICMS-BA, que a autuação está embasada em farta documentação, demonstrativos anexos, livro RAICMS e notas fiscais.

O PAF foi convertido em diligência à PROFAZ para ser emitido Parecer esclarecendo os efeitos jurídicos da Sentença anexada aos autos pelo autuado, informando se a mencionada Decisão foi confirmada ou não pelo Egrégio Tribunal de Justiça.

Foi também, solicitada diligência à IFESP para fazer revisão nos lançamentos e registros fiscais quanto aos estornos de débito relativos ao item 2, relativamente às notas fiscais indicadas pela defesa.

Durante a instrução, o contribuinte apresentou xerocópias das notas fiscais originais e complementares, e de folhas do livro Registro de Saídas onde foram registrados os referidos documentos fiscais.

A 2ª JJF do CONSEF, após analisar as peças processuais, fundamenta e prolata o seguinte voto:

“Quanto ao primeiro item do Auto de Infração, o autuado alegou em sua defesa que a montadora da qual é revendedora de veículos, utiliza-se de um preço fictício para a retenção do ICMS, e somente quando da revenda dos veículos é que se poderá chegar à verdadeira base de cálculo. Assim, disse que ingressou com Mandado de Segurança visando ter assegurado o seu

direito ao creditamento da diferença do imposto retido a mais. Por isso, essa infração foi objeto de Parecer da Douta PROFAZ, haja vista que o PAF foi convertido em diligência para esclarecimentos quanto aos efeitos jurídicos da Sentença proferida em Mandado de Segurança de fls. 50 a 55, impetrado pelo contribuinte.

De acordo com o Parecer de fls. 68 e 69, foi concedida liminar, cuja Decisão a Administração Tributária tomou ciência em 11/04/97, sendo que em 24/07/97 foi proferida sentença de mérito, e a Fazenda Pública ingressou com o competente Recurso perante o Tribunal de Justiça.

Apesar de a sentença ter sido favorável ao autuado, a PROFAZ esclareceu que a mencionada Decisão ainda não transitou em julgado, considerando que está sujeita a Recurso, e a Apelação interposta pela Fazenda Pública, “pende de apreciação e julgamento” por parte do Tribunal de Justiça. Assim, a sentença só produzirá efeitos após o reexame.

Analizando quanto aos efeitos da Sentença de fls. 50 a 55 em relação aos arts. 122, inciso IV e 167, inciso II do RPAF/99, o Parecer de fl. 68/69 apresenta o entendimento de que há concomitância da mesma discussão nas esferas administrativa e judicial, e conforme determina o art. 117 do RPAF/99, a opção do contribuinte em discutir a matéria objeto da lide na esfera judicial antes de proferida a Decisão administrativa irrecorrível corresponde à desistência de defesa ou Recurso na instância administrativa.

Assim, considerando que a matéria foi objeto de Mandado de Segurança impetrado pelo autuado, referindo-se a fatos tratados no procedimento fiscal, considero que está 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, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, cabendo a inscrição em dívida ativa do débito apurado no item 1 do Auto de Infração.

Relativamente ao segundo item, a defesa alega descabimento da exigência do imposto, dizendo que se trata de complemento para utilização de crédito de ICMS não destacado em NF de mercadoria sujeita à substituição tributária. Assim, a defesa descreveu os fatos e indicou os respectivos documentos fiscais que resultaram nos valores objeto do segundo item afirmando que a nota fiscal original se refere à venda de veículos destinados ao ativo imobilizado da empresa adquirente, que no documento fiscal emitido pela venda não constou destaque do imposto, e, tendo notado a omissão no documento fiscal original, impossibilitando o adquirente utilizar o crédito fiscal, foi emitida outra nota fiscal em cumprimento a solicitação do adquirente. Dessa forma, alegou que o destaque do ICMS foi efetuado em razão da aquisição de imobilizado por contribuinte do ICMS, e, por entender que esse imposto não é devido, o autuado fez a sua exclusão com o creditamento do valor na rubrica “Outros Créditos” no livro RAICMS.

De acordo com o § 1º do art. 359, do RICMS/97, nas saídas para este Estado de mercadorias que já foram objeto de substituição tributária, o documento fiscal poderá conter destaque do imposto para efeito de aproveitamento do crédito fiscal pelo destinatário, sendo indicada na legislação como uma das hipóteses, quando as mercadorias forem adquiridas pelos contribuintes para ativo imobilizado (art. 359, § º, inciso VI, alínea “a” do RICMS/97).

Observo que o autuado juntou ao PAF, durante a fase de instrução, os documentos fiscais comprobatórios das operações ditas originais e complementares, acompanhadas de petição informando que houve erro na digitação do nº da Nota Fiscal original 120395, quando o número real é 128395. Relacionou as notas fiscais referentes às operações ditas originais e os documentos fiscais complementares, cujos valores destacados referentes ao imposto foram creditados no livro RAICMS, o que foi objeto da exigência neste segundo item do Auto de

Infração, ficando comprovado que foi debitado o imposto correspondente ao crédito consignado no livro RAICMS, como “Outros Créditos”.

Constatei que a defesa apresentou as provas, anexando aos autos as xerocópias das Notas Fiscais de números 7877, 104124 e 120395, bem como do livro Registro de Saídas, elementos indispensáveis para se comprovar o alegado pelo contribuinte. Assim, a infração apurada foi elidida. Portanto, considero improcedente o item 2 do Auto de Infração.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração em relação ao segundo item, sendo que, deve ser inscrito em dívida ativa o débito relativo à primeira infração, tendo em vista que foi esgotada a esfera administrativa com a escolha da via judicial pelo autuado e defesa NÃO CONHECIDA quanto ao item “a”.”

O autuado inconformado com o resultado do Julgamento recorrido, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0813/01.

Após fundamentar a interposição do Recurso Voluntário, transcreve as infrações fiscais que lhe foram imputadas, afirmando que agiu com acerto a 2ª JJF quando decidiu pela improcedência da 2ª infração, contudo, não julgou com a costumeira precisão no que toca a 1ª infração, sustentando que “deve ser inscrito em dívida ativa o débito relativo a 1ª infração, tendo em vista que foi esgotada a esfera administrativa com a escolha da via judicial pelo autuado e defesa Não Conhecida quanto ao item “a” (sic).

Desde quando existe a independência entre as esferas administrativas e judiciária, a escolha da via judicial não impede que o contribuinte discuta a matéria também na via administrativa. Não é necessário que se esgote a via administrativa para que se ingresse na judicial, como também ao se recorrer a esfera judicial não se está renunciando a esfera administrativa.

Transcreve o artigo 5º e o inciso XXXIV da Constituição Federal para afirmar que entre os direitos e garantias do contribuinte, está o direito de peticionar aos poderes públicos, não podendo ser o mesmo restringido em nenhuma hipótese.

Afirma que o artigo 117 do RPAF/99 é manifestamente inconstitucional, visto que agride direito fundamental do contribuinte, no momento em que prescreve que a propositura de mediada judicial implica forçadamente na renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa.

Na discussão presente, a inaplicabilidade do artigo 117 do RPAF/99 é ainda mais cristalina, porquanto o Mandado de Segurança impetrado pela ora recorrente, foi protocolizado no ano de 1997, ao passo que a autuação em tela se deu somente em 1998.

Argúi que sofreu grave cerceamento ao seu direito de ampla defesa, na medida em que a 2ª JJF nem julgou a matéria alegada na impugnação ao Auto de Infração, indicando a inscrição em dívida ativa deste, sem qualquer possibilidade de defesa por parte do autuado, ora recorrente.

Salta aos olhos a afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, quando foi determinado pela 2ª JJF a inscrição em dívida ativa do suposto débito fiscal. O recorrente está sendo impedida de se manifestar a respeito do Auto de Infração encontra-se lavrado, assim como está sendo impedida de usufruir do direito de articular suas razões ou a garantia de um processo legítimo.

Requer seja anulado o acórdão da 2ª JJF, pois viola os mais sagrados princípios constitucionais, para que se conheça da defesa administrativa e seja a mesma apreciada e julgada.

A PROFAZ analisa a petição recursal e afirma que razão assiste ao recorrente.

Afirma que o artigo 167, II, do RPAF/99 ao determinar competência dos julgadores em fase administrativa, não impede a apreciação do lançamento efetivado pelo autuante no presente processo administrativo fiscal. Na realidade, o item 1 do Auto de Infração ora analisado não está sob apreciação do Poder Judiciário objetivamente, e a falta de apreciação do mesmo, desde que impugnado, obsta a concretização do contraditório nos autos, mesmo ante uma falta de indicação precisa sobre o levantamento realizado pelo autuante na defesa.

Opina pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para que os autos retornem à 1ª Instância para apreciação da infração 1 em sua totalidade, e Decisão meritória sobre a mesma.

Face aos opinativos contraditórios entre os procuradores, o PAF foi remetido ao Procurador Chefe na sessão do dia 19/12/02, para emissão de Parecer opinativo pacificador e norteador.

O nobre Procurador-Chefe analisa a questão e conclui o seu entendimento:

“No Auto, a infração 1 assim está: “Utilização de Crédito Fiscal indevido lançado no Livro de Apuração do ICMS, na coluna Outros Créditos, sob a denominação de “Conforme sentença Processo nº 545512 – Mandado de Segurança de 21.07.97”.

*Ora, claro está que a irregularidade perpetrada pelo contribuinte e capitulada no item 1 refere-se ao que está sendo discutido na ação mandamental em curso na 4ª Vara, inclusive este é um fato reconhecido na própria defesa do contribuinte. **Melhor dizendo, o contribuinte lançou em sua escrita fiscal os créditos (ou parte deles) que pretende ver reconhecidos no referido Mandado de Segurança.** A escrituração, por sua vez, fora feita de forma irregular, haja vista que não poderia haver apropriação desses créditos se a sentença de primeiro grau ainda pendia de reexame pelo Tribunal, além do Recurso da Fazenda Pública ter sido recebido em ambos os efeitos (devolutivo e suspensivo).*

Entendo correta a aplicação do artigo regulamentar relativo à concomitância de discussão da matéria nas esferas administrativas e judicial, haja vista que somente o Poder Judiciário poderá dizer, em definitivo, se os créditos reclamados na ação mandamental são ou não devidos.

Não há quebra do princípio do contraditório nem da ampla defesa, uma vez que, além da questão já está sendo apreciada pelo Poder Judiciário, as regras relativas ao processo administrativos, inclusive a que fora aplicada in casu, já eram do conhecimento do contribuinte, posto que organizadas no regulamento próprio (RPAF/99 e o anterior).

Mesmo que não concorde o contribuinte com a referida norma, o fato é que ela existe e há que ser aplicada”.

VOTO VENCIDO

Neste Recurso Voluntário temos que analisar algumas questões fundamentais para o seu perfeito julgamento.

No presente caso o recorrente não optou pela esfera judicial para apreciação da sua peça recursal. Ela já tinha ingressado um ano antes da lavratura deste Auto de Infração, inclusive com a liminar concedida, sobre a matéria em sentido amplo, e não especificamente sobre este lançamento fiscal.

Se a SEFAZ tem obrigação de fazer o lançamento fiscal para evitar a decadência dos créditos tributários, deve concluir e aperfeiçoar o seu procedimento no âmbito administrativo, com a respectiva apreciação e chancela do CONSEF.

A cobrança e inscrição do débito em Dívida Ativa, é de competência da PROFAZ, que obviamente, sabe que sua exigibilidade dependerá da Decisão de mérito na esfera judicial.

Entendo que falece competência a JJF ou a CJF do CONSEF, para determinar a inscrição do débito em Dívida Ativa.

Para a conclusão e efetiva prestação jurisdicional no âmbito da esfera administrativa, correto e perfeito estaria o lançamento fiscal, ao encerrar o seu trâmite com o julgamento pelo CONSEF. Inclusive para respaldar integralmente a PROFAZ quando da sua efetiva cobrança legal.

Não estamos aqui apreciando constitucionalidade de artigo do RPAF/99, nem afronta aos princípios da ampla defesa ou do contraditório. A apreciação do mérito da infração 1 deste Auto de Infração, além de configurar a efetiva prestação jurisdicional por parte do Órgão Julgador, é uma questão também de consideração ao contribuinte que interpôs Recurso Voluntário quanto ao lançamento fiscal que lhe foi imputado.

Por estes fundamentos e concordando integralmente com o opinativo da PROFAZ, da lavra da competente procuradora Dr^a Adriana Vianna Andrade, exarado as fls. n^{os} 139 e 140 deste Processo, peço vênua ao nobre Procurador-Chefe para divergir do seu entendimento, e votar pelo PROVIMENTO deste Recurso Voluntário, e declarar NULO o Acórdão JJF n^o 0813/01, devendo os autos retornarem a 2^a JJF do CONSEF, para apreciação do mérito da infração 1 deste Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Discordo do Relator do PAF e concordo com o entendimento do Procurador-Chefe da PROFAZ, manifestado no seu Parecer às fls. 142 e 143.

O item em apreço é o de n.º 1 do Auto de Infração, que trata da utilização indevida de crédito fiscal lançado no livro RAICMS, na coluna Outros Créditos, com a observação, “conforme sentença Processo n^o 545512, Mandado de Segurança de 21/07/97”.

Não tenho dúvida que a irregularidade apontada neste item refere-se ao que está sendo discutido na ação mandamental em curso na 4^a Vara, sendo, inclusive, este fato reconhecido na própria defesa do contribuinte.

Com efeito, o contribuinte lançou em sua escrita fiscal os créditos (ou parte deles) que pretende ver reconhecidos no referido Mandado de Segurança, e nesta escrituração, feita de forma irregular, não poderia apropriar esses créditos, pois a sentença de primeiro grau ainda pende de reexame pelo Tribunal, além do recurso da Fazenda Pública ter sido recebido em ambos os efeitos (devolutivo e suspensivo).

O art. 117, do RPAF/99, define que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

E mais ainda, o seu § 1º, II, determina a remessa do Auto de Infração à Procuradoria da Fazenda Estadual, independentemente de requisição, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da

ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.

Assim, considero correta a aplicação pela 1ª Instância do art. 167, II, do RPAF, que excluiu da competência dos órgãos julgadores, questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida, tendo em vista que somente este poderá dizer, em definitivo, se os créditos reclamados na ação mandamental são ou não devidos.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, para homologar a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298574.0100/98-7** lavrado contra **COBAPE - AUTOMÓVEIS PEÇAS E EMPREENDIMENTOS LTDA.**, devendo ser notificado o recorrente da Decisão Recorrida e, em seguida, encaminhados os autos à PGE/PROFIS para adoção das medidas legais de sua competência.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Max Rodrigues Muniz.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as): Antonio Ferreira de Freitas, Ivone de Oliveira Martins, Ciro Roberto Seifert e Verbena Matos Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR/VOTO VENCIDO

CIRO ROBERTO SEIFERT – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ