

**PROCESSO** - A. I. Nº 207140.0023/12-1  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - OLEOQUÍMICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS - Acórdão 1ª JJF nº 0070-11/15  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 15/12/2015

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0389-12/15

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. INSUBSISTÊNCIA DA INFRAÇÃO 1. Representação proposta de acordo com os arts. 119 (COTEB) e 113, §5º, I, do RPAF/99, do Decreto nº 7629/99, com fundamento de que a infração 1 condiz ilegalidade flagrante por superveniência de fato novo, por conta da exigibilidade cumulativa sobre as mesmas operações com relação às infrações 1 e 2. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

## RELATORIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade, com fundamento nas normas do art. 119 (COTEB) e do artigo 113, § 5º, inciso I, do RPAF/99, que através do Parecer subscrito pela ilustre Procuradora do Estado, Dr.<sup>a</sup> Maria Helena de Mendonça Cruz, às fls. 663/4/5 dos autos, com anuência da Procuradora Assistente Dr.<sup>a</sup> Paula Gonçalves Morris Matos, propõe ao CONSEF para que seja julgada improcedente a infração 1.

Esclarece a nobre Procuradora que se trata de Pedido de Controle da Legalidade em que o contribuinte, em relação à primeira infração, aduz a ilegalidade flagrante por superveniência de fato novo, por conta da exigibilidade cumulativa sobre as mesmas operações com relação às infrações 1 e 2.

O contribuinte aduziu duplicidade de exigência, considerando que a glosa de créditos do ICMS na infração 1, atingiu as mesmas operações na infração 2 na qual houve exigência desse imposto. E destaca mais que as infrações somente foram apreciadas em Recurso de Ofício, ocasião onde constou expressamente a duplicidade apontada.

Após análise do pleito, a i. Procuradora revela que o pedido do contribuinte se encarta perfeitamente no objeto de representação ao CONSEF em sede do controle da legalidade na PGE/PROFIS, conforme expõe:

- A infração 1 refere-se a utilização indevida de crédito nas aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e a infração 2 pela falta de recolhimento do ICMS diferido, na condição de responsável substituto.
- Tendo o autuante glosado os créditos (infração 1) e em seguida exigido o imposto diferido que deixara de ser recolhido na entrada das mercadorias (infração 2), inclusive consoante expressamente exposto na Decisão proferida pela i. CJF, vê-se que a procedência da infração 2 conduz necessariamente à improcedência da infração 1, sob pena de restar caracterizado o *bis in idem*, com ilícito enriquecimento do Estado.

Cita a i. Procuradora o Acórdão nº 0089-12/15, 2ª CJF, no qual infrações idênticas e contra a mesma empresa autuada, em cujo Parecer foi consignada a posição da PGE/PROFIS: “*o ilustre representante da PGE/PROFIS manifestou o entendimento de que não há ilegitimidade passiva na infração 1, tendo restado claro o bis in idem com a segunda infração*”.

E representa ao CONSEF afim de que seja julgada improcedente a infração 1, submetendo seu Parecer à censura hierárquica.

## VOTO

A Representação manejada pela i. Procuradora da PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade, objetiva dentro da sua competência, a nulidade ou improcedência de determinada autuação, consoante normas do art. 119 do COTEB e art. 113, § 5º, inciso I, do Decreto nº 7.629/99.

A esse propósito, a fundamentação expressa pela i. Consª Rosany Nunes de Mello Nascimento, por ocasião do seu voto em separado às fls.657/8, aborda o entendimento de que se está a analisar no presente PAF, discorrendo acerca do lançamento e destacando a ilegalidade flagrante na manutenção da infração 1, afrontando acintosamente a legalidade estrita e à moralidade, com o consequente enriquecimento do erário estadual.

A sujeição passiva decorreu da constatação de 4 infrações, totalizando o valor histórico de R\$11.813.015,30, dentre as quais se situam as infrações 1 (R\$2.183.618,21) e a 2 (R\$2.183.618,21), ambas com as mesmas datas de ocorrências e mesmos valores.

Conforme expresso no Acórdão proferido pela 1ª CJF, atestando a ilegalidade flagrante, pois há nítida duplicidade de exigência quando se verifica que na infração 1 foi glosado o crédito de ICMS nas mesmas operações em que também houve exigência do ICMS na infração 2.

Restando clara a duplicidade de exigências, em que pese a não apreciação do mérito no CONSEF face à intempestividade na apresentação do Recurso Voluntário, ressalto a ilegalidade flagrante ao verificar a manutenção dessas duas infrações, tendo que o julgamento pela procedência da infração 2 implica diretamente na improcedência da infração 1.

Por inércia do contribuinte, o Recurso Voluntário fora intempestivo, e a autuação, de ofício, glosou o imposto que havia sido diferido, apontando como datas dos fatos geradores, aquelas de entradas efetivas, procedimento adequado e que convalida direito ao crédito por parte do contribuinte, obviamente de acordo com a natureza e destinação do insumo adquirido. Como na lavratura do Auto de Infração os lançamentos alcançaram as datas das ocorrências dos fatos geradores (em que houve ingresso de mercadorias), o direito ao crédito, de igual maneira, também deve ser reconhecido de forma retroativa, alcançando todos aqueles mesmos valores.

Pelo exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação ora proposta, para julgar Improcedente a infração 1, no valor de R\$2.183.618,21 e, em consequência, julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, no valor de R\$9.591.989,50, devendo o respectivo PAF ser encaminhado à PGE/PROFIS para adotar as providências cabíveis.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207140.0023/12-1**, lavrado contra **OLEOQUÍMICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.591.989,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS