

PROCESSO	- A. I. Nº 206973.0004/16-1
RECORRENTE	- PAPAIZ NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (ASSA ABLOY BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. [PAPAIZ NORDESTE])
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0035-02/17
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 21/09/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0296-12/17

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica em renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 2ª JJF, proferida através do Acórdão nº 0035-02/17, a qual se refere ao Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2016 para exigir o crédito tributário de R\$717.442,73, em razão da *“Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por ter lançado valor constante em pedido de restituição posteriormente indeferido.”*, inerente aos meses de outubro a dezembro de 2015. Consta ainda da acusação fiscal que:

“A empresa tentou, através de Mandado de Segurança, decisão judicial que revertesse o indeferimento do pedido de restituição por parte da autoridade fazendária. Sem qualquer respaldo utilizou parte do crédito pleiteado anteriormente indeferido. Apresentamos PROVA INCONTESTÁVEL de que o crédito foi indevidamente utilizado – decisão do TJBA na Apelação Cível no. 0569226-32.2014.8.05.0001 onde a 5ª. Câmara Cível extinguiu a ação sem julgamento do mérito, em virtude da inadequação da via eleita, denegando a segurança nos termos do art. 6º, parágrafo 5º, da Lei no. 12.016/2009 c/c o art. 485, IV do CPC/2015.”

A Decisão recorrida considerou Prejudicado o julgamento do Auto de Infração, após as seguintes considerações:

[...]

Passo, pois, à sua análise. A arguição defensiva tem respaldo no entendimento de que a matéria objeto da presente discussão já teria sido objeto de lançamento anterior, consubstanciado no Auto de Infração 206973.0005/16-8, no que é contraditada pela autuante, a qual afirma serem autuações distintas e apartadas, com infrações diversas.

Da análise dos elementos presentes no processo, trazidos pela autuante a autuada, verifico que o presente lançamento diz respeito a crédito fiscal indevido, ao passo que o Auto de Infração 206973.0005/16-8, textualmente fala ter ocorrido:

“Recolheu a menor o ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal – dilação de pagamento de ICMS – relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando assim o seu pagamento. Conforme DEMONSTRATIVOS anexos e planilhas que serviram de base”.

O período abrangido no mencionado Auto de Infração é de 31/07/2014 a 30/04/2016, tendo a empresa autuada contestado o lançamento, pela interposição de defesa administrativa.

As autuações são distintas, pelo fato de no presente, a mesma se dar através da glosa do crédito fiscal utilizado indevidamente, ao passo que o Auto de Infração mencionado como cobrança pela duplicidade se referir ao refazimento da base de cálculo de apuração da parcela sujeita ao Programa Desenvolve, diante da incorporação realizada da empresa Udinese Nordeste Indústria e Comércio de Esquadrias Ltda. Logo, descebe se falar em insegurança jurídica.

O móvel da autuação ora analisada foi a decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que atendendo a Recurso impetrado, entendeu pela sua 5ª Câmara Cível, que o mesmo fosse extinto sem julgamento de mérito, sob o fundamento de inadequação da via eleita, por considerar que a aferição do direito em debate dependeria

de produção de outras provas, incompatível com a via do Mandado de Segurança.

[...]

Fato é que, no momento do lançamento vigorava o indeferimento do pedido de utilização extemporânea do crédito fiscal pela autoridade competente, motivo, inclusive que motivou a ida da empresa ao judiciário em busca da devida proteção judicante, no que não logrou o esperado resultado.

Quanto ao entendimento da defesa de ser incabível a imposição de multa ao caso em tela, de igual forma não acolho. Primeiro, diante da falta de competência legal para seu afastamento nesta instância, a quem compete, apenas, a teor do artigo 158 do RPAF/99 reduzir ou cancelar multas por descumprimento de obrigação acessória. Nada mais.

Segundo, diante do fato de que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, um de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o "império da lei" ou "jus imperium".

[...]

Como visto anteriormente, o feito foi devidamente instruído, tendo, por ocasião da sessão para seu julgamento nesta Junta de Julgamento Fiscal, a advogada da empresa solicitado prazo para apresentação de documentos, o que resultou no adiamento do julgamento para a sessão seguinte, tendo nesta oportunidade, trazido a informação de interposição de ação ordinária perante o judiciário, para discutir o direito ou não ao crédito fiscal ora discutido, a qual encontra-se às fls. 75 a 94, devidamente validado através de certificação digital, tendo a mesma sido protocolada em 01 de setembro de 2016, constando despacho da Juíza da 11ª Vara de Fazenda Pública da comarca de Salvador, determinando a citação do estado da Bahia (fl. 96).

É sabido que a qualquer contribuinte é facultado recorrer ao Poder Judiciário para buscar o provimento jurisdicional que entende lhe amparar. E cabe a ele escolher o momento para o exercício de tal opção, não se podendo a ele se opor quem quer que seja.

[...]

Ao fazer tal opção, contudo, o sujeito passivo sujeita-se às regras que dizem respeito à concomitância dos processos administrativo e judicial. A legislação estadual especialmente no RPAF/99, artigo 117, assim determina:

"Art. 117. 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.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - 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".

A ação impetrada engloba a totalidade da matéria discutida no procedimento administrativo ora analisado, não havendo outros temas ou assuntos a serem abordados.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto, o que não ver o ser o caso presente, vez que a lide ainda se encontra em apreciação pela primeira instância.

A decisão judicial transitada em julgado, ainda que posterior ao término do contencioso administrativo, prevalece sobre a decisão administrativa, caso prolatada, mesmo quando aquela tenha sido desfavorável ao contribuinte e esta lhe tenha sido favorável.

[...]

Desta forma, frente à opção exercida pela empresa autuada em buscar a via judicial, e em atenção à legislação estadual acima mencionada, bem como amparado no posicionamento da doutrina e da jurisprudência, me abstenho de tecer qualquer análise acerca do mérito da autuação, determinando o encaminhamento do presente feito para a devida inscrição em dívida ativa, nos termos do artigo 117, inciso I do RPAF/99 acima transcrito.

Irresignado com a Decisão, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 186 a 200, onde, inicialmente, arguiu preliminar de nulidade:

- i) da Decisão recorrida por supressão de instância ao desconsiderar a análise das questões de mérito consignadas na impugnação;

- ii) do Auto de Infração por superposição de cobranças, pois todo o período, objeto da presente exação, já foi auditado e resultou no Auto de Infração nº 206973.0005/16-8, no qual se exige o valor de R\$5.790.205,01, configurando, o presente Auto de Infração, uma inegável superposição de cobranças;
- iii) da exação por afrontar ao princípio do *non venire contra factum proprium*, pois efetuou os cálculos seguindo orientação asseverada em precedente do CONSEF ACORDÃO CJF 0446-13/13 e, outrossim, em parecer da DITRI Nº 23539/2013 DATA 16.09.2013, disponível no site da SEFAZ como orientação aos contribuintes em geral.

No mérito, o recorrente aduz que a hipótese legal sob a qual se baseia a decisão de plano se aplica apenas quando há concomitância em situações em que haja identidade total entre as partes, causa de pedir e pedidos na demanda judicial e na administrativa e, no caso em concreto, os fatos onde reside a controvérsia para ambas as demandas, judicial e administrativa, divergem.

Ademais, conforme já demonstrado, o período autuado já foi objeto de autuação, anterior representando o presente PAF, evidente superposição de cobranças. No mínimo a presente exação deveria ser julgada juntamente com o PAF pertinente ao Auto de Infração nº 2069730005/16-8 onde o período fiscalizado é de 31/07/2014 a 30/04/2016 englobando a totalidade da matéria e do período fiscalizado na presente exação.

Em seguida, o recorrente passa a tecer considerações sobre a legitimidade do crédito decorrente do Programa DESENVOLVE, do que destaca que o CONSEF, através do Acórdão CJF nº 0446-13/13, afirmado o direito do contribuinte ao asseverar que a autuada fez pagamentos a maior conforme cálculos homologados pelo CONSEF. Assim, o aproveitamento do crédito, objeto da presente exação, se deu com base nesta decisão irrecorrível, e, portanto, legítimo porque respaldado no direito consagrado em decisão deste órgão, cuja relatora, representante do fisco, teve seu voto acatado por unanimidade. Desta forma, segundo o recorrente, a revogação da liminar não torna o crédito ilegítimo especialmente porque o Mandado de Segurança foi extinto sem julgamento do mérito por inadequação da via eleita, sob pena da empresa ter sido iludida ao simplesmente seguir orientação emanada do próprio CONSEF.

Assim, concluiu que é justa a compensação do crédito (Processo em Anexo), ressaltando que a empresa pautou seu pedido tomando por base os cálculos elaborados pelo próprio Fisco.

Por fim, pede a dispensa da multa, pois procedeu sob a vigência da ordem judicial, válida e eficaz, enquanto perdurou a tramitação processual. Ademais, o posicionamento reiterado desta corte administrativa é no sentido de que deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência das penalidades moratórias, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança, sendo, a luz dos precedentes, a aplicação da multa e dos acréscimos moratórios totalmente indevida, para o caso em concreto, visto que a conduta do autuado foi amparada por ordem judicial.

Ademais, com espeque nos precedentes já citados, a empresa tem 20 dias a contar da revogação da liminar para efetuar o pagamento sem a incidência da multa, lapso de tempo considerado por este conselho razoável para que a empresa possa programar o pagamento.

O recorrente aduz, ainda, que a multa tem caráter sancionatório e, portanto, é imprescindível para sua aplicação, a existência de ilicitude do ato, pois o autuado agiu sob a ordem do poder judiciário e, portanto, sua conduta não foi dolosa.

Salienta, também, que o RPAF prevê que a observância, pelo contribuinte, da resposta dada à consulta, enquanto prevalecer o entendimento nela consubstanciado, exime o contribuinte de qualquer penalidade e exonera-o do pagamento do tributo, que se considera não devido no período, pois entende que o contribuinte precisa de um mínimo de tempo para se adaptar à nova ordem. No caso da revogação de uma Liminar é justo que se entenda da mesma forma.

Destaca que o presente Auto de Infração foi lavrado em 29.06.2016 e a decisão que revogou a liminar foi publicada no DOE no dia 21.06.2016. Desta forma, o presente lançamento ocorreu

apenas nove dias após a publicação do acórdão TJBA que cassou a liminar deferida, do que se comprova que a fiscalização não aguardou o trânsito em julgado do acórdão que revogou a liminar deferida, configurando a presente exação em verdadeira afronta ao DEVIDO PROCESSO LEGAL, visto que a exigibilidade da sentença só pode ser compelida ao contribuinte após a caracterização de sua “definitividade” e tampouco podia a autuante lavrar o presente auto de infração sem aguardar o curso dos 20 dias para pagamento a luz dos precedentes invocados, o que gera insegurança jurídica e não merece prosperar. Cita doutrina e jurisprudência.

Diante de tais considerações, o impugnante requer a declaração de nulidade da Decisão recorrida e nulidade do Auto de Infração com acolhimento das preliminares invocadas, por flagrante desrespeito aos princípios basilares do direito tributário especialmente o princípio da segurança jurídica e da lealdade administrativa, do devido processo legal e da ampla defesa. Alternativamente, pugna pela reforma da decisão ad quem para que ao final seja declarada a improcedência do Auto de Infração em epígrafe por ser questão de justiça, do que, por força do princípio da verdade material, roga pela juntada dos documentos e pareceres anexos (fls. 202/607).

Às fls. 613/625 dos autos o recorrente anexa pedido de Controle da Legalidade ao Procurador Chefe da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, do que anexa documentos às fls. 626 a 673 dos autos.

À fls. 676 dos autos, em despacho exarado pelo Coordenador Administrativo do CONSEF, considerando que o Recurso Voluntário é um remédio recursal do qual dispõe o contribuinte no caso de inconformismo com a decisão de 1ª Instância; que o mesmo é tempestivo e que o controle da legalidade pode ser exercido mesmo após a inscrição em dívida ativa, se concluiu que o PAF, primeiramente, deva ser encaminhado a uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF para apreciação do recurso e, em seguida, à PGE/PROFIS para análise do Pedido de Controle da Legalidade.

Na sessão de julgamento, questionada pelo representante da PGE/PROFIS, Dr. Raimundo Luiz de Andrade, sobre a demanda judicial porventura atualmente existente, a patrona do recorrente informou existir ação ordinária para repetição do indébito fiscal.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 29/06/2016, para exigir o débito de R\$717.442,73 sob a acusação de “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por ter lançado valor constante em pedido de restituição posteriormente indeferido.*”, nos meses de outubro a dezembro de 2015.

Consta da peça de impugnação, à fl. 25 dos autos, que o contribuinte tomou conhecimento da decisão administrativa definitiva que indeferiu o aludido pedido de restituição “no dia 04.09.2014”, tendo impetrado Mandado de Segurança contra a decisão “em 04.12.2014”.

Ainda da análise das peças processuais se constata que o sujeito passivo, ao ter sido denegado do seu pleito para fazer uso do crédito fiscal através do Processo Administrativo nº 442175/2013, apresentou recurso voluntário para o Diretor de Administração Tributária, nos termos previsto no art. 81 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, consoante documento às fls. 117 a 127 dos autos, tendo o mesmo sido indeferido em 31/07/2014 (fl. 132).

Diante de tais considerações, após noventa dias da ciência da decisão administrativa definitiva, o sujeito passivo tomou a decisão de recorrer ao Poder Judiciário para obter seu direito à repetição do indébito fiscal, mediante a utilização de crédito fiscal, impetrando Mandado de Segurança, pelo qual, em 30/03/2015, liminarmente lhe foi concedido o direito de obter autorização de crédito fiscal, cuja sentença foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em 14/06/2016, para fim de extinguir o feito sem resolução do mérito, em virtude da inadequação da via eleita, denegando, pois, a segurança, consoante documentos às fls. 6 a 16 dos autos.

Assim, o recorrente alega que “*Diante de tais fatos, antes mesmo do trânsito em julgado da indigitada decisão do TJBA, em 30.06.2016, apenas 10 dias após a publicação da sentença judicial, a autuante lavrou a presente exação especificamente para cobrar os créditos utilizados pela*

autuada por força da ordem judicial que foi posteriormente revogada mediante sentença sem análise de mérito.”

Inicialmente, há de se esclarecer que, ao contrário do que tenta alegar o recorrente, a exação que se discute neste Auto de Infração não se confunde com qualquer outro lançamento de ofício, mas ao crédito extemporâneo sem a devida autorização, diante da decisão administrativa definitiva pelo indeferimento do respectivo crédito. Portanto, não se reporta ao direito meritório do crédito, já objeto de análise do pedido administrativo, mas, sim da análise do ato do lançamento do crédito, sem a devida autorização.

Irresignado ao indeferimento para utilização de crédito fiscal o sujeito passivo, mediante decisão judicial liminar, obtida através de Mandado de Segurança em seu favor, utilizou-se dos créditos fiscais nos valores de: R\$164.710,35, em 31/10/2015; R\$263.530,22, em 30/11/2015 e R\$289.202,16, em 31/12/2015, assumindo o risco de, reformada a decisão provisória, conforme ocorreu, arcar com o ônus de seu ato, qual seja: o crédito indevido e o consequente Auto de Infração lavrado contra si, em 29/06/2016, o que ocorreu tão-somente após a disponibilização da ementa do acórdão no Diário da Justiça Eletrônico, edição de 20/06/2016 (fl. 136), ou seja, tempo suficiente para o contribuinte proceder ao estorno dos créditos lançados, o que não o fez, sendo impertinente a pretensão recursal de aguardar 20 dias para pagamento, em razão da sua ciência da aludida decisão administrativa e definitiva já promulgada.

Assim, comprovada a identidade dos objetos do Auto de Infração e da medida judicial, nos termos do art. 126 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa na renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou desistência da impugnação ou recurso acaso interpostos, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, inclusive em razão da ratificada medida judicial ocorrida através da ação ordinária de repetição do indébito fiscal, conforme informada pela representante do recorrente nesta sessão de julgamento.

Logo, por haver correlação da demanda judicial com a matéria tratada no Auto de Infração, cujo pleito havia sido objeto de indeferimento através de decisão administrativa definitiva, o Recurso Voluntário está prejudicado na esfera administrativa, conforme previsão legal, inexistindo, portanto, a alegada supressão de instância da Decisão recorrida ao não analisar questões de mérito da impugnação, nem tampouco superposição de cobranças, conforme já visto.

Do exposto, considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário e o consequente julgamento, devendo os autos ser encaminhados à PGE/PROFIS para análise do Pedido de Controle da Legalidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado e homologar o lançamento de ofício promovido por meio do Auto de Infração nº 206973.0004/16-1, lavrado contra PAPAIZ NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (ASSA ABLOY BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. [PAPAIZ NORDESTE]), diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, em razão da propositura de medida judicial, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS