

A. I. Nº - 206973.0004/16-1
AUTUADO - PAPAIZ NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - IVANA MARIA MELO BARBOSA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 24.04.2017

^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0035-02/17

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Exercendo o sujeito passivo a opção por ação judicial, fica prejudicada a apreciação administrativa do mesmo, devendo ser remetido para inscrição em dívida ativa, a teor do artigo 117 do RPAF/99. Auto de Infração **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29 de junho de 2016, reclama crédito tributário no valor de R\$ 717.442,73, além de multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **01.02.86.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por ter lançado valor constante em pedido de restituição posteriormente indeferido, fato ocorrido nos meses de outubro a dezembro de 2015. Consta a informação por parte da autuante de que *“A empresa tentou, através de Mandado de Segurança, decisão judicial que reverterse 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 artigo 6º parágrafo 5º da Lei nº 12.016/2009 c/c o art. 485, IV do CPC/2016”*.

Tempestivamente, às fls. 24 a 29, a empresa autuada, por sua advogada apresentou defesa, na qual refuta os termos da autuação, tendo, inicialmente, feito considerações acerca do presente lançamento.

Segundo a mesma, em 18/12/2013, através de Processo Administrativo 442175/2013 cuja cópia apensa, requereu autorização para uso do crédito fiscal oriundo de pagamento indevido de ICMS no período compreendido entre janeiro de 2007 e dezembro de 2010, de modo que tal crédito pudesse ser objeto de compensação com o mesmo imposto relativo a fatos geradores futuros.

Diz ainda que apesar do direito ao mencionado crédito fiscal ter sido reconhecido expressamente pelo CONSEF a autoridade fazendária indeferiu seu pedido, agredindo o seu direito líquido e certo à repetição do indébito mediante utilização do crédito fiscal.

Esclarece que, tomando conhecimento da decisão administrativa em 04/09/2014, em 04 de dezembro do mesmo ano impetrou Mandado de Segurança que tramitou na 11ª Vara de Fazenda Pública, cuja cópia anexa, tendo obtido em primeira instância, decisão favorável, conforme trecho colacionado.

Diz que contra tal decisão, houve interposição de Recurso de Apelação, julgado em 14/06/2016 provido pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, no sentido de reforma da sentença, para que o feito 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, na forma da transcrição realizada.

Diante de tais fatos, antes do trânsito em julgado de tal decisão, apenas dez dias após publicação da sentença, a autuante lavrou o presente lançamento, ainda que sem a devida análise do mérito pelo judiciário.

Todavia, assevera que o presente lançamento representa uma superposição de Autos de Infração vez que tais créditos já foram lançados no Auto de Infração 206973.0005/16-8, cuja cópia apensa.

Aduz que do exame das planilhas e demonstrativos que instruem a imputação, entende patente ter a auditoria refeito a conta corrente fiscal da empresa, suprimindo tais créditos utilizados por força de decisão judicial de primeira instância, tão somente pela circunstância de desconsiderá-los de seus cálculos.

Fala que se a autuante não indicou os créditos na conta corrente fiscal glosando-os dos cálculos que fundamentam o mencionado Auto de Infração 206973.0005/16-8, os valores aqui lançados já foram cobrados, vez que a justificativa para a sua lavratura foi o cálculo irregular do incentivo fiscal com reflexos na conta corrente fiscal e desta forma, uma vez refeita a conta corrente para ajustar o valor mensalmente, a autuante criou o motivo para a exigência fiscal.

Observa a identidade de períodos e de partes onde a fundamentação e demonstrativos de cálculo de um Auto engloba também a cobrança e fundamentação do outro, e desta forma, o montante lançado aqui está também incluindo nos cálculos do outro lançamento mencionado.

Questiona como pode prosperar um lançamento que promove cobrança em duplicidade, pois caso positivo, se estaria diante de ambiente no qual vigoraria insegurança jurídica, que macula o processo de vícios insanáveis, impondo ao sujeito passivo tributação repetida, o que o ordenamento pátrio repele.

Menciona o artigo 114, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, que entende de forma taxativa reprime tal postura ao determinar o cancelamento do crédito tributário pela DARC, inscrito ou não em dívida ativa, independente de autorização da PGE, nas hipóteses que menciona.

Conclui pela nulidade do presente lançamento, diante dos elementos elencados na sua peça.

Em 15 de setembro de 2016, em petição dirigida a este órgão (fls. 55 e 56), a empresa autuada faz aditamento da peça defensiva, no sentido de acostar planilhas elaboradas pela autuante que instruem o Auto de Infração 206973.0005/16-8, que ao seu ver respaldariam seus argumentos já expostos, reiterando o pedido de nulidade do feito.

Informação fiscal prestada pela autuante às fls. 60 e 61 nega a superposição de Autos de Infração, afirmando que em cumprimento da Ordem de Serviço 502007/16 relativa aos exercícios de 2013 a 2015, foram lavrados diversos Autos de Infração para alcançar infrações distintas.

Esclarece que o Auto de Infração 206973.0005/16-8 cobra recolhimento de ICMS a menor por erro na apuração da base de cálculo do imposto, através do Programa Desenvolve, em desacordo com a legislação, conforme se pode observar dos documentos que afirma estar anexando.

A seguir, explicita os fatos relativos ao presente lançamento, indicando que tendo sido julgado improcedente lançamento realizado contra a autuada, decisão confirmada pela 2ª instância administrativa, esta vislumbrou na decisão uma forma de obter mais benefícios do que a decisão proporcionara, tendo refeito os cálculos do benefício Desenvolve dos cinco exercícios anteriores, e chegado ao *quantum* que entendeu ter sido recolhido a maior a título de ICMS, apresentado em processo administrativo que requereu autorização para utilização, conforme exigência contida na legislação para apropriação extemporânea de crédito fiscal.

Informa que tendo em vista a negativa do pleito, a empresa buscou a via judicial para tentar, nas suas palavras “ampliar o benefício que a decisão do CONSEF já trouxera”, utilizando o crédito sem que tenha sido julgado o seu mérito, ou seja, sequer tenha sido confirmado o seu direito ao crédito pleiteado, o que pode ser comprovado no Acórdão que reformou a sentença extinguindo o feito sem julgamento de seu mérito.

Diz que a busca da via judicial, direito que possui, antes de extinto o prazo decadencial pode até lhe garantir o direito ao crédito e a utilização deste, porém apenas após o trânsito em julgado da ação e quando (ainda que) por imposição da autoridade judicial, a administração autorize expressamente tal uso extemporâneo do crédito fiscal de ICMS na forma da lei, o que motiva a pedir a manutenção do lançamento.

Na sessão de julgamento do dia 20 de março de 2017, compareceu a advogada da empresa, que na sustentação oral reiterou todos os termos da defesa anteriormente oferecida, acrescentando, ainda, que a liminar concedida pelo juízo de primeira instância seria auto executaria, nos termos do artigo 273 do CPC.

Na mesma data, foi protocolada manifestação da empresa, subscrita por sua advogada (fls. 69 a 72), a qual discorre acerca da informação fiscal prestada, formalizando os argumentos verbalizados na assentada de julgamento primeira oportunidade que foi dada ao contribuinte para se manifestar.

Indica que da leitura da aludida informação fiscal cabe verificar que a autuante assevera que o Auto de Infração anterior “cobra recolhimento de ICMS a menor por erro na apuração da base de cálculo do imposto”, afirmativa que entende confirmar que todo o período objeto da presente exação já foi auditado representando, o presente lançamento, uma inegável superposição.

Fala que os créditos efetivamente compõe aspecto necessário à formação da base de cálculo para o ICMS. Assim, qualquer crédito referente ao período apurado deve ser discutido e abordado naquele Auto de Infração, tombado sob o número 20697300056-8, sob pena de eminentes decisões conflitantes e dupla penalização.

Ademais, a informação fiscal afirma que “tendo sido julgado improcedente um Auto de infração lavrado contra a autuada, esta vislumbrou na decisão equivocada da JJF e confirmada pela CJF uma forma de obter mais benefícios do que a decisão equivocada proporcionara” entretanto a verdade que emerge dos autos é que este conselho embasou seu entendimento nos diversos e reiterados pareceres estatais e instrumentos legais incontestáveis. A decisão que atribui equivocada tem solida base técnica, foi unanime, sem qualquer voto discordante e cuja relatora é de renomada competência e de notório saber. Contrariamente, os argumentos da fiscalização são mera opinião sem qualquer amparo.

Reitera que o objetivo da fiscalização com as varias autuações acerca deste tema, é mudar o entendimento em relação às repercussões do incentivo para o caso de haver uma incorporação e bem poderia fazê-lo, desde que observando o devido processo, promovendo alterações da Instrução Normativa 27 e dando o embasamento legal necessário para sustentar seu novo posicionamento, o qual entende que não poderia atingir fatos pretéritos por expressa vedação legal, portanto, teria efeito *ex nunc*.

Aduz que alteração dessa magnitude não poderia ser de arremedo usando este órgão como se fosse o competente para legislar pois não cabe ao CONSEF inovar a ordem jurídica. Suas decisões são vinculadas por e segundo a lei.

No que tange o aproveitamento do crédito, salienta que a liminar é resultado da apreciação da prova pré-constituída e não por mera aparência do bom direito tem natureza de antecipação de tutela mandamental, citando na lição do Ministro Teori Zavascki, e que, portanto, a sentença concessiva da segurança é auto executória e ainda que objeto de recurso permite sua aplicabilidade imediata desde que o recurso tenha sido recebido apenas no efeito devolutivo como o que ocorreu no caso em concreto.

Diz ter aproveitado o crédito por ordem judicial e ao amparo desta sendo desnecessária qualquer autorização adicional; ademais afirma ter o prazo de 30 dias, estabelecido em lei (artigo 63, parágrafo 2º, da Lei nº 9.430/96) para que produza todos os atos contra si impostos pela sentença do mandado de segurança, só após o decurso do aludido prazo, estaria em mora e todos os atos reversíveis poderiam ser revisados pelo Poder Público competente.

Afirmar que a impetrante do mandado de segurança com liminar favorável teria que esperar o trânsito em julgado é negar sua própria natureza jurídica, pois só a partir do trigésimo primeiro dia da publicação da sentença que revogou a liminar, será lícito à administração proceder à autuação de multa de mora e juros moratórios, além de outras consequências resultantes do atraso deliberado no cumprimento de sentença judicial. Isto porque, até o trigésimo dia não se pode falar em mora por parte do contribuinte que praticava seus atos fundamentados e resguardados por uma medida liminar.

Após breve cronologia dos fatos, aponta que o presente lançamento foi lavrado antes do trânsito em julgado da sentença apenas um lapso temporal de nove dias após a publicação do Acórdão, sequer aguardou-se o trânsito em julgado, visto que a exigibilidade só pode ser computada após o trânsito em julgado do Acórdão, e desta forma também não cabe a multa para o caso em tela já que a empresa agiu segundo a ordem judicial competente e não de forma omissiva pois a compensação apontada foi acobertada por liminar.

Reitera pedido para que seja declarada a nulidade do Auto em epígrafe ou, caso não seja esse o entendimento desta Junta de Julgamento Fiscal, pugna pelo expurgo da multa e ao final pela improcedência total do Auto de Infração.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

A autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos da infração trazendo os fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Em função de colocação incidental feita pela defesa, esclareço que nos termos do artigo 127 do RPAF/99, em seus parágrafos 7º e 8º, temos que:

“§ 7º Se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo, observado o disposto no § 1º do art. 18.

§ 8º É dispensada a ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pela autuada”.

Da análise dos elementos ali contidos, percebe-se com clareza solar que em nenhum momento se pode falar em novos fatos trazidos pela autuante em sua informação fiscal, e por via de consequência, em qualquer ato ou fato que implicasse em cerceamento de defesa ao direito da autuada, muito ao contrário. O próprio fato de a sua manifestação ser recebida e analisada na assentada do julgamento, prova em contrário ao alegado.

Para o controle de legalidade e exercício do direito de defesa, a Constituição atribui a garantia do processo administrativo, pelo inciso LV, do artigo 5º, ao prever que “aos *litigantes*, em *processo judicial* ou *administrativo*, e aos *acusados em geral* são assegurados o *contraditório* e *ampla defesa*, com os *meios e recursos* a ela inerentes”. Assim, define duas jurisdições disponíveis para o exercício de defesa dos particulares, a Administrativa e a Judicial, sem opor qualquer limitação.

A garantia constitucional ao devido processo administrativo fiscal, no Brasil, é direito tida como fundamental que deve conviver ao lado do princípio do livre acesso ao Judiciário. Ambas as

jurisdições, administrativa e judicial, estão abertas aos contribuintes, porque a Constituição determina no artigo 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desta maneira, são indisponíveis ao legislador tanto o afastamento do processo administrativo fiscal, quanto qualquer cerceamento ao livre acesso ao Judiciário (*princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*).

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 tributaria 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, descabe 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.

Entendo pertinente algumas considerações cerca dos efeitos da sentença e suas consequências.

No entendimento de Fredie Didier Jr., (Curso de Direito Processual Civil. Bahia: JusPodivm, 2007, vol. 2, p 221) “a sentença é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas”.

Pois bem. A decisão da Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia traz como efeito prático o fato da decisão de primeira instância não mais vigorar, e desta forma, prevalece o parecer administrativo que indeferiu o pleito formulado pela autuada, que, muito embora tenha prometido acostar o mesmo aos autos, por ocasião de sua defesa, não o fez.

Pela falta de tal documento, não fica clara a motivação da empresa autuada para a justificativa do seu pedido, o qual, conforme sobejamente afirmado, foi indeferido.

Da mesma forma, não pode vigorar a tese de que a liminar seria autoexecutável nos termos do artigo 273 do CPC, pois, conforme já afirmado, a ação judicial intentada, perdeu eficácia em seus efeitos, diante da decisão do Tribunal de Justiça ao considerar a forma utilizada para o recurso, ao entendimento de que apenas via ação ordinária poderia postular, e a mesma, se existente, não veio aos autos e como tal não pode ser apreciada. A título de esclarecimento, o artigo acima mencionado, refere-se ao CPC de 1973, sendo que no Novo Código de Processo Civil, tal matéria está tratada no artigo 311.

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"*.

No campo tributário, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que *"nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei"*. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência esta descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antônio Carrazza em seu livro *Princípios Constitucionais Tributários*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que *"O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei"*.

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

essa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia) a qual disciplinou nos artigos 46 e 47, as penalidades à infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei nº 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

O Agente fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.

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.

A doutrina, aqui representada por Alberto Xavier (Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário, Rio de Janeiro, 2005, p. 27), ao analisar tal assunto, entende vigorar o princípio optativo *“segundo o qual o particular pode livremente escolher entre a impugnação administrativa e impugnação judicial do lançamento tributário. Esta opção pode ser originária ou superveniente, em consequência de desistência da via originalmente escolhida. Todavia, em caso de opção pela impugnação judicial, na pendência de um impugnação administrativa, esta se considera extinta ipso iure”*.

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.

Este é o entendimento predominante, quer na doutrina, quer na jurisprudência, à vista de diversas decisões, dentre as quais posso elencar o Agravo de Instrumento 1.394.327 - PR (2011/0009565-0), que teve como Relator o Ministro Humberto Martins, publicado no Diário da Justiça em 26 de abril de 2011, do qual extraio o seguinte trecho: *“Cuida-se de agravo de instrumento tirado por AUTO VIAÇÃO SANTO ANTÔNIO LTDA. contra decisão que obstou a subida de recurso especial. Extrai-se dos autos que a agravante interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que deu provimento à apelação do agravado, nos termos da seguinte ementa (fl. 361e): “TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DISCUSSÃO JUDICIAL DA MATÉRIA. RENÚNCIA PELA VIA ADMINISTRATIVA. RECURSO VOLUNTÁRIO SEGUIMENTO INDEFERIDO. Segundo o princípio da unidade da jurisdição, havendo concomitância entre o objeto da discussão administrativa e o da lide judicial, tendo ambos origem em uma mesma relação jurídica de direito material, torna-se despendiêcia a defesa na via administrativa, uma vez que esta se subjugava ao versado naqueloutra, em face da preponderância do mérito pronunciado na instância judicial. Há uma espécie de renúncia tácita pelo processo administrativo, pois a continuidade do debate administrativa é incompatível com a opção pela ação judicial (preclusão lógica)”*.

Posso mencionar, de igual forma, entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento do Recurso Extraordinário 882.370 do Rio Grande do Sul, tendo como Relatora a Ministra Carmem Lúcia, julgado em 29 de maio de 2015, o qual possui a seguinte Ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RENÚNCIA AO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PELO AJUIZAMENTO DE AÇÃO JUDICIAL. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGADA OFENSA AO ART. 93, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E DO DIREITO DE PETIÇÃO: MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO”.

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PREJUDICADO** o julgamento do Auto de Infração nº **206973.0004/16-1** lavrado contra **PAPAIZ NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, diante da sua renúncia à discussão administrativa, pela opção da ação judicial, devendo ser o presente feito remetido para inscrição em dívida ativa, nos termos do artigo 117 do RPAF/99.

Sala de Sessões do CONSEF, 22 de março de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR