

PROCESSO - A. I. Nº 269190.0002/18-5
RECORRENTE - WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JF nº 0107-05/19
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/05/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0024-11/20

EMENTA: ICMS. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL PELO SUJEITO PASSIVO. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia à faculdade de discutir a lide na esfera administrativa ou a desistência da impugnação, nos termos do art. 117 do RPAF/99. Mantida a Decisão recorrida. **PREJUDICADA** a análise do Recurso. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Extinto o presente processo administrativo, lavrado em 17/12/2018, o qual refere-se à exigência de ICMS no valor de R\$4.862.424,51, em decorrência: (03.02.18) Recolhimento a menor do ICMS em razão do uso indevido de benefício ou incentivo fiscal ou financeiro decorrente do não recolhimento do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Período de novembro e dezembro de 2016, janeiro a novembro de 2017, prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Complemento: “Contribuinte beneficiado pela Lei nº 7.980 de 12 de dezembro de 2001 que instituiu o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE conforme Res. nº 114/2006, alterada pela Res. nº 64/2008, que deixou de atender às condições estabelecidas na Lei 13.564/16. O Contribuinte foi intimado a apresentar os DAES comprovantes de depósito em favor do Fundo Estadual de Combate à Pobreza, conforme previsto na Lei nº 13.564/16, no entanto, os comprovantes que foram apresentados não se referem a depósitos no referido fundo, mas sim a depósitos judiciais onde consta como depositante um CNPJ diverso, que não é o do Autuado. Por outro lado, o Mandado de Segurança N. 0562849-74.2016.8.05.0001, ao qual as guias de pagamento se apresentam vinculadas foi extinto pelo juízo, tendo sido negado, ainda, o efeito suspensivo à apelação no processo pelo Egrégio TJ/BA. Integram os demonstrativos desta infração as cópias de livros, documentos fiscais, planilhas (ANEXOS 1 a 4), e arquivos eletrônicos devidamente certificados e autenticados que se encontram anexados ao presente auto de infração”.

Após a devida instrução processual, assim decidiu a 5ª JF:

VOTO

Em preliminar, verifico que não assiste razão ao Autuado quando alega violação aos artigos 142 do CTN e 18 do RPAF (Decreto nº 7.629/1999) que transcreve, já que todos os elementos necessários para a perfeita identificação do fato gerador, sujeito passivo, montante do tributo devido e penalidade cabível se encontram comprovadamente presentes às fls. 1 a 50 deste processo.

O Contribuinte, em sua defesa, produziu todas as provas que entendeu necessárias e suficientes para alcançar suas pretensões de bem defender-se relativamente às autuações de que trata o presente PAF, pois, ao mesmo não foi estabelecido nenhum obstáculo, garantindo seu amplo direito de defesa.

Restou comprovado que o Contribuinte recebeu cópia do auto e todos os demonstrativos, levantamentos, documentos e arquivos eletrônicos integrantes do Auto de Infração, tornando insustentável qualquer alegação de cerceamento de direito de defesa. Fls. 01 a 36 do PAF.

No mérito, trata-se de Auto de Infração com exigência do recolhimento do valor correspondente a 10% (dez por cento) do incentivo ou benefício em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, por ter

sido efetuado a menor do ICMS por contribuinte beneficiado pela Lei 7.980 de 12 de dezembro de 2001 que instituiu o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, conforme Resolução nº 114/2006 alterada pela Res. 64/2008, que deixou de atender as condições estabelecidas na Lei 13.564/16.

Dispõe a Lei 13.564, de 20 de junho de 2016 condição para concessão e manutenção de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros relacionados ao ICMS, a comprovação de depósito em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício.

Isto se aplica inclusive, em relação aos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros cuja fruição esteja em curso.

O Decreto nº 16.970 de 19 de agosto de 2016 que regulamenta a Lei nº 13.564, entrou em vigor a partir de 01/09/2016, produz efeitos até 31 de dezembro de 2018, estipula no Art 1º, que a condição estabelecida na lei, somente será exigida dos contribuintes beneficiários dos programas de DESENVOLVE, e de créditos presumidos previstos no Decreto nº 6.734, de 09 de setembro de 1997.

Para os beneficiários do DESENVOLVE, o cálculo do percentual de 10%, do valor do benefício usufruído a ser depositado em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, será efetuado com base no valor do desconto do ICMS obtido na data da liquidação antecipada da parcela do imposto cujo prazo tenha sido dilatado.

O depósito destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, deverá ser efetuada em documento de arrecadação com código de receita específico, na data da liquidação antecipada da parcela do imposto cujo prazo tenha sido dilatado, em relação aos beneficiários do DESENVOLVE.

O demonstrativo da infração encontra-se às fls. 11/12 do PAF, aponta o ICMS devido em razão de perda do benefício no mês, com base no Art. 2º da Lei nº 13.564, de 20/06/2016, corrigido pela TJLP, conforme art. 4 da Res. 114/2006 e Res. 64/2008.

Tudo em razão de o sujeito passivo ter efetuado o pagamento antecipado do ICMS, código de receita 2167, com o desconto de 90%, por antecipação de 5 anos, sem contudo efetuar o recolhimento do percentual relativo ao fundo de combate à pobreza (FECOP).

Assim, em razão do estatuído na Lei nº 13.564/2016, no art. 2º, o descumprimento recolhimento do valor correspondente a 10% do respectivo incentivo ou benefício, em favor do FECOP, resulta na perda automática, no mês de fruição dos respectivos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros.

O contribuinte ingressou com o Mandado de Segurança com Pedido de Medida Liminar inaudita altera pars, nº 0562849-74.2016.8.05.0001, cópia às fls. 141/171, cuja Decisão Interlocutória, deferiu a liminar, fls. 173/178, e Sentença proferida pela 9ª Vara da Fazenda Pública, na qual foi acolhida a preliminar de ilegitimidade e julgada extinta, sem resolução de mérito a Ação Mandamental, em 19 de maio de 2017.

Inconformada com o decisum, ingressou a White Martins com Recurso de Apelação, em 16 de agosto de 2017, com pedido de que o Mandado de Segurança seja efetivamente apreciado, ou alternativamente o julgamento do mérito, nos termos do artigo 1.013, § 3º do Novo CPC, a fim de que seja reconhecido o direito líquido e certo da Apelante de não se submeter à exigência contida no Art. 1º da Lei 13.564/2016, que estabelece que “a fruição de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros que resultem em redução do valor a ser pago do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS fica condicionada ao cumprimento, pelo contribuinte beneficiário ou incentivado, da comprovação de depósito, em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2011, do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício”.

Em vista do ingresso da questão na esfera judicial, nos termos do art. 117 do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8.001/01, a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso interposto.

Assim, em face do art. 122, IV, do RPAF/99, está extinto o presente processo administrativo, de modo que o CONSEF deve abster-se de julgar, encaminhando-se os autos à PROFIS para as providências cabíveis, ficando o crédito tributário com sua exigibilidade suspensa, aguardando a decisão final do Judiciário.

Voto pelo NÃO CONHECIMENTO da defesa, por se encontrar prejudicada, ficando extinto o presente processo administrativo.

Irresignado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão de piso, com base nos seguintes argumentos:

Inicialmente informa a tempestividade da peça recursal e tece um breve relato dos fatos.

Preliminarmente, aduz a nulidade do Auto de Infração em decorrência do manifesto vício de fundamentação e de motivação. Alega que da análise da infração ora em debate, verifica-se que a D. Fiscalização pautou-se na premissa de que os depósitos realizados nos autos do Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001 não abarcaria os valores supostamente devidos pela Recorrente. Ou seja, em que pese a Recorrente ter apresentado Resposta à Intimação Fiscal (Doc. 15 da Impugnação) esclarecendo que os referidos valores estavam sendo depositados nos autos do aludido *mandamus*, a D. Fiscalização entendeu por bem não considerá-los pelo fato de os depósitos judiciais estarem sendo realizados em CNPJ diverso do autuado.

Entende que tal entendimento não merece prosperar na medida em que o CNPJ constante dos depósitos corresponde ao CNPJ da matriz da Recorrente. Aduz que o referido Mandado de Segurança foi impetrado pela White Martins Gases Industriais Ltda., inscrita no CNPJ sob o nº 24.380.578/0001-89, em benefício das suas filiais situadas no Estado da Bahia, dentre elas a filial ora autuada, devidamente indicadas em quadro demonstrativo:

Filiais localizadas no Estado da Bahia

CNPJ	UF	ATUAL RAZÃO SOCIAL	CIDADE	BAIRRO	ENDEREÇO
24.380.578/0029-80	BA	WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA.	Camaçari	Polo Petroquímico	Rua Benzeno, S/N, CEP 42.810-020
24.380.578/0043-38	BA	WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA.	Camaçari	COPEC	Rua João Úrsulo, 700, CEP 42.810-390
24.380.578/0004-21	BA	WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA.	Salvador	Alto Alegre	Rodovia Salvador- Feira Santana, KM 5, Prédio A BR 324, CEP 40.301-155.
24.380.578/0009-36	BA	WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA.	Camaçari	Polo Petroquímico	Rua Eteno, S/N, CEP 42.810-000.

Assevera que os valores supostamente devidos ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza vêm, efetivamente, sendo depositados nos autos do aludido *mandamus* e correspondem aos valores supostamente devidos pelas filiais da White Martins Gases Industriais do Nordeste Ltda. localizadas no Estado da Bahia, dentre elas a filial ora autuada, inscrita no CNPJ sob o nº 24.380.578/0009-36, razão pela qual sua exigibilidade encontra-se suspensa, nos termos do artigo 151, Inciso II, do Código Tributário Nacional.

Dessa forma, a recorrente requer a reforma da r. decisão, para que seja declarada a nulidade do Auto de Infração nº 2691900002/18-5, eis que a premissa utilizada pela D. Fiscalização para fundamentar e motivar a lavratura do referido auto de infração está equivocada, na medida em que os depósitos realizados nos autos do Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001 de fato abarcam os valores supostamente devidos pela Recorrente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Ademais, na remota hipótese de que esta C. Turma Julgadora não entenda pelo cancelamento integral do Auto de Infração ora impugnado, o que se admite apenas a título argumentativo, requer a recorrente que seja determinado o sobrestamento do presente feito até o trânsito em julgado do aludido mandado de segurança.

No mérito, repisa as razões narradas na impugnação inicial, quais sejam: a) Ilegalidade da exigência do Depósito ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza; b) Violação ao princípio da não-vinculação ou não-afetação da receita de impostos a órgãos, fundos ou despesas e; c) Da abusividade e da finalidade confiscatória da multa de ofício aplicada.

Por fim, requer seja julgado procedente o presente Recurso Voluntário, para que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração nº 269190.0002/18-5, com o consequente arquivamento do presente Processo Administrativo ou, caso assim não se entenda, integralmente cancelado o lançamento fiscal, determinando-se o imediato arquivamento do processo administrativo, sem qualquer ônus para as partes.

Requer, também, a juntada de documentos adicionais e a requisição de cópias de documentos e informações de quaisquer outros processos que se revelarem necessários à comprovação das alegações fáticas constantes do presente Recurso Voluntário, bem como seja autorizada a realização de sustentação oral de suas razões de defesa perante este órgão quando da inclusão do

feito em pauta para julgamento, sendo que referida sustentação será realizada pelos Patronos citados no bojo recursal.

VOTO

Trata a presente autuação de Recolhimento a menor do ICMS em razão do uso indevido de benefício ou incentivo fiscal ou financeiro decorrente do não recolhimento do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Conforme detalhadamente narrado no voto condutor, a matéria objeto deste Auto de Infração foi judicializada pelo contribuinte, motivo pelo qual a julgadora de piso, acertadamente, decidiu pelo prejuízo da defesa apresentada, vez restar extinto o processo administrativo fiscal.

O próprio COTEB, em seu art. 126, determina que:

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 PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.

Nesse mesmo sentido, o art. 117 do RPAF/99, diz o que segue:

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.

No âmbito Federal, a título de fomento do quanto alegado, o CARF, em sua Súmula 01, consagrou o mesmo entendimento. Vejamos:

Súmula CARF nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Assim, tendo em vista a consequente renúncia às instâncias administrativas por conta da propositura da demanda judicial, deixo de apreciar o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, mantendo na íntegra a decisão de piso.

Deste modo, voto NÃO CONHECIMENTO do Recurso interposto, por se encontrar prejudicado, ficando EXTINTO o presente Processo Administrativo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado e manter a decisão recorrida, devendo, o Auto de Infração nº **269190.0002/18-5**, lavrado contra **WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.**, ser remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, conforme prevê o art. 117, § 1º do RPAF/99, haja vista que a matéria se encontra “sub judice”.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA - RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS