

PROCESSO - A. I. Nº 206920.0008/18-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - COPALEM COOPERATIVA DE PRODUTORES RURAIS DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 2ª CJF nº 0041-02/19
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS (OESTE)
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/06/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0097-11/21-VD

EMENTA: ICMS. CONCOMITÂNCIA ENTRE AÇÃO JUDICIAL E CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. Quando a matéria controvertida diz respeito a um período distinto daquele objeto da autuação, faz-se necessária a prestação do serviço jurisdicional, sob pena de subtração, ao Contribuinte, de uma garantia constitucionalmente assegurada no art. 5º, inciso LV. Nulidade da decisão. Retorno à 1ª Instância administrativa. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Representação interposta pela PGE/PROFIS, em razão do Acórdão 2ª CJF Nº 0041-02/19, que deu por prejudicada a impugnação oposta pela COPALEM COOP. DE PROD. RURAIS DE LUÍS ED. MAGALHÃES LTDA., em face do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/04/2018, para exigir ICMS no valor histórico de R\$1.344.732,31, em razão de “utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto”.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 26/02/2019 (fls. 209 a 214) e deu por prejudicado, em decisão por maioria, do Auto de Infração acima citado. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração conduz infração pela qual exige o valor de R\$ 1.344.732,31.

Compulsando os autos, observo que entre as questões prévias a serem apreciadas antes da análise de mérito do Auto de Infração, embora suscitada pelo Impugnante com interesse na nulidade do lançamento tributário em juízo administrativo revisional neste órgão administrativo julgante, há, no caso, provas documentais a consubstanciar questão prejudicial que me impede adentrar pela análise meritória do lançamento tributário de ofício. Refiro-me à concomitância de processo administrativo e judicial tratando da mesma matéria, como se vê nos documentos de fls. 153-178, representativos da Sentença do Mandado de Segurança 0538466-03.2014.8.05.0001 (fls. 153-157), e do Acórdão da Apelação da Sentença emanado da Primeira Câmara Cível do TJ-BA (fls. 158-168).

É que ao que interessa neste caso, para o processo administrativo fiscal, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia - RPAF, reza o seguinte:

Art. 153. O órgão julgador formará o seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias constantes no processo, às alegações e argumentações dos autos e à apreciação das provas.

Art. 154. A matéria principal somente será posta em discussão e julgamento quando vencida a questão preliminar ou prejudicial, se for o caso, ou se não houver incompatibilidade entre ambas.

Nesse caso, ao fazer tal opção as partes do processo se sujeitam às regras que dizem respeito à concomitância dos processos administrativo e judicial e, para tanto, o RPAF dispõe:

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:

Comentado [VC1]: É isso mesmo?

...

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. (grifos meus)

§ 2º A ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário, salvo quando:

I - acompanhada do depósito do seu montante integral;

II - concedida medida liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão.

§ 3º A suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de depósito do valor ou de concessão de medida liminar em mandado de segurança não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

Pois bem. Para evitar delongas sobre a matéria e servir perfeitamente ao caso, assumido o mesmo entendimento, abaixo transcrevo parte do voto do nobre Relator VALTÉRCIO SERPA JUNIOR no ACÓRDÃO JF N° 0035-02/17:

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.

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 obstruiu a subida de recurso especial. Extraí-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 despicienda a defesa na via administrativa, uma vez que esta se subjugava ao versado naquela outra, 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 atuada 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.

É o meu VOTO."

Inconformado, o contribuinte peticionou à PGE/PROFIS com vistas a que aquele órgão determinasse a suspensão da exigibilidade do presente Auto de Infração, à vista de decisão judicial, em mandado de segurança, que suspendera os efeitos da Consulta formulada à SEFAZ/BA.

Às folhas 497/503, representante da PGE/PROFIS, após vistas aos autos do mandado de segurança impetrado pelo Sujeito Passivo, emitiu parecer jurídico (devidamente acolhido pela Procuradora

Assistente, no sentido de que “a sentença proferida no mandado de segurança invocado pela parte restringiu seus efeitos patrimoniais ao período iniciado a partir da impetração, ocorrida no ano de 2014, não alcançando, portanto, o crédito tributário reclamado no presente processo, que se reporta à utilização indevida de créditos fiscais no ano de 2013”.

Às folhas 511/517, o Sujeito Passivo peticiona à PGE/PROFIS, requerendo, dentre outras coisas, que seja efetivada representação ao CONSEF para apreciação da nulidade do acórdão da JJF, assegurando que a Requerente possa exercer amplamente o seu direito de defesa e que lhe seja garantido o devido processo legal, com a apreciação do mérito da defesa apresentada.

Às folhas 519/524, representante da PGE/PROFIS/NCA interpôs a presente representação, manifestando o entendimento de que somente faz sentido evocar a aplicação dos artigos 117 e 122 do RPAF/99, com o fito de encerrar o contencioso, quando a decisão proferida, no âmbito do poder judiciário, puder produzir efeitos no desenlace do processo administrativo fiscal, o que não ocorre no presente caso, pois a decisão judicial já foi proferida, desde de 2014, afastando os seus efeitos para o período que antecede antecedente.

Considerando que os fatos objetos da presente autuação ocorreram ao longo do exercício de 2013, entende que não afeta o regular prosseguimento do processo administrativo fiscal. Assim, entendeu, a Douta Procuradora, interpor a presente representação, com vistas à anulação da Decisão recorrida, por parte deste Conselho de Fazenda.

À folha 525, a Procuradora Assistente acolheu o pronunciamento acima.

VOTO

Trata-se de Representação interposta pela PGE/PROFIS, em razão do Acórdão 2ª CJF Nº 0041-02/19, que deu por prejudicada a impugnação oposta pela COPALEM COOP. DE PROD. RURAIS DE LUÍS ED. MAGALHÃES LTDA., em face do Auto de Infração nº 206920.0008/18-6, lavrado em 30/04/2018, para exigir ICMS no valor histórico de R\$1.344.732,31, em razão de “utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto”. Entendeu a PGE/PROFIS, que diferentemente do que decidiu a JJF, a decisão judicial não produziu efeitos no presente PAF, o que impõe a apreciação da impugnação proposta pelo Contribuinte.

Analisando os autos, é possível notar, que embora o Sujeito Passivo tenha se oposto ao lançamento, a 2ª JJF entendeu por prejudicada a análise da peça impugnatória, em face de o Contribuinte ter ingressado com ação judicial, por meio da qual discute a matéria, objeto da presente autuação, conduta que importa em renúncia, nos termos do caput do art. 117 do RPAF, cujo texto reproduzo abaixo:

*“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.
...”*

Examinando a Decisão recorrida, é possível notar que, efetivamente, a decisão de piso sequer examinou as razões recursais, pois entendeu que o Sujeito Passivo havia feito a opção pela via judicial, conforme se pode depreender da leitura de trecho do acórdão de piso, extraído da folha 213, abaixo reproduzido:

“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.

Observe, todavia, que a despeito de ter o Contribuinte pleiteado o reconhecimento ao seu direito de manter os créditos fiscais relativos ao período de 2008/2013, o provimento jurisdicional acolheu parcialmente o pedido, tendo denegado o efeito pretérito da sentença, conforme se depreende da leitura de trecho da decisão judicial, extraído da folha 335, verso, abaixo reproduzido:

“Isso, posto, CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA, reconhecendo o direito da Impetrante de efetivar a manutenção e utilização dos créditos de ICMS referentes às aquisições de insumos e produtos agropecuários

que tenham as saídas internas tratadas com isenção, nos termos do art. 20, § 6º, inciso I, da LC 87/96 e do art. 264, inciso XVIII do RICMS/BA (Decreto Estadual 13.780/12), garantindo-lhe, ainda, o aproveitamento dos seus créditos de ICMS, obtidos a partir do ajuizamento da presente ação mandamental, resguardado o período pretérito para discussão em demanda própria (grifo a crescendo), como aduzido, com o que se afasta os efeitos do parecer final exarado no processo administrativo de consulta nº 057837/2014-1.”

Assim, somente produziu efeito a sentença, relativamente ao período de 2014 em diante, devendo o Sujeito Passivo fazer uso, se o quiser, da ação ordinária, para obter o reconhecimento de seu direito naquilo que se refere aos exercícios anteriores.

Sendo isso verdade, entendo que merece reparo a decisão de piso, pois o afastamento da jurisdição administrativa, somente se impõe quando há coincidência das matérias submetidas às esferas judicial e administrativa, conforme dispõe o art. 117, § 1º, inciso II abaixo reproduzido:

“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:

...

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 (grifo acrescentado).

...”

Quando, todavia, a matéria controvertida diz respeito a um período distinto, faz-se necessária a prestação do serviço jurisdicional, sob pena de se subtrair ao Contribuinte, uma garantia constitucionalmente assegurada no art. 5º, inciso LV, conforme abaixo:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

LV - 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;

...”

Nesse sentido, entendo que se omitiu a decisão de piso, impondo-se a sua nulificação, para que outra venha a ser proferida, livre do vício apontado.

Diante do exposto, ACOLHO A PRESENTE REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS, para anular a Decisão recorrida e devolver o feito à Primeira Instância, com vistas a que outra decisão venha a ser proferida, apreciando o conteúdo da peça impugnatória.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta, para declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **206920.0008/18-6**, lavrado contra **COPALEM COOPERATIVA DE PRODUTORES RURAIS DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES LTDA.**, devendo os autos retornarem à Primeira Instância, para que outra decisão venha a ser proferida, apreciando o conteúdo da peça impugnatória.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

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