

PROCESSO - A. I. Nº 2985740005/21-6
RECORRENTE - VALE MANGANES S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0141-03/21-VD
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/02/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0397-12/21-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Defesa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra sub judice no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário deve ficar suspensa até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário. Mantida a decisão de origem. Recurso Voluntário **CONHECIDO PARCIALMENTE** e **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso Voluntário em face da Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, que julgou Prejudicada a Defesa contra o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/03/2021, e notificado ao Sujeito Passivo em 31/03/2021, (fl. 46), a exigir ICMS no montante de R\$ 3.834.111,90, além de multa e acréscimos legais, em decorrência da acusação de cometimento de uma infração, ocorrências verificadas entre jan/2017 e dez/2018, tendo-se enunciado a acusação nos seguintes termos:

Infração 01 – 03.02.04: *Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro de 2017 a dezembro de 2018.*

Já nos documentos anexos ao Auto de Infração repousam cópias de decisões do Poder Judiciário do Estado da Bahia, proferidas a título de tutela provisória (em 12/04/2017, Autos de nº 0520292-38.2017.8.05.0001) e em subsequente acórdão de mérito em Agravo de Instrumento (em 11/06/2019, Autos de nº 0011694-58.2017.8.05.0000), que tratam da suspensão da exigibilidade do ICMS-DIFAL reflexo do ajuste na determinação da base de cálculo (art. 17, inciso XI da Lei nº 7.014, de 04/12/1996, com redação dada pela Lei nº 13.737, de 21/09/2015).

Em 08/09/2021 (fls. 161 a 166), por unanimidade, a 3ª JF julgou a Defesa Prejudicada, nos seguintes termos:

VOTO

O presente Auto de Infração, trata de recolhimento a menos do ICMS, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto nos meses de janeiro de 2017 a dezembro de 2018. O Sujeito Passivo incorreu em irregularidade ao não incluir o ICMS relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, no cômputo da base de cálculo da operação.

Consta na descrição dos fatos, que o Autuado apresentou decisão sobre a suspensão da exigibilidade do ICMS, relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual pelo art. 17, XI da Lei nº 7.014/96, nos termos da Ação Declaratória – Processo nº 0520292-38.2017.8.05.0001. Agravo de Instrumento nº 0011694-58.2017.8.05.0000.

Na Impugnação apresentada, o Defendente citou a decisão referente à Ação Declaratória nº 052292-38.2017.8.05.0001. Informou que após a interposição do Agravo de Instrumento nº 0011694-58.2017.8.05.0000, pelo Estado da Bahia, em face da referida decisão, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia garantiu ao Impugnante o direito de recolher o ICMS-DIFAL sobre o valor da operação destacado na nota fiscal.

Na informação fiscal, o Autuante disse que a constituição do crédito tributário composto pelo valor histórico, multa e consectário legal, decorre do lançamento administrativo por meio da lavratura do Auto de Infração, que possui natureza jurídica obrigacional, que não se confunde com a exigibilidade do crédito tributário, por estar atrelada à susceptibilidade de cobrança pelo Sujeito Ativo, após constituição definitiva do citado crédito. Ressaltou que o procedimento de lançamento tributário em tela, cumpre medida judicial prolatada pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, no Agravo de Instrumento nº 0011694-58.2017.8.05.0000.

Observe que na Decisão Interlocutória referente ao Processo nº 0520292-38.2017.8.05.0001, consta: “com base no artigo 300 do CPC, concedo a tutela provisória para determinar que o Estado da Bahia suspenda a exigibilidade, até ulterior deliberação desse Juízo do crédito tributário (art. 151, V do CTN) relativo ao ICMS devido pela diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas entradas de bens destinados ao uso e consumo e ativo imobilizado dos estabelecimentos da autora em operações oriundas de outros Estados da Federação”.

Conforme cópia de decisão referente ao Agravo de Instrumento nº 0011694-58.2017.8.05.0000, foi decidido que “a suspensão da exigibilidade deve se restringir à parcela correspondente à determinação da base de cálculo nos termos do art. 17, XI da Lei nº 7.014/96, com redação dada pela Lei 13373/2015”.

“Autoriza-se, assim, que a parte Agravada recolha o imposto pela aplicação da diferença entre as alíquotas interna e interestadual sobre o valor da operação destacado na nota fiscal, bem como o direito de não suportá-lo na qualidade de contribuinte substituída nas operações sujeitas à substituição tributária”.

Vale salientar, que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente de concessão de medida liminar ou tutela antecipada (art. 151, V do CTN), tem o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário, mas não impede o lançamento do imposto.

Observe que sendo a matéria objeto de Ação Declaratória – Processo nº 0520292-38.2017.8.05.0001, com Decisão Judicial favorável ao autuado, considera-se esgotada a instância administrativa, em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, ficando prejudicada a defesa interposta, conforme art. 117 § 1º, II do RPAF/99.

Assim, nos termos do art. 122, inciso IV do RPAF/99, considero extinto o presente processo administrativo fiscal, em decorrência do ingresso pelo sujeito passivo em juízo, relativamente à matéria objeto da lide. A exigibilidade do crédito tributário deve ficar suspensa até decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Face ao exposto, voto no sentido de considerar PREJUDICADA a defesa referente ao Auto de Infração em lide, ficando, em consequência, extinto o Processo Administrativo Fiscal, o qual deverá ser remetido à PGE/PROFIS para adoção das providências de sua alçada.

Regularmente intimado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 176 a 198), pedindo a reforma do Acórdão pelas seguintes razões, ora expostas em síntese, grande parte delas reiterativas da tese de defesa:

- a) nulidade da decisão recorrida por ausência de fundamentação, por considerar a defesa administrativa mais abrangente do que a demanda judicial, no que concerne à “impossibilidade de aplicação de multa de 60% sobre a base de cálculo afastada por liminar”, aduzindo ainda tratar-se de matéria não discutida na ação judicial;
- b) insubsistência da infração, dada a “impossibilidade de inclusão do montante do DIFAL ou da ‘carga tributária interna’ na base de cálculo do ICMS-DIFAL”, com afronta à Lei Complementar nº 87/96;
- c) nulidade da autuação, dada a existência de decisão autorizando a recorrente a recolher o imposto pela aplicação da diferença entre as alíquotas internas e interestadual sobre o valor da nota fiscal;
- d) necessidade de reforma da decisão recorrida em razão do caráter confiscatório da multa aplicada, no percentual de 60% sobre o valor lançado.

Conclui requerendo seja acolhida a preliminar de nulidade da decisão recorrida por ausência de fundamentos, e para postular que, no mérito, seja reconhecida a insubsistência integral da autuação e da multa aplicada.

Recebidos os autos, considere-os devidamente instruídos e solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 13/12/2021, para julgamento.

VOTO

É incontroverso que a divergência de fundo entre o Fisco e o Contribuinte, diz respeito à aplicação de Lei deste Estado (art. 17, inciso XI da Lei nº 7.014, de 04/12/1996, com redação dada pela Lei nº 13.737, de 21/09/2015); também é incontroverso que tal divergência encontra-se sob a apreciação do Poder Judiciário, não tendo sido ainda por ele decidida (em consulta pública perante o site do TJBA, vejo que o feito originário, Autos de nº 0520292-38.2017.8.05.0001, não foi definitivamente julgado pelo juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, ainda que o Agravo de Instrumento em face da decisão concessiva da tutela provisória já tenha sido

julgado, e os Autos de nº 0011694-58.2017.8.05.0000, já tenham sido definitivamente baixados em 10/12/2019).

Início por esse tema, pois necessito firmar premissa sobre a admissibilidade do Recurso Voluntário.

É verdade, por um lado, que se trata de “*decisão da primeira instância em processo administrativo fiscal relativo a auto de infração*”, (art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99), e que outros pressupostos de admissibilidade se encontram presentes (como a tempestividade, art. 171 do RPAF/99).

Por outro lado, e já se viu, é incontroverso que o tema versa sobre questão sob a apreciação do Poder Judiciário, e sobre negar aplicação de Lei do Parlamento Estadual, o que resvala no óbice à competência deste Conselho, por força do que dispõe o art. 125 da Lei nº 3.956, de 11/12/1981 - COTEB. É esse veículo legal que dispõe ainda 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.”

Entretanto, o Sujeito Passivo obtempera ter sido a decisão de primeiro grau nula, por déficit em sua fundamentação; e sustenta que a matéria da Defesa é mais ampla que a da sua ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária, pois nela não se tratou sobre a inaplicabilidade da multa de ofício pelo inadimplemento (judicialmente controvertido), de parte de sua obrigação de pagar o ICMS.

Há que se opinar, portanto, se este Conselho deve ou não conhecer do Recurso Voluntário.

A jurisprudência deste Conselho tem a premissa de negar admissibilidade sem exame mais detido sobre a abrangência e o ajuste da pretensão deduzida perante o Poder Judiciário, e aquela manifestada perante o órgão julgador administrativo. Cito, por exemplo, o Acórdão CS nº 0001-21/06:

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. 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, com a consequente extinção do processo administrativo fiscal. Recurso PREJUDICADO. Decisão unânime.

No caso ora em exame, não me parece o caminho mais acertado.

Se o Sujeito Passivo alega nulidade da decisão *a quo* por déficit de fundamentação, e se alega ter tratado de *thema* estranho àquele submetido ao Poder Judiciário, é intuitivo que no mínimo, de modo deliberado, o órgão julgador administrativo precisa examinar tal matéria, até para apreciar sua competência (princípio competência-competência).

Ora, se examina a matéria, não é correto julgar prejudicado o Recurso Voluntário, sob pena de cerceamento do direito à ampla defesa administrativa e ofensa ao devido processo legal, todos princípios reconhecidos no pórtico do Regimento Interno deste Conselho (em seu art. 2º, conforme aprovado pelo Decreto nº 7.592, de 04/06/1999).

Todavia, a matéria de mérito deduzida no Recurso Voluntário - a saber, seguindo a exposição no Relatório, a matéria sobre: **b)** insubsistência da infração, dada a “*impossibilidade de inclusão do montante do DIFAL ou da ‘carga tributária interna’ na base de cálculo do ICMS-DIFAL*”, com afronta à Lei Complementar nº 87/96; **c)** nulidade da autuação, dada a existência de decisão autorizando a recorrente a recolher o imposto pela aplicação da diferença entre as alíquotas internas e interestadual sobre o valor da nota fiscal - é toda ela de conhecimento vedado, *prima facie* a este Conselho. Isso porque não há controvérsia de que toda ela foi submetida ao Poder Judiciário.

Por todo o exposto, sou pelo conhecimento *parcial* do Recurso Voluntário.

Adentrando o mérito recursal, resulta saber **(i)** se houve déficit na fundamentação do acórdão recorrido, a ponto de lhe infligir nulidade; **(ii)** se haveria de ser aplicada a multa percentual pelo não adimplemento tempestivo da obrigação tributária que se encontra submetida ao Poder Judiciário; e **(iii)** se a multa em si possui caráter confiscatório.

Adianto-me para afirmar: nada vejo a reprochar o acórdão recorrido.

Para o desate da matéria, impende recordar uma vez mais, que a competência deste órgão administrativo de julgamento encontra-se delimitada. Ora, se há previsão em Lei (art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96), para a multa de 60% sobre o imposto não pago integral e tempestivamente, não será na via administrativa que o Contribuinte encontrará guarida à sua pretensão.

Desse modo, a decisão de primeiro grau foi acertada, pois se reporta aos limites da competência do Conselho (em primeiro e em segundo grau de julgamento), para apreciar matéria emanada de autoridade superior, ou para examinar questão sob apreciação ou já decidida pelo Poder Judiciário (art. 125 do COTEB).

Dito de outro modo: ainda que a pretensão verse sobre tema estranho ao discutido nos Autos de nº 0520292-38.2017.8.05.0001, mas com ele guardando iniludível conexão e relação de prejudicialidade, e considerando que o tema versa sobre aplicação de Lei Estadual, penso que não prospera a pretensão de se ver reduzida a penalidade, ou afastada a sua aplicação diante da suspensão de exigibilidade (até o julgamento definitivo da demanda pelo Judiciário, é importante que se frise, o que ainda não se deu).

Do contrário, a preservação da higidez do crédito tributário (que decorre da aplicação da Lei Estadual), poderia se perder pelo decurso do prazo para a sua constituição e preservação, o que não se compatibiliza com o caráter plenamente vinculado da cobrança de tributo (art. 3º do CTN).

A discussão, enfim, acerca da inconstitucionalidade da multa aplicada, deve ser afastada. Em que pese o posicionamento pessoal desta relatoria, deve-se reconhecer que esta foi a opção política da Casa que representa o Povo da Bahia, ao não conferir ao CONSEF competência, para dentre outras, declarar inconstitucionalidade e apreciar ato emanado de autoridade superior - art. 125 do COTEB.

Pelo exposto, conhecendo apenas em parte o Recurso Voluntário, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário no que foi conhecido, mantendo a decisão de primeiro grau acerca de se encontrar PREJUDICADA a defesa pela escolha da via Judicial.

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **CONHECER PARCIALMENTE** e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PREJUDICADA** a defesa referente ao Auto de Infração nº **298574.0005/21-6**, lavrado contra **VALE MANGANES S.A.**, no valor de **R\$ 3.834.111,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS, para adoção das medidas cabíveis.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2021.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS