

A. I. Nº - 298633.0004/20-0
AUTUADO - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA
AUTUANTES - LÚCIA G. CARREIRO, VIRGÍLIO FRANCISCO C. NETO e ANGELA Mª M. BARROS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18.10.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0168-05/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A VIA ADMINISTRATIVA. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia em discutir a lide na esfera administrativa ou a desistência da impugnação, nos termos do art. 117 do RPAF/Ba. O caso envolve a interposição de Mandado de Segurança antes da lavratura do Auto de Infração. Defesa prejudicada. Entendimento amparado em parecer Jurídico da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS). O PAF deve ser encaminhado para o setor competente, no intuito de ser promovida a inscrição do crédito tributário na dívida ativa, nos termos do art. 117, § 1º, do RPAF-BA, mais multa e demais consectários, com os saneamentos de praxe que se façam necessários no entender do órgão de controle. **Decisão não unânime quanto à fundamentação.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 15/12/2020, para exigir ICMS no valor histórico de **R\$ 13.977.261,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, contém a seguinte imputação fiscal:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.73 – Escriutou crédito fiscal fora do período em que se verificou a entrada da mercadoria, a aquisição de sua propriedade, a prestação de serviço por ele tomado, ou, fora do período em que se verificou ou configurou o direito à utilização do crédito fiscal.

Ocorrência verificada nos meses de setembro a dezembro de 2016 e de janeiro a junho de 2017.

Em complementação ao descritivo acima, os autuantes declararam na peça acusatória que: A autuada no período de agosto de 2016 a junho de 2017 utilizou de forma antecipada e não prevista na legislação créditos de ICMS referentes a valores constantes de Pedidos de Restituição. A COELBA protocolizou estes Pedidos de Restituição, aguardou o prazo legal de 90 dias previsto no art. 78 do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal) para utilizar o crédito fiscal. Em todos os processos constam pagamentos referentes a 59 meses (cinco anos, exceto o mês do pedido). Após vencido o prazo de 90 dias, a COELBA utilizou em uma única parcela os valores totais constantes de cada pedido de restituição, contrariando a legislação, no dispositivo do art. 73, § 5º do RPAF/99, que determina que a restituição será em tantas parcelas mensais e consecutivas, quanto tenham sido os meses em que ocorreram os pagamentos indevidos. Sendo assim a autuada utilizou de maneira antecipada e não prevista na legislação, ao escriturar antecipadamente (em uma única parcela) os créditos provenientes dos processos de pedido de restituição, quando deveria ter apropriado estes créditos em 59 parcelas mensais, iguais e consecutivas.
(...)

Os autuantes elaboraram e entregaram cópia ao autuado dos seguintes Demonstrativos:

DEMONSTRATIVO I – Valor das parcelas mensais;

DEMONSTRATIVO II – Valor que poderia ser creditado conforme art. 73, § 5º, do RPAF/Ba;

DEMONSTRATIVO III – Valor do crédito lançado em desacordo com o art. 73, § 5º, do RPAF/Ba.

Foram anexadas ao PAF cópias de partes da Escrita Fiscal Digital (EFD) e dos processos relativos aos pedidos de restituição (doc. fls. 11 a 102). Juntados também mídia digital contendo os arquivos, em formato eletrônico, dos demonstrativos de apuração do imposto lançado.

Contribuinte notificado do lançamento através de intimação pessoal, com a aposição de assinatura por preposto da empresa em 30/12/2020.

O sujeito passivo, na peça defensiva, inserida entre as fls. 120 a 156 dos autos, protocolada em 26/02/2021, após fazer uma síntese da autuação, passou a se debruçar sobre o mérito da exigência fiscal. Apontou a existência de diversas ilegalidades que entende estar presentes no ato de lançamento, a seguir enumerados:

1 – Violação do art. 165 do CTN, dos arts. 160 e 161 do COTEB (Lei nº 3.956/1981) e do art. 33 da Lei Estadual nº 7.014/1996; todos eles relacionados ao direito de restituição de tributos recolhidos a maior ou recolhidos de forma indevida;

2 – Afronta da proibição constitucional à edição dos chamados “decretos autônomos” (art. 84, inc. IV da Constituição Federal (CF) c/c o art. 105, inc. V, da Constituição do Estado da Bahia e art. 99 do CTN);

3 – Ofensa ao princípio da estrita legalidade fiscal (art. 150, inc. I, da CF/1988 c/c o art. 97 do CTN) e à reserva legal da atividade da Administração Pública Tributária (art. 37, caput, da CF/1988);

4 – Violação ao princípio da isonomia (art. 5º, caput. c/c art. 150, inc. II, da CF/1988);

5 – Afronta ao princípio da vedação do confisco (art. 150, inc. IV, da CF/1988) em relação à multa lançada no Auto de Infração;

6 – Subsidiariamente: aplicação da técnica da “interpretação conforme e Constituição e a lei” ao caso sob análise, de maneira a afastar a exegese inconstitucional e abusiva atribuída pela SEFAZ-Ba ao § 5º do art. 73 do Decreto nº 7.629/99 (RPAF/Ba), assegurando à impugnante interpretação condizente com os parâmetros constitucionais e legais.

Pede a defesa que seja reconhecida a inconstitucionalidade e a ilegalidade do § 5º, do art. 73 do RPAF/Ba e a consequente anulação do crédito tributário constituído no Auto de Infração.

Subsidiariamente, o contribuinte pede que o referido dispositivo do processo administrativo fiscal seja reinterpretado no sentido da contagem do número de parcelas para a restituição ou compensação do indébito seja realizado apenas em função do número de meses nos quais foram canceladas as faturas e não pelo número de meses em que essas faturas foram originalmente emitidas.

Os argumentos enumerados nos itens 1, 2, 3, 4 e 6, integraram o Mandado de Segurança, que contém pedido de Tutela Provisória de Urgência Antecipada *Inaudita Altera Parte*, impetrado pelo contribuinte perante o Poder Judiciário do Estado Bahia, processo tombado sob o nº 0516765-10.2019.8.05.0001, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, conforme descrito na defesa administrativa à fl. 129.

Os autuantes, no informativo fiscal prestado em 30/04/2021, peça processual juntada ao PAF entre as fls. 333/334, declararam que as alegações defensivas relativas à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual concernente à sistemática de restituição parcelada, prevista no art. 73, § 5º, do RPAF (Decreto nº 7.629/99), é questão que não pode ser apreciada pelas autoridades administrativas visto que a matéria em discussão não se encontra na esfera de competência das

mesmas. Ressaltaram ainda que no Auto de Infração em lide as cobranças recaíram sobre os pedidos de restituição compreendidos no período de abril de 2016 a fevereiro de 2017, conforme detalhamento apresentado no Demonstrativo III que integra a peça de lançamento.

Pediram ao final que o CONSEF julgue o Auto de Infração, declarando a procedência da acusação fiscal e dos valores lançados.

Cópia da inicial do Mandado de Segurança anexada a este PAF, entre as fls. 345 a 368 verso, a pedido da PGE, após procedimento de diligência determinada por esta 5ª JJF junto ao contribuinte – termo lavrado às fls. 337//338.

O PAF foi convertido em diligência à Procuradoria Estadual (PGE), em 29/10/2021, visando a emissão de Parecer Jurídico, conforme Termo lavrado às fls. 370/371, ocasião em que se pediu que o órgão jurídico do Estado da Bahia abordasse, em especial, os seguintes pontos:

- I. Se o caso comportava a aplicação do disposto no art. 117 do RPAF/Ba considerando que a medida judicial interposta pelo sujeito passivo apresenta diversos pontos em comum com a impugnação administrativa, relativamente aos pedidos e causas de pedir;
- II. Informar em que estágio processual se encontra o M.S. impetrado pelo contribuinte tombado sob o nº 0516765-10.2019.8.05.0001.

A PGE, por meio do Parecer juntado aos autos entre as fls. 373 a 376, datado de 13/07/2022, declarou, a partir de uma análise detida do conteúdo do M.S. impetrado pelo contribuinte, que se encontra evidenciada uma absoluta congruência entre a postulação judicial e os lindes do lançamento tributário, especificadamente a suposta utilização de crédito fiscal extemporâneo, com violação ao art. 73, § 5º do RPAF/Ba.

Observada a similitude das demandas judicial e administrativa impõe-se a aplicação do disposto no art. 117 do RPAF/Ba, norma transcrita no Parecer, que afasta a possibilidade de discussão concomitante da demanda Judiciária e perante o CONSEF, implicando na renúncia ao processo administrativo, prevalecendo a competência do Poder Judiciário. A recomendação foi no sentido de que o PAF seja remetido ao órgão de controle da legalidade visando a inscrição do débito e prosseguimento da discussão da lide na esfera judicial.

No que se refere ao andamento do MS, foi juntado às fls. 375/376 uma reprodução do extrato de andamento processual onde consta que a última movimentação do feito ocorreu em 21/10/2019, há 03 (três) anos.

No que toca às alegações empresariais de confisco e da suposta multa abusiva, o entendimento da PGE foi no sentido de não merecer sufrágio a tese defensiva, tendo em vista que a definição das sanções aplicadas por cometimento de infrações tributárias, são definidas em Lei Estadual, por conduta de atividade legiferante regular, não sendo possível em sede de contencioso administrativo a supressão ou readequação das mesmas.

Em despacho datado de 09/09/2022, exarado à fl. 378 deste PAF, após avaliação dos elementos existentes neste processo, concluí que o mesmo se encontrava em condições de ser inserido na pauta de julgamento.

Apresento na sequência o meu voto.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de uma única imputação fiscal relacionada utilização antecipada de crédito de ICMS na conta corrente do imposto decorrente de procedimento restituição de tributo pago a maior ou de forma indevida. A exigência fiscal totalizou a cifra principal de **R\$ 13.977.261,57**, acrescido da multa de 60%.

A conduta do contribuinte desatendeu o estabelecido no art. 73, § 5º, do RPAF (Decreto Estadual nº 7.629/99) que estabelece que a restituição de tributo ou penalidade autorizada pelo fisco deverá ser realizada em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que ocorreram os pagamentos indevidos.

O contribuinte, na peça defensiva, apontou a existência de diversas ilegalidades que entende estar presentes no ato de lançamento ora impugnado, a seguir enumerados:

- 1 – Violação do art. 165 do CTN, dos arts. 160 e 161 do COTEB (Lei nº 3.956/1981) e do art. 33 da Lei Estadual nº 7.014/1996; todos eles relacionados ao direito de restituição de tributos recolhidos a maior ou recolhidos de forma indevida;
- 2 – Afronta da proibição constitucional à edição dos chamados “decretos autônomos” (art. 84, inc. IV da Constituição Federal (CF) c/c o art. 105, inc. V, da Constituição do Estado da Bahia e art. 99 do CTN);
- 3 – Ofensa ao princípio da estrita legalidade fiscal (art. 150, inc. I, da CF/1988 c/c o art. 97 do CTN) e à reserva legal da atividade da Administração Pública Tributária (art. 37, caput, da CF/1988);
- 4 – Violação ao princípio da isonomia (art. 5º, caput. c/c art. 150, inc. II, da CF/1988);
- 5 – Afronta ao princípio da vedação do confisco (art. 150, inc. IV, da CF/1988) em relação à multa lançada no Auto de Infração;
- 6 – Subsidiariamente: aplicação da técnica da “interpretação conforme e Constituição e a lei” ao caso sob análise, de maneira a afastar a exegese inconstitucional e abusiva atribuída pela SEFAZ-Ba ao § 5º do art. 73 do Decreto nº 7.629/99 (RPAF/Ba), assegurando à impugnante interpretação condizente com os parâmetros constitucionais e legais.

Pede a defesa que seja reconhecida a inconstitucionalidade e a ilegalidade do § 5º, do art. 73 do RPAF/Ba e a consequente anulação do crédito tributário constituído no Auto de Infração.

Em razões subsidiárias, o contribuinte pede que o referido dispositivo do processo administrativo fiscal seja reinterpretado no sentido da contagem do número de parcelas para a restituição ou compensação do indébito seja realizado apenas em função do número de meses nos quais foram canceladas as faturas e não pelo número de meses em que essas faturas foram originalmente emitidas.

Não foram suscitadas nulidades do procedimento fiscal. Nenhuma desconformidade ou vício formal foram apurados por esta Relatoria na fase de instrução do feito.

Os argumentos de mérito enumerados acima, nos itens 1, 2, 3, 4 e 6, integraram o Mandado de Segurança interposto pelo contribuinte antes da lavratura do Auto de Infração. O referido M.S. contém pedido de Tutela Provisória de Urgência Antecipada *Inaudita Altera Parte*, e o processo foi tombado no Poder Judiciário baiano sob o nº 0516765-10.2019.8.05.0001.

Levada a questão para exame da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), em procedimento de diligência determinada pelo colegiado desta 5ª JF, o parecer jurídico foi sentido da total prejudicialidade da impugnação administrativa, considerando que o contribuinte já havia optado, antes da lavratura do A.I., em levar a discussão de mérito para o Poder Judiciário, devendo sobre o caso incidir a regra do art. 117 do RPAF/99, que apresenta a seguinte redação:

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.

Assim, considerando as disposições expressas do RPAF-Ba, contidas no art. 117, declaro prejudicado a impugnação administrativa interposta pelo sujeito passivo, devendo os autos serem remetidos ao órgão de controle da legalidade visando a inscrição do débito e prosseguimento da discussão da lide na esfera judicial.

No que se refere às alegações empresariais de confisco e da suposta multa abusiva, questão que não foi inserida no M.S., adiro também ao entendimento da PGE no sentido de não merecer sufrágio a tese defensiva, tendo em vista que a definição das sanções aplicadas por cometimento de infrações tributárias, são definidas em Lei Estadual, por conduta de atividade legiferante regular, não sendo possível em sede de contencioso administrativo a supressão ou readequação das mesmas sob o argumento da inconstitucionalidade da norma sancionatória.

Ademais, o art. 167, do RPAF/99, nos seus incisos I, II e III, estabelece que não compete aos órgãos administrativos de julgamento:

- a) Declaração de inconstitucionalidade;
- b) Deliberar sobre questão que estiver sob apreciação do Poder Judiciário;
- c) Negar a aplicação de ato normativo emanada de autoridade administrativa superior, que corresponde deixar de aplicar norma vigente no ordenamento jurídico do Estado.

Isto posto, julgo prejudicada a impugnação interposta pelo contribuinte, haja vista a empresa ter optado pela via judicial, ao que deve o Auto de Infração ser encaminhado para o setor competente, no intuito de ser promovida a inscrição do crédito tributário na dívida ativa, nos termos do art. 117, § 1º, do RPAF-BA, no montante histórico de imposto de **R\$ 13.977.261,57**, mais multa de 60% e demais consectários, com os saneamentos de praxe que se façam necessários no entender do órgão de controle, inclusive representação pela ilegalidade do lançamento.

VOTO DIVERGENTE (quanto à fundamentação rel. à multa pecuniária lançada no auto de infração)

Pedimos licença para discrepar do entendimento da relatoria, tão-somente no que diz respeito ao fato de ter ela enfrentado a questão relacionada ao caráter confiscatório da multa que, no nosso ver, **também queda prejudicada**, por arrastamento, por ser uma tese subsidiária que não descola da tese defensiva principal.

Explicamos melhor.

Também somos favoráveis à impossibilidade processual do julgamento administrativo, ocorrida com a impetração pelo contribuinte de mandado de segurança, em curso na 3ª VFP de Salvador, envolvendo a mesma matéria ora agitada na sua impugnação, isto é, a inaplicabilidade, seja por inconstitucionalidades, seja por ilegalidades, do comando contido no § 5º do art. 73 do RPAF-BA que condiciona a apropriação dos valores de restituição em tantos meses e parcelas iguais e sucessivas quantos sejam os meses nos quais se identificou o recolhimento indevido.

Esbarra-se o julgamento do crédito tributário constituído no impeditivo prescrito no art. 117 do RPAF-BA, *caput* e § 1º, cujos mandamentos vale a pena reproduzir novamente, como fio inicial de raciocínio cozedor de nosso posicionamento:

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** (destacamos).

Ponto pacífico nos autos que o autuado explora no remédio heróico as mesmas matérias principais abordadas na contestação administrativa.

Tal iniciativa provocou a sua desistência de impugnar a postulação estatal neste Conselho. Preferiu o sujeito passivo optar pelo canal judiciário para fazer valer o seu direito de apropriar-se do crédito fiscal a que faz jus, em decorrência do pagamento de imposto efetuado a maior, adotando critérios de utilização diferentes daqueles estabelecidos no decreto estadual de regência.

Abriu mão, repita-se, de contraditar o lançamento de ofício perante o órgão de julgamento integrante da estrutura da Fazenda Pública.

Do ponto de vista processual, ao desistir da sua impugnação, o autuado renuncia a todos os argumentos nela encartados. Argumentos principais e subsidiários. Se, perante o Judiciário, o contribuinte revolveu a mesma matéria agitada em processo administrativo, não há que se falar mais em exercício do direito de defesa e contraditório. Não há mais interpelação contrária ao lançamento de ofício. E, **como efeito processual imediato**, nenhuma apreciação de mérito, **contida na contestação**, deverá ser feita na esfera administrativa.

A tese defensiva de ser confiscatória a multa proposta não precisa ser examinada. Tal aspecto atrela-se à tese defensiva principal, somente examinável se o auto de infração fosse julgado procedente ou procedente em parte.

Ambas as teses – principais e acessórias – tiveram o mesmo destino processual, vale dizer, o reconhecimento da prejudicialidade, encerrando-se o presente processo administrativo sem exame do mérito, devendo o PAF ser encaminhado para a inscrição em dívida ativa, oportunidade em que, após os saneamentos de praxe pelo órgão de controle, medidas complementares poderão ser efetivadas, inclusive representação pela ilegalidade do lançamento.

Sem impugnação não há mais argumentos defensivos a apreciar. Sem impugnação não há mais processo administrativo. E sem processo não há mais julgamento a proferir.

Raciocínio semelhante também ocorre no processo civil. Constatada a desistência, o julgador não apreciará o mérito, quaisquer que sejam os pontos defensivos abordados pela parte desistente. Veja-se o dispositivo do CPC:

Art. 485. O juiz **não** resolverá o mérito quando:

...

VIII - homologar a desistência da ação (destacamos).

Com a interposição do mandado de segurança, não pode mais o Colegiado decidir porque o contribuinte desistiu da impugnação administrativa. Deixou ela de existir. Nenhuma decisão poderá ser prolatada, quer pela nulidade, quer pela procedência (total ou parcial), quer pela improcedência do auto de infração. A relação processual administrativa desapareceu. O contraditório cessou os seus efeitos. A matéria, antes agitada, restou agora prejudicada. Bom frisar, em seus argumentos principais (atinentes ao tributo exigido) e subsidiários (a multa pela infração).

Preciosas as citações doutrinárias trazidas pela juíza togada Maria Cecilia Leite, extraídas de artigo da sua autoria, hospedado no link https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/111433/1995_leite_maria_desistencia_acao.pdf?sequence=1&isAllowed=y, na voz de processualistas consagrados:

José Frederico Marques, conceituando desistência da ação:

É negócio jurídico processual que **subtrai do juiz o dever de julgar** a pretensão do autor” [Instituições, III, 3ª ed., págs. 340/747] (destacamos).

Calmon de Passos [Comentários, vol. III, Forense, pág. 417]:

Na desistência, o autor apenas desobriga o réu da sujeição ao juízo e o **juiz de prestar a tutela jurídica reclamada** (destacamos).

Importante também trazer à baila o disposto no art. 200 do CPC em vigor, de aplicação supletiva no processo administrativo tributário, cujo teor reza o seguinte:

Os atos das partes consistentes em **declarações unilaterais** ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou **extinção de direitos processuais** (destacamos).

Ao preferir questionar junto ao Judiciário a matéria objeto da autuação, pela aplicação do art. 117 do RPAF-BA, o autuado desistiu da impugnação trazendo como consequência a extinção do seu direito processual de vê-la apreciada nas instâncias administrativas. **Toda a matéria nela envolvida é atingida pela questão prejudicial.**

Soaria **processualmente** contraditório se este Colégio, em face da desistência da impugnação, reconhecer a prejudicialidade e ao mesmo tempo resolver adentrar o mérito, apreciando defesa subsidiária, decidindo pelo caráter confiscatório ou não da multa aplicada.

Em conclusão, caminha este voto na linha de considerar prejudicada **toda** a matéria ventilada na impugnação, inclusive o argumento acessório de mérito voltado para considerar confiscatória a sanção pecuniária proposta pelo Estado. Com todas as vênias prestadas ao ilustre prolator presidente desta Junta.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto à fundamentação, considerar prejudicada a impugnação interposta pela empresa **COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA**, encerrando-se o presente processo administrativo sem exame do mérito, haja vista a empresa ter optado pela via judicial, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no montante de **R\$ 13.977.261,57**, mais multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos legais, com os saneamentos de praxe que se façam necessários no entender do órgão de controle, inclusive representação pela ilegalidade do lançamento.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR