

| | |
|------------|---|
| PROCESSO | - A. I. N° 207140.0001/18-7 |
| RECORRENTE | - AKZO NOBEL LTDA. |
| RECORRIDA | - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL |
| RECURSO | - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acordão 1ª CJF n° 0190-11/21-VD |
| ORIGEM | - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA |

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0281-12/24-VD

EMENTA: ICMS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Representação proposta com fundamento nas normas do Art. 136, § 2º do COTEB, c/c o Art. 113, § 5º, inc. I do RPAF/99, em face do lançamento tributário, tendo objetivo de propor a anulação do auto de infração com relação ao período em que houve a decadência do direito do substituto pleitear a restituição do imposto destacado e recolhido indevidamente. Havendo tributação em operação regida pelo diferimento, cabe se exigir a glosa do crédito fiscal usado pelo destinatário, até para evitar uma transferência involuntária de créditos fiscais. Está provado, que a empresa industrializadora e remetente das mercadorias destacou o imposto (“débito na escrita fiscal”). Neste sentido, não houve prejuízo aos cofres públicos do Estado da Bahia, de modo que o Fisco incorre em verdadeiro *bis in idem* mantendo a autuação. Acolhido o parecer da PGE/PROFIS para excluir os valores relativos ao período de jun/2013 a jun/2016, com vistas a evitar o enriquecimento sem causa do Estado, através decisão proferida pelos membros da 1ª CJF, através do Acordão CJF n° 0190-11/21-VD. Confirmado que a empresa industrializadora e remetente das mercadorias não protocolou pedido de restituição, nem promoveu lançamento de crédito em sua escrita fiscal correspondente aos valores do imposto, relativo ao período de jul/2016 a mar/2018, deve ser estendido ao saldo remanescente do presente auto de infração, o entendimento assentado na decisão da 1ª CJF acima citada. Representação **ACOLHIDA**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão não unânime.

RELATORIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade, com fundamento nas normas do Art. 136, § 2º do COTEB, c/c o Art. 113, § 5º, inc. I do RPAF/99, em face do lançamento tributário, materializado mediante a lavratura do Auto de Infração, lavrado em 28/06/2018, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 23.847.18,50, em razão da seguinte infração:

Infração 01 – 01.02.06: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento do imposto por substituição tributária. Lançado ICMS no valor R\$ 23.847.818,50, com enquadramento legal nos arts. 9º e 29, § 4º, II, todos da Lei n° 7014/96, c/c o art. 290 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto n° 13.780/2012, mais multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei n° 7014/96.

Têm-se de informações complementares que o contribuinte utilizou crédito fiscal indevido relativo às operações de retorno de industrialização, as quais estavam sujeitas ao regime de substituição tributária por diferimento e que foram indevidamente tributadas pelo remetente industrializador, cujo pagamento do imposto estava postergado para o momento das operações de saídas do estabelecimento destinatário.

Após o Auto de Infração ter sido julgado Procedente pela 1ª JJF, mediante Acórdão nº 0204-01/18, em 29/11/2018, então, inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF/BA), o contribuinte autuado interpôs Recurso Voluntário às fls. 429 a 455, sendo apreciado pelos membros da 1ª CJF, no dia 12/07/2021, conforme os termos do Acordão CJF nº 0190-11/21-VD, decidindo pelo Provimento Parcial, reduzindo a exigência do imposto (ICMS) originalmente lançado de R\$ 23.847.18,50, para o valor histórico de R\$ 11.071.195,07 na forma do demonstrativo de débito que faz parte integrante do voto condutor da segunda instância à fl. 721 dos autos.

Cientificado da decisão de segundo grau, através Acordão CJF nº 0190-11/21-VD, por meio do Termo de Intimação de fl. 726, em cumprimento ao disposto no art. 166 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, por AR-Correio, em 05/11/2021 na forma do documento de fl. 727 dos autos, o patrono do contribuinte, atravessou petição requerendo o Controle da Legalidade, conforme fundamento no artigo 113 do Decreto nº 7.629/1999. (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), pelas razões que passo a expor.

Diz que, conforme notificado nos presentes autos, a autuação cinge-se a glosa de créditos pela fiscalização sob a alegação de crédito fiscal indevido relativo às operações de retomo de industrialização, as quais estavam sujeitas ao regime de substituição tributária por diferimento e que foram indevidamente tributadas pelo remetente industrializador, cujo pagamento do imposto estava postergado para o momento das operações de saídas do estabelecimento destinatário.

Destaca que, em defesa (impugnação e recurso voluntário), a Recorrente, demonstrou que as mercadorias adquiridas, as quais foram objeto de glosa do imposto (ICMS), tiveram destino em operações interestaduais e de exportação.

Por esse motivo, aduz que não haveria razão de existência do regime de diferimento (destaque do ICMS nessas saídas), justamente porque não haveria recolhimento do ICMS em favor do Estado da Bahia.

Pontua que, do levantamento efetuado, pela Recorrente, de todas as notas fiscais, o resultado por CFOP foi o seguinte:

| CFOP | PREÇO TOTAL | % |
|--------------------|-----------------------|----------------|
| 6101 | 260.579.279,02 | 53% |
| 7101 | 161.713.999,08 | 33% |
| 7127 | 68.475.613,86 | 14% |
| Total Geral | 490.768.891,96 | 100,00% |

Diz que, como consequência lógica do destaque do imposto (ICMS) por parte do estabelecimento fabricante “OXITENO” em favor do Estado da Bahia, a Requerente, se aproveitou desse mesmo imposto (ICMS) por ocasião da entrada de mercadoria em seu estabelecimento, em atendimento ao princípio da não-cumulatividade, previsto art. 155, inc. I, § 2º, inc. I da CF/88.

Em vista disso, observa que houve manifestação da Procuradoria Geral do Estado, através do Parecer PGE nº 2019341026-0 de fls. 530 a 534 dos autos, para reconhecer a legitimidade da conduta da Requerente, em observância ao princípio da não-cumulatividade. E mais, ressaltou que, uma vez que o imposto foi destacado pelo fornecedor (“débito na escrita fiscal”), não houve prejuízo aos cofres públicos do Estado da Bahia, de modo que o Fisco incorre em verdadeiro *bis in idem* e enriquecimento sem causa com a lavratura do presente Auto de Infração, em tela.

Diz que, nessa esteira é que o D. Procurador Geral do Estado da Bahia proferiu seu parecer de fls. 530 a 533 dos autos, para reconhecer à fl. 532 que não houve nenhuma conduta infracional que justifique o lançamento tributário em questão, por inexistir qualquer prejuízo ao Erário e porque não teria sido possível ao autuado conduta diversa da utilização do crédito fiscal.

Assim, como resultado do referido Parecer da PGE foi proferido o **Despacho PROFIS-NCA** de fl. 534 dos autos, **para propor a anulação do auto de infração com relação ao período em que houve a decadência do direito de o substituto pleitear a restituição do imposto destacado e recolhido indevidamente.**

Em 27/07/2021 (12/07/2021), diz que o CONSEF julgou procedente em parte, através do Acordão CJF nº 0190-11/21-VD, de fls. 711 a 721, o Auto de Infração nº 2071400001/18-7, para manter a exigência do imposto (ICMS), relativo aos meses de julho de 2016 a março de 2018, no montante de R\$ 11.071.195,07, e excluir a exigência fiscal do ICMS relativo aos períodos de apuração de junho de 2013 a junho de 2016, destacando ementa da decisão à fl. 741 dos autos.

Registra, então, que, conforme decisão transitada em julgado no âmbito administrativo, **a manutenção da autuação fiscal somente ocorreu por conta da impossibilidade do estabelecimento fabricante “OXITENO” pedir a restituição do imposto (ICMS) de forma a evitar o enriquecimento sem causa por parte do Estado da Bahia.**

Diz que, a situação que se coloca é que o período prescricional da pretensão de repetir o indébito do ICMS não é estático e não há causa interruptiva/suspensiva prevista na legislação para paralisação do período prescricional. Como consequência, diz que o imposto (ICMS) exigido no Auto de Infração nº 2071400001/18-7, em epígrafe, deve ser extinto com o passar dos períodos de apuração.

Nessa linha, diz compreender as razões do julgado administrativo que excluiu, no momento de sua proclamação, em junho (julho) de 2021, os valores lançados relativos às competências incorridas até junho de 2016, relativos aos exatamente cinco anos anteriores ao julgamento. De junho (julho) de 2021 a hoje, teríamos já prescritos mais seis meses, e assim por diante.

Em vista do exposto e da flagrante ilegalidade e inconstitucionalidade apresentada, requer, o Contribuinte Autuado, a emissão de parecer para que a DARC não inscreva o débito em dívida ativa do Estado, bem como que seja ordenada a suspensão da cobrança, consubstanciada no Auto de Infração em epígrafe, até que ultrapasse o período prescricional para o estabelecimento fabricante “OXITENO” pedir a restituição do ICMS, em razão do enriquecimento sem causa por parte do Estado da Bahia.

Aduz que a situação é premente, dado o vultoso valor exigido no auto de infração, que pode implicar em alta condenação em honorários de sucumbência em face do Estado da Bahia, em caso de ajuizamento de ação judicial para anular o auto de infração, conforme o artigo 85 do Código de Processo Civil.

Às fls. 751 a 756 vê-se Parecer PROFIS-NCA-RMP nº 14/2022, emitido em 13/04/2022, onde dentre outras considerações, reconhece a razoabilidade do argumento sustentado pela empresa autuada, AKZO NOBEL LTDA.

Têm-se, então os seguintes destaques no citado Parecer PROFIS-NCA-RMP nº 14/2022:

“Parece-nos considerável a possibilidade de que a OXITENO deixe de escoar o prazo para repetição de todos os recolhimentos considerados na autuação, circunstância que tornaria indevido, em sua integralidade, o crédito tributário reclamado neste processo, à vista do entendimento assentado pelo CONSEF, em sua decisão de fls. 711/721, v considerando que, onde impera a mesma razão, deve prevalecer o mesmo direito.

Sendo assim, entendo que o processo deve ser elevado ao Procurador Chefe desta Especializada Fiscal, para que avalie quanto à conveniência de sobrestrar sua tramitação até 31/03/2023, data que finalmente estará preclusa a pretensão de repetição de indébito da OXITENO em relação a todas as competências consideradas na autuação.

Se, ao fim deste prazo, ficar constatado que a OXITENO requereu a restituição do indébito, o valor julgado procedente pelo CONSEF deverá ser submetido à medidas ordinárias de cobrança, especialmente protesto do título executivo e ajuizamento de execução fiscal. Do contrário, deverá ser formulada representação ao CONSEF com vistas à extinção da cobrança. “

À fl. 758, têm-se despacho PROFIS-NCA, encaminhando o presente PAF à SEFAZ/IFEP-Indústria, para informar se a OXITENO requereu restituição de indébito em relação aos valores remanescente da autuação (competências posteriores a julho de 2016, inclusive).

Às fls. 759/764 Informação Fiscal produzida pelo agente Fiscal Autuante, designado para atender ao pedido da Procuradoria Geral do Estado nos termos do despacho PROFIS-NCA acima citado.

Às fls. 770/772, vê-se no despacho PGE-PROFIS-NCA, onde reitera o cumprimento do solicitado no despacho de fl. 758, não cumprido na Informação Fiscal de fls. 759/764, conforme os seguintes destaques, dentre outros:

“Em resposta à nossa solicitação, o autuante fez aportar nos autos a informação fiscal de fls. 759/764. na qual tece uma série de considerações sobre as peculiaridades das operações triangulares promovidas entre (i) o estabelecimento matriz da Akzo Nobel, situado no Estado de São Paulo; (ii) a filial baiana da Akzo Nobel (que, segundo o autuante, teria por endereço uma sala vazia no edifício Citibank. tratando-se de empresa virtual que nada produz, não possui maquinário e nada comercializa de fato), e; (iii) a Oxiteno Nordeste.

Apenas ao final de seu pronunciamento, o autuante fez inserir um post scriptum, registrando que “um representante da empresa OXITENO NORDESTE informou que não existe nenhum processo de restituição ou lançamento de estorno de débito, conforme e-mail que segue em anexo”.

Note-se, de um lado, que os fatos apontados pelo autuante, relativos à triangulação de operações entre a matriz paulista da Akzo Nobel, sua filial baiana e a Oxiteno Nordeste, já foram trazidos em suas anteriores promoções de fls. 552/559 e 700/706, e, portanto, valorados pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, que, não obstante, entendeu pela exclusão dos valores relativos ao período de junho/2013 a junho/2016, a fim de evitar enriquecimento sem causa do Estado.

De outra parte, é mister observar que não cumpre o propósito da diligência solicitada a mera informação, prestada por representantes da Oxiteno. De que não apresentou pedido de repetição de indébito, nem promoveu lançamento de estorno de débito em sua escrita fiscal, quanto aos valores de imposto relativos ao período de julho/2016 a março/2018, sem que tal afirmação tenha sido corroborada pelo próprio preposto fiscal, após consulta aos sistemas eletrônicos da SEFAZ e à escrituração fiscal da empresa.”

À fl. 773, têm-se Despacho do Inspetor da IFEP/Indústria, encaminhando o presente PAF à CNPC/DAT METRO nos seguintes termos: *“Tendo em vista a competência regimental da Coordenação de Processos da DTA METRO para deliberação em processos de restituição de indébito, com vistas ao atendimento da solicitação da PGE/PROFIS à fl. 758, cumpre-nos encaminhar o presente processo para que seja informado se a OXITENO NORDESTE (I.E. 1.205.921, ou a sucessória I.E. 157.472.365) requereu restituição de indébito, referente a pagamento de ICMS com mês de referência entre junho de 2016 e março de 2018. Caso positivo, necessário informar número do processo e os valores restituídos”.*

À fl. 835, têm-se Despacho da SEFAZ/DAT/METRO/CNPC nos seguintes termos: *“Em resposta à solicitação da IFEP/Indústria, referente ao processo nº 163.356/2018-4 – PAF nº 207140.0001/18-7, informamos que NÃO FORAM PROTOCOLADOS, em nosso sistema de cadastro PROCESSOS DE RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO, referente a pagamento de ICMS entre junho de 2016 e março de 2018, da empresa OCITENO S/A INDUSTRIA E COMÉRCIO, inscrições: IE Nº 157472.365 e IE Nº 1.205921”.*

À fl. 841, têm-se Despacho da IFEP/Indústria à PGE PROFIS nos seguintes termos: *“Em atendimento à solicitação da PGE/PROFIS/NCA à fl. 758, seguem informações prestadas pela CNPC/DAT/METRO, conforme fls. 774 a 837, e, que são complementares com a informação prestada pela Fiscalização à fl. 840, confirmando que inexistem nos Registro Fiscais da empresa lançamento a título de OUTROS CRÉDITOS ou COMPENSAÇÃO, relativo a processo de restituição de indébito de ICMS, no período de junho de 2016 e abril de 2023”.*

Às fls. 842 a 845 dos autos, têm-se novo PARECER PROFIS-NCA-RMP Nº 94/2023, onde, após várias considerações, assim conclui:

“(...) estando confirmado que a OXITENO não protocolou pedido de restituição, nem promoveu lançamento de crédito em sua escrita fiscal correspondente aos valores de imposto do período de julho/2016 a março de 2018, estamos em que deve ser estendido, ao saldo remanescente do presente auto de infração, o entendimento assentado na decisão de fls. 711/721, segundo a premissa de que, onde impera a mesma razão, deve prevalecer o mesmo direito.

“Do exposto, representamos ao CONSEF pela improcedência do lançamento tributário, tudo com fundamento no art. 113, § 5º, inc. I, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo decreto nº 7.629/99, com as alterações introduzidas pelo decreto nº 14.550/2013.”

À fl. 846, têm-se Despacho da PGE/PROFIS/NCA encaminhando presente PAF a este CONSEF nos termos do art. 113, § 5º, inc. I, do RPAF/BA nos seguintes termos: *“De fato, estando confirmado que*

a OXITENO não protocolou pedido de restituição, nem promoveu lançamento de crédito em sua escrita fiscal correspondente aos valores de imposto do período de julho de 2016 a março de 2018, deve ser estendido ao saldo remanescente do presente auto de infração, o entendimento assentado na decisão de fls. 711/721.” (Grifo acrescido).

Registrada a presença do advogado Dr. Max Sander Andrade Souza na sessão de videoconferência que exerceu o seu direito regimental de fala.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o valor histórico de R\$ 23.847.818,50, sob a acusação de que, o Contribuinte Autuado, utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. Lançado ICMS no valor R\$ 23.847.818,50, com enquadramento legal nos arts. 9º e 29, § 4º, inc. II da Lei nº 7014/96, c/c o art. 290 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, “a” da Lei nº 7014/96.

Têm-se de informações complementares, na descrição dos fatos da autuação, que, o Contribuinte Autuado, utilizou crédito fiscal indevido relativo às operações de retorno de industrialização, as quais estavam sujeitas ao regime de substituição tributária por diferimento e que foram indevidamente tributadas pelo remetente industrializador, cujo pagamento do imposto estava postergado para o momento das operações de saídas do estabelecimento destinatário.

Após o Auto de Infração ter sido julgado Procedente pela 1ª JJF, mediante Acórdão nº 0204-01/18, em 29/11/2018, então, inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF/BA), o contribuinte autuado interpôs Recurso Voluntário às fls. 429 a 455, sendo apreciado pelos membros da 1ª CJF, no dia 12/07/2021, conforme os termos do Acordão CJF nº 0190-11/21-VD, decidindo pelo Provimento Parcial, reduzindo a exigência do imposto (ICMS) originalmente lançado de R\$ 23.847.818,50, para o valor histórico de R\$ 11.071.195,07 na forma do demonstrativo de débito que faz parte integrante do voto condutor da segunda instância à fl. 721 dos autos.

Cientificado da decisão de segundo grau, através Acordão CJF nº 0190-11/21-VD, por meio do Termo de Intimação de fl. 726, em cumprimento ao disposto no art. 166 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, por AR-Correio, em 05/11/2021 na forma do documento de fl. 727 dos autos, o patrono do contribuinte, atravessou petição requerendo o Controle da Legalidade, conforme fundamento no artigo 113 do Decreto nº 7.629/1999. (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), que peço vênia deste Colegiado, para expor alguns dos seus trechos, bem assim, alguns dos fundamentos da PGE/PROFIS expostos nos seus Pareceres emitidos no percurso do presente PAF, dentro de sua competência, nos termos do art. 136, § 2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), que deram azo a representar ao CONSEF para novo julgamento do Auto de Infração, em tela.

Pois bem! Como bem destacado, pelo Contribuinte, a autuação cinge-se a glosa de créditos pela fiscalização sob a alegação de crédito fiscal indevido relativo às operações de retorno de industrialização, as quais estavam sujeitas ao regime de substituição tributária por diferimento e que foram indevidamente tributadas pelo remetente industrializador, cujo pagamento do imposto estava postergado para o momento das operações de saídas do estabelecimento destinatário.

Destaca, a Recorrente, que, em defesa (impugnação e recurso voluntário), demonstrou que as mercadorias adquiridas, as quais foram objeto de glosa do imposto (ICMS), tiveram destino em operações interestaduais e de exportação. Por esse motivo, aduz que não haveria razão de existência do regime de diferimento (destaque do ICMS nessas saídas), justamente porque não haveria recolhimento do ICMS em favor do Estado da Bahia.

Diz que, como consequência lógica do destaque do imposto (ICMS) por parte do estabelecimento fabricante “OXITENO” em favor do Estado da Bahia, a Requerente, se aproveitou desse mesmo

imposto (ICMS) por ocasião da entrada de mercadoria em seu estabelecimento, em atendimento ao princípio da não-cumulatividade, previsto art. 155, inc. I, § 2º, inc. I da CF/88.

Em vista disso, observa que houve manifestação da Procuradoria Geral do Estado, através do Parecer PGE nº 2019341026-0 de fls. 530 a 534 dos autos, para reconhecer a legitimidade da conduta da Requerente, em observância ao princípio da não-cumulatividade. E mais, ressaltou que, uma vez que o imposto foi destacado pelo fornecedor (“débito na escrita fiscal”), não houve prejuízo aos cofres públicos do Estado da Bahia, de modo que o Fisco incorre em verdadeiro *bis in idem* e enriquecimento sem causa com a lavratura do presente Auto de Infração, em tela.

Diz que, nessa esteira é que o D. Procurador Geral do Estado da Bahia proferiu seu parecer de fls. 530 a 533 dos autos, para reconhecer à fl. 532 que não houve nenhuma conduta infracional que justifique o lançamento tributário em questão, por inexistir qualquer prejuízo ao Erário e porque não teria sido possível ao autuado conduta diversa da utilização do crédito fiscal.

Assim, como resultado do referido Parecer da PGE foi proferido o **Despacho PROFIS-NCA** de fl. 534 dos autos, **para propor a anulação do auto de infração com relação ao período em que houve a decadência do direito de o substituto pleitear a restituição do imposto destacado e recolhido indevidamente.**

Segue trecho do **Despacho PROFIS-NCA** de fl. 534 dos autos:

De fato, inspirado no propósito de obstar qualquer possibilidade de enriquecimento sem causa do Estado, o CONSEF tem admitido que se considere o pagamento feito por contribuinte substituído, de maneira a afastar o lançamento de ofício, quando já decorrido o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, contados do pagamento indevido, para se pleitear a respectiva restituição (art. 168 do CTN)

Nessa esteira, devem ser excluídos da autuação aqueles créditos fiscais correspondentes a períodos nos quais a Oxiteno Nordeste S/A tenha efetuado o pagamento do imposto, e não haja mais prazo para apresentação de pedido de restituição. (Grifo acrescido)

Então, em 12/07/2021, o CONSEF julgou procedente em parte, através do Acordão CJF nº 0190-11/21-VD, de fls. 711 a 721, o Auto de Infração nº 2071400001/18-7, para manter a exigência do imposto (ICMS), relativo aos meses de julho de 2016 a março de 2018, no montante de R\$ 11.071.195,07, e excluir a exigência fiscal do ICMS relativo aos períodos de apuração de junho de 2013 a junho de 2016.

Registra, então, que, conforme decisão transitada em julgado no âmbito administrativo, **a manutenção da autuação fiscal somente ocorreu por conta da impossibilidade do estabelecimento fabricante “OXITENO” pedir a restituição do imposto (ICMS) de forma a evitar o enriquecimento sem causa por parte do Estado da Bahia.**

Nessa linha, diz compreender as razões do julgado administrativo que excluiu, no momento de sua proclamação, em junho (julho) de 2021, os valores lançados relativos às competências incorridas até junho de 2016, relativos aos exatamente cinco anos anteriores ao julgamento.

Com o requerimento interposto, pelo Contribuinte Autuado, do Controle da Legalidade, com fundamento nos artigos 113 a 116-A do Decreto nº 7.629/99 (RPAF/BA), vê-se às fls. 751 a 756 Parecer PROFIS-NCA-RMP nº 14/2022, emitido em 13/04/2022, onde dentre outras considerações, reconhece a razoabilidade do argumento sustentado pela empresa autuada, AKZO NOBEL LTDA, conforme os seguintes destaques:

“Parece-nos considerável a possibilidade de que a OXITENO deixe de escoar o prazo para repetição de todos os recolhimentos considerados na autuação, circunstância que tornaria indevido, em sua integralidade, o crédito tributário reclamado neste processo, à vista do entendimento assentado pelo CONSEF, em sua decisão de fls. 711/721, considerando que, onde impera a mesma razão, deve prevalecer o mesmo direito.

Sendo assim, entendo que o processo deve ser elevado ao Procurador Chefe desta Especializada Fiscal, para que avalie quanto à conveniência de sobrestrar sua tramitação até 31/03/2023, data que finalmente estará preclusa a pretensão de repetição de indébito da OXITENO em relação a todas as competências consideradas na autuação. (Grifo acrescido)

Se, ao fim deste prazo, ficar constatado que a OXITENO requereu a restituição do indébito, o valor julgado

procedente pelo CONSEF deverá ser submetido à medidas ordinárias de cobrança, especialmente protesto do título executivo e ajuizamento de execução fiscal. **Do contrário, deverá ser formulada representação ao CONSEF com vistas à extinção da cobrança.**” (Grifo acrescido)

À fl. 758, têm-se despacho PROFIS-NCA, encaminhando o presente PAF à SEFAZ/IFEP-Indústria, para informar se a OXITENO requereu restituição de indébito em relação aos valores remanescente da autuação (competências posteriores a julho de 2016, inclusive).

Às fls. 770/772, vê-se no despacho PGE-PROFIS-NCA, onde reitera o cumprimento do solicitado no despacho de fl. 758, não cumprido na Informação Fiscal de fls. 759/764, conforme os seguintes destaques, dentre outros:

“Em resposta à nossa solicitação, o autuante fez aportar nos autos a informação fiscal de fls. 759/764, na qual tece uma série de considerações sobre as peculiaridades das operações triangulares promovidas entre (i) o estabelecimento matriz da Akzo Nobel, situado no Estado de São Paulo; (ii) a filial baiana da Akzo Nobel (que, segundo o autuante, teria por endereço uma sala vazia no edifício Citibank, tratando-se de empresa virtual que nada produz, não possui maquinário e nada comercializa de fato), e; (iii) a Oxiteno Nordeste.

Apenas ao final de seu pronunciamento, o autuante fez inserir um post scriptum, registrando que “um representante da empresa OXITENO NORDESTE informou que não existe nenhum processo de restituição ou lançamento de estorno de débito, conforme e-mail que segue em anexo”.

Note-se, de um lado, que os fatos apontados pelo autuante, relativos à triangulação de operações entre a matriz paulista da Akzo Nobel, sua filial baiana e a Oxiteno Nordeste, já foram trazidos em suas anteriores promoções de fls. 552/559 e 700/706, e, portanto, valorados pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, que, não obstante, entendeu pela exclusão dos valores relativos ao período de junho/2013 a junho/2016, a fim de evitar enriquecimento sem causa do Estado.

De outra parte, é mister observar que não cumpre o propósito da diligência solicitada a mera informação, prestada por representantes da Oxiteno. De que não apresentou pedido de repetição de indébito, nem promoveu lançamento de estorno de débito em sua escrita fiscal, quanto aos valores de imposto relativos ao período de julho/2016 a março/2018, sem que tal afirmação tenha sido corroborada pelo próprio preposto fiscal, após consulta aos sistemas eletrônicos da SEFAZ e à escrituração fiscal da empresa.”

À fl. 773, têm-se Despacho do Inspetor da IFEP/Indústria, encaminhando o presente PAF à CNPC/DAT METRO nos seguintes termos:

“Tendo em vista a competência regimental da Coordenação de Processos da DAT METRO para deliberação em processos de restituição de indébito, com vistas ao atendimento da solicitação da PGE/PROFIS à fl. 758, cumpre-nos encaminhar o presente processo para que seja informado se a OXITENO NORDESTE (I.E 1.205.921, ou a sucessória I.E. 157.472.365) requereu restituição de indébito, referente a pagamento de ICMS com mês de referência entre junho de 2016 e março de 2018. Caso positivo, necessário informar número do processo e os valores restituídos.”

À fl. 835, têm-se Despacho da SEFAZ/DAT/METRO/CNPC nos seguintes termos:

“Em resposta à solicitação da IFEP/Indústria, referente ao processo nº 163.356/2018-4 – PAF nº 207140.0001/18-7, informamos que NÃO FORAM PROTOCOLADOS, em nosso sistema de cadastro PROCESSOS DE RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO, referente a pagamento de ICMS entre junho de 2016 e março de 2018, da empresa OXITENO S/A INDUSTRIA E COMÉRCIO, inscrições: IE Nº 157472.365 e IE Nº 1.205921.”

À fl. 841, têm-se Despacho da IFEP/Indústria à PGE PROFIS nos seguintes termos:

“Em atendimento à solicitação da PGE/PROFIS/NCA à fl. 758, seguem informações prestadas pela CNPC/DAT/METRO, conforme fls. 774 a 837, e, que são complementares com a informação prestada pela Fiscalização à fl. 840, confirmando que inexistem nos Registro Fiscais da empresa lançamento a título de OUTROS CRÉDITOS ou COMPENSAÇÃO, relativo a processo de restituição de indébito de ICMS, no período de junho de 2016 e abril de 2023.”

Às fls. 842 a 845 dos autos, têm-se novo PARECER PROFIS-NCA-RMP Nº94/2023, onde, após várias considerações, assim conclui:

“(...) estando confirmado que a OXITENO não protocolou pedido de restituição, nem promoveu lançamento de crédito em sua escrita fiscal correspondente aos valores de imposto do período de julho/2016 a março de 2018, estamos em que deve ser estendido, ao saldo remanescente do presente auto de infração, o entendimento assentado na decisão de fls. 711/721, segundo a premissa de que, onde impera a mesma razão, deve prevalecer o mesmo direito.”

“Do exposto, representamos ao CONSEF pela improcedência do lançamento tributário, tudo com fundamento no art. 113, § 5º, inc. I, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo decreto nº 7.629/99, com as alterações introduzidas pelo decreto nº 14.550/2013.”

À fl. 846, têm-se Despacho da PGE/PROFIS/NCA encaminhando presente PAF a este CONSEF nos termos do art. 113, § 5º, inc. I do RPAF/BA nos seguintes termos:

“De fato, estando confirmado que a OXITENO não protocolou pedido de restituição, nem promoveu lançamento de crédito em sua escrita fiscal correspondente aos valores de imposto do período de julho de 2016 a março de 2018, deve ser estendido ao saldo remanescente do presente auto de infração, o entendimento assentado na decisão de fls. 711/721.” (Grifo acrescido)

Pelo exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação ora proposta, para extinguir o débito remanescente do Auto de Infração nº 207140.0001/18-7, em tela, estendendo o entendimento assentado na decisão de fls. 711/721, proferida pelos membros da 1ª CJF, no dia 12/07/2021, através do Acordão CJF nº 0190-11/21-VD, e, em consequência, julgar IMPROCEDENTE a autuação.

VOTO DISCORDANTE

Peço vênia ao ilustre Relator para discordar da Decisão pelo Acolhimento da Representação ora proposta pela PGE para julgar o Auto de Infração Improcedente.

Ficou patente nos autos de que o Autuado cometeu a infração constante nos autos, ou seja, o Autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo às operações de retorno de industrialização, as quais estavam sujeitas ao regime de substituição tributária por diferimento, e que foram indevidamente tributadas pelo remetente industrializador, cujo pagamento do imposto estava postergado para o momento das operações de saídas do estabelecimento destinatário.

Também restou cristalino que o estabelecimento remetente, OXITENO, tributou indevidamente as operações objeto do crédito fiscal indevido, sendo que, ao tempo da autuação, o mesmo poderia ter requerido restituição do indébito, mas, com o passar do tempo, foi alcançado o prazo decadencial.

Ainda ficou claro que o prazo decadencial só foi atingido porque a PGE/PROFIS sobreestrou a análise dos autos para aguardar este acontecimento, como veremos a partir da cronologia dos fatos:

- a)** O Auto de Infração foi lavrado em 28/06/2018, com ciência ao Autuado em 03/07/2018, relativo aos fatos geradores ocorridos no período de junho de 2013 a março de 2018 (fls. 01 a 03);
- b)** Em 29/11/2018, o Auto de Infração foi julgado procedente, por unanimidade, pela 1ª JJF, mediante o Acórdão JJF nº 0204-01/18 (fls. 379 a 384);
- c)** Apresentado Recurso Voluntário e incluído o PAF em pauta de julgamento, a 1ª CJF determinou, em 14/08/2019, a realização de diligência para emissão de parecer jurídico pela PGE/PROFIS (fls. 522 e 523);
- d)** Em 17/01/2020, a PGE/PROFIS/NCA acolheu o Parecer emitido e opinou pela exclusão dos créditos fiscais correspondentes aos períodos em que não houvesse mais prazo para apresentação do pedido de restituição (fls. 530 a 534);
- e)** Novamente incluído em pauta de julgamento, a 1ª CJF deliberou, em 17/08/2020, pela realização de diligência para que o Autuante e o Autuado tomassem conhecimento do parecer jurídico exarado pela PGE/PROFIS (fls. 541 e 542);
- f)** Em 22/04/2021, o Autuante apresentou manifestação (fls. 552 a 559), na qual informou que não houve o recolhimento do imposto pelo estabelecimento industrializador, tendo em vista a existência de saldos credores, os quais foram havidos como inválidos e ainda não haviam sido estornados, impedindo a repetição do indébito;
- g)** Mais uma vez incluído em pauta de julgamento, a 1ª CJF decidiu pela procedência parcial do Auto de Infração, em 12/07/2021, mediante o Acórdão CJF nº 0190-11/21-VD, acolhendo o parecer

da PGE/PROFIS para excluir os valores relativos ao período de junho de 2013 a junho de 2016, com vistas a evitar o enriquecimento sem causa do Estado (fls. 711 a 721);

- h)** Em 19/01/2022, o Autuado ingressou com Pedido de Controle de Legalidade, onde requereu a emissão de parecer para que a DARC não fizesse a inscrição do débito em dívida ativa, ordenando a suspensão da cobrança até que fosse ultrapassado o período prescricional para o pedido de restituição por parte do estabelecimento remetente, OXITENO (fls. 740 e 741-verso);
- i)** Em 20/04/2022, a PGE/PROFIS/NCA acolheu parecer emitido para submeter o PAF ao Procurador Chefe da Procuradoria Fiscal com o fito de ser examinada a conveniência de sobrerestamento de sua tramitação até 31/03/2023, quando seria configurada a preclusão da pretensão de repetição de indébito por parte do estabelecimento remetente, OXITENO (fls. 751 a 757);
- j)** O PAF retornou à PGE/PROFIS/NCA em 31/03/2023, sem a emissão de nenhum parecer a respeito da conveniência do sobrerestamento (fl. 757-verso), sendo então encaminhado à IFEP INDÚSTRIA para informar, com a brevidade que o caso requeria, se foi protocolado pedido de restituição por parte do estabelecimento remetente, OXITENO (fl. 758);
- k)** Diante da resposta pela inexistência do pedido de restituição (fl. 841), a PGE/PROFIS/NCA acolheu o parecer que representou a este CONSEF pela improcedência do lançamento, estendendo ao saldo remanescente o entendimento do julgamento realizado mediante o Acórdão CJF nº 0190-11/21-VD (fls. 842 a 846).

Em diversos processos em que o Autuado comete a infração de utilização indevida de crédito fiscal, mas a referida infração não resulta em prejuízo ao erário, seja por existência de saldo credor, seja porque o crédito fiscal seria devido, mas foi utilizado na forma e/ou no prazo inadequado, esta 2ª CJF tem se posicionado pela exclusão do imposto, em vista do enriquecimento sem causa do Estado, mas pela manutenção da multa aplicada, a exemplo do Acórdão CJF nº 0420-12/23-VD, do qual fui o Relator, julgado por unanimidade pela manutenção da multa aplicada.

Assim também acontece quando o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixa de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolhe o imposto na operação ou operações de saída posteriores, em que é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, mas é aplicada a penalidade prevista na alínea “d”, do inciso II, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, conforme inteligência do § 1º do referido artigo.

E esta é a previsão da penalidade prevista no Art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, a qual foi a indicada no Auto de Infração, *in verbis*:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

*...
VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno:*

*a) quando da utilização indevida de crédito fiscal;
...” (grifo nosso)*

Ou seja, neste caso não caberia a exclusão da multa, mas tão-somente do imposto e no período abrangido até o julgamento realizado pela 1ª CJF, não fazendo sentido aguardar a defluência do prazo prescricional para fazer um novo julgamento pela improcedência do Auto de Infração.

No caso em tela, o Autuado cometeu uma infração, que poderia ter resultado em grande prejuízo para o Estado, da ordem de R\$ 23.847.818,50, em valores históricos, mas saiu impune, bastando ter aguardado que o processo se arrastasse pelo prazo prescricional.

Evidentemente, não posso concordar com tal procedimento!

Entretanto, na atual situação processual, não vislumbro como alterar o julgamento em relação aos períodos excluídos mediante o Acórdão CJF nº 0190-11/21-VD, de forma a exigir a multa em relação àquele período.

Portanto, voto pelo ACOLHIMENTO PARCIAL da Representação da PGE, de forma a julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no valor de R\$ 6.642.717,04, correspondente a 60% do valor do imposto mantido pelo julgamento efetuado mediante o Acórdão CJF nº 0190-11/21-VD.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **ACOLHIDA** a Representação da PGE/PROFIS proposta e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207140.0001/18-7, lavrado contra **AKZO NOBEL LTDA**.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: João Vicente Costa, Antonio Dijalma Lemos Barreto, Igor Lucas Gouveia Baptista, Henrique Silva de Oliveira e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: Marcelo Mattedi e Silva.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - VOTO DISCORDANTE

LEILA VON SÖSTEN RAMALHO - REPR. DA PGE/PROFIS