

A. I. Nº - 2069490001/17-1
AUTUADO - FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTONIO DE SOUZA FORTES
- JUAREZ ANDRADE CARVALHO
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25.07.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0105-02/18

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS DEVIDAMENTE ESCRITURADAS. São tributadas às operações de vendas para outras unidades da federação, dos produtos Etanol Anidro Carburantes e Biodiesel misturados à gasolina “A” e ao Óleo Diesel, respectivamente. A multa aplicada foi readequada para a contida na alínea “a” do inciso II do art. 42 da lei 7.014/96, que propõe a exação de 60%. Afastada as arguições de nulidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 14/12/2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$186.485,09, bem como aplicação de multa no percentual de 100%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 02.01.02 – Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Falta de recolhimento do ICMS referente às operações de vendas para outras unidades da federação, dos produtos Etanol Anidro Carburante e Biodiesel misturados à gasolina “A” e ao Óleo Diesel, respectivamente. Referente ao período de janeiro à novembro de 2013.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 54 a 72, quando apresentou o arrazoadado de defesa relatado a seguir.

A defesa inicia a peça defensiva discorrendo sobre da tempestividade da presente impugnação. Em seguida faz um breve resumo dos fatos descrevendo o objeto da autuação e ressaltando que a Impugnante tem ação própria (Mandado de Segurança 0351356-26.2012.8.05.0001 - Distribuído em 19/06/2012) a discutir os créditos objeto da autuação e que conta com depósito judicial integral dos créditos ora autuados.

Sob o título “**B) DA INCONGRUÊNCIA ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO LEGAL E DESCRIÇÃO DOS FATOS.**” Diz haver uma incongruência entre a descrição dos fatos constante na autuação fiscal e sua fundamentação legal, o que é causa de nulidade, ou no mínimo de improcedência. Pois, a descrição da infração “(...) As quantidades dos produtos Anidro e Biodiesel e os valores do ICMS a serem recolhidos estão registrados nos Anexos VIII do SCANC apresentado pelos pelo contribuinte” em nada se enquadra na fundamentação legal do Parágrafo 6º do art. 332.

Acerca do título “**C) DA EXISTÊNCIA DE DEPÓSITO JUDICIAL. DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DOS CRÉDITOS EM RAZÃO DO ART. 151, II DO CTN. DA APLICAÇÃO POR ANALOGIA DOS TERMOS DO ART. 92 E DO ART. 95 e SEQUINTE DO DECRETO 7.629/1999 (RPAF). DA IMPOSSIBILIDADE DE AUTUAÇÃO DA EMPRESA**” Esclarece que a Impugnante estava acobertada por decisões judiciais proferidas nos autos do Mandado de Segurança n. 0351356-26.2012.8.05.0001 para não pagamento do estorno de ICMS sobre operações de AEAC e B100 (Doc. 05 – Decisão Liminar proferida em 27/06/2012 + Sentença

prolatada em 24/10/2012).

E esclarece ainda que os valores das competências exigidas neste Auto de Infração, foram depositados judicialmente (Doc. 06 – Guia de Depósito Judicial + Comprovante de Depósito), muito antes da sua lavratura.

Assevera que a realização de depósito judicial em montante integral faz com que o crédito tributário esteja com sua exigibilidade suspensa, tal qual dispõe o art. 151, II do CTN e o art. 95 e seguintes do próprio Decreto 7.629/1999 – RPAF, que reproduz.

Assevera que a autuação ora impugnada cobra de forma equivocada MULTA E JUROS da Impugnante, mesmo a empresa estando acobertada por decisão judicial determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e posteriormente tendo depositado judicialmente os valores ali debatidos.

Aduz que o Superior Tribunal de Justiça - STJ é assente quanto à inaplicabilidade de juros e de multa quando há depósito judicial do montante debatido – exatamente como ocorreu no presente caso. Reproduz *decisum* **STJ. Segunda Turma.** Resp 1.351.073. **Relator** Ministro HUMBERTO MARTINS. DJe 13.05.2015.

Reproduz ainda casos análogos ao presente, de Tribunais Administrativos, inclusive o próprio CONSEF do Estado da Bahia, que afirma determinaram a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, por se tratar o depósito judicial de uma das causas suspensivas previstas no art. 151 do CTN.

Diz ainda que a Corte Superior já proferiu entendimento, a título de Repercussão Geral, nos autos do Resp (tema 271) – e que é obrigatório também sua aplicação na esfera administrativa – de que o depósito do montante integral do débito tem o condão, inclusive, de impedir a lavratura do auto de infração – o que não foi observado pelos Autuantes. Vide ementa do referido julgado que reproduz.

Em relação ao título “D) DA IMPROCEDÊNCIA DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INSTAURADO NO MÉRITO.” Diz que a Impugnante além dos depósitos judiciais (que suspendem a exigibilidade do crédito tributário ora cobrado), tem ação judicial própria discutindo esta matéria, ainda não transitada em julgado – que diz foi omitida pela autuação.

Acrescenta que “*o fato de o C. STF, por meio da ADI 4171-DF, ter julgado a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade desta exação, não faz com que tais efeitos sejam automaticamente passados a ora Impugnante.*”

Afirma que o acórdão da ADI 4171 só determinou a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não tendo havido nenhuma decisão judicial, nesse mesmo sentido, em sede de ação própria da ora Impugnante, ou seja, não houve decisão específica para a ora Impugnante em sede de controle difuso que pudesse ensejar a presente autuação.

Explica que no “*acórdão que decidiu tal modulação foram opostos embargos de declaração exatamente para tratar desta modulação em sede de controle difuso (Doc. 07 – Cópia dos Embargos de Declaração da ADI 4171-DF), modulação esta para as ações judiciais individuais dos contribuintes – como no caso da ora Impugnante - fazendo com que os efeitos da modulação aplicada em sede de controle concentrado – e ainda não transitada em julgado - não estejam a atingir a ora Impugnante.*”

Registra que os Embargos de Declaração mencionados, foram interpostos ainda na vigência do antigo CPC, o que determina o efeito suspensivo da decisão embargada, e ressalta que o Estado não pode impelir aplicação de penalidade por haver depósito judicial integral que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário.

Salienta que a Impugnante encontrava-se acobertada por Decisão liminar e sentença que confirmou a liminar conforme seu Doc. 05 (– Liminar + Sentença concedida nos autos do processo nº 0351356-26.2012.8.05.0001), ademais, fora depositado judicialmente o valor integral do crédito.

Assevera que o crédito tributário permanece suspenso, nos termos do art. 151, II do CTN, de forma que não há motivos que justifique a permanência da presente autuação em face da ora impugnante.

Observa que o imposto que está sendo indevidamente cobrado foi declarado no programa SCANC, tudo de acordo com o que determina a legislação. Ou seja, se o imposto foi lançado, não há que falar em infração.

Destaca que alguns Estados, a exemplo do Estado de Pernambuco, adotaram a possibilidade de lançamento sem aplicação de penalidade e com suspensão da exigibilidade, conforme trecho do voto (TATE. 2ª Turma. AI nº 2016.000005692447-41 (TATE n. 00.902/16-0). Relator Julgador Davi Cozzi do Amaral. Julgado em 27.10.2016), que reproduziu.

Diz ser também improcedente a autuação em função de não ser hipótese a ser autuada, visto que a para fins de interrupção da decadência, no presente caso, bastaria o lançamento sem penalidade.

Quanto ao título “E) DA AUSÊNCIA DA CAPITULAÇÃO DA SUPOSTA INFRAÇÃO. DA CAPITULAÇÃO EQUIVOCADA DA MULTA APLICADA.” Aduz que no caso dos autos não houve o pagamento por haver decisão judicial determinando a não submissão a tal exigência e na sequência o depósito integral do montante exigido, assim, diante da suspensão da exigibilidade destes valores, entende que não poderia também haver capitulação de multa por suposto “imposto não recolhido”. Em seguida reproduziu a infração, o enquadramento legal e a tipificação de multa.

Assevera que a legislação do processo administrativo tributário fiscal do Estado da Bahia (RPAF) exige a descrição correta de infração e da multa aplicada, bem como a indicação dos dispositivos legais violados/infringidos, reproduzindo os arts. 38 e 39 do RPAF.

Afirma que se não houve infração por estar suspensa a exigibilidade em virtude do depósito judicial integral, por conseguinte não há que se falar em capitulação de infração ou de multa, não havendo, pois, que se falar em autuação que deva ser considerada válida, muito menos procedente.

Remata dizendo que *“diante da nulidade/improcedência do procedimento fiscal em tela, requer a Impugnante a improcedência/nulidade do auto de infração com a desconstituição da obrigação fiscal por ele constituída, por inexistir nenhum fundamento para o seu prosseguimento.”*

Sob o título “IV - DA IRREGULARIDADE QUANTO À APLICAÇÃO DA MULTA DE 100%. QUANDO NO MÁXIMO DA APLICABILIDADE DA MULTA DE 50%.” Afirma que a multa e os juros de mora calculados são claramente irregulares/indevidos.

Frisa que pela legislação do Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96), as multas de 100% são aplicadas quando há descumprimento de obrigação principal, apenas nas hipóteses que elenca, e que nenhuma das hipóteses que apontou é o caso dos autos.

Salienta que segundo a própria autuação, os valores autuados foram encontrados nos próprios registros dos SCANC's da ora Impugnante, ou seja, houve o lançamento de tais valores – que, correspondem aos valores depositados judicialmente pela Impugnante.

Em seguida indaga: *“Ora, se não houve omissão de lançamento, incorreção de valores, se todos os documentos fiscais foram preenchidos e por meio de ação judicial, houve o depósito judicial dos valores indevidamente autuados; como poderia haver penalidade de multa na razão de 100%?”*

Repisa que segundo o STJ, no presente caso, não deveria ser aplicada nenhuma penalidade e que caso se decida que deva ser aplicada, que se faça a devida redução, tal qual jurisprudência pacificada do STF acerca da redução/anulação para percentuais de não confisco, REsp 676.133/MG. **Relator Ministro LUIZ FUX. DJ 13.02.2006, p. 678**), que reproduziu.

Pondera alternativamente que a multa deverá ser obrigatoriamente a prevista no inciso I do art. 42, da Lei 7.014/96, reproduzindo o texto.

Finalizando, sob o título: “V - DOS PEDIDOS E DOS REQUERIMENTOS FINAIS.” Suplica:

“5.1. Diante do exposto, requer a Vossa Senhoria, dando processamento a presente Impugnação, declare de logo o presente Auto como insubsistente, desconsiderando por consequente a integralidade da sua exigência.

5.2. Outrossim, acaso Vossa Senhoria assim não entenda, o que se admite apenas por zelo, que encaminhe a presente impugnação para Julgamento na Junta do CONSEF, para revendo o lançamento tributário efetuado, com a experiência e a acuidade que lhes são peculiares, se digne:

1) DECRETAR a NULIDADE e/ou IMPROCEDÊNCIA e/ou a INSUBSISTÊNCIA do Auto de Infração ora impugnado pela:

i) ausência de atenção ao correto procedimento administrativo – cobrança de créditos suspensos por decisão judicial e depósito judicial integral (Processo n. 0351356-26.2012.8.05.0001);

ii) capitulação/enquadramento legal equivocado da suposta infração e da multa aplicadas (violações aos artigos 38 e 39, incisos e alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do RPAF);

iii) ausência de motivação para a autuação, já que não há que se falar em infração;

iv) impossibilidade de autuação de empresa com ação em controle difuso, já que os efeitos da ADI 4171 não lhe alcançam (a serem decididos nos ED opostos);

ou, caso assim não entenda,

2) DETERMINAR A SUSPENSÃO da autuação, até que os efeitos da ADI 4171-DF, sobre as ações em trâmite e/ou findas perante o controle difuso, sejam decididos pelo C. STF (julgamento dos embargos de declaração opostos);

ou

3) DECRETAR A NULIDADE E/OU INSUBSISTÊNCIA parcial, para o fim de exclusão dos juros de mora e da multa aplicados, por não serem devidos diante da existência de depósitos judiciais do montante integral (art. 151, II do CTN), ou ainda, quando menos, decretar a anulação da multa de 100% com base na jurisprudência pacífica do C. STJ, por se tratar de uma questão de inteira JUSTIÇA!”

Os Autuantes apresentam a informação fiscal às fls. 162 a 167, descrevem a acusação fiscal e em seguida os argumentos defensivos como sendo:

“Em sua peça de defesa, a autuada apresenta as alegações e pedidos abaixo:

1) Pede para “decretar a nulidade e/ou improcedência e/ou a insubsistência do Auto de Infração ora impugnado pela”:

a) “ausência de atenção ao correto procedimento do administrativo – cobrança de créditos suspensos por decisão judicial e depósito judicial integral (Processo nº 0351356-26.2012.8.05.0001); diz que “os valores das competências exigidas neste Auto de Infração, foram depositados judicialmente (Doc. 006 – Guia de Depósito Judicial + Comprovante de Depósito), muito antes da sua lavratura”, fls. 143 à 145 do PAF;

b) “capitulação/enquadramento legal equivocado da suposta infração e da multa aplicadas (violações aos artigos 38 e 39, incisos e alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do PPAF);”

c) “ausência de motivação para a autuação, já que não há que se falar em infração;

d) “impossibilidade de autuação de empresa com ação em controle difuso, já que os efeitos da ADI 4171 não lhe alcançam (a serem decididos nos ED opostos);”

2) Pede para “determinar a suspensão da autuação, até que os efeitos da ADI 4171-DF, sobre as ações em trâmite e/ou findas perante o controle difuso, sejam decididos pelo C. STF (julgamento dos embargos de declaração opostos)”, fl. 147 à 157 do PAF;

3) Pede para “decretar a nulidade e/ou insubsistência parcial, para o fim de exclusão dos juros de mora e da multa aplicados, por não serem devidos diante da existência de depósitos judiciais do montante integral (art. 151, II do CTN), ou ainda, quando menos, decretar a anulação da multa de 100% com base na jurisprudência pacífica do C. STJ, por se tratar de uma questão de inteira Justiça”, alegando que fez “denúncia espontânea” dos valores autuados.

Em seguida passam a emitir a informação fiscal propriamente dita.

Primeiramente ressaltam que em nenhum momento a Autuada contesta os valores levantados no Auto de Infração, pois se referem a valores calculados e declarados pela mesma através do SCANC em seu Anexo VIII, e que correspondem às operações de vendas interestaduais dos produtos Etanol Anidro Combustível e Biodiesel que são misturados a Gasolina A e ao Diesel, respectivamente. E concluem que quanto aos valores levantados e autuados, a impugnante não apresenta nenhuma contestação.

Sobre as alegações da Autuada, os Auditores Fiscais Autuantes têm a considerar com relação ao

item 1, letra “a”, em que a autuada argumenta que o fisco não poderia lavrar o auto, alegando que a cobrança de créditos foi suspensa por decisão judicial (Processo nº 0351356-26.2012.8.05.0001), que a ADI 4171 traz a decisão definitiva sobre a questão dos estornos de créditos do Etanol Anidro e do Biodiesel nas operações de vendas interestaduais. Portanto, afirmam que esta alegação da Autuada não tem nenhum resultado prático, porquanto não poderá modificar em nada a decisão da ADI 4171.

Ressaltam, contudo que a competência para análise e decisão quanto essa questão, cabe à PROFIS - Procuradoria Fiscal do Estado da Bahia, por tratar-se de matéria de ordem exclusivamente jurídica e ainda, que a PROFIS - Procuradoria Fiscal do Estado da Bahia orientou através de Parecer e Despacho (fls. 37 à 43 do PAF) para que o fisco levantasse o crédito tributário por meio de auto de infração.

Quanto à alegação de que os valores reclamados no auto de infração, foram depositados judicialmente (Doc. 006 – Guia de Depósito Judicial + Comprovante de Depósito), muito antes da sua lavratura”, fls. 143 à 145 do PAF. Informam que a autuada, em nenhum momento comunicou aos Auditores Fiscais Autuantes que havia realizado o Depósito Judicial em 31/Outubro/2017, apesar de ter sido intimada em 06/Outubro/2017 e de se encontrar sob fiscalização.

Os Auditores Fiscais Autuantes entendem que a autuada realizou o citado Depósito Judicial com o intuito de assegurar o direito de continuar com as lides judiciais, tanto que pede a suspensão da autuação, até que os efeitos da ADI 4171-DF, sobre as ações em trâmite e/ou findas perante o controle difuso, sejam decididos pelo C. STF (julgamento dos embargos de declaração opostos)”, fls. 147 à 157 do PAF.

Explicam que o Auto de Infração em questão foi lavrado com base na orientação da PROFIS em seu Parecer e Despacho (fls. 37 à 43 do PAF), e por isso deve prosseguir em seu fluxo normal, uma vez que a autuada em momento algum contestou os débitos levantados, alegando apenas questões jurídicas, que serão analisadas pela PROFIS e pelo CONSEF, por ser matérias das competências dos citados órgãos.

Dizem que o comprovante do Depósito Judicial será encaminhado para a PROFIS com os demais documentos pertinentes disponibilizados pela Impugnante.

Em relação aos itens 1b, 1c, 1d e item 2, os Auditores Fiscais Autuantes entendem que se trata de matérias cuja competência para análises e pareceres pertencem ao CONSEF e a PROFIS, motivo pelo qual, se eximem de pronunciar-se a respeito.

Com relação ao item 3, onde a autuada pede para “decretar a nulidade e/ou insubsistência parcial, para o fim de exclusão dos juros de mora e da multa aplicados, por não serem devidos diante da existência de depósitos judiciais do montante integral (art. 151, II do CTN), ou ainda, quando menos, decretar a anulação da multa de 100% com base na jurisprudência pacífica do C. STJ, entendem os Autuantes que por se tratar de uma questão de inteira Justiça”, alegando que fez “denúncia espontânea”; ficou devidamente comprovado que a autuada não fez Denúncia espontânea. E que **“Depósito judicial do tributo devido não configura denúncia espontânea”**.

Afirma ser o entendimento pacificado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Entretanto, quanto às questões de multas, os Auditores Fiscais Autuantes se eximem de comentar, por tratar-se de matérias cuja competência para análise e decisão cabe a Procuradoria Fiscal – PROFIS e ao Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF.

A defesa volta a se pronunciar às fls. 180 a 188, diz que o propósito é atender a intimação para apresentação da comprovação da Ação Judicial em trâmite no TJ/BA a que foram vinculados os depósitos judiciais realizados e, ainda, para que sejam esclarecidos os dados constantes no depósito judicial.

Diz que quanto ao comprovante de depósito judicial anexado pela empresa em sua defesa administrativa, vem esclarecer os dados ali descritos, de acordo com o procedimento adotado para emissão de Guia para realização de Depósito Judicial, conforme reproduz a seguir:

“Quando a empresa Emite a Guia de Depósito Judicial, é ela quem presta as informações ali descritas, pelo que se pode observar que a Guia emitida pela empresa consta com TODOS os dados CORRETOS (autor, réu, Tribunal, número de processo, vara, ID identificador daquela Guia) (Doc. 03 – Guia de Depósito Judicial):

[bb.com.br] - Boleto gerado pelo sistema . 30/10/2017 11:59:46

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE BAHIA
GUIA DE DEPÓSITO JUDICIAL VIA BOLETO DE COBRANÇA
Autor: FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRO
Réu: ESTADO DA BAHIA
SALVADOR - 1 VARA FAZ. PUBLICA
Processo: 0351356-26.2012.8.05.0001 - ID 081080000014840514
Guia c/ núm. Conta Judicial disponível no dia seguinte ao
pgto em www.bb.com.br>Governo>Judiciario>Guia Dep.Judicial
ATENÇÃO! Observar o prazo definido pelo Juízo competente
para efetivação do depósito.

Em que pese as informações terem sido prestadas de forma correta na GUIA DE DEPÓSITO, é o próprio sistema quem Gera na Guia o Beneficiário como sendo Banco do Brasil S/A – que é, na verdade, a Instituição em que se realizou o Depósito Judicial.

Assim, uma vez preenchidas as informações Iniciais da Guia de Depósito – que, repise-se, foi realizado de forma correta – o próprio sistema é quem se encarrega do preenchimento automático das demais informações.

Então, gerada a GUIA DE DEPÓSITO JUDICIAL, o pagamento é realizado de acordo com o respectivo CÓDIGO DE BARRAS, e as informações indicadas no comprovante de pagamento são de propriedade do BANCO DO BRASIL, não estando sujeitas à alteração pelo efetivo pagador – no caso, a empresa.

Sendo assim, o comprovante de pagamento (Doc. 04 – Comprovante de pagamento do Depósito Judicial) possui a devida identidade com o CÓDIGO DE BARRAS da GUIA DE DEPÓSITO JUDICIAL, sendo estes elementos suficientes para comprovar a regularidade do depósito.

Ademais, em se tratando da identificação no Comprovante de Pagamento do BENEFICIÁRIO (informação de competência do BB), observa-se que corresponde ao BANCO DO BRASIL, cujo nome fantasia é S. PUBLICO R. JANEIRO (RJ), conforme consta expressamente no Comprovante e se comprova pelo Cartão de CNPJ ora anexado (Doc. 05 – CNPJ do Banco do Brasil).

Assim o sendo, diante da constatação supra, bem como considerando a identificação do PAGADOR como TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BA (informação de competência do BB), presume-se que, no sistema do BB, como é o Banco do Brasil que recebe o Depósito Judicial, ele mesmo é o BENEFICIÁRIO (guardião da conta). No mais, como o depósito foi feito em favor do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BA, este passa a ser identificado como PAGADOR.

No mais, eximindo qualquer dúvida sobre o tema, ressalte-se que o sistema de Depósito Judicial do BB possui ainda outra forma de comprovação do pagamento da GUIAS JUDICIAIS, disponibilizando consulta pública ao comprovante de recolhimento, mediante a devida identificação do ID da GUIA, informação contida na própria GUIA DE DEPÓSITO JUDICIAL.

Realizada tal consulta, obtém-se o COMPROVANTE DE PAGAMENTO em anexo (Doc. 06 – Outro Comprovante de Pagamento), que RATIFICA a efetivação do pagamento na data de 31/10/2017, bem como a regularidade das informações prestadas para a realização do DEPÓSITO JUDICIAL.”

Ressalta que tendo sido atendidas todas as solicitações realizadas pela Intimação Fiscal, vem a contribuinte demonstrando a regularidade do depósito judicial realizado, repisar os pedidos requeridos na Impugnação ao Auto de Infração apresentado em 27/02/2018, requerendo a Vossa Senhoria o regular processamento da Impugnação apresentada, para que seja declarado de logo o presente Auto como insubsistente, desconsiderando por consequente a integralidade da sua exigência.

Os Autuantes voltam a se pronunciar às fls. 191 a 196 e repetem suas assertivas constantes da informação fiscal inicial.

A defesa também se pronuncia às fls. 204 a 207, porém se trata de mera cópia do arrazoadado já relatado acima, que consta das fls. 180 a 188.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

O Auto de Infração através de uma única acusação fiscal imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS referente às operações de vendas para outras unidades da federação, dos produtos Etanol Anidro Carburante e Biodiesel misturados à Gasolina A e ao Óleo Diesel, respectivamente, ocorridas nos meses de janeiro a novembro de 2013. Verifiquei que o lançamento em tela teve por base as informações extraídas do Anexo VIII do SCANC (Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis).

Analisando as arguições de nulidade apresentadas começo com a alegação de que houve incongruência entre a fundamentação legal e descrição dos fatos, por entender que a descrição da infração em nada se enquadra na fundamentação legal no parágrafo 6º do art. 332, e esclareço que esse enquadramento faz parte da automatização do sistema de lavratura de auto de Infração, refere-se a falta de pagamento do imposto e em nada mostra-se incongruente com a acusação fiscal que de fato se refere a falta de pagamento. Considero ainda que a alegação de que não houve falta de pagamento porque a Impugnante fez um depósito judicial, também não prospera porque no momento da Autuação não era sabido, e ademais o depósito judicial decorre da resistência ao recolhimento do imposto e não ao seu recolhimento. Portanto, este argumento não tem o condão de nulificar o feito.

Afasto também a alegação de que por haver ocorrido depósito judicial e ter obtido liminar no Mandado de Segurança n. 0351356-26.2012.8.05.0001, implicaria em impedimento da lavratura do Auto de Infração em tela, discordo, pois o procedimento dos Autuantes trata apenas da constituição dos créditos tributários, que jamais poderá ser preterido sob pena do Estado ver sucumbir seu direito pela decadência.

Portanto o citado art. 151, II do CTN se refere a suspensão da exigibilidade do crédito tributário plenamente constituído o que decorre da lavratura do Auto de Infração que não significa exigência do ICMS devido. Por outro lado, o art. 95 e seguintes do próprio Decreto 7.629/1999 – RPAF se referem a denúncia espontânea, que implica em reconhecimento do débito, muito ao contrário do procedimento da Impugnante que busca guarida na justiça para resisti-lo. Nessa esteira, também se depreende absolutamente cabível a imposição de multa, posto, sobretudo não se tratar de denúncia espontânea como reza o dispositivo do RPAF evocado, para fins de afastamento de sua aplicação.

Outrossim, as citadas decisões do STF e de Tribunais Administrativos contrários a aplicação da multa referente a obrigação tributária objeto de depósito judicial, se referem a não aplicação da multa quando o depósito judicial é feito no vencimento da obrigação, ocorre que no caso o lançamento de ofício ocorreu em 14/12/2017 referente a uma obrigação tributária que remonta o exercício de 2013. Assim, não prospera também este argumento defensivo.

Não está correta a assertiva da Impugnante quando afirma que a Corte Superior já proferiu entendimento, a título de Repercussão Geral, nos autos do REsp 1140956/SP (tema 271) de que o

depósito do montante integral do débito tem o condão de impedir a lavratura do auto de infração. Pois, é de clareza solar que a decisão se referiu a impedimento a realização, pelo Fisco, de atos de cobrança, os quais têm início em momento posterior ao lançamento, o qual se dá com a lavratura do auto de infração. Destarte, não subsiste esta alegação.

O citado acórdão da ADI 4171 também não socorre a defesa, já que nesta decisão foram modulados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com eficácia diferida por 6 (seis) meses após a publicação do acórdão.

Assim, no presente caso, como a declaração de inconstitucionalidade proferida na ADI 4171/DF só passou a produzir efeitos a partir de 21/02/2016 (seis meses após a publicação do Acórdão), em decorrência da modulação de efeitos da decisão do plenário do STF, as cobranças do ICMS lançadas no presente Auto de Infração, que se reportam aos exercícios de 2013, são legítimas e não violam os princípios da legalidade objetiva e da capacidade contributiva, não havendo também que se falar em ilegitimidade passiva quanto à exigência do imposto da distribuidora decorrente dos estornos apurados na forma do Conv. ICMS 110/07 e informados pela mesma no Anexo VIII do SCANC. O citado embargo de declaração não tem efeito suspensivo e por isso não impede o lançamento do ofício do crédito tributário em tela, por isso afastado também este argumento.

Quanto ao paradigma trazido relativo ao procedimento de alguns Estados, a exemplo do Estado de Pernambuco, que adotaram a possibilidade de lançamento sem aplicação de penalidade e com suspensão da exigibilidade, devo registrar que a legislação do Estado da Bahia não oferece essa prerrogativa, portanto não pode ser aplicada ao caso.

Assevero que o lançamento em tela se deu de forma escoreita, conforme previsão do RPAF, por isso afastado as arguições no sentido de fragilizar o procedimento dos Autuantes.

Quanto a questão da onerosidade e do efeito confiscatório da multa aplicada no Auto de Infração, no percentual de 100%, se faz *mister* esclarecer que essa matéria não pode ser apreciada nessa instância administrativa, visto que ao julgador do contencioso fiscal é vedada a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de norma vigente no ordenamento jurídico, deixando de aplicá-la sob essa exclusiva justificativa.

Incide, nessa situação, as disposições do art. 167, incisos I e III, do RPAF, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, que afastam a competência dos órgãos julgadores administrativos para declarar a invalidade em tese de lei ou outro ato normativo vigente no ordenamento jurídico.

Contudo, assiste razão à Impugnante quando pondera que a tipificação da multa está equivocada porquanto a sua conduta infracional não se encontra elencada no inciso III do art. 42 da Lei 7.014/96. Entretanto, discordo da proposição da defesa de enquadrar a conduta infracional na multa prevista no inciso I do art. 42, da Lei 7.014/96, pois este dispositivo se refere a falta de recolhimento do ICMS objeto de apuração mensal regular. O que de fato verifico como mais adequado à conduta infracional da Impugnante é a previsão constante da alínea “a” do inciso II do art. 42 da lei 7.014/96, que propõe a exação de 60%.

Destarte, voto pela procedência do Auto de Infração e pela readequação da multa aplicada para a contida na alínea “a” do inciso II do art. 42 da lei 7.014/96, que propõe a exação de 60%.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2069490001/17-1**, lavrado contra a empresa **FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para

efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$186.485,09**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 06 de julho de 2018

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR