

PROCESSO - A. I. N° 206960.0013/17-9
RECORRENTE - SETTA COMBUSTÍVEIS S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0041-03/18
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/08/2019

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0187-12/19

EMENTA: ICMS. DEFESA ADMINISTRATIVA. PREJUDICIALIDADE. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão primária que julgou Prejudicado o Auto de Infração, em epígrafe, lavrado em 29/08/2017, exige crédito tributário pela falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios no valor de R\$162.271,59, acrescido da multa de 60%, nos meses de novembro de 2014 a fevereiro de 2016.

O contribuinte deixou de recolher o valor correspondente ao ICMS apurado referente as operações de vendas para outras unidades da Federação, dos produtos Etanol Anidro Combustível e Bio Diesel misturados à Gasolina e ao Óleo Diesel respectivamente. As quantidades dos produtos Etanol Anidro Combustível e Bio Diesel e os valores do ICMS a serem recolhidos estão no Anexo VIII do SCANC.

Consta na descrição dos fatos que, também foram anexadas cópias da ADI 41271, da Consulta da COPEC à PROFIS e do respectivo Parecer que fundamentou a lavratura do Auto de Infração. O período auditado para fins de lançamento desses débitos tributários foi de janeiro de 2012 a fevereiro de 2016, dia 20, prazo final da modulação da ADI 4171.

Os meses que não constam do demonstrativo de Débito no Auto, é em razão de o contribuinte ter comprovado os pagamentos através de DAEs ou de Comprovantes Judiciais, conforme relação enviada pelo contribuinte. Infração 01 - 02.01.01.

Nos termos da designação contida no decreto do Governador, publicado no DOE de 06 de janeiro de 2015 e com amparo no inciso II, do Art. 39 da Lei complementar 34/2009, não há óbice para lançamento concernente aos fatos geradores ocorridos até 21/02/2016.

Pela modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade determinada pelo STF na ADI 4171, não há óbice para lançamento do crédito tributário para evitar a decadência, ficando o fisco, no entanto, impedido de promover a execução fiscal.

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a 3^a JJF, decidiu, por unanimidade, considerar Prejudicado o Julgamento do Auto de Infração impugnado com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

VOTO

Verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, inclusive a comprovação de entrega de todos os documentos.

O Auto de Infração em lide é composto de uma única infração na qual se imputa ao Autuado a falta de recolhimento do ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es), referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de novembro de 2014 a fevereiro de 2016.

O lançamento fiscal tem por base probatória as informações fornecidas pelo contribuinte, extraídas do Anexo

VIII do SCANC (Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis), que documenta as quantidades dos produtos Etanol Anidro Combustível e Bio Diesel misturados à Gasolina e ao Óleo Diesel, derivados de petróleo, objeto de saídas interestaduais nas etapas subsequentes de circulação com não incidência do imposto, por força das disposições do art. 155, II, e § 2º, X, “b”, da Carta Magna, Lei Complementar nº 87/96 e Lei Estadual nº 7.014/96.

Consta nos autos que o Autuado, em momento anterior ao início da ação fiscal, propôs o Mandado de Segurança nº 0387199-52.2012.8.05.0001, mas não há impedimento ao exercício do direito da Fazenda Pública estadual de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN. Significa dizer que deve o lançamento ser efetuado no intuito de prevenir a decadência.

O art. 117 do RPAF/BA dispõe que:

“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.

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

I - acompanhada do depósito do seu montante integral;

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

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

§ 4º Quando o contribuinte ou responsável, antecipando-se a procedimento administrativo ou medida de fiscalização, promover contra a fazenda pública estadual qualquer ação judicial em que se discuta matéria tributária, a repartição fiscal competente deverá providenciar e fornecer à Procuradoria Geral do Estado, por provocação desta:

I - Termo de Ocorrência, a ser imediatamente lavrado para apurar a situação tributária do contribuinte, com relação à questão discutida em juízo;

II - os elementos de informação que possam facilitar a defesa judicial da Fazenda Pública e a completa apuração do crédito tributário.

§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, se a matéria discutida envolver procedimentos futuros, serão realizadas verificações periódicas para controle das atividades tributáveis.”

Já os artigos 126 e 127-C, IV, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB estabelecem que:

Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.

...

Art. 127-C. Encerra-se o processo administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

...

IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial.

Conforme se verifica da leitura dos dispositivos legais acima reproduzidos, a escolha pelo Contribuinte pela via judicial importa em desistência da defesa pela via administrativa, situação na qual o processo deve ser encaminhado à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, inclusive acompanhamento do processo no âmbito do judiciário.

Ressalto que conforme disposto no Art. 167, I a III, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de invalidade em tese de lei ou outro ato normativo vigente no ordenamento jurídico, a negativa de aplicação de ato normativo emanado dos poderes Legislativo e Executivo e as decisões transitadas em julgado proferidas por membros do Poder Judiciário.

Diante do exposto, fica PREJUDICADA a análise do mérito da defesa, mantendo-se o lançamento até decisão final pelo Poder Judiciário.

Regularmente intimada, a Recorrente, inconformada com o julgamento realizado pela 3^a Junta de Julgamento Fiscal, materializado no Acórdão JJF nº 0041-03/18, vem, por seu representante legal, às fls. 325/339, expor as razões que motivam seu recurso voluntário e registra a sua tempestividade.

Inicialmente discorre sobre o Auto de Infração lavrado contra a ora Recorrente, destacando que o Autuante não considerou que o Contribuinte tinha: “*Ação própria (Mandado de Segurança 0387199-52.2012.8.05.0001 / Agravo em Recurso Especial n. 979.929/BA), anterior à referida autuação, que discute os créditos ora autuados e que se encontra com decisões favoráveis quanto ao não pagamento da exigência fiscal, restado apenas a discussão por parte da ora Recorrente acerca do direito aos créditos anteriores a propositura do mandamus (Distribuído em 03/10/2012)*”.

Registra que o Acórdão recorrido considerou que a ora Recorrente teria desistido da defesa pela via administrativa, quando escolheu discutir a mesma matéria pela via judicial, nos termos do art. 117 do RPAF/BA e 126 e 127-C, IV, do COTEB, os quais transcreve.

Aduz que: “*Ocorre que não levou em consideração a Colenda Junta de Julgamento que a presente autuação foi POSTERIOR ao ajuizamento de Ação Judicial pela ora Recorrente, bem como desconsiderou por completo a existência de decisão judicial favorável à contribuinte que a resguardava da indevida cobrança dos créditos ora autuados.*”

Acrescenta ainda que: “*Assim, diferentemente do alegado pelo acórdão ora recorrido, não optou a ora Recorrente pela via judicial, bem como não abriu mão da defesa administrativa apresentada – pelo contrário, o duto Fiscal Autuante é que ignorou o fato de já existir Ação Judicial em trâmite quando realizou o presente lançamento e lavrou a presente autuação, pelo que esta resta nula de pleno direito.*”

Dai conclui: “*Nesse diapasão, tendo sido indevidamente autuada, não restou alternativa para a ora Recorrente senão apresentar defesa administrativa competente, demonstrando que todos os argumentos esposados pela autuação, que se pretende seja anulada, são insubsistentes, fazendo com que a autuação em tela seja arbitrária, ilegal e ilegítima.*”

Em seguida aponta a nulidade do procedimento administrativo em tela, que deve ter o seu mérito julgado e considerado integralmente improcedente, tendo em vista ter sido incorretamente instaurado.

Explica que: “*Isso porque a ora Recorrente, tendo Ação Judicial própria discutindo esta matéria, ainda não transitada em julgado – que foi ajuizada anteriormente à autuação ora indevidamente lavrada – não tendo havido modificação do direito nela concedido, pelo contrário, este direito em nada pode ser modificado porque sequer há recurso do Estado da Bahia para tanto.*”

E aduz: “*Assim, não havia sequer que se falar na possibilidade de realização do presente lançamento, pelo que a presente autuação já nasceu nula e assim deve ser declarada por esta Colenda Câmara de Julgamento.*”

Para concluir aponta que: “*Constatado, portanto, vício de tal magnitude, não há outra alternativa que não a declaração de nulidade do Auto de infração enfrentado.*”

Passa a discorrer sobre as questões jurídicas que envolvem a autuação em lide, destacando os seguintes tópicos:

DA CONCESSÃO DA SEGURANÇA POR SENTENÇA PARA NÃO PAGAMENTO DO ICMS NA HIPÓTESE AUTUADA DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DOS CRÉDITOS EM RAZÃO DO ART. 151, IV DO CTN.

DA AUSÊNCIA DA CAPITULAÇÃO DA SUPOSTA INFRAÇÃO. DA CAPITULAÇÃO EQUIVOCADA DA MULTA APLICADA.

DA INCONSTITUCIONALIDADE / DUPLICIDADE DE PAGAMENTO DO ESTORNO DO AEAC E DO

B100.

DA AUSÊNCIA DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA ADI 4171 PARA OS CONTRIBUINTES COM AÇÕES EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO.

DA NÃO PRODUÇÃO DE EFEITOS DA MODULAÇÃO DA ADI PARA AS EMPRESAS COM AÇÕES EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO.

PARECERES DO PROFESSOR ROQUE CARRAZZA SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA FISCAL E SOBRE A MODULAÇÃO HIBRÍDA DOS EFEITOS EM RELAÇÃO AO CONTROLE DIFUSO.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA JULGADA PELO C. STF.

DA IRREGULARIDADE QUANTO À APLICAÇÃO DA MULTA DE 60%. DA INAPLICABILIDADE DE MULTA PARA CASOS DE NÃO PAGAMENTO DO TRIBUTO EM CUMPRIMENTO A DECISÃO JUDICIAL FAVORÁVEL.

DOS PEDIDOS E DOS REQUERIMENTOS FINAIS.

Diante do exposto, requer a esta Coleta Câmara Julgadora, dando processamento ao presente Recurso, seja reformado o v. acórdão para que seja:

1) DECRETADA a NULIDADE e/ou a INSUBSTÂNCIA do Auto de Infração, desconsiderando por consequente a integralidade da sua exigência, pela:

i) ausência de atenção ao correto procedimento do administrativo – cobrança de créditos suspensos por decisão judicial vigente (Processo n. 0387199-52.2012.8.05.0001);

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 os créditos se encontram com exigibilidade suspensa de acordo com decisão judicial vigente nos autos do Processo n. 0387199-52.2012.8.05.0001;

iv) impossibilidade de autuação da ora Recorrente que tem ação em controle difuso vigente e com decisão judicial favorável ao não pagamento no Processo n. 0387199-52.2012.8.05.0001, já que os efeitos da ADI 4171 não lhe alcançam (a serem decididos nos ED opostos e ainda não julgados) e ainda por não haver recurso do Estado da Bahia no processo judicial em referência que possa modificar o direito ao não pagamento concedido a ora Recorrente.

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), e/ou, ainda, em razão de decisão judicial em vigor determinando o direito ao não pagamento de tal exigência pela ora Recorrente (Mandado de Segurança / Apelação Cível n. 0387199-52.2012.8.05.0001);

ou, ainda assim,

3) DECRETAR A NULIDADE E/OU INSUBSTÂNCIA total do auto de infração pela decretação de inconstitucionalidade pelo C. STF da hipótese autuada: §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio CONFAZ ICMS 110/2007 e alterações, ou por haver decisão judicial vigente determinando a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários autuados, ou ainda, quando menos, decretar a anulação da multa de 60% aplicada com base na jurisprudência pacífica do C. STJ, por se tratar de uma questão de inteira JUSTIÇA!

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 3^a Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração, em face da decisão de primeiro grau que julgou Prejudicada a sua defesa administrativa, quanto ao lançamento que exige do sujeito passivo crédito tributário pela falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios no valor de R\$162.271,59, acrescido da multa de 60%, nos meses de novembro de 2014 a fevereiro de 2016.

Vejo que sua tese recursal cinge-se a se contrapor contra o Acórdão recorrido que considerou que a ora Recorrente teria desistido da defesa pela via administrativa, quando escolheu discutir a mesma matéria pela via judicial, nos termos do art. 117 do RPAF/BA e 126 e 127-C, IV, do COTEB, aduzindo que a autuação foi posterior ao ajuizamento da Ação Judicial que teria resultado favorável ao Contribuinte, resguardando-o da indevida cobrança dos créditos ora autuados.

O fato é que, tendo o Contribuinte optado pela via Judicial, antes ou depois da autuação, resulta despiciendo a análise do mérito do presente Recurso Voluntário, no âmbito deste CONSEF.

Portanto, diante do exposto, o voto é para considerar PREJUDICADA a apreciação do presente Recurso Voluntário, portanto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO para manter-se o lançamento até Decisão final pelo Poder Judiciário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO CONHECER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que considerou PREJUDICADO o Auto de Infração nº 206960.0013/17-9, lavrado contra SETTA COMBUSTÍVEIS S/A., no valor de R\$162.271,59, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, em razão da propositura de medida judicial, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme Art. 126 do COTEB.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS