

**PROCESSO** - A. I. Nº 206960.0013/17-9  
**RECORRENTE** - SETTA COMBUSTÍVEIS S/A.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0041-03/18  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 05/08/2019

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJE Nº 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 Comprovações 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 3ª JF, 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 nº 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 3ª 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 douto 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 contrario, 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 CONTRIBUÍNTES 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 HÍBRIDA 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 Colegiada Câmara Julgadora, dando processamento ao presente Recurso, seja reformado o v. acórdão para que seja:*

**1) DECRETADA a NULIDADE e/ou a INSUBSISTÊNCIA 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 INSUBSISTÊNCIA 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 3ª 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 despidendo 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