

PROCESSO - A. I. Nº 281228.0006/20-4
RECORRENTE - CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0175-05/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/05/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0099-11/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. COMPRA DE ENERGIA ELÉTRICA POR ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE (ACL). INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA DE 25% E DO ADICIONAL DE 2% DESTINADO AO FUNDO DE COMBATE À POBREZA. AÇÃO JUDICIAL INTERPOSTA CONTESTA PARTE DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS LANÇADOS. Em relação às parcelas não contestadas e reconhecidas pelo sujeito passivo, pertinente à cobrança pela alíquota de 18%, julga-se procedente o lançamento de ofício, situação em que podem ser formados autos apartados visando a cobrança administrativa e a subsequente inscrição do débito na Dívida Ativa. No tocante às parcelas contestadas pelo contribuinte, correspondente à alíquota majorada de 25%, e o adicional de 2% destinado ao Fundo de Combate à Pobreza, o contribuinte optou em levar a discussão para a esfera judicial, de forma que nestes pontos há plena identidade entre a matéria litigiosa posta ao exame dessa instância administrativa, e a levada ao conhecimento do Poder Judiciário. Nesta situação, a impugnação administrativa resulta prejudicada, pois a opção de levar a questão para decisão perante o Judiciário, implica na renúncia da instância administrativa, suscita a desistência da impugnação oferecida e provoca o encerramento do processo administrativo, sem exame de mérito, nos termos do art. 127-C, IV da Lei nº 3.956/81 (COTEB). O crédito tributário respectivo poderá ser inscrito na Dívida Ativa, oportunidade em que as verificações de saneamento e controle da legalidade do feito deverão ser efetuadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 0175-05/21-VD, proferido pela 5ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2020, no valor histórico de R\$ 989.494,81, abordando a seguinte infração:

***Infração 01 – 02.01.14** - Deixou de recolher ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações de fornecimento de energia elétrica escrituradas nos livros fiscais próprios. Deixou de recolher ICMS das aquisições interestaduais de energia elétrica oriundas do mercado livre no mês de abril/2018, conforme art. 400 do RICMS/Ba, demonstrativo em anexo. Valor exigido: R\$ 961.376,81. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de maio de 2018 e de junho/2019 a junho/2020.*

***Infração 02 – 02.01.14** - Deixou de recolher ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações de fornecimento de energia elétrica escrituradas nos livros fiscais próprios. Falta de recolhimento do Fundo de*

Pobreza, referente as aquisições interestaduais de energia elétrica no mercado livre, conforme art. 400 do RICMS/Ba, conforme demonstrativo em anexo. Valor exigido: R\$ 28.118,00. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f” da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a maio de 2019.

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

VOTO

O Auto de Infração em lide, versa sobre o ICMS incidente nas operações de aquisição de energia elétrica acobertadas por notas fiscais registradas pela empresa autuada na sua escrita fiscal, contratadas junto a fornecedor localizado em outra Unidade da Federação, no Ambiente de Contratação Livre (ACL).

A Infração 01 trata da cobrança do imposto não recolhido aos cofres públicos, através da aplicação da alíquota de 27% (25% + 2%), nos seguintes meses: maio de 2018 e junho de 2019 a junho de 2020, totalizando o valor principal de R\$ 961.376,81.

A Infração 02 alcança somente a cobrança do adicional do ICMS de 2%, destinado ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza, nos meses de janeiro a maio de 2019, perfazendo a quantia principal de R\$ 28.118,00.

A incidência do ICMS sobre as aquisições de energia elétrica no mercado de contratação livre é matéria que tem disposição específica no RICMS da Bahia, em norma inserida no art. 400, com a seguinte redação:

Art. 400. *O cálculo do ICMS devido pelo consumidor de energia elétrica, responsável pelo pagamento quando adquirido em outra unidade da Federação em ambiente de contratação livre, nos termos inciso VIII do caput do art. 4º e no inciso IV do § 1º do art. 5º da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, tomará por base o valor da nota fiscal emitida pelo remetente da energia elétrica, acrescido dos valores cobrados por todas as empresas transmissoras pela conexão e uso dos respectivos sistemas de transmissão, aos quais deve ser integrado o montante do próprio imposto.*

O contribuinte contestou parte da exigência fiscal lançada na Infração 01, e a totalidade das cobranças que compõem a Infração 02.

A divergência empresarial situa-se na utilização da alíquota do ICMS de 27% (25% + 2%), na Infração 01, e na cobrança do adicional de 2% do ICMS destinado ao Fundo de Pobreza, na Infração 02, aplicados sobre as operações com energia elétrica, por extrapolarem a alíquota ordinária de 18%, incidente sobre as demais mercadorias nas operações internas realizadas no território baiano.

Sustenta a defesa, que a energia elétrica é bem essencial e indispensável ao desenvolvimento da sua atividade industrial, não podendo ser enquadrada na categoria dos denominados bens supérfluos, que são sobretaxados, através da incidência das alíquotas majoradas previstas no texto da lei de regência do imposto.

Para a defesa, o Estado da Bahia incorreu em violação ao princípio da seletividade, contrariando o texto da Constituição Federal (art. 155, § 2º, inc. III), ao estabelecer na sua legislação do ICMS a tributação das operações de aquisição de energia elétrica à alíquota de 27% (25% + 2%), conforme previsto no art. 16, inciso II, alínea “i” e art. 16-A, da Lei 7.014/96.

O contribuinte optou em levar a discussão acerca da constitucionalidade da alíquota de 25% e do adicional de 2% do ICMS incidente sobre as operações com energia elétrica ao Poder Judiciário, através do manejo de ação própria. Ajuizou em 18/04/2016 a Ação Declaratória de nº 0523023-41.2016.8.05.0001, antes da lavratura do Auto de Infração, obtendo sentença favorável à pretensão empresarial no 1º grau, combatida pelo Estado da Bahia através da interposição do Recurso de Apelação, ainda a ser julgado pelo Tribunal de Justiça baiano.

Entendemos que no caso em exame a presente lide administrativa pode ser analisada e subdividida nas seguintes partes:

- 1 – Em relação à Infração 01, o contribuinte pediu a revisão do lançamento fiscal, a fim de que o cálculo do imposto leve em consideração na formação da base de cálculo apenas a incidência da alíquota de 18%. Houve, portanto, manifestação do sujeito passivo reconhecendo ser devida parte do imposto lançado. Nada impede que o mesmo proceda ao pagamento das quantias reconhecidas após a revisão dos cálculos, aproveitando inclusive os benefícios da redução da multa pecuniária, conforme previsto no art. 45 da Lei nº 7.014/96;*
- 2 – No tocante aos valores da Infração 01, que excederam as cobranças pela alíquota de 18%, a matéria está sob exame do Poder Judiciário na ação proposta pelo contribuinte.*
- 3 - Na Infração 02, por sua vez, todas as ocorrências foram submetidas pelo contribuinte ao exame do Poder Judiciário.*

Portanto, o crédito tributário lançado no Auto de Infração, encontra-se neste momento sob apreciação concomitante do Poder Judiciário e dessa instância administrativa de julgamento, no tocante às cobranças do ICMS que excede a alíquota de 18%, na Infração 01, e a totalidade do ICMS lançado na Infração 02, relativo

ao adicional de 2% destinado ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

Visando exatamente possibilitar ao órgão julgador administrativo proferir a decisão em conformidade com as disposições do RPAF, considerando que a presente lide é composta de valores reconhecidos e valores não reconhecidos pelo sujeito passivo, sendo que as parcelas não reconhecidas integraram e fazem parte do objeto de ação proposta perante o Poder Judiciário Estadual, este colegiado resolveu converter o PAF em diligência, para que o autuante:

- 1 - elaborasse demonstrativo de apuração do imposto da Infração 01, calculando o ICMS incidente nas operações de aquisição de energia elétrica pela alíquota de 18%, em conformidade com metodologia de quantificação contida nas disposições do art. 400 do RICMS/12, que constitui a parcela do tributo lançado que não foi objeto de impugnação pelo contribuinte;
- 2 - No mesmo procedimento revisional apresentasse um segundo demonstrativo de apuração do ICMS da Infração 01, seguindo igualmente a metodologia de quantificação descrita no art. 400 do RICMS/12, pertinente ao cálculo do tributo pela diferença entre a alíquota de 18% e a alíquota de 27%, que concentra a matéria impugnada pela defesa contida nas lides em exame por esta instância administrativa e pelo Poder Judiciário.

Em atendimento à diligência deste colegiado, o autuante, no Parecer juntado às folhas 70/72 deste PAF, apresentou novo demonstrativo da Infração 01, com a separação das cobranças por alíquotas: 18% relativa à parte incontroversa do lançamento, e 9% (2%+7%), relativa à parte contestada pelo contribuinte.

No demonstrativo anexado nos autos, à pág. 72, cujo conteúdo foi também reproduzido na mídia digital inserida à fl. 73, a Auditoria, em relação à Infração 01, apresentou os valores reproduzidos na tabela abaixo, considerando as cobranças mensais pela alíquota de 18%, e a diferença de 9% (7% + 2%) contestada pela defesa, que resulta na alíquota de 27%, prevista no art. 16, inc. II, alínea “i”, c/c o art. 16-A da Lei nº 7.014/96:

	Diligência – Valores autuados na Infração 01		
Mês/Ano	Aliq. 18%	Aliq. 7% + 2% = 9%	Total
MAI/2018	36.834,49	18.417,25	55.251,74
MAI/2018	66,51	33,25	99,76
JUN/2019	50.814,77	25.407,39	76.222,16
JUL/2019	50.560,75	25.280,37	75.841,12
AGO/2019	54.884,02	27.442,01	82.326,03
SET/2019	56.295,59	28.147,79	84.443,38
OUT/2019	51.794,46	25.897,23	77.691,69
NOV/2019	52.147,51	26.073,76	78.221,27
DEZ/2019	46.929,72	23.464,86	70.394,58
JAN/2020	48.345,84	24.172,92	72.518,76
FEV/2020	46.978,55	23.489,27	70.467,82
ABR/2020	53.589,79	26.794,90	80.384,69
MAI/2020	49.233,66	24.616,83	73.850,49
JUN/2020	42.442,21	21.221,11	63.663,32
	640.917,87	320.458,94	961.376,81

Após a adoção dessas medidas de saneamento do feito, cabe novamente reiterar, conforme já exposto no Relatório, que o contribuinte primeiramente manejou a ação judicial, e na sequência, após o lançamento de ofício, ingressou com a impugnação administrativa dirigida a este CONSEF, de modo que a escolha pela via judicial, ainda que de forma antedecedente ao lançamento tributário, implica na desistência da via administrativa para deslinde da matéria controvertida, restando apenas a aplicação do quanto positivado nos arts. 117 e art. 113 do RPAF/99.

Vejamos então o que estabelece o art. 117 do Regulamento do Processo Administrativo Tributário da Bahia:

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.

Regra semelhante encontra-se na Lei 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), pelo comando do art. 126, c/c o do art. 127-C, inciso IV:

“**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.

Vale aqui destacar, que a doutrina processual-tributária em sua grande maioria, advoga a tese da impossibilidade de discussão concomitante de matéria controvertida na esfera administrativa e judicial, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, porém, estabelecendo que essa impossibilidade se atém aos limites do objeto do processo judicial. Nesse sentido, merece ser aqui transcritas as lições do eminente e saudoso tributarista português Alberto Xavier: “A renúncia e a desistência apenas operam nos precisos limites do objeto do processo judicial, de tal modo que se o processo administrativo tiver objeto mais amplo ou distinto, este prosseguirá no que concerne à matéria diferenciada” (trecho extraído do livro “DO LANÇAMENTO – TEORIA GERAL DO ATO, DO PROCEDIMENTO E DO PROCESSO TRIBUTÁRIO, Editora Forense, 2ª edição, 2001, pág. 282).

Considerando o acima exposto, esta Relatoria entende que a questão trazida pelo contribuinte a este Tribunal Administrativo, comporta dupla apreciação e decisão:

- 1º - No tocante à parte incontroversa do lançamento, no montante de **R\$ 640.917,87**, que integra o item 01 do Auto de Infração, declaro a **PROCEDÊNCIA** dessa parcela, considerando inclusive que o contribuinte de forma expressa reconheceu na peça defensiva ser devido o imposto calculado pela alíquota de 18% (dezoito por cento);*
- 2º - Relativamente à matéria levada à apreciação do Poder Judiciário, através do manejo da ação tombada sob o nº **0523023-41.2016.8.05.0001**, não restam dúvidas de que a apreciação acerca da impugnação do contribuinte restou **prejudicada** em face do esgotamento da instância administrativa, devendo o PAF ser encaminhado ao setor competente para o devido saneamento, e se for o caso, proceder a inscrição do crédito tributário na Dívida Ativa.*

Em decorrência, rejeita-se o pedido subsidiário da defesa de sobrestamento do presente Auto de Infração até pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, considerando os fundamentos acima expostos.

Destaco ainda, que esta relatoria tem conhecimento de que tramita perante o STF (Supremo Tribunal Federal), o Recurso Extraordinário (RE) nº 714.139/2014-SC, através do qual se discute a matéria envolvendo a seletividade de energia elétrica e dos serviços de comunicação, já tendo sido formada maioria pela inconstitucionalidade das alíquotas majoradas para essas utilidades. Em continuidade de julgamento no tocante à modulação dos efeitos da decisão, proposta pelo Ministro daquela Suprema Corte, Dias Toffoli, estipulando que ela produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro (2022), ressaltando-se as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes.

O julgamento deverá ser retomado entre os dias 10 e 17 do corrente mês (dezembro de 2021), conforme informação extraída do site do STF, nesta data (07/12/2021). Trata-se de questão que deverá ser também objeto de acompanhamento pela PGE/PROFIS, considerando os possíveis efeitos dessa decisão com repercussão geral nos processos judiciais e administrativos em curso.

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Em relação à infração 01, informa que ajuizou a Ação Declaratória nº 0523023-41.2016.8.05.0001, em 15/04/2016, com o objetivo de “[...] *certificar o seu direito ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica sob a alíquota de 17% (atualmente 18% tendo em vista a alteração legislativa promovida pela Lei nº. 13.461, que majorou de 17% para 18% a alíquota do ICMS no Estado da Bahia), ante a inconstitucionalidade da alíquota de 27% (vinte e sete por cento) adotada pelo Estado da Bahia nesta operação, responsável por flagrantemente violar o art. 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal de 1988*”.

Informa ter recorrido acerca da ilegalidade e inconstitucionalidade da alíquota aplicada ao consumo da energia elétrica, que não observaria sua evidente essencialidade e que, tendo o Estado da Bahia optado pela aplicação do princípio da seletividade, agiria contraditoriamente ao tributar o consumo da energia elétrica por alíquota superior a produtos supérfluos como bebidas alcólicas.

Relata que a 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador proferiu sentença em seu favor declarando

“em caráter definitivo que possui o autor direito de recolher o ICMS sobre energia elétrica com alíquota de 17% conforme previsto no art. 15 da lei de regência e o faço por reconhecer, incidenter tantum, a inconstitucionalidade da alíquota adotada por violação ao princípio da seletividade – art. 155, parágrafo 2º III da CF, em vista da inobservância à essencialidade da energia elétrica”.

Informa que a apelação interposta pelo Estado ainda não foi definitivamente julgada pelo TJ/BA, contudo, permanece em vigor a decisão que reconheceu o seu direito de recolher o ICMS pela alíquota de 17% (atualmente 18%) sobre a energia elétrica, inclusive aquela fornecida por contrato de compra e venda em Ambiente de Contratação Livre – ACL.

Aponta que o lançamento não levou em consideração a alíquota fixada pelo Poder Judiciário, mas sim a integral de 27%, sendo assim manifestamente indevida diante da inconstitucionalidade reconhecida em sentença, motivo pelo qual pede a revisão do lançamento para que o cálculo leve em consideração a alíquota de 18%.

Quanto à infração 02, sustenta que a cobrança de 2% destinado ao Fundo de Combate a Pobreza somente é devida em relação a produtos e/ou serviços de natureza supérfluas, de acordo com o § 1º do art. 82 do ADCT, de modo que a exigência é incompatível com a essencialidade da energia elétrica, o que também teria sido reconhecido pela 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador na ação declaratória mencionada, o que tornaria improcedente a infração.

Discorre sobre os motivos para reforma da decisão destacando de início que não foi levada em consideração a decisão favorável obtida na Ação Declaratória nº 0523023-41.2016.8.05.0001 e o julgamento do RE 714.139/SC pelo STF.

Indica que o acórdão recorrido julgou procedente a autuação em função do suposto esgotamento da instância administrativa, pois, a JJF entendeu que a propositura da ação judicial impossibilitaria a discussão da matéria na via administrativa, resultando em sua renúncia, conforme art. 126 c.c. 127-C, inciso IV do COTEB.

Sustenta que não houve renúncia da instância administrativa porque o ajuizamento da matéria levada à apreciação do Poder Judiciário foi anterior à intimação da lavratura da autuação. Além disso, a 5ª JJF, embora tenha reconhecido a existência da sentença em caráter definitivo a seu favor, não obedeceu a determinação judicial que permitiu a aplicação da alíquota de 18% ao seu caso. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal julgou de forma definitiva o RE 714.139/SC, em 16/12/2021, declarando a inconstitucionalidade da exigência de ICMS superior a 17% sobre as operações de fornecimento de energia elétrica, com efeitos válidos para os contribuintes que ajuizaram ação até 05/02/2021.

Esclarece que a renúncia à via administrativa somente se verifica quando a lavratura do Auto de Infração precede o ajuizamento da medida judicial, o que não teria ocorrido no presente caso, pois a ação declaratória foi proposta em 2016 não sendo, portanto, intentada com a finalidade de afastar o Auto de Infração em discussão, lavrado somente em 2020.

Entende ser ilógica a percepção de que a impugnação restaria prejudicada por força desta ação, porém, subsidiariamente, pede o sobrestamento do processo até a conclusão da ação judicial ou a determinação expressa da suspensão da exigibilidade do débito discutido, apoiando-se em entendimento da 2ª CJF no Acórdão CJF nº 0194-12/19 e da própria 5ª JJF no Acórdão JJF Nº 0007-05/18.

Transcreve trechos da sentença proferida em seu favor para apontar que se encontra dotada de validade, inexistindo razão para ser julgado procedente o Auto de Infração, ao contrário do que afirmou o acórdão recorrido de que não existiria coisa julgada formada e, deste modo, não produziria efeitos aquele entendimento.

Discorre sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que teria decidido de forma definitiva, com tese de repercussão geral reconhecida, que a cobrança de alíquota superior a 17% sobre operações de fornecimento de energia elétrica e serviços de comunicação é

inconstitucional, modulando os efeitos da decisão para o exercício de 2024, ressaltando-se em relação aos contribuintes que ajuizaram ações até a data de início do julgamento do mérito, em 05/02/2021.

Deste modo, destaca que, como sua ação declaratória foi proposta em 15/04/2016, a tese fixada no RE 714.139 deve ser aplicada em seu favor em conjunto com a decisão proferida pela 4ª Vara da Fazenda Pública em sua ação declaratória.

Conclui pedindo o reconhecimento da improcedência do Auto de Infração, com a revisão do lançamento para que o recolhimento do ICMS sobre a energia elétrica seja efetuado à alíquota de 17% (atualmente em 18%), excluindo-se integralmente a infração 02 do lançamento ou, subsidiariamente, o sobrestamento do feito até o trânsito em julgado da ação judicial ou a determinação expressa da suspensão da exigibilidade do crédito para evitar que sofra prejuízos irreparáveis.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

Consultando o sistema do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, é possível constatar que a sentença proferida pela 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, em 05/06/2018, possui o seguinte dispositivo:

“Ex positis, e por tudo mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO e declaro em caráter definitivo que possui o autor direito de recolher o ICMS sobre energia elétrica com alíquota de 17% (dezessete por cento) conforme previsto no art. 15 da lei de regência e o faço por reconhecer, incidenter tantum, a inconstitucionalidade da alíquota adotada por violação ao princípio da seletividade – art. 155, parágrafo 2º III da CF, em vista da inobservância à essencialidade da energia elétrica.”

Por outro lado, a última movimentação dos autos é a juntada da petição de contrarrazões pela contribuinte aqui recorrente, em 09/11/2020, ou seja, os autos ainda foram remetidos ao Tribunal de Justiça para apreciação até a presente data, ao menos.

VOTO

Apesar do recurso não apontar preliminares ou prejudiciais de mérito, entendo que a matéria pertinente aos efeitos do ajuizamento da ação declaratória constitui prejudicial, pois se acatada, impediria o exame de parcela da autuação nesse instante.

Antes, entretanto, vejo necessidade de pontuar que o Auto de Infração exige o ICMS de operações de aquisição de energia elétrica em ambiente de contratação livre com o correspondente adicional ao Fundo de Combate à Pobreza, ou seja, a recorrente deixou de recolher o tributo, independentemente da alíquota aplicável, e em sua defesa busca restringir a exigência do imposto, sem o adicional, calculado pela alíquota de 17%, posteriormente majorada para 12%, conforme a época dos fatos geradores.

Consequentemente, mesmo que prevaleça seu entendimento quanto à alíquota e o afastamento do adicional, ainda persistirá tributo a recolher. Sobre este montante, aliás, correspondente ao imposto calculado com a alíquota de 18%, cabe reconhecer que a própria recorrente admite a procedência do lançamento, na forma do art. 140 do RPAF/BA, uma vez que não há qualquer contestação específica sobre este valor.

Feitas essas considerações, a controvérsia se instaura sobre os efeitos da judicialização da alíquota pela recorrente, por meio da Ação Declaratória nº 0523023-41.2016.8.05.0001. Para a 5ª JF, na Decisão recorrida, essa conduta representa renúncia à instância administrativa, o que motivou a segregação do exame das matérias, prosseguindo apenas em relação ao percentual de 18%, indicado pela própria contribuinte como o correto, em função das decisões judiciais.

De fato, a legislação baiana contém diversos dispositivos prevendo o prejuízo da defesa ou do recurso, quando o contribuinte escolhe a via judicial, como os seguintes dispositivos do COTEB:

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.

Na mesma linha, dispõe o RPAF:

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.

A questão que a recorrente invoca em seu favor é o momento da propositura da ação, o que, no seu entendimento, afetaria a percepção de renúncia ou não da esfera administrativa. E, realmente, não há como ignorar que seria aparentemente ilógico pensar que o contribuinte estaria renunciando, ainda que tacitamente, ao direito que sequer existe para o mundo jurídico, haja vista que a sua prerrogativa de impugnar e instaurar o contencioso administrativo, somente surgiria com a lavratura do Auto de Infração, o que, no caso presente, ocorreu anos após o ajuizamento da demanda.

Entretanto, a noção de que a escolha da via judicial implicaria em renúncia da administrativa, não está vinculada à concomitância entre os procedimentos, situação que normalmente reclama manifestação sobre o tema, mas à ideia de prevalência da decisão judicial sobre a administrativa, pois o processo administrativo fiscal jamais poderia contrariar a conclusão que a ação judicial atingisse sobre o mesmo tema.

Por este motivo, pouco importa se a ação foi proposta antes ou depois de iniciado o procedimento administrativo, como fixou o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Economia em sua Súmula nº 1, à qual foi atribuído efeito vinculante:

Súmula CARF nº 1

Aprovada pelo Pleno em 2006

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Todavia, não se pode perder de vista que não é toda e qualquer situação que atrairá este entendimento, haja vista que não há sentido em considerar que a parte renunciou à discussão sobre matéria que não é objeto da medida judicial, ou seja, a renúncia somente se refere “à matéria questionada judicialmente, a ser deslindada pelo dispositivo da sentença, e não a todo e qualquer aspecto relacionado ao ato impugnado”, como ensina Hugo de Brito Machado Segundo (*Processo tributário*, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2020, p. 123).

Esta ressalva é necessária porque o caso em discussão reflete uma hipótese peculiar, pois **diante da expressa proibição deste conselho em declarar inconstitucionalidade ou negar aplicação a ato normativo emanado por autoridade superior (incisos I e III do art. 167 do RPAF/BA), não há sentido em considerar ter ocorrido renúncia à sua discussão ou escolha da via judicial.**

As matérias que constituem objeto da ação declaratória (inconstitucionalidade e ilegalidade), já se encontram excluídas da apreciação deste Conselho por disposição expressa do regulamento, ou seja, o “direito de escolha” sequer existe, somente cabendo ao Poder Judiciário sua apreciação.

Tampouco foram arguidas como fundamento na impugnação ou no recurso voluntário. Logo, não vejo como considerar que houve renúncia à instância administrativa.

Por outro lado, não há dúvidas de que a discussão judicial possui uma inegável relação de prejudicialidade com este procedimento, a despeito de inexistir total identidade de objeto, pois, eventual procedência daquela ação afetará a base de cálculo do tributo exigido nestes autos. Parece-me assim, que o sobrestamento seria a medida mais adequada.

A opção adotada pela 5ª JF, por exemplo, equivale a reconhecer a própria procedência do questionamento judicial, tendo em vista que a consequência para a renúncia parcial da via administrativa, ainda que parcial, deveria ser a procedência do lançamento e não o prejuízo da parte sujeita ao exame judicial.

Em que pese o dispositivo e a ementa se refiram à procedência do auto de infração, colhe-se da fundamentação do acórdão recorrido:

“Considerando o acima exposto, esta Relatoria entende que a questão trazida pelo contribuinte a este Tribunal Administrativo, comporta dupla apreciação e decisão:

*1º - No tocante à parte incontroversa do lançamento, no montante de **R\$ 640.917,87**, que integra o item 01 do Auto de Infração, declaro a **PROCEDÊNCIA** dessa parcela, considerando inclusive que o contribuinte de forma expressa reconheceu na peça defensiva ser devido o imposto calculado pela alíquota de 18% (dezoito por cento);*

*2º - Relativamente à matéria levada à apreciação do Poder Judiciário, através do manejo da ação tombada sob o nº **0523023-41.2016.8.05.0001**, não restam dúvidas de que a apreciação acerca da impugnação do contribuinte restou **prejudicada** em face do esgotamento da instância administrativa, devendo o PAF ser encaminhado ao setor competente para o devido saneamento, e se for o caso, proceder a inscrição do crédito tributário na Dívida Ativa.*

Em decorrência, rejeita-se o pedido subsidiário da defesa de sobrestamento do presente Auto de Infração até pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, considerando os fundamentos acima expostos.

Destaco ainda, que esta relatoria tem conhecimento de que tramita perante o STF (Supremo Tribunal Federal), o Recurso Extraordinário (RE) nº 714.139/2014-SC, através do qual se discute a matéria envolvendo a seletividade de energia elétrica e dos serviços de comunicação, já tendo sido formada maioria pela inconstitucionalidade das alíquotas majoradas para essas utilidades. Em continuidade de julgamento no tocante à modulação dos efeitos da decisão, proposta pelo Ministro daquela Suprema Corte, Dias Toffoli, estipulando que ela produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro (2022), ressaltando-se as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes.

O julgamento deverá ser retomado entre os dias 10 e 17 do corrente mês (dezembro de 2021), conforme informação extraída do site do STF, nesta data (07/12/2021). Trata-se de questão que deverá ser também objeto de acompanhamento pela PGE/PROFIS, considerando os possíveis efeitos dessa decisão com repercussão geral nos processos judiciais e administrativos em curso.”

Trata-se de medida *sui generis*, senão equivocada, com o devido respeito. Com efeito, é pacífico na jurisprudência, que a existência de decisão judicial favorável ao contribuinte, por si só não impede o lançamento, sobretudo para prevenir a decadência. O que não é possível é a prática dos atos de cobrança, sobretudo quando há decisão determinando a suspensão de sua exigibilidade. Confira-se, neste sentido:

TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. RELAÇÃO TRIBUTÁRIA. INTERRUÇÃO OU SUSPENSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento do STJ de que o prazo para constituição do crédito tributário é decadencial e, nos termos do CTN, não sofre interrupção ou suspensão, iniciando-se na data da ocorrência do fato gerador.

2. Ainda que presentes quaisquer das causas de suspensão do crédito tributário, estaria a autoridade fiscal obrigada a constituir o crédito mediante lançamento com o objetivo de prevenir a decadência tributária.

3. Agravo Interno não provido. (AgInt no REsp 1847190/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 09/09/2020)

Pessoalmente, havendo identidade de objeto, entendo que o mais adequado seria o sobrestamento

do processo administrativo logo após a intimação do contribuinte, resguardando-se o prazo para apresentação de defesa em momento posterior à conclusão da decisão judicial, ou, se não fosse possível, após o protocolo da impugnação, dada a possibilidade de persistirem matérias passíveis de discussão administrativa após apreciação judicial da ação proposta.

Ora, o contribuinte pode ajuizar ação para questionar a constitucionalidade da exigência do tributo, e obtendo julgamento desfavorável, ainda persistir interesse em impugnar o lançamento para comprovar a inexistência de débito em função de recolhimento realizado por substituto tributário ou erro na determinação da base de cálculo, por divergência no fator de conversão considerado, dentre outras hipóteses.

Mas não ignoro que a solução comumente adotada no CONSEF, à míngua de regulamentação expressa neste sentido, é **julgar o recurso prejudicado e o Auto de Infração procedente**, constando expressamente a indicação de suspensão da exigibilidade do crédito até a conclusão da discussão judicial, apenas como alerta, uma vez que o conselho não detém competência para suspender ou determinar a suspensão da exigibilidade de crédito tributário. Neste sentido:

ACÓRDÃO CJF Nº 0285-11/21-VD

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. USO INDEVIDO. FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA. A decisão deste Conselho em processos que envolvem renúncia à defesa administrativa, ao se reportar à suspensão da exigibilidade do crédito fiscal, por conta de mandado de segurança ou quaisquer outras medidas judiciais relacionadas ao lançamento de ofício em julgamento, está apenas a alertar à Procuradoria Fiscal, do dispositivo do art. 151 do CTN, o que não implica que a própria PGE/PROFIS não tenha autonomia para verificação se o caso da lide está perfeitamente adequado ao dispositivo do CTN, o que no entender, neste caso, a douta PGE/PROFIS tem inteira razão em não aplicar a este processo a suspensão da exigibilidade do crédito fiscal, apenas por ser um assunto correlato, mas sem vínculo direto com o mandado de segurança supracitado. Representação ACOLHIDA. Decisão Unânime.

Diante do exposto, entendo que não merece acolhimento o pedido de sobrestamento do PAF ou suspensão da exigibilidade do crédito, neste instante, seja por falta de previsão legal, seja por falta de competência do CONSEF, embora seja medida que se revela compatível com a *prejudicialidade externa* (art. 313, V, “a” do CPC), daquela ação sobre o lançamento aqui discutido.

Por outro lado, também não vejo como acolher a alegação de improcedência da autuação como decorrência da decisão proferida na ação declaratória aviada pela recorrente, ainda que considerando a decisão posterior do STF nos autos do RE 714.139/SC. A eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante em relação aos órgãos da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, é característica apenas das decisões proferidas em sede de *controle concentrado* (art. 102, § 2º da CF/88, c.c. art. 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/99).

E, apesar do que tem decidido o STF, o *controle difuso* não possui naturalmente essas características, de modo que a eficácia *erga omnes* das decisões depende de atuação do Senado, tecnicamente, de acordo com o inciso X do art. 52 da CF/88. No entanto, é inegável que se alcançará o mesmo resultado prático, já que a decisão vincula o Poder Judiciário, na forma dos arts. 927, inciso III e art. 1.040 do CPC.

Ocorre que o Recurso Extraordinário mencionado ainda não transitou em julgado, estando pendente a apreciação de embargos de declaração. Não obstante, a matéria ali versada está fora do campo de atuação deste conselho (art. 167, incisos I e III do RPAF/BA). Aliás, se fosse possível decidir reconhecendo as questões legais e constitucionais levadas ao exame do Judiciário, teria ocorrido a identidade de objetos que justificaria a renúncia a esta via.

Consequentemente, confirmando-se a tese de repercussão geral fixada, caberá ao Poder Judiciário adotá-la como precedente obrigatório na ação declaratória proposta, conforme art. 927, inciso III do CPC, possibilitando a adoção da sua decisão final após o trânsito em julgado, a critério da PGE/PROFIS, a quem competirá a oportuna análise da suspensão da exigibilidade do crédito aqui discutido.

Entretanto, não se encontrando aqueles processos definitivamente julgados, não há como acolher a aplicação das decisões proferidas neste PAF, neste instante, por ausência de previsão legal.

Diante do exposto, voto para NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281228.0006/20-4**, lavrado contra a empresa **CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRAIS S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o recolhimento do imposto no valor de **R\$989.494,81**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42 II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS