

A. I. Nº - 280080.0003/19-7
AUTUADO - TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS S/A, NOVA DENOMINAÇÃO DA
TOTAL DISTRIBUIDORA S/A
AUTUANTE - FRANCISCO NOBRE DE OLIVEIRA
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 13.12.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0221-05/22-VD

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A VIA ADMINISTRATIVA. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia em discutir a lide na esfera administrativa ou a desistência da impugnação, nos termos do art. 117 do RPAF/Ba. O caso envolve a interposição de Mandado de Segurança antes da lavratura do Auto de Infração. Pedido e causa de pedir integrantes da ação judicial e do processo administrativo idênticos. Defesa administrativa prejudicada. O PAF deve ser encaminhado para o setor competente, no intuito de ser promovida a inscrição do crédito tributário na dívida ativa, nos termos do art. 117, § 1º do RPAF-BA, mais multa e demais consectários, com os saneamentos de praxe que se façam necessários no entender do órgão de controle. **Extinção do PAF sem julgamento de mérito.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 16/12/2019, para exigir ICMS no valor principal de **R\$ 96.087,39**, em razão da imputação fiscal a seguir descrita:

Infração 01 – 02.01.01 – Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. **Em complemento a autoridade fiscal declarou na peça acusatória que:** “*Deixou de recolher ICMS referente às sobras sobre apuradas de combustíveis, em desacordo com o disposto no art. 5º, inc. III, da Portaria 18, de 24/01/2017, conforme demonstrado nos ANEXOS (A e B), referente ao exercício de 2017, e Anexo II.B, referente ao exercício de 2018, que ficam fazem parte integrante deste Auto de Infração, elaborados com base no ANEXO I do Sistema de Captação de Auditoria dos Anexos de Combustíveis – SCANC UF.*

Ocorrência fiscal verificada nos meses de fevereiro de 2017 e 2018. Imposto calculado à alíquota de 25%. **Enquadramento legal:** Art. 2º, inciso I e art. 32, da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 332, do RICMS-Ba (Decreto nº 13.780/12). Valor do imposto acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

DOCUMENTOS JUNTADOS NO AUTO DE INFRAÇÃO (fls. 03/50): Anexos I-A; I-B e II-B e II-C (Demonstrativo de Perdas e Ganhos na Movimentação de Combustíveis – Gasolina A e Diesel S 10); Notificação da lavratura do A.I.; Termo de Início de Fiscalização e Intimação para apresentação de livros e documentos; Anexos I – SCANC UF (Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis, de 2017 e 2018, dos produtos Gasolina e Diesel S 10).

Contribuinte notificado do lançamento através do DT-e (Domicílio Tributário Eletrônico), ingressa com defesa administrativa, protocolada em 17/02/2020, em petição subscrita por advogados, devidamente habilitados a atuar no processo através de instrumento de procura (doc. fls. 88/89).

Após destacar a tempestividade da peça impugnatória, a defesa declarou, inicialmente, que a empresa autuada exerce atividade de comércio de combustíveis, lubrificantes e demais derivados de petróleo, na forma do seu Estatuto Social (**doc. 01 – fls. 66 a 87**). No desempenho da sua atividade econômica é contribuinte, dentre outros tributos, do ICMS – administrado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (SEFAZ-BA).

Não obstante o regular recolhimento mensal do imposto em relação às operações que realiza, foi surpreendido com o recebimento de Auto de Infração lavrado pelo preposto do fisco baiano.

De acordo com a narrativa fática constante do Auto de Infração, a Fazenda Pública está cobrando créditos de ICMS sob o argumento de que a empresa **“Deixou de recolher ICMS referente a sobras apuradas de combustíveis”**, fundamentando sua pretensão na Portaria SEFAZ nº 18/2017 do Estado da Bahia.

Da análise do documento lavrado pela SEFAZ/BA, conclui-se que o que se tem por **“sobras apuradas de combustíveis”** nada mais é do que o ganho volumétrico do combustível, devido a variação de temperatura no momento da sua comercialização.

Explicou que ao adquirir os combustíveis Gasolina A e Diesel nas refinarias e/ou centrais petroquímicas, estes são entregues à Impugnante na temperatura de 20°C, obedecendo aos padrões técnicos dos órgãos reguladores nacionais e internacionais. Contudo, quando da saída dos produtos para comercialização, a variação de temperatura das diferentes regiões do país faz com que essas mercadorias sofram dilatação ou retração, a depender se a variação se dá para mais ou para menos, o que traz uma significativa alteração no volume daqueles produtos.

No presente caso, os combustíveis, adquiridos inicialmente a temperatura de 20°C, sofreram dilatação em virtude do aumento da temperatura, fato que faz com que cheguem com um volume superior àquele apurado no momento da compra na refinaria, isto é, no momento do recolhimento do tributo. **Sendo essa diferença de volume o motivo da cobrança do Auto de Infração lavrado pela SEFAZ/BA.**

Entretanto, a variação volumétrica dos combustíveis é um fenômeno natural, inerente à sua própria natureza química, não se confundindo com o fato gerador do ICMS. Tanto é verdade que nos casos contrários ao aqui discutido, quando a comercialização é realizada nas regiões com temperaturas tipicamente baixas, a queda da temperatura acarreta a retração do combustível, ou seja, causa uma diminuição volumétrica no estoque do produto.

Nesse escopo, para supostamente regular essa situação, em junho de 2015, o CONFAZ emitiu o Ato COTEPE ICMS nº 33, com base na Cláusula Nona do Convênio 110/2007, estabelecendo temperaturas e fatores de correção de volumes para a Gasolina A e o Diesel, nos diversos Estados da Federação.

Além disso, o Estado da Bahia publicou a Portaria nº 18, de 2017, que dispõe sobre definições e critérios, em relação ao ICMS, para o tratamento das “faltas” e “sobras” ocorridas na movimentação e no estoque de petróleo, seus derivados e outros produtos comercializáveis, líquidos e a granel, na indústria de petróleo e na distribuição de combustíveis, derivados de petróleo, que entrou em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial, em 25/01/2017.

Entretanto, segundo a defesa, a determinação de que as distribuidoras devam, para o cálculo do ICMS-ST da Gasolina A e do Diesel, utilizar fatores de correção de volumes é manifestamente ilegal/inconstitucional, pois altera a base de cálculo do imposto, violando os preceitos constitucionais estabelecidos nos artigos 145, § 1º e 150, I, II e IV, da Carta Magna de 1988.

Dessa forma, resta claro que a cobrança adicional do imposto não é possível, uma vez que não há fato gerador, mas sim mera alteração de volume em virtude de um fenômeno da natureza.

Nesse sentido, observa-se que o que se pretende disciplinar através do Ato COTEPE, bem como, da Portaria da SEFAZ/BA, somente é dado ao Fisco fazê-lo mediante autorização expressa de lei em sentido formal. As obrigações impostas pelo Fisco estadual não podem originar-se de ato

normativo infracional, sob pena de afronta direta aos princípios constitucionais que regem o imposto.

Entende, portanto, a impugnante, que não deve pagar o ICMS-ST de tais combustíveis com estes fatores de correção de volume, bem como o percentual estabelecido pelo Estado da Bahia na Portaria nº 18/2017, pois se trata de cobrança ilegal e inconstitucional, atentando contra os preceitos constitucionais.

Destacou, na sequência, ter obtido decisão liminar favorável no Mandado de Segurança, tombado sob o nº 0530290-93.2018.8.05.0001, que tramita no Tribunal de Justiça da Bahia, oportunidade em que o Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, ratificou o entendimento da impetrante, ora impugnante, decidindo pela ilegalidade da cobrança de valores de ICMS-ST, restando ainda mais claro que o posicionamento do Poder Judiciário é pela caracterização da inconstitucionalidade da cobrança aqui combatida, determinando que o Estado da Bahia abstenha-se de aplicar o disposto na Portaria nº 18/2017, conforme decisão em anexo (**doc. 04 – fls. 90 a 92**).

Passou a defesa mais à frente a discorrer acerca do direito a não submissão aos fatores de correção de volumes da gasolina A e do diesel, por ilegalidade do ATO COTEPE ICMS 33/2015, mantido pelo ATO COTEPE ICMS 75/2017.

Destacou que nas operações com combustíveis realizadas pela Impugnante o ICMS-ST é recolhido integralmente no momento da aquisição dos produtos junto às refinarias e/ou centrais petroquímicas. Esse mecanismo de tributação está claramente posto nos Convênios CONFAZ que regem tal setor, conforme redação do Convênio ICMS nº 110/2007 e suas sucessivas alterações. Assim, no momento da aquisição, a tributação do ICMS-ST acontece de acordo com a quantidade de combustível fornecida pela refinaria/central petroquímica, alcançando a circulação de toda a cadeia até o consumidor final.

No momento do recolhimento do tributo, com consequente retenção pela refinaria ou central petroquímica, há ocorrência do fato gerador do ICMS-ST, de uma só vez, por toda a cadeia até o consumidor final.

Reafirmou que nessas operações, em obediência aos padrões técnicos estabelecidos pelos órgãos reguladores nacionais e internacionais, os combustíveis adquiridos nas refinarias e/ou centrais petroquímicas são entregues às distribuidoras à temperatura de 20°C. A mesma regulamentação determina que ao realizarem a comercialização dos produtos estes devem ter sua saída a *temperatura ambiente*. Devido a características químicas próprias dos combustíveis, a variação de temperatura das diferentes regiões do país faz com que sofram dilatação ou retração, a depender se a variação se dá para mais ou para menos, o que traz uma significativa alteração no seu volume, ocorrendo as chamadas “sobras” ou “faltas”.

Nesse escopo, para supostamente regular essa situação, em junho de 2015, o CONFAZ emitiu o Ato COTEPE ICMS n. 33, supostamente com base na Cláusula Nona do Convênio 110/2007, estabelecendo temperaturas e fatores de correção de volumes para a Gasolina A e o Diesel, nos diversos Estados da Federação.

Em 16.03.2016, ainda houve modificações legislativas e o Ato COTEPE ICMS 33/2015 sofreu alterações em seus índices de correção de volumes para alguns Estados da Federação, sendo revogado pelo Ato COTEPE ICMS 75/2017, que continuou a exigir a mesma correção de volumes, apenas com os índices de correção diferentes para alguns Estados. (**Doc. 04 – que contém os inteiros teores do Convênio 110/2007 e suas alterações, do Ato COTEPE ICMS 33/2015 e do Ato COTEPE ICMS 75/2017**).

Entretanto, reiterou a defesa, a determinação de que as distribuidoras devam, para o cálculo do ICMS-ST da Gasolina A e do Diesel, utilizar fatores de correção de volumes é manifestamente ilegal/inconstitucional, pois altera a base de cálculo do imposto, violando os preceitos constitucionais estabelecidos nos artigos 145, § 1º e 150, I, II e IV.

Reproduziu na peça defensiva as disposições relacionadas com essa temática, inseridas no Conv. ICMS 110/2007.

Para a impugnante o Ato COTEPE não se limitou a criar um fator de correção de volumes dos combustíveis, se atendo tão somente a aspectos técnicos. Foi mais além, **modificando e instituindo novos parâmetros para a base de cálculo do ICMS-ST da gasolina A e do diesel**. Isto porque as cláusulas sétima e oitava do Convênio ICMS 110/2007 são taxativas ao tratarem da base de cálculo do ICMS ST dos combustíveis, conforme redação a seguir transcrita:

Cláusula sétima - A base de cálculo do imposto a ser retido é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente.

Cláusula oitava - Na falta do preço a que se refere a cláusula sétima, a base de cálculo será o montante formado pelo preço estabelecido por autoridade competente para o sujeito passivo por substituição tributária, ou, em caso de inexistência deste, pelo valor da operação acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, tributos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionados, ainda, em ambos os casos, do valor resultante da aplicação dos percentuais de margem de valor agregado divulgados mediante Ato COTEPE publicado no Diário Oficial da União.

Outrossim, a LC 87/96 conceitua a base de cálculo do ICMS-ST, *verbis (destaques em negrito)*:

Art. 8º **A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:**

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, **o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído**;

II - em relação às **operações ou prestações subsequentes**, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) **o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;**
- b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;
- c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.

A partir das disposições acima reproduzidas a defesa reafirmou mais uma vez que um ato infralegal não pode alterar ou instituir qualquer dos elementos da regra-matriz de incidência da norma tributária, sob pena de afronta ao Princípio da Legalidade. **Só que, neste caso, o ato coator em comento, levado a exame do Poder Judiciário, está a alterar a base de cálculo do ICMS-ST da Gasolina A e do Diesel, indevidamente**. Por se tratar de atos infralegal (Atos COTEPE), **não poderiam promover modificações na base de cálculo de tributo**, fazendo com que a Impugnante tenha direito líquido e certo de não se submeter a tal tributação.

Ademais, para a defesa, segundo a disposição do art. 100, inc. IV do CTN, esse Ato (que tem a mesma natureza de Convênio) deveria ser apenas norma complementar às leis, tratados, decretos e convenções internacionais. Ao extrapolar seus limites, esta norma findou por violar a Constituição Federal, nos artigos 145, § 1º e 150, I, II e IV, visto que efetivamente não se limitou a complementar a lei instituidora da tributação do ICMS dos combustíveis.

As afrontas a Constituição são em cadeia, tendo em vista que, instituída tributação em desatenção à legalidade (alteração de base de cálculo por Ato COTEPE – ato infralegal), enseja afronta também aos princípios da capacidade contributiva e ao não confisco.

Sobre a questão em exame, relacionada à constitucionalidade dos atos infralegais, a defesa fez referência a trechos de doutrina, extraídas de obras de juristas brasileiros, com destaque para Paulo de Barros Carvalho e Valdir de Oliveira Rocha.

Ressaltou, mais uma vez, que, conforme anteriormente mencionado, a Impugnante obteve decisão favorável no Mandado de Segurança nº 0530290-93.2018.8.05.0001, oportunidade em que o Juízo da 1ª Vara da Fazenda Estadual ratificou o entendimento da impetrante, ora impugnante, decidindo pela ilegalidade da cobrança de valores de ICMS-ST, determinando que o Estado da Bahia se abstinha de aplicar o disposto na Portaria nº 18/2017, conforme trechos do decreto judicial, a seguir reproduzidos (**destaques em negrito**):

“MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO/REPRESSIVO COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR” impetrado por TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS S/A, NOVA DENOMINAÇÃO DA TOTAL DISTRIBUIDORA S/A em face de suposto ato coator a ser praticado pelo o SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - SAT DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA.

I. (...)

II. Fundamentação.

(...)

À primeira vista o que se pretende disciplinar através de portaria somente é dado ao Fisco fazê-lo mediante autorização expressa em lei em sentido formal.

Com efeito, as obrigações impostas pelo Fisco não podem, em tese, originar-se de ato normativo infra legal. Por outro lado, a cobrança de ICMS – sim, porque a Portaria dispõe sobre incidência e modo de recolhimento do tributo – está igualmente vinculada à edição de lei, como prevê a Constituição Federal no inc. I do art. 150.

Nessas condições, o fundamento da impetração se mostra relevante, já que há um elevado grau de probabilidade de que a segurança definitiva venha a ser concedida.

Quanto ao “periculum in mora” decreto que se não concedida a segurança liminar, o Impetrante ver-se-á obrigado a recolher as parcelas vincendas de um tributo cuja possibilidade de se reconhecer como indevido já foi destacada anteriormente.

III. Dispositivo

Posto isso, concedo a segurança liminar para determinar ao Impetrado que, até ulterior deliberação deste Juízo, abstenha-se de aplicar o disposto na Portaria 18/2017 com relação ao Impetrante.

Notifiquem-se a autoridade apontada como coatora para que preste, no prazo de dez dias, as informações que entenderem necessárias.

Ao concluir a peça impugnatória o contribuinte pede o processamento e recebimento da presente defesa administrativa, por ser medida cabível e tempestiva, para que seja julgado TOTALMENTE IMPROCEDENTE o Auto de Infração, pelas razões de fato e de direito apresentadas.

O PAF, quando ainda se encontrava em trâmite na SAT/COPEC, aguardando a prestação do informativo fiscal, foi encaminhado à PGE (Procuradoria Fiscal) para que fossem prestadas informações acerca do andamento do processo judicial citado na peça defensiva, particularmente quanto às movimentações posteriores, relacionadas ao Agravo de Instrumento interposto pelo Estado da Bahia, perante a 5ª Câmara Cível do TJ baiano, que sustou a decisão de 1º grau concessiva da medida liminar em mandado de segurança, restringindo-se o exame do Agravo a análise dos requisitos autorizadores da tutela de urgência, preservando-se a **matéria de fundo** para posterior análise do juízo de origem em sede de cognição exauriente de mérito.

O Acórdão com o inteiro teor da decisão do Agravo foi juntado a este processo administrativo, entre as fls. 100 a 103 verso.

A PGE através do expediente juntado aos autos, à fl. 106, firmado em 12/07/2022, informou que no Mandado de Segurança Preventivo/Repressivo com pedido de liminar, impetrado pela **TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS S/A**, o contribuinte requereu a concessão de medida liminar “*a fim de suspender os efeitos da Portaria 18/2017, em especial, para obstar a cobrança do ICMS decorrente desse instrumento normativo*”.

A tutela de urgência foi concedida. Em face dela foi interposto pelo Estado AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 8024452-93.2018.8.05.0000, e, ao final dele, a 5ª Câmara Cível do T.J. Bahia, reformou a decisão de 1º grau, por meio de Acórdão cuja íntegra consta em anexo (doc. fls. 116 a 119verso).

Declarado pelo representante da PGE que a Decisão do Agravo transitou em julgado e que o último andamento do M.S. foi a concessão da tutela de urgência.

Esclareceu, ainda, que os autos do processo se encontram aptos à conclusão para sentença e no momento, segundo a parecerista da PGE, não há qualquer vício ou óbice judicial à continuidade do processo administrativo fiscal, nos termos da **Súmula 405**, do Supremo Tribunal Federal (STF).

Finalmente, foi observado que eventual procedência dos pedidos formulados no M.S., no julgamento de 1º grau, poderá ensejar desconstituição do lançamento que, contudo, poderá ser restabelecido por meio de julgamento de Apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Na sequência foi prestada a Informação fiscal pelo autuante, através da peça processual juntada ao PAF entre as 109 a 110 verso, firmada em 15/09/2022.

Após fazer uma síntese dos fatos que motivaram o lançamento de ofício e das alegações empresariais, a autoridade fiscal afirmou que o inconformismo da autuada se concentra na utilização da Portaria SEFAZ 18/2017, como base para a autuação das “sobras” apuradas conforme Anexos I.A, I.B e II.B (fls. 3 a 5) e seus respectivos detalhamentos, às fls. 12 a 50. Em nenhum momento a impugnante atacou a essência dos cálculos baseados no Sistema de Aplicação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis — SCANC UF.

A questão foi judicializada pela empresa, escapando à competência do fisco entrar na discussão relacionada ao mérito das teses jurídicas levantadas pela defesa, especialmente quanto à inconstitucionalidade de atos normativos que fundamentaram o lançamento.

Reproduziu na peça informativa as informações da PGE em resposta à solicitação da SAT/COPEC quanto à situação do processo judicial movido pelo contribuinte.

Ao concluir a peça informativa e considerando que a impugnação não contestou a metodologia de cálculo das “sobras” e o posicionamento da PGE de que “não há qualquer vício na instauração ou óbice judicial a continuidade do Processo Administrativo Fiscal”, o pedido formulado pela Auditoria é que o julgamento conclua pela integral manutenção do Auto de Infração em todos os seus termos e valores.

Em despacho exarado à fl. 112 do PAF, datado de 10/11/2022, após avaliação dos elementos existentes neste processo, conclui que o mesmo se encontra em condições de ser inserido na pauta de julgamento.

Apresento na sequência o meu voto.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de uma única imputação fiscal relacionada à falta de recolhimento do ICMS relativo a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, decorrente de “sobras” apuradas nos estoques da empresa, dos combustíveis gasolina A e diesel, incorrendo o contribuinte em violação ao disposto no art. 5º, inc. III da Portaria Estadual nº 18, de 24/01/2017 c/c o art. 332 do RICMS-Ba (Dec. 13.780/2012).

O sujeito passivo, na peça defensiva, questionou a constitucionalidade e a legalidade da exigência fiscal, considerando que o ato de lançamento foi fundamentado nas disposições da Portaria nº 18, de 24/01/2017 e nas regras originárias de Convênios aprovados no CONFAZ, especialmente Ato COTEPE/ICMS nº 33/2015, sucedido pelo Ato COTEPE nº 75/2017, incorrendo as cobranças em violação ao princípio da legalidade estrita, que estabelece que somente por lei, em sentido formal e material, poderia o Estado veicular normas que definissem ou modifacassem os parâmetros relacionados à base imponível do ICMS.

Pede a defesa, portanto, que seja reconhecida a inconstitucionalidade e a ilegalidade das disposições da Portaria 18/2017, da SEFAZ-Ba, com destaque para o seu art. 5º, inc. III, da referida Portaria. Afirmou ainda que os vícios de inconstitucionalidade e ilegalidade alcançam as demais normas administrativas que serviram de fundamento legal para embasar o ato de lançamento em lide.

É estabelecido na principal norma questionada pela defesa, ou seja, na Portaria SEFAZ-Ba nº 18/2017, que na hipótese de serem apuradas “sobras” na movimentação dos estoques de

combustíveis, em limites superiores aos admitidos na referida Portaria, ser dever do contribuinte emitir documento fiscal, até o 10º dia do segundo mês subsequente ao encerramento do exercício anual, com destaque do ICMS, utilizando-se do CFOP 1.949, discriminando a quantidade e o valor das “sobras”, por produto. O valor das “sobras” constituirá a base de cálculo do imposto a ser lançado no Livro Registro de Apuração do ICMS, a ser recolhido no mês subsequente à referida apuração.

Sustentou a impugnante que a variação volumétrica dos combustíveis, para mais (dilatação do volume) ou para menos (retração do volume), geradoras respectivamente das “sobras” e das “perdas” dos produtos, é um fenômeno natural, relacionada à temperatura ambiente e à natureza físico-química desses produtos, constituindo fato que não pode ser considerado gerador de obrigação tributária no âmbito do ICMS.

Feitas essas considerações iniciais, passaremos doravante a enfrentar as questões apresentadas na peça impugnatória, à luz da legislação do processo administrativo tributário vigente no Estado da Bahia.

De início, cabe destacar que não foram suscitadas nulidades do procedimento fiscal. Nenhuma desconformidade ou vício formal foram apurados por esta Relatoria na fase de instrução do feito. Assegurados ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa. Auto de Infração lavrado em conformidade com os requisitos exigidos no art. 39 do RPAF/99, notadamente, a correta identificação do sujeito passivo; a descrição dos fatos considerados infração, de forma clara e suscinta; a indicação dos dispositivos considerados infringidos e a multa aplicável, além de identificação e assinatura da autoridade fiscal responsável pelo lançamento.

Os argumentos de mérito articulados na peça defensiva, conforme já destacado no Relatório, integraram o Mandado de Segurança (MS) interposto pelo contribuinte antes da lavratura do Auto de Infração, tombado no Poder Judiciário baiano sob o nº 0530290-93.2018.8.05.0001, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador e conexo com o processo M.S. nº 0505076-03.2018.8.05.0001.

Levada a questão ao exame da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), em procedimento de remessa dos autos pelo órgão de fiscalização, foi informado que no Mandado de Segurança Preventivo/Repressivo impetrado pela empresa autuada, o contribuinte requereu a concessão de medida liminar a fim de suspender os efeitos da Portaria 18/2017, em especial, para obstar a cobrança do ICMS decorrente daquele instrumento normativo.

A tutela de urgência foi concedida. Em face dela foi interposto pelo Estado AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 8024452-93.2018.8.05.0000, e, ao final dele, a 5ª Câmara Cível do T.J. Bahia, no julgamento do Agravo, reformou a decisão de 1º grau, por meio de Acórdão, cuja íntegra consta em anexo a este PAF (doc. fls. 116 a 119verso).

O representante da PGE declarou também que a Decisão do Agravo transitou em julgado e o último andamento do M.S. foi a concessão da tutela de urgência. Esclareceu, por fim, que os autos do processo se encontram conclusos para sentença e no momento, segundo a parecerista da PGE, não há qualquer vício ou óbice judicial à continuidade do processo administrativo fiscal. Porém o lançamento fiscal poderá ser desconstituído caso o Poder Judiciário julgue procedente os pedidos formulados no Mandado de Segurança.

Considerando o acima exposto é de se concluir que os pedidos e a causa de pedir que integram o Mandado de Segurança nº 0530290-93.2018.8.05.0001 e o processo administrativo em trâmite nesta 5ª JJF são idênticos, e centrados na ilegalidade das cobranças de ICMS sustentadas na Portaria SEFAZ nº 18/2017.

No direito brasileiro é vedada a discussão concomitante da mesma questão nas esferas administrativa e judicial. Prevalece sempre a competência do Estado juiz.

Há, portanto, que ser reconhecida a total prejudicialidade da impugnação administrativa, considerando que o contribuinte já havia optado, antes da lavratura do A.I., em levar a discussão

de mérito para o Poder Judiciário, devendo sobre o caso incidir as normas inseridas no art. 117 e art. 122, inc. IV do RPAF/99, que apresentam as redações a seguir transcritas (**destaques em negrito**):

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.

Art. 122 – Extingue o processo administrativo fiscal:

(...)

IV – com a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide antes de proferida ou de tornada irrecorribel a decisão administrativa.

Isto posto, julgo prejudicada a impugnação interposta pelo contribuinte, haja vista a empresa ter optado pela via judicial, ao que deve o Auto de Infração ser encaminhado para o setor competente, no intuito de ser promovida a inscrição do crédito tributário na dívida ativa, nos termos do art. 117, § 1º do RPAF-BA c/c o art. 122, inc. IV do RPAF/99, no montante histórico de imposto, no valor de **R\$ 96.087,39**, mais multa de 60% e demais consectários, com os saneamentos de praxe que se façam necessários no entender do órgão de controle, inclusive representação pela ilegalidade do lançamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a impugnação interposta pela empresa **TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, (**TOTAL DISTRIBUIDORA S/A**) encerrando-se o presente processo administrativo sem exame do mérito, haja vista a empresa ter optado pela via judicial, ao que deve o Auto de Infração nº **280080.0003-19-7** ser encaminhado para o setor competente, no intuito de ser promovida a inscrição do crédito tributário na dívida ativa, nos termos do art. 117, § 1º, c/c o art. 122, inc. IV, do RPAF/99 do RPAF-BA, no montante histórico de imposto no valor de **R\$ 96.087,39**, mais multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e demais consectários legais, com os saneamentos de praxe que se façam necessários no entender do órgão de controle, inclusive representação pela ilegalidade do lançamento.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR