

A. I. N° - 298633.0055/22-0
AUTUADO - SAUÍPE S/A
AUTUANTE - ÂNGELA MARIA MENEZES BARROS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 29.11.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0202-05/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ENERGIA ELÉTRICA. REDE BÁSICA. AQUISIÇÕES NO MERCADO LIVRE. Discussão de mérito parcialmente prejudicada, por força do Mandado de Segurança manejado pelo Sujeito Passivo, objetivando discutir a matéria em tese. Acolhidas parcialmente as alegações defensivas, para excluir as NF 88412 e 95360. Infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/12/2022 (ciência em 03/01/2023, através do DT-e), exige ICMS no valor histórico de R\$ 535.381,42, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência da seguinte infração.

Infração 01 - 002.001.024 – Deixou, o contribuinte, de recolher ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento, adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda, firmado em Ambiente de Contratação Livre - ACL. Estando ele conectado diretamente à Rede Básica de Transmissão, para fim de seu próprio consumo. Mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada.

A autuada apresenta impugnação às folhas 26/42, mediante a qual contesta o presente lançamento, deduzindo as razões a seguir.

Explica que, ao analisar o auto de infração em comento, constatou que o mesmo visa a cobrança de almejada diferença no recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica adquirida em ambiente de livre contratação, em operações interestaduais referente ao período de NOVEMBRO/2019 até ABRIL/2022, cujo valor do débito perfaz o montante total de R\$ 535.381,42.

Preliminarmente, alega nulidade do auto de infração sob o argumento de que se encontra eivado de vício e deve ser extinto, pois a suposta diferença de ICMS incidente sobre a energia elétrica adquirida no mercado livre em operações interestaduais NÃO EXISTE, já que se trata de um equívoco quanto da composição da base de cálculo por parte da Inspetoria Fazendária do Estado da Bahia, como restará comprovado, uma vez que a IMPUGNANTE apura e recolhe o tributo de forma regular em cumprimento a legislação estadual artigo 268, XVII, alínea 'a' do RICMS/BA combinado com o art. 13, § 1º, I da Lei Complementar nº 87/96. Não obstante, ressalta que o presente AUTO DE INFRAÇÃO também deve ser extinto, uma vez que a multa aplicada no percentual de 60% atinge nítido caráter confiscatório, sendo pacífico em nossa jurisprudência sua inaplicabilidade dada expressa afronta a nossa Constituição Federal.

Por fim, caso o CONSEF possua entendimento diverso, quanto a composição da correspondente base de cálculo e ao caráter confiscatório da referida multa, frisa que a suposta diferença de ICMS encontra-se com sua exigibilidade suspensa por força do artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional, em face da realização do depósito integral nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA 0539317-03.2018.8.05.0001.

No mérito, alega inexistência da suposta diferença de ICMS incidente sobre a energia elétrica adquirida no período de 11/2019 a 04/2022 no mercado livre em operações interestaduais face ao equívoco na composição da base de cálculo por parte da SEFAZ/BA.

Explica que o presente tópico tem por objeto demonstrar que NÃO EXISTE DÉBITO A PAGAR pois a suposta diferença de ICMS incidente sobre a energia elétrica adquirida no mercado livre, em operações interestaduais no período de novembro/2019 a abril/2022, na realidade, trata-se de um equívoco cometido pelo fisco, quando da materialização da base de cálculo.

Informa que, como é de conhecimento público e notório, no período de novembro/2019 a abril/2022, ao materializar o cálculo do ICMS sobre a energia elétrica adquirida no mercado livre, a correspondente base de cálculo para operações realizadas pelas empresas do setor hoteleiro deveria ser reduzida em 52%, conforme dispositivo vigente a época, especificamente o artigo 268, XVII, alínea 'a' do RICMS/BA (cujo texto transcreve). Todavia, afirma que a Fazenda Estadual ao proceder a aplicabilidade da referida norma redutora, apenas o faz na etapa subsequente de aplicação da alíquota de 25% (ICMS) e 2% (Fundo de Combate a Pobreza). Não por outra razão, ao proceder desta forma, a Fazenda Estadual impede a integral e efetiva aplicação da norma redutora, criando uma base de cálculo ampliada artificialmente, ao arrepio da legislação estadual, contrariando o que dispõe o art. 13, § 1º, inciso I da Lei Complementar nº 87/96, no qual deixa claro que o ICMS é um imposto calculado por dentro, motivo pelo qual deve compor sua própria base.

Argumenta que, neste diapasão, para que o benefício de redução seja aplicado em sua plenitude, necessário se faz o regular cumprimento da legislação estadual artigo 268, XVII, alínea 'a' do RICMS/BA combinado com o art. 13, § 1º, inciso I da Lei Complementar nº 87/96, isto quer dizer que, compete à Fazenda Estadual da Bahia efetivar a aplicação da norma redutora na etapa de cálculo por dentro, o que significa dizer que, em uma operação na qual existe uma base reduzida para 48%, o ICMS efetivo acrescido na operação deve representar de fato 12,96% (=48% x 27%).

Apresenta cálculo ilustrativo, para, a seguir, destacar que o entendimento esboçado é chancelado pelo tribunal de Justiça do Estado da Bahia desde fevereiro/2016, conforme se pode verificar nos autos da Apelação nº 0542817-19.2014.8.05.0001 (doc_03), cuja ementa transcreve.

Diante de todo o exposto, requer, a esta egrégia Superintendência de Administração Tributária e à Inspetoria Fazendária, que se dignem a reconhecer e declarar inexistente a suposta diferença de ICMS incidente sobre a energia elétrica adquirida no mercado livre em operações interestaduais no período de novembro/2019 a abril/2022, nos termos do artigo 268, XVII, alínea "a" do RICMS/BA, combinado com o art. 13, § 1º, inciso I da Lei Complementar nº 87/96, via de consequência lógica julgue totalmente procedente a impugnação administrativa e determine a extinção do auto de infração.

Questiona, ainda, o caráter confiscatório da multa aplicada, o que expressa afronta ao Art. 150, IV, da Constituição Federal. Transcreve o texto do art. 413 da Lei 10.406/02, ao tempo em que colaciona as doutrinas de Sacha Calmon Navarro, Paulo César Baria de Castilho, Regina Helena Costa, Roque Antônio Carrazza e Andreia Fogaça Rodrigues Maricato, além de jurisprudência do STF, em apoio aos seus argumentos.

Aponta, ainda, vício insanável. Pondera que, em que pesem os argumentos alhures serem suficientes para que seja decretada a extinção do auto de infração, lembra que o referido auto também padece de vício no que tange a certeza e segurança da infração, conforme previsto no artigo 18, inciso IV, alínea 'a' do Decreto 7.629/1999.

Explica que, basta uma simples olhadela no AI, para comprovar que este não atende a todos os requisitos, isto porque, o Nobre Auditor Fiscal, pleiteia o pagamento de suposta diferença de ICMS referente às notas fiscais 88412 e 95360, sem observar que tais notas fiscais foram devidamente canceladas e substituídas. Neste sentido, conclui restar claro que o AI não traz a segurança jurídica necessária à apuração da infração, devendo ser declarado nulo nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea 'a' Decreto 7.629/1999. Argumenta que deveria, o Nobre Auditor fiscal, ao lavrar o auto de infração, fazê-lo de modo que não restassem dúvidas quanto a sua certeza, pois o Agente Público tem o dever, inclusive funcional, de comprovar a ocorrência do fato

descrito e seu enquadramento legal de forma prefeita, sem que seja possível suscitar dúvidas a qualquer título.

Desta feita, alega que não poderia, a Autoridade Administrativa, promover a cobrança de um débito cuja notas fiscais (88412 e 95360) foram canceladas e substituídas, deixando de produzir efeitos fiscais e tributários. Visando comprovar o aduzido, colaciona cópia reográfica dos documentos de anulação, ora mencionados, os quais também seguem em anexo (doc_05).

À luz de toda a evidência, entende restar claro e contundente que a lavratura do presente auto de infração não proporcionou a segurança jurídica imprescindível à apuração da infração, devendo ser declarado nulo nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea 'a' Decreto 7.629/1999.

Alega, ainda, suspensão da exigibilidade do suposto crédito tributário do período de 11/2019 a 04/2022 em face do depósito judicial, previsto no art. 151, inciso II, do Código Tributário Nacional. Argumenta que, caso se entenda por bem não acolher os argumentos alhures mencionados, mesmo após comprovada distorção quanto à forma de aplicação da norma redutora da base de cálculo do ICMS e do nítido caráter confiscatório da multa aplicada, ressalta ser imperioso informar que o mérito da presente discussão já foi levado para apreço do Poder Judiciário mediante impetração do Mandado de Segurança.

Informa, ainda, que, em respeito aos Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal, Boa-fé Processual, SAUIPE S.A, entendeu por bem realizar mensalmente o depósito judicial dos valores supostamente devidos a título da diferença de ICMS, incidentes nas aquisições de energia elétrica no Mercado Livre nas operações interestaduais relativamente a todo o período da respectiva operação. Posto isto, ante ao disposto no artigo 151, inciso II do Código Tributário Nacional, sustenta que a exigibilidade do almejado crédito tributário a título de diferença de ICMS incidente nas aquisições de energia elétrica no Mercado Livre nas operações interestaduais do período novembro/2019 a abril/2022, objeto do Auto de Infração refutado pela presente impugnação, encontra-se suspenso, conforme art. 151, inciso II do CTN, cujo texto transcreve.

Posto isto, uma vez que a impugnante realizou o depósito integral dos valores supostamente devidos a título de diferença de ICMS incidente nas aquisições de energia elétrica no Mercado Livre nas operações interestaduais do período de novembro/2019 a abril /2022, nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA 0539317-03.2018.8.05.0001, conforme se pode comprovar pelo relatório (doc_06) e guias em anexo (doc_07), conclui que resta configurada e materializada a hipótese legal de suspensão de exigibilidade sob o prisma legal do artigo 151, inciso II do Código Tributário Nacional. Transcreve julgados em apoio aos seus argumentos.

Por todo o exposto e diante do conhecimento integral dos fatos e direito envolvendo o tema em testilha, afirma que cumpre a essa Superintendência de Administração Tributária e Inspetoria Fazendária do Estado da Bahia - SAT/DAT METRO, abster-se de promover qualquer ato executório quanto aos supostos débitos a título de diferença do ICMS incidente nas aquisições de energia elétrica no Mercado Livre nas operações interestaduais do período de novembro/2019 a abril/2022, por força do artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional, uma vez que estes estão com sua exigibilidade suspensa em face da realização do depósito integral nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA 0539317-03.2018.8.05.0001.

Diante do robusto conjunto documental probatório que segue em anexo, conclui que esta Superintendência de Administração Tributária se equivoca ao promover a lavratura do presente auto de infração, o qual deve ser extinto imediatamente nos termos legais.

Diante do exposto, pelos fatos e fundamentos jurídicos esposados pugna que sejam acolhidos, por esse Conselho de Fazenda, todos os pleitos aqui presentes por ser medida da mais lídima Justiça, e então se digne a:

a) DECLARAR INEXISTENTE a suposta diferença ICMS incidente sobre a energia elétrica adquirida no mercado livre em operações interestaduais no período de novembro/2019 a abril/2022, nos termos do artigo 268, XVII, alínea 'a' do RICMS/BA combinado com o art. 13, § 1º, I da Lei

Complementar nº 87/96, via de consequência lógica julgue totalmente procedente a impugnação administrativa e determine a extinção do auto de infração, caso assim não entenda;

b) RECONHECER O CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA DE 60% APLICADA NOS TERMOS DO ART. 42, II, 'f' LEI 7.014/1996, pois se trata de percentual desproporcional, exagerado, excessivo, exorbitante, desmedido e imoderado, configurando expressa afronta ao artigo 150, IV da Constituição Federal;

c) DECRETAR A NULIDADE E EXTINÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea 'a' Decreto 7.629/1999, uma vez que este não possui segurança jurídica e certeza necessárias a apuração da infração, dada cobrança do imposto relativos as notas fiscais 88412 e 95360 então canceladas;

Por fim, se ainda assim não entender,

d) ABSTER-SE DE PROMOVER QUALQUER ATO EXECUTÓRIO quanto aos supostos débitos a título de diferença do ICMS incidente nas aquisições de energia elétrica no Mercado Livre nas operações interestaduais do período de novembro/2019 a abril/2022, uma vez que estes estão com sua exigibilidade suspensa por força do artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional em face a realização do depósito integral nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA 0539317-03.2018.8.05.0001.

Termos em que pede deferimento.

Às folhas 189/190, a autuante prestou informação fiscal, tecendo as considerações que seguem.

Afirma que não ocorreu nenhum equívoco no cálculo da determinação do ICMS a recolher, pois a Base de Cálculo do ICMS foi determinada agregando-se à mesma o montante do imposto, conforme § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96. Informa que, após a determinação da Base de Cálculo, foi aplicada sobre a mesma o benefício da redução da base de cálculo de 52%, conforme disposto no Art. 268, inc. XVII, alínea a, 1 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 13.780/2012.

Em resumo: explica que, na apuração do ICMS, efetuado pelo fisco, a Base de Cálculo foi determinada agregando-se a mesma uma carga tributária de 27%, e, após a sua determinação foi aplicada sobre a mesma uma redução de 52% (redução amparada pelo Art. 268, inc. XVII, alínea a, 1 do RICMS/BA, aprovado pelo decreto 13780/2012). Afirma que, no cálculo efetuado pelo defensor, a Base de Cálculo foi determinada, agregando-se a mesma uma carga de 12,96% (com redução sem amparo legal) e após sua determinação foi aplicada sobre a mesma uma redução de 52% (redução amparada pelo Art. 268, inc. XVII, alínea a, 1 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 13.780/2012, ou seja, no cálculo da determinação da Base de Cálculo do ICMS, deve ser aplicada uma carga tributária de 27% e não de 12,96%).

Explica que, como a impugnante apresentou cópias das notas fiscais 1427 (fls. 38 e 128) e 1387 (fls. 39 e 129), que anularam as notas fiscais 95360 e 88412, respectivamente, os valores referentes a estas notas fiscais serão retirados do crédito ora reclamado neste PAF.

Destaca que, na planilha apresentada pelo autuado, fls.130 e 131, onde se demonstra a forma de cálculo utilizada pelo contribuinte (A), que não está de acordo com a interpretação legal, e em paralelo demonstra o cálculo realizado pelo autuante, (B), que está conforme a legislação, que foi exposta no início desta Informação Fiscal. Nesta planilha, explica que se calcula a diferença do ICMS a recolher (B-A), que é o valor constante dos depósitos judiciais.

Informa, ainda, que, na folha 130, a planilha contém uma coluna “mês de referência consumo” para cada nota fiscal, onde o cálculo do ICMS realizado pelo autuado, corresponde aos valores arrecadados constantes no cadastro da Sefaz, embora este cálculo, como já foi dito e demonstrado anteriormente, não está conforme reza a legislação, estes valores estão compondo o novo demonstrativo, nas colunas “ICMS RECOLHIDO”. Os valores de arrecadação que estão no demonstrativo do AI, crédito reclamado, tomaram como referência a data de saída de cada Nota

Fiscal, que é o mês imediatamente superior ao mês de consumo, resultando divergência na arrecadação. Portanto, no novo demonstrativo os valores arrecadados têm como referência o mês de consumo de cada nota fiscal.

Conclui, portanto, que a diferença de ICMS a Recolher está na metodologia do cálculo do ICMS, como já demonstrado anteriormente, e para tais valores, o autuado efetuou depósito judicial, conforme fls. 131;132; 133; 134; 135; 137; 138; 139; 140; 141; 142; 145; 146; 151; 152; 153; 157; 158; 159; 160; 161; 163; 164; 165; 166; 167; 168; 169; 170; 171; 172; 173; 174; 175; 176; 177; 178; 179; 180; 181; 182; 183;184 e 185, anexas ao PAF em lide.

Ressalta, por fim, que, na planilha apresentada pelo autuado, fls. 130 e 131, consta algumas notas fiscais de números: 85988; 92329; 1460; 97734; 1573; 99468; 1636; 1805; 104958; 109410 e 2036 que não constam no demonstrativo referente ao crédito reclamado, portanto os DJS (Depósito Judiciais) referente a essas Notas Fiscais não foram considerados para fins de abatimentos do crédito reclamado. Observa que, no demonstrativo anexado ao PAF em lide, contém uma linha referente a NF 87761, que no cálculo não foi concedido ao contribuinte a devida redução de 52% da base de cálculo do ICMS, porém foi realizada a devida correção, concedendo-lhe o referido benefício, no novo demonstrativo.

Conclui a sua peça, informando que o valor total dos depósitos judiciais é o valor do AI após as devidas correções já apontadas nesta Informação Fiscal e que um novo demonstrativo segue em anexo.

Valor Histórico do AI (R\$)	Valor acatado pelo autuante, após defesa (R\$)	Novo Valor do AI (Depósito Judicial) (R\$)
535.381,42	279.946,97	255.434,45

Diante do exposto, opina pela procedência parcial do Auto de Infração.

Cientificado do teor da informação fiscal, às folhas 202/213, o Sujeito Passivo se manifesta, aduzindo o que segue.

Reitera os seus argumentos relativamente à inexistência da diferença de ICMS em face ao equívoco na composição da base de cálculo por parte da Sefaz/BA e do caráter confiscatório da multa. Alega que a própria fiscal autuante reconhece a nulidade do lançamento, quando admite que as notas fiscais devem ser retiradas do lançamento.

Alega que deve ocorrer a extinção do auto de infração em face do pagamento (art. 156, I, CTN) combinado com a suspensão da exigibilidade da suposta diferença do crédito tributário (art. 151, II, CTN). Argumenta que, não obstante se entenda por bem não acolher os argumentos alhures mencionados, mesmo após comprovada distorção quanto a forma de aplicação da norma redutora da base de cálculo do ICMS e do nítido caráter confiscatório da multa aplicada, defende que o referido auto de infração deve ser anulado uma vez que a integralidade do crédito tributário correspondente ao período de 11/2019 e 04/2022, então apurado pela Autoridade Fiscal, encontra-se abarcado pelos institutos da EXTINÇÃO PELO PAGAMENTO (Art. 156, I, CTN) e SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DA SUPosta DIFERENÇA (Art. 151, II, CTN).

Explica que, ao analisar a nova planilha de cálculo (Doc_01), apresentada pela Autoridade Fiscalizadora, constatou que o suposto crédito tributário relativo ao ICMS incidente nas aquisições de energia elétrica no Mercado Livre nas operações interestaduais, do período novembro/2019 a abril/2022, totalizam um montante integral de R\$ 1.583.548,30.

Afirma que, em relação ao valor supra, a Autoridade Fiscal reconhece expressamente a liquidação do montante de R\$ 1.328.118,85, referente ao ICMS ENERG. ELET. + FUNCEP, cujos comprovantes seguem anexos (doc_03.01 e 03.02). Ato contínuo, menciona a existência de uma diferença a recolher no valor de R\$ 255.434,45.

No que tange ao valor de R\$ 1.328.118,85, referente ao ICMS ENERG. ELET. + FUNCEP, afirma não restarem dúvidas que se encontram extintos sob a exegese do artigo 156, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Em relação ao valor R\$ 255.434,45, como já mencionado em sua Impugnação Administrativa, informa que entendeu por bem realizar mensalmente o depósito judicial nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA 0539317-03.2018.8.05.0001, conforme comprovantes em anexo (doc_03.03). Outrossim, entende restar configurada a hipótese legal de suspensão de exigibilidade sob o prisma legal do artigo 151, inciso II do Código Tributário Nacional, o que também foi pela Autoridade Fiscal, em sua planilha.

Diante todo o exposto, considerando que os pagamentos e os depósitos judiciais foram realizados muito antes da lavratura do AUTO DE INFRAÇÃO 2986330055/22-0, conforme se pode comprovar pelos documentos em anexo (doc.02 e doc.03), aliado ao fato de que os pagamentos e depósitos judiciais totalizam um valor de R\$ 1.586.745,13, superando o montante integral apurado pela Autoridade Fiscal de R\$ 1.583.548,30, entende não restarem dúvidas de que o presente Auto de Infração é nulo de pleno direito nos termos do artigo 156, inciso I e artigo 151, inciso II, ambos do Código Tributário Nacional. Apresenta quadro ilustrativo.

Diante do robusto conjunto documental probatório que segue em anexo, nos termos da legislação vigente, afirma que esta Superintendência de Administração Tributária se equivoca ao promover a lavratura do presente auto de infração, o qual deve ser integralmente extinto nos termos legais.

Diante do exposto, reitera os seus pedidos, deduzidos quando da apresentação de sua petição defensiva.

Termos em que, pede deferimento.

Cientificado do teor da manifestação empresarial, a Autuante apresenta uma breve manifestação, afirmando que mantém a autuação, nos termos de sua informação fiscal.

Esse é o relatório.

VOTO

Trata-se de auto de infração que veicula conduta única, descrita como “*Deixou, o contribuinte, de recolher ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento, adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda, firmado em Ambiente de Contratação Livre - ACL. Estando ele conectado diretamente à Rede Básica de Transmissão, para fim de seu próprio consumo. ...*”.

Preliminarmente, quanto à alegação de que os depósitos judiciais impediriam a lavratura do presente auto de infração, não merece acolhida, pois tais depósitos têm o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, mas jamais impedir o lançamento, único meio de evitar a decadência do direito estatal.

O exame dos fólios processuais citados revela que a empresa Autuada impetrou o Mandado de Segurança (“MS”) nº 0539317-03.2018.8.05.0001, perante a 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, para questionar a exigência do ICMS relativamente às suas aquisições de energia elétrica, em que discute a metodologia de apuração da base de cálculo, conforme trecho de sua petição inicial, abaixo transcrito:

“... Assiste à impetrante o direito - que a autoridade coatora não contesta - a uma redução de 52% da base de cálculo do ICMS nas operações com energia elétrica”, sendo que a operação desfruta redução de base, é evidentemente a base de cálculo reduzida que deve ser utilizada para se chegar ao montante de imposto a ser acrescido, afinal a base aplicável à operação é a base reduzida, não a base cheia.”

Frise-se que a ação judicial manejada possui natureza declaratória, pois discute a relação jurídica em tese, conforme se depreende da leitura dos pedidos iniciais, abaixo reproduzido.

“*seja-lhe concedida a segurança para os fins de (a) assegurar-lhe, doravante e também nos cinco anos anteriores à impetração (grifo acedido), o direito de efetuar o cálculo por dentro do ICMS já considerando a redução de base de cálculo atualmente deferida no artigo 268, XVII, alínea a, item 2 do RICMS/BA, relativamente ao ICMS incidente na aquisição interestadual de energia elétrica; (b) afastar a*

cobrança do ICMS incidente na aquisição interestadual de energia elétrica relativamente a notas fiscais emitidas pela NC Energia entre os dias 1º de maio de 2014 e 15 de agosto de 2014”

Registre-se, ademais, que o presente *mandamus* ainda não transitou em julgado, inexistindo, até a presente data, qualquer provimento jurisdicional definitivo que vincule o desfecho do presente processo administrativo.

Como se vê, em que pese tenha impugnado o presente lançamento administrativo, o Sujeito Passivo manejou, em concomitância, medida judicial cujo objeto coincide com a presente exigência fiscal, o que atrai a incidência do quanto disposto no art. 126 do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei 3.956/81, abaixo reproduzido.

“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 (grifo acrescido), considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.”

Assim, é forçoso reconhecer que a escolha da via judicial importa na desistência da presente impugnação, cujo exame fica prejudicado, devendo os autos serem remetidos à PGE/PROFIS, para adoção das medidas cabíveis.

Diante do exposto, dou por prejudicado o exame da impugnação, dada a sua desistência tácita.

Quanto à alegação de existência de duas notas fiscais canceladas (nº 88412 e 95360), noto que tal matéria não se encontra presente no Mandado de Segurança citado, vez que, quando de sua impetração (jul/18), sequer existia o presente lançamento.

Sendo assim, entendo ser possível o enfrentamento administrativo dessa matéria, já que a vedação imposta a essa esfera decisória se circunscreve às matérias submetidas ao poder judiciário, conforme se extrai da leitura do art. 117, § 1º, inciso II do RPAF/BA, abaixo transscrito.

“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:

...

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 (grifo acrescido).

...”

De fato, a negativa de prestação jurisdicional administrativa no presente caso suprimiria, ao Sujeito Passivo, a possibilidade de ver debatida tal matéria, que ainda não foi ventilada no âmbito do poder judiciário.

Assim, tratando-se, de limitação imposta a uma garantia fundamental, resguardada pelo art. 5º, inciso LV da CF/88, entendo que deve ser interpretada com comedimento, de forma a sacrificar minimamente o direito processual lá relativizado. Passo, portanto, ao exame do tema.

Quanto às notas fiscais 88412 e 95360, vejo que o Sujeito Passivo logrou êxito em provar que tais operações foram canceladas (cópias às folhas 38/39). Aliás, a própria autuante concordou com a alegação defensiva, oportunidade em que refez o demonstrativo de débito, excluindo tais documentos.

Assim, acolho o novo demonstrativo de débito e julgo o auto de infração procedente em parte, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

MÊS		ICMS
nov/19	R\$	12.044,43
dez/19	R\$	11.898,68
jan/20	R\$	11.764,00
fev/20	R\$	11.209,29
abr/20	R\$	13.629,03
mai/20	R\$	2.561,68
jun/20	R\$	2.504,68
ago/20	R\$	3.965,69
nov/20	R\$	11.444,40
jan/21	R\$	13.653,89
mar/21	R\$	12.771,84
abr/21	R\$	12.953,35
mai/21	R\$	12.179,81
jun/21	R\$	11.828,26
jul/21	R\$	11.975,24
ago/21	R\$	12.692,02
set/21	R\$	12.376,50
out/21	R\$	12.731,26
nov/21	R\$	12.983,23
dez/21	R\$	9.273,45
jan/22	R\$	10.339,97
fev/22	R\$	9.421,35
mar/22	R\$	9.723,74
abr/22	R\$	9.508,66
TOTAL	R\$	255.434,45

Quanto à alegação de confiscação de dade da multa (matéria que igualmente não se encontra submetida ao poder judiciário), é importante frisar que tem previsão em lei (art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96), sendo defeso a esse órgão administrativo afastá-la.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298633.0055/22-0, lavrado contra **SAUÍPE S/A**, devendo ser intimado o Sujeito Passivo a efetuar o pagamento do imposto no montante de **R\$ 255.434,45**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96, além dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR