

PROCESSO	- A. I. N° 298633.0010/22-6
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e JACOBINA MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDOS	- JACOBINA MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0111-03/23-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 17.06.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0122-11/24-VD

EMENTA: ICMS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA. AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE. FALTA DE RECOLHIMENTO. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme o art. 126 do COTEB. Quanto à aplicação da multa e acréscimos moratórios, a finalidade do depósito judicial é evitar a penalidade, caso a Decisão seja desfavorável ao sujeito passivo. Constata-se, *in casu*, que os valores depositados judicialmente se assemelham aos exigidos na autuação. Contudo, na hipótese de uma decisão de mérito desfavorável ao contribuinte, eles serão convertidos em renda e, consequentemente, o crédito será totalmente extinto. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida por meio do Acórdão da 3ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) nº 0111-03/23-VD ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/99), e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte que, inconformado com a Decisão, apresenta a peça respaldado no art. 169, I, “b” do mencionado Regulamento.

O Auto de Infração acima epigrafado foi lavrado no dia 29/09/2022 para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico de R\$ 18.399.918,15, sob a acusação do cometimento da irregularidade assim discriminada na instância de origem:

“Infração 01. 002.001.024 – Deixou de recolher o ICMS incidente sobre entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento, adquirida por meio de contrato de compra e venda firmado em ambiente de Contratação Livre – ACL, estando conectado diretamente à rede básica de transmissão, para fim de seu próprio consumo, mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada, nos meses de janeiro de 2018 a abril de 2022”.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 15/06/2023 e decidiu pela procedência parcial por unanimidade, nos termos a seguir reproduzidos (fls. 183 a 190):

“VOTO

Preliminarmente, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012. A irregularidade apurada está devidamente demonstrada no levantamento fiscal, que servem de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e

o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, o Autuado foi acusado de ter deixado de recolher o ICMS incidente sobre entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento, adquirida por meio de contrato de compra e venda firmado em ambiente de Contratação Livre – ACL, estando conectado diretamente à rede básica de transmissão, para fim de seu próprio consumo, mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada, nos meses de janeiro de 2018 a abril de 2022.

Consta nos autos, que em 17/08/2017 o defendant ajuizou a Ação Ordinária nº 055033033.2017.8.05.0001, cópia fls. 151 a 169 deste PAF, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, por meio da qual objetiva a concessão de tutela jurisdicional que declare a inexistência de relação jurídico-tributária que lhe obrigue ao recolhimento do ICMS sobre: (I) as operações interestaduais de aquisição de energia elétrica utilizada em seu processo industrial; ou, (II) a aquisição de energia elétrica de acordo com a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), atraindo-se, assim, a aplicação da alíquota geral 18% (dezento por cento).

Desde então, os valores devidos a título de ICMS sobre as operações de aquisição de energia elétrica no Mercado Livre estão sendo depositados nos autos da referida ação judicial.

Neste cenário, conforme informado pela Autuante, resta demonstrado em planilha anexa ao PAF, fls. 10 a 24, que os valores de ICMS a serem recolhidos foram depositados em juízo pelo contribuinte, e os comprovantes encontram-se anexados ao PAF em arquivo magnético, demonstrativo II, fl. 27. Portanto, os valores com depósitos judiciais, encontram-se com a exigibilidade suspensa.

Entretanto, observo que não há impedimento ao exercício do direito de a Fazenda Pública estadual em efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN, devendo o lançamento ser realizado no intuito de prevenir a decadência.

O defendant alegou inconstitucionalidade e ilegalidade da cobrança de ICMS sobre a entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento, com a lavratura do presente Auto de infração.

Sobre esta alegação, observo que, em que pese as arguições de inconstitucionalidade levantadas pelo defendant, a rigor de que determina o art. 167 do RPAF/BA, não compete a este Órgão Julgador a apreciação e julgamento que envolva matéria constitucional.

Sobre o tema, assim estabelece o art. 117, do RPAF-BA/99, in verbis:

Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.

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

I - acompanhada do depósito do seu montante integral;

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

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

Vale reiterar, que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente de escolha da via judicial (art. 151, V do CTN), tem o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário, mas não impede o lançamento do imposto.

Assim, nos termos do art. 122, inciso IV do RPAF/99, considero extinto o presente processo administrativo fiscal, em decorrência do ingresso pelo sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide. A exigibilidade do crédito tributário deve ficar suspensa até decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

O defensor se contrapôs a multa e juros de mora aplicados. Frisou que o montante exigido a título de imposto foi previamente depositado em ação judicial, na qual se discute a legalidade da própria incidência tributária, sendo certo que o crédito tributário está com sua exigibilidade suspensa nos termos do art. 151, II, do CTN, de modo que não há que se falar em descumprimento de obrigação principal ou em inadimplência, não havendo supedâneo legal para a imposição de qualquer tipo de multa e juros moratórios. Acrescentou que, uma vez realizado o depósito do montante integral do débito, se desobrigou do ônus decorrente da inadimplência, tendo em vista que uma das finalidades do depósito judicial é evitar a aplicação de tais penalidades (cobrança de multa e juros).

A respeito desta alegação entendo assistir razão ao defensor. Observo que a suspensão da exigibilidade do crédito fiscal, previsto no art. 151, II, do CTN, permite que o sujeito passivo efetue o depósito do valor do crédito fiscal que acha devido, a fim de se discutir a exigência do débito, seja na esfera administrativa, seja na via judicial.

Neste caso, o depósito do crédito tem que ser integral e, caso o julgamento do mérito do mandado de segurança seja desfavorável ao contribuinte, o valor é convertido em renda ao Erário estadual e o crédito se extingue.

Cabe ressaltar, por importante, que nesse sentido vem decidindo este CONSEF, conforme se verifica em precedente trecho reproduzo:

A jurisprudência e a doutrina vêm entendendo que o depósito do crédito fiscal, quando feito em sua integralidade, inibe a exigência de juros ou multa de mora, vejamos:

“...O importante é que, tendo sido feito o depósito do montante integral do crédito exigido pela fazenda, não será cobrado mais absolutamente nenhum valor do sujeito passivo a título de juros ou multa de mora...” (ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Manual de Direito tributário. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007).

(...)

Inclusive este CONSEF, em um julgamento semelhante ao presente caso, já se manifestou em sentido contrário à exigência da multa e dos acréscimos moratórios aqui questionados: PEDIDO DE DISPENSA DE MULTA. APELO DA EQUIDADE. IMPORTAÇÃO. BENS DESTINADOS A EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS NÃO CONTRIBUINTES DE ICMS. EXIGÊNCIA DO TRIBUTO COM IMPOSIÇÃO DE MULTA. Obrigaçāo tributária em discussão no âmbito do Poder Judiciário. Exclusão da multa por infração e dos acréscimos moratórios e suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Para haver aplicação de penalidade é preciso, obviamente, que haja infração. Contribuinte obteve autorização provisória para não pagar o imposto. Inexistência da infração. Reconhecida a lacuna na legislação estadual. Competência da Câmara Superior. Aplicação integrativa da equidade. Multa insubstancial. Suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a Decisão final do Mandado de Segurança. Mantida a inscrição na Dívida Ativa. Modificada a Decisão da JJF. Pedido DEFERIDO. Decisão unânime. (Acórdão CJF nº 0005-21/06 – Rel. Helcônio de Souza Almeida. Proferido em 30.06.2006).

Assim, pode-se concluir que na hipótese de o mandado de segurança interposto pelo sujeito passivo resultar em Decisão desfavorável ao impetrante, o valor do depósito efetuado pelo contribuinte será convertido em renda e, consequentemente, extinguirá definitivamente o crédito exigido.



O entendimento alcançado pela doutrina e jurisprudência se coaduna com a finalidade do depósito judicial, que é o de evitar a aplicação das penalidades, caso a Decisão de mérito seja desfavorável ao sujeito passivo.

Compulsando os autos, constata-se que os valores depositados judicialmente pelo sujeito passivo, se assemelham aos valores exigidos no presente Auto de Infração e, caso seja proferida uma Decisão de mérito desfavorável para o Defendente, os valores depositados serão convertidos em renda e o crédito será totalmente extinto.

Caso sejam considerados devidos os acréscimos moratórios e a multa no presente caso, o depósito judicial efetuado pelo Defendente perderá a sua função, que é justamente evitar as penalidades legais, na hipótese de uma Decisão de mérito desfavorável nos autos do processo judicial mandado de segurança.

Por fim, o Autuado requer que todas as comunicações, intimações e notificações do presente feito sejam encaminhadas ao escritório dos seus procuradores, localizado na Av. Presidente Juscelino Kubitschek, nº 1909, Torre Norte – 23º andar, Vila Nova Conceição, São Paulo, SP, CEP 04543-907, aos cuidados do Dr. Luiz Gustavo A. S. Bichara, inscrito na OAB/SP sob o nº 303.020, telefone nº (11) 3237-4588, e endereço eletrônico registrado na defesa.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do mencionado Regulamento, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Diante do exposto, fica PREJUDICADA a Defesa em relação à obrigação principal, e IMPROCEDENTE quanto à multa e acréscimos moratórios”.

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estabelecido no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF 0111-03/23-VD.

O contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 201 a 212, conforme previsão do art. 169, I, “b” do sobredito Regulamento processual, no qual inicia sintetizando os fatos e aduzindo a tempestividade da peça.

Informa que, com o objetivo de questionar a exigência fiscal, em 17/08/2017, ajuizou a Ação Ordinária nº 0550330-33.2017.8.05.0001, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA (documento 04 da defesa).

Desde então, os valores supostamente devidos a título de ICMS sobre as operações de aquisição de energia elétrica no Mercado Livre estão sendo depositados nos autos da referida Ação, razão pela qual estão com a exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151, II do Código Tributário Nacional (documento 05 da defesa).

A seu ver, a existência da Ação Ordinária nº 0550330-33.2017.8.05.0001 não prejudica a análise das questões relacionadas com a validade do lançamento de ofício.

Argumenta que há erro no Acórdão recorrido, uma vez que a impugnação não tratou das questões de mérito aventadas na Ação Judicial, limitando-se, tão somente, a discutir a impossibilidade da lavratura de Auto de Infração e da cobrança de multa e juros, em face do prévio depósito judicial do montante integral do débito.

Assim sendo, não há que se falar em defesa prejudicada, vez que as matérias são radicalmente distintas.

Além disso, mostra-se necessário que a Decisão originária seja retificada, a fim de, em sendo confirmada apenas a exclusão da multa e dos juros, fazer constar a procedência da impugnação neste particular.

Exemplifica com jurisprudência do STJ (*REsp 1.140.956-SP e REsp 843.027-CE*), na qual está dito que as causas suspensivas da exigibilidade do crédito de que trata o art. 151 do CTN suspendem a exigibilidade do crédito, impedindo assim quaisquer atos de cobrança.

À fl. 209, reproduz extratos do Auto de Infração e dos depósitos judiciais, para comprovar que os

valores são praticamente iguais: respectivamente, R\$ 18.399.918,15 e R\$ 18.410.455,00.

Outro motivo a ensejar a desnecessidade de lavratura de Auto de Infração, é o fato de que se trata de débito declarado pelo próprio contribuinte.

Fornece endereço para correspondências processuais e pede deferimento.

O feito foi convertido em diligência à PGE/PROFIS, com as seguintes anotações (fls. 232/233):

"Em face do exposto, na pauta de julgamento de 20/11/2024, esta CJF decidiu converter o feito em diligência à PGE/ PROFIS, para que esclareça a dúvida sobre qual das seguintes medidas é correto adotar:

- considerar prejudicada a lide e encaminhar ao órgão jurídico do Estado na forma em que se encontra;
- manter a autuação como decidiu a JJF;
- anular o PAF".

No Parecer de fls. 236 a 242, da lavra do Dr. José Augusto Martins Junior, chancelado por meio do Despacho de fl. 243 (exarado pelo NCA), a PGE/PROFIS esclarece que o REsp nº 1.140.956-SP tinha como caso concreto a promoção de execução fiscal em face de sujeito passivo que realizou depósito classificado como insuficiente e inábil a suspender a exigibilidade do crédito. Não tratou da possibilidade ou não do lançamento.

Em outros julgados, o STJ não se posicionou pela VEDAÇÃO ao lançamento, mas sim pela DESNECESSIDADE. Desnecessidade não é vedação.

Assim, entende que não há nulidade no lançamento, conforme a jurisprudência do CARF, e que a conclusão pela vedação é temerária e radical, tendo em vista os riscos dos efeitos da decadência. Nessa intelecção, a manutenção da autuação como ferramenta impositiva de formalização do crédito tributário é medida conservadora e plenamente justificada, até pelo evidente desconhecimento do agente fazendário da integralidade do depósito judicial no momento da lavratura do Auto de Infração.

Intimado, o contribuinte se manifesta às fls. 250 a 255, alegando que a conclusão a que chegou a PGE é errada e que houve erro de premissa e erro material no Acórdão recorrido, bem como pugnando pela impossibilidade de lavratura de Auto de Infração.

Prosegue aduzindo que o Auto de Infração refutado não pode subsistir, pois chancelaria situação de completo arbítrio por parte da Administração Pública e de insegurança jurídica para o requerente, motivos pelos quais se impõe a sua extinção.

Requer o integral Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O Recurso de Ofício resulta de ter sido afastada a multa e os acréscimos moratórios do presente Auto de Infração, lavrado sob a acusação de falta de recolhimento do ICMS incidente sobre entrada de energia elétrica, adquirida por meio de contrato de compra e venda firmado em Ambiente de Contratação Livre – ACL, estando o recorrido conectado diretamente à rede básica de transmissão, para fim de seu próprio consumo, mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada.

De acordo com o que foi informado pela Fiscalização na planilha de fls. 10 a 24 (cópias de documentos fiscais e de comprovantes de depósitos judiciais juntados pelo recorrido no CD de fl. 27), assim como pelo contribuinte à fl. 209, os valores do ICMS ora exigidos foram depositados em Juízo pelo contribuinte, estando, portanto, com a exigibilidade suspensa.

O recorrente ajuizou a Ação Ordinária nº 055033033.2017.8.05.0001, cuja cópia foi juntada às fls. 151 a 169, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, com a qual pretende obter tutela jurisdicional que lhe desobrigue do ICMS sobre as operações interestaduais de aquisição de energia elétrica utilizada em seu processo industrial ou sobre a aquisição de energia elétrica com a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), prevalecendo, assim, a alíquota geral de 18% (dezoito por cento).

Consoante o que restou assinalado no Acórdão de 1^a instância, desde então, os valores devidos a título de ICMS sobre as operações de aquisição de energia elétrica no Mercado Livre estão sendo depositados nos autos da referida ação judicial.

De acordo com o que já se expôs, o valor lançado a título de imposto foi previamente depositado em Ação Judicial, pelo que, de fato, não há fundamento para a imposição de qualquer tipo de multa e juros moratórios. Uma das finalidades do depósito judicial é evitar a aplicação de tais penalidades (cobrança de multa e juros).

O depósito do crédito deverá ser integral e, caso o julgamento do mérito da Ação seja desfavorável ao contribuinte, o valor é convertido em renda para o Erário estadual e o crédito se extingue.

Neste Conselho, há precedentes em tal sentido no Acórdão CJF nº 0064-12/09 e CS nº 0005-21/06:

"EMENTA: ICMS. 1. ADICIONAL DO FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA. OBRIGATORIEDADE DO RECOLHIMENTO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A matéria se encontra sub judice no âmbito do Poder Judiciário. Exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa, nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN. 2. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. DEPÓSITO JUDICIAL. A finalidade do depósito judicial é evitar a aplicação das penalidades, caso a Decisão seja desfavorável ao sujeito passivo. Constatase, in casu, que os valores depositados judicialmente se assemelham aos exigidos na autuação, contudo na hipótese de uma decisão de mérito desfavorável ao contribuinte no mandado de segurança, eles serão convertidos em renda e, consequentemente, o crédito será totalmente extinto. Infração improcedente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVIDO. Decisão unânime".

"EMENTA: ICMS. PEDIDO DE DISPENSA DE MULTA. APELO DA EQUIDADE. IMPORTAÇÃO. BENS DESTINADOS A EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS. EXIGÊNCIA DO TRIBUTO COM IMPOSIÇÃO DE MULTA. Obrigação tributária em discussão no âmbito do Poder Judiciário. Exclusão da multa por infração e dos acréscimos moratórios e suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Para haver aplicação de penalidade é preciso, obviamente, que haja infração. Contribuinte obteve autorização provisória para não pagar o imposto. Consta que foi feito o depósito judicial do imposto. Inexistência da infração. Reconhecida a lacuna na legislação estadual. Competência da Câmara Superior. Aplicação integrativa da equidade. Multa insubstancial. Suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a Decisão final do Mandado de Segurança. Mantida a inscrição na Dívida Ativa. Modificada a Decisão da JJF. Pedido DEFERIDO. Decisão unânime".

Recurso de Ofício Não Provisto.

Com respeito ao Recurso Voluntário, tendo em vista o depósito do montante integral, não há que se confundir a proibição de o Estado tomar medidas de execução e cobrança do Auto de Infração, por meio de sua Procuradoria junto ao Poder Judiciário, com o direito potestativo que este possui de constituir o crédito, medida de outra natureza, qual seja, constitutiva, e não executória.

Por isso, alinho-me com o quanto decidido pela JJF, pois a respeito do tema assim estabelece o art. 117 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

"Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.

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

I - acompanhada do depósito do seu montante integral;

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

§ 4º Quando o contribuinte ou responsável, antecipando-se a procedimento administrativo ou medida de fiscalização, promover contra a fazenda pública estadual qualquer ação judicial em que se discuta matéria

tributária, a repartição fiscal competente deverá providenciar e fornecer à Procuradoria Geral do Estado, por provocação desta:

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

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme o art. 126 do COTEB. Quanto à aplicação da multa e acréscimos moratórios, a finalidade do depósito judicial é evitar a penalidade, caso a Decisão seja desfavorável ao sujeito passivo. Constatase, *in casu*, que os valores depositados judicialmente se assemelham aos exigidos na autuação. Contudo, na hipótese de uma decisão de mérito desfavorável ao contribuinte, eles serão convertidos em renda e, consequentemente, o crédito será totalmente extinto.

Com o fito de afastar quaisquer dúvidas a este respeito, conforme já se disse no Relatório supra, parte integrante e inseparável do Acórdão:

“O feito foi convertido em diligência à PGE/PROFIS, com as seguintes anotações (fls. 232/233):

“Em face do exposto, na pauta de julgamento de 20/11/2024, esta CJF decidiu converter o feito em diligência à PGE/ PROFIS, para que esclareça a dúvida sobre qual das seguintes medidas é correto adotar:

- considerar prejudicada a lide e encaminhar ao órgão jurídico do Estado na forma em que se encontra;*
- manter a autuação como decidiu a JJF;*
- anular o PAF”.*

No Parecer de fls. 236 a 242, da lavra do Dr. José Augusto Martins Junior, chancelado por meio do Despacho de fl. 243 (exarado pelo NCA), a PGE/PROFIS esclarece que o REsp nº 1.140.956-SP tinha como caso concreto a promoção de execução fiscal em face de sujeito passivo que realizou depósito classificado como insuficiente e inábil a suspender a exigibilidade do crédito. Não tratou da possibilidade ou não do lançamento.

Em outros julgados, o STJ não se posicionou pela VEDAÇÃO ao lançamento, mas sim pela DESNECESSIDADE. Desnecessidade não é vedação.

Assim, entende que não há nulidade no lançamento, conforme a jurisprudência do CARF, e que a conclusão pela vedação é temerária e radical, tendo em vista os riscos dos efeitos da decadência. Nessa intelecto, a manutenção da autuação como ferramenta impositiva de formalização do crédito tributário é medida conservadora e plenamente justificada, até pelo evidente desconhecimento do agente fazendário da integralidade do depósito judicial no momento da lavratura do Auto de Infração”.

Recurso Voluntário Não Provido.

Mantida a Decisão recorrida.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

VOTO EM SEPARADO

Acompanho o relator quanto aos Recursos de Ofício e Voluntário. Contudo, com o devido

respeito, penso que algumas ponderações devem ser apresentadas em relação à pretensão recursal do sujeito passivo, especialmente em relação ao Tema Repetitivo 271 do STJ.

Penso ser importante afastar qualquer possibilidade da presente decisão ser compreendida como desrespeito a um precedente vinculante, porque não é o caso.

Ademais, o próprio CPC exige que a invocação de um precedente ou enunciado de súmula venha acompanhada da identificação dos seus fundamentos determinantes ou da demonstração de que o caso sob julgamento se ajusta à hipótese (art. 489, § 1º, V do CPC), o que não pode ser ignorado ao observar o que dispõe o art. 927 do CPC.

Realmente, a leitura da Tese Firmada pelo STJ, especialmente em sua redação final, pode conduzir à interpretação defendida pela recorrente nestes autos, conforme destacamos abaixo:

Tema Repetitivo 271

Os efeitos da suspensão da exigibilidade pela realização do depósito integral do crédito exequendo, quer no bojo de ação anulatória, quer no de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, ou mesmo no de mandado de segurança, desde que ajuizados anteriormente à execução fiscal, têm o condão de impedir a lavratura do auto de infração, assim como de coibir o ato de inscrição em dívida ativa e o ajuizamento da execução fiscal, a qual, acaso proposta, deverá ser extinta.

Entretanto, o exame da sua ementa reflete com maior clareza o que também pode ser verificado no seu inteiro teor, sinalizando que sua aplicação não pode ocorrer sem uma análise do caso concreto, especialmente quando se confronta o texto dos seus itens 2 e 3, abaixo destacados:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. AÇÃO ANTIEXACIONAL ANTERIOR À EXECUÇÃO FISCAL. DEPÓSITO INTEGRAL DO DÉBITO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (ART. 151, II, DO CTN). ÓBICE À PROPOSITURA DA EXECUÇÃO FISCAL, QUE, ACASO AJUIZADA, DEVERÁ SER EXTINTA.

1. *O depósito do montante integral do débito, nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN, suspende a exigibilidade do crédito tributário, impedindo o ajuizamento da execução fiscal por parte da Fazenda Pública.*

...
2. *É que as causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário (art. 151 do CTN) impedem a realização, pelo Fisco, de atos de cobrança, os quais têm início em momento posterior ao lançamento, com a lavratura do auto de infração.*

3. *O processo de cobrança do crédito tributário encarta as seguintes etapas, visando ao efetivo recebimento do referido crédito: a) a cobrança administrativa, que ocorrerá mediante a lavratura do auto de infração e aplicação de multa: exigibilidade-autuação; b) a inscrição em dívida ativa: exigibilidade-inscrição; c) a cobrança judicial, via execução fiscal: exigibilidade-execução.*

4. *Os efeitos da suspensão da exigibilidade pela realização do depósito integral do crédito exequendo, quer no bojo de ação anulatória, quer no de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, ou mesmo no de mandado de segurança, desde que ajuizados anteriormente à execução fiscal, têm o condão de impedir a lavratura do auto de infração, assim como de coibir o ato de inscrição em dívida ativa e o ajuizamento da execução fiscal, a qual, acaso proposta, deverá ser extinta.*

...
(REsp n. 1.140.956/SP, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24/11/2010, DJe de 3/12/2010.)

Como se pode notar, a redação final da tese não consegue sintetizar todos os detalhes do julgamento. Observe-se nos destaques que, no mesmo ponto onde indica que a suspensão da exigibilidade afeta os “[...] atos de cobrança, os quais tem início em momento posterior ao lançamento [...]”, afirma que a Administração Tributária está impedida de lavrar auto de infração, considerando-o como um ato posterior.

Porém, este raciocínio somente é compatível com os tributos sujeitos a lançamento de ofício, a princípio, principalmente, porque, neste caso, tanto o eventual depósito integral como a lavratura do Auto de Infração somente ocorreriam após o exercício da atividade administrativa plenamente vinculada a que se refere o art. 142 do CTN.

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o próprio STJ reconhece que o lançamento apenas com a notificação do sujeito passivo da lavratura do auto de infração, conforme aresto que transcrevo abaixo:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SÚMULA VINCULANTE N. 24. DECADÊNCIA DO DIREITO DE A FAZENDA PÚBLICA CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA O INÍCIO DA PERSECUÇÃO PENAL. INOCORRÊNCIA. CONSUMA-SE O LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO MEDIANTE A NOTIFICAÇÃO DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IRRELEVÂNCIA PARA EFEITO DE DECADÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o prazo decadencial quinquenal para constituição do crédito tributário inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado, caso não ocorra o pagamento antecipado da exação, inexistindo declaração prévia do débito - hipótese dos autos.

2. Ainda de acordo com a jurisprudência desta Corte, considera-se lançado o tributo e, portanto, devidamente constituído o crédito tributário, com a notificação do sujeito passivo da lavratura do auto de infração, momento a partir do qual não mais há se falar em decadência.

3. No caso concreto, observa-se que não transcorreu o lapso decadencial quinquenal.

4. Ressalte-se, ainda, que o Verbete n. 24 da Súmula Vinculante tem por escopo evitar que as decisões do processo penal venham a conflitar com as decisões do processo administrativo fiscal, não tendo, por óbvio, o condão de modificar o regramento atinente ao Direito Tributário, transferindo o marco final da decadência para a data do lançamento definitivo do crédito tributário.

5. Não obstante toda a discussão trazida nas razões do agravo regimental, o dies a quo do prazo decadencial pouco importa na hipótese dos autos, porquanto mesmo que se aplique o parágrafo único do art. 173 do CTN - como pretendido pelo agravante -, ainda assim não haveria decadência, pois, como dito, a contagem do prazo decadencial encerra-se na data da notificação da lavratura do auto de infração.

6. E diga-se, por oportuno, que a lavratura do auto de infração corresponde ao lançamento de ofício efetuado pela autoridade fiscal, significa dizer: o crédito tributário já está devidamente constituído, ainda que carente de definitividade, pois sujeito à impugnação administrativa. Portanto, o auto de infração não se confunde com o início da constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.695.765/RN, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 27/2/2018, DJe de 9/3/2018) (grifamos).

Logo, se o Tema 271 se refere à atuação administrativa posterior ao tributo lançado, por decorrência lógica não constitui obstáculo ao ato que lhe permite atingir esta posição jurídica.

A tese em discussão foi firmada em um Recurso Especial oriundo de São Paulo e que se refere, na origem, a uma execução fiscal de IPTU, na pendência de mandado de segurança impetrado para discutir a constitucionalidade da cobrança do IPTU progressivo e no qual se efetivou o depósito para fins de suspensão da exigibilidade.

O IPTU é tributo sujeito a lançamento de ofício. De acordo com a Súmula 397 do STJ, “*O contribuinte do IPTU é notificado do lançamento pelo envio do carnê ao seu endereço*”.

Assim, entendo que a tese firmada afasta apenas atos de cobrança decorrentes do lançamento, quando este já ocorreu, mas não a sua prática, especialmente nas hipóteses que se confunde com a lavratura de auto de infração, até mesmo porque o mesmo Tribunal possui jurisprudência consolidada admitindo a sua realização para prevenção da decadência, como já mencionado.

Por este caminho, concordo com o entendimento da PGE/PROFIS quanto à problemática de reconhecer que a suspensão da exigibilidade do tributo representa vedação à prática do ato administrativo. Embora possa ser considerado desnecessário o lançamento, nestes casos, não se trata de uma conduta vedada à Administração até por se tratar de ato vinculado e obrigatório, sob pena de responsabilidade funcional, conforme parágrafo único do art. 142 do CTN.

Pensamento contrário possibilitaria admitir que o contribuinte, por ato unilateral e voluntário (depósito judicial independente de autorização judicial), poderia afastar dever funcional previsto no parágrafo único do art. 142 do CTN, o que não me parece razoável e nem compatível com o princípio da legalidade no Direito Administrativo.

Também não se pode perder de vista que, mesmo nessa hipótese, pode existir outra conduta irregular em relação à qual seja cabível a autuação. Sobre este tema, aliás, a Secretaria da Receita

Federal do Brasil possui a Solução de Consulta COSIT nº 03 de março de 2016, cuja ementa transcrevemos:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO DEPÓSITO EM MONTANTE INTEGRAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LEVANTAMENTO DOS VALORES.

O depósito constitui o crédito tributário, conforme art. 150 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN), sendo desnecessário o lançamento de ofício para tanto.

O levantamento de (valores do) depósito não desconstitui o crédito tributário correspondente, sendo descabida a formalização de lançamento pelo Fisco, visto ser desnecessário, em atenção ao princípio da eficiência.

OUTRAS CONDUTAS IRREGULARES. LANÇAMENTO.

Para a hipótese de outra conduta irregular, é cabível a autuação fiscal, a fim de deixar caracterizada, na constituição do crédito tributário, dentre outros requisitos, a descrição do fato e a disposição legal infringida.

Dispositivos Legais: arts. 108 e 111 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN); art. 10 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Registro, no entanto, que essa hipótese não se confunde com aquelas onde a decisão judicial expressamente determina à Administração Tributária que se abstenha de lançar o tributo e/ou lavrar Autos de Infração.

Nestes outros casos, por mais que seja uma postura criticável do Judiciário, que arrisca desaguar em uma indevida violação da independência do Executivo, entendo que o ato administrativo não pode ser praticado, ainda que para prevenir a decadência, *sob pena de nulidade*, além das consequências decorrentes do descumprimento de ordem judicial.

Ainda assim, para esses casos excepcionalíssimos, o próprio STJ reconhece que não há risco de decadência, admitindo o fenômeno reconhecido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, no Parecer PGFN/CAT nº 688/2015, como *suspensão fática da decadência*.

Sendo assim, acompanho o voto do Ilmo. Cons. Relator, porém, acrescentando as observações acima quanto às razões para negar seguimento ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298633.0010/22-6, lavrado contra **JACOBINA MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o recolhimento do imposto no valor de R\$ 18.399.918,15, sem incidência da multa aplicada no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 e os acréscimos moratórios correspondentes, conforme previsão do art. 151, II do CTN. Diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, em razão da propositura de medida judicial, deve o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme o art. 126 do COTEB.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – VOTO EM SEPARADO

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS