

PROCESSO - A. I. N° 298633.0055/22-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SAUÍPE S.A.
RECORRIDOS - SAUÍPE S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF n° 0202-05/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0355-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. REDE BÁSICA. AQUISIÇÃO MERCADO LIVRE. ICMS NÃO RECOLHIDO. Desoneração parcial decorrente exclusão de operações de anulação compra de energia elétrica. Ausência de objeto recursal do contribuinte, eis que a suspensão da exigibilidade do débito é obrigatória e está implícita no contexto decisório, em face de medida judicial e depósito integral, já que a matéria que se encontra *sub judice* no Poder Judiciário, reflete diretamente na decisão de mérito do presente Auto de Infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO** a análise. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, devido a desoneração feita pela JJF, e de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 5ª JJF, através do Acórdão n° 0202-05/23-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/12/2022 para exigir do estabelecimento, sob Inscrição Estadual n° 049.094.932, o débito no valor histórico de R\$ 535.381,42, acrescido da multa de 60%, inerente ao período de novembro de 2019 a abril de 2022, relativo a seguinte acusação:

“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 Decisão recorrida julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, no valor de R\$ 255.434,45, diante das seguintes considerações:

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 fôlios processuais citados revela que a empresa Autuada impetrou o Mandado de Segurança (“MS”) n° 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 acrescido), 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 transcrito.

“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, tal regra, 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 fez 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.

[...]

Quanto à alegação de confiscatoriedade 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 defesa a esse órgão administrativo afastá-la.

Face ao exposto, a JJF julgou, no valor de R\$ 255.434,45, o Auto de Infração e recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Não se conformando com a Decisão de 1ª Instância, o sujeito passivo em sua peça recursal, às fls. 366 a 371 dos autos, ressalta que o Acórdão recorrido encontra-se eivado de vício, eis a suspensão da exigibilidade do débito por força do art. 151, II do CTN, em face ao depósito integral de R\$

255.434,45 realizado nos autos do Mandado de Segurança nº 0539317-03.208.8.05.0001, correspondente ao período de 11/2019 a 04/2022, objeto do Auto de Infração, do que cita jurisprudência.

Destaca que o Acórdão recorrido reconheceu o direito de o Fisco promover o lançamento do respectivo débito para fins de evitar a decadência, mas, em ato contínuo, caberia reconhecer o direito da recorrente no que tange a suspensão da exigibilidade do débito por força do art. 151, II do CTN, em face ao depósito integral realizado nos autos do dito Mandado de Segurança, conforme documentos às fls. 372 a 417 dos autos, do que pugna seja determinada a imediata suspensão da exigibilidade do suposto débito materializado no Auto de Infração, em epígrafe, já que efetivado o lançamento do respectivo débito para fins de evitar a decadência.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo de parte do débito exigido no lançamento de ofício, conforme previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF, interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância que julgou *“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.”*

Da análise do Recurso de Ofício, verifica-se que a desoneração do valor de R\$ 535.381,42, exigido no Auto de Infração, ao montante de R\$ 255.434,45, decorreu da constatação de que as Notas Fiscais nºs: 88412 e 95360, relativas a compra de energia elétrica, foram canceladas, como se pode comprovar através dos DANFE nº: 1427 e 1387, às fls. 38 e 39 dos autos, com natureza de operação “ANULAÇÃO RELATIVA A COMPRA DE ENERGIA ELÉTRICA”, como considerado pela própria autuante em sua informação fiscal, que excluiu os valores correspondentes no levantamento fiscal.

Diante destas razões, Não dou Provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto às razões do Recurso Voluntário verifica-se que se restringem, unicamente, ao fato de a Decisão recorrida, através do Acórdão JF nº 0202-05/23-VD, não ter expressamente consignado a suspensão da exigibilidade do débito por força do art. 151, II do CTN, em face ao depósito integral do valor remanescente exigido, conforme fora realizado nos autos do Mandado de Segurança nº 0539317-03.208.8.05.0001, correspondente ao período de 11/2019 a 04/2022, objeto do Auto de Infração.

Em que pese a Decisão recorrida ter *“... remetidos os autos à PGE/PROFIS, para adoção das medidas cabíveis”*, efetivamente, não consignou, como pretende o recorrente, a suspensão da exigibilidade do débito por força do art. 151, II do CTN, em face ao depósito integral realizado nos autos do Mandado de Segurança nº 0539317-03.208.8.05.0001.

Contudo, do contexto da Decisão recorrida, no sentido de que *“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”*, fica implícita a suspensão até decisão judicial transitado em julgado, especialmente porque caberia à PGE/PROFIS a *“adoção das medidas cabíveis”*.

Assim, o fato de o contribuinte estar depositando em conta judicial vinculada ao processo os valores decorrentes da diferença exigida pelo Fisco, quando proferida a decisão pela Justiça, caso o Estado da Bahia seja a parte vencedora, será realizado um encontro de contas entre os valores lançados no Auto de Infração, **prevalecendo o determinado em juízo**, com a conversão dos

valores depositados em renda ao erário baiano ou a conversão ao contribuinte, na hipótese da decisão judicial lhe ser favorável.

Porém, nos termos do art. 156, incisos VI e X do CTN, a extinção do crédito tributário ocorrerá após a conversão do depósito em renda à parte vencedora após decisão judicial passada em julgado. Eis a razão da exigibilidade do crédito tributário ficar suspensa até a decisão final pelo Poder Judiciário, nos termos do art. 151, II e V do CTN, e a defesa e/ou recursos na esfera administrativa ficarem prejudicados.

Logo, a suspensão da exigibilidade do débito é obrigatória e está implícita no contexto decisório (ao remeter os autos à PGE/PROFIS para “*adoção das medidas cabíveis*.”), cuja competência cabe à PGE, nos termos previstos no art. 126 do COTEB (Lei nº 3.956/81), “*para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis*.”, recomendação consignada na Decisão recorrida.

Diante de tais considerações, concluo restar Prejudicado o Recurso Voluntário, por inexistir objeto à pretensão recursal, devendo cientificar o recorrente e, em seguida, remeter o Auto de Infração à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, dentre as quais a suspensão da exigibilidade até decisão judicial transitado em julgado, caso o Estado da Bahia seja a parte vencedora, obviamente.

Dado, porém, que compete ao CONSEF não apenas “*julgar os litígios decorrentes de lançamentos de tributos e de aplicação de penalidades por infrações à legislação tributária*”, mas também “*as impugnações e recursos do sujeito passivo, interpostos a qualquer medida ou exigência fiscal*” (art. 2º, *caput*, do RICONSEF - Decreto nº 7.592, de 04/06/1999; art. 128, inciso II do COTEB - Lei nº 3.956, de 11/12/1981), e dado que o pleito recursal se restringe à consignação na decisão do órgão julgador administrativo de que existe depósito judicial em feito cujo objeto engloba o lançamento tributário discutido neste PAF, o que de fato existe, acolho em parte, o pleito do Sujeito Passivo, para que tal fato reste consignado no comando decisional.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PREJUDICADO o Recurso Voluntário, registrando ao órgão de cobrança judicial do crédito tributário (PGE/PROFIS) que consta dos autos notícia de depósito judicial atinente ao presente lançamento, sem o efeito de obstar a constituição definitiva do crédito tributário, para que sejam adotadas as medidas cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado, mantendo a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 298633.0055/22-0, lavrado contra SAÚPE S.A., no valor do imposto de R\$ 255.434,45, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser remetido os autos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS