

**A. I. Nº** - 000028.9763/10-0  
**AUTUADO** - COBRASA CAMINHÕES E ÔNIBUS DO BRASIL S/A.  
**AUTUANTE** - VALDENI CUNHA NOVAES  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 12/12/2013

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0202-05/13**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Créditos fiscais decorrentes da utilização do regime normal de apuração amparado em Medida Liminar autorizando a não aplicação do Regime de Substituição Tributária. Comprovado o trânsito em julgado da lide favorável ao sujeito passivo. Extinção do processo administrativo fiscal, relativo à infração 1, conforme art. 122, II do RPAF/BA. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. Comprovada a utilização do percentual de redução não previsto legalmente e em desacordo com os percentuais de redução a que tinha direito. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, em questão, foi lavrado em 29/03/1996 para imputar ao sujeito passivo as seguintes infrações:

Infração 1 (a) - utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS, nos meses de julho, agosto, outubro e novembro todos do exercício de 1995, nos valores respectivos de R\$40.300,59, R\$40.760,99, R\$20.201,40 e R\$23.854,02. Consta que o crédito foi utilizado extemporaneamente, compensado com o pagamento a maior em decorrência da aplicação do Convênio ICMS 107/89, acobertados por notas fiscais de entradas, série E, fundamentada em Medida Liminar já suspensa desde outubro de 1993, tudo conforme demonstrativo de Auditoria Fiscal Credita Indevido, xerocópia das notas fiscais de entradas e das respectivas folhas do livro Registro de Entradas de mercadorias, bem como, do fax enviado pela Procuradoria Fiscal – PORFAZ, comprovando a suspensão da Medida Liminar, anexos ao presente Processo na quantidade de 23 documentos. ICMS no valor de R\$125.117,00, multa de 60%;

Infração 2 (b) – recolheu a menor o ICMS normal, referente aos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio e junho, todos do exercício de 1995, nos valores correspondentes, de R\$15.052,89, R\$6.316,35, R\$3.639,74, R\$6.549,92 e R\$7.246,57. Consta que a infração é decorrente de erro na determinação do percentual de redução da base de cálculo do imposto, aplicado nas saídas de veículos. ICMS no valor de R\$38.805,47, multa de 50%.

O autuado, às fls. 90 a 95 dos autos, alega, em relação à infração 01, que ingressou em Juízo com ação cautelar para obtenção da medida assecutória objetivando reconhecer o direito de restituição dos valores indevidamente adiantados à Fazenda Estadual, que fora abatido nas operações futuras com os débitos vincendos, estando o feito em curso na 3ª Vara de Fazenda Pública da Comarca do Salvador, tendo sido tombado sob o nº 140.93.365978-5.

Para ilustrar sua tese de que tem direito a utilização dos créditos fiscais apurados da diferença a seu favor, na condição de continente substituído, corrigidos monetariamente, e de que tem tratamento desigual com o advento do Conv. 51/92, tendo em vista que cumpriu rigorosamente o Conv. 107/89 reproduz decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No que tange ao segundo item, infração “b”, afirma que nada mais fez do que utilizar o percentual histórico de redução, vigente à época da aquisição das mercadorias para manter a vantagem pecuniária de recolhimento do tributo, que a redução implicava, sob pena de que, se assim não procedesse certamente teria que arcar com o ônus fiscal.

Quanto da revenda das mercadorias sujeitas ao percentual previamente fixado de redução, aplicou tal percentual na saída.

Alega que adquiriu as mercadorias com redução de base de calculo cabendo a redução das saídas para preservar o princípio da não cumulatividade.

Consta à fls. 110 e 110, parecer da então PROFIS/SETOR JUDICIAL, informando que a Ação ordinária sob nº 140.93.372989-3 e a Medida Cautelar sob nº 140.93.365978-5, no que tange a ação ordinária e a cautelar encontram-se com vistas ao Autor desde 19/05/2004 conforme certidão do cartório competente. Diante dessa situação, foi requerida a devolução dos processos, conforme petição devidamente protocolada, em anexo, com o objetivo de certificar acerca dos despachos de fl. 107 a 109 do PAF que trata do julgamento do mérito, da concessão de liminar, do transitio em julgado da ação Cautelar nº 140.93.365978-5, e dos reflexos da ação ordinária nº 140.93.372989-3.

Assim, informa a devolução do PAF enquanto aguarda o cumprimento do requerido junto a 3ª Vara da Fazenda Pública.

O autuante, às fls. 103 a 105 dos autos, afirma que a utilização dos créditos relativos à infração se ampara em Liminar que suspensa em outubro de 1993, conforme indica o documento à fl. 07 dos autos e que a decisão do poder judiciário de São Paulo não serve de paradigma ao acolhimento da pretensão da impugnante.

Quanto à infração 02, afirma que autuada confessa ter utilizado nas saídas o mesmo percentual de redução obtido h, I, Alínea “c” item 02 e 03. Historicamente nas entradas dos veículos, em desacordo, portanto, com o art. 71, XXXIII d, § 18 do RICMS/BA.

Considera, portanto, a infração “b” procedente.

Consta, à fls. 110 e 110, parecer da então PROFIS/SETOR JUDICIAL, informando que a Ação ordinária sob nº 140.93.372989-3 e a Medida Cautelar sob nº 140.93.365978-5, a ação ordinária e a cautelar encontram-se com vistas ao Autor desde 19/05/2004 conforme certidão do cartório competente. Diante dessa situação, foi requerida a devolução dos processos conforme petição devidamente protocolada, em anexo, com o objetivo de certificar acerca dos despachos de fl. 107 a 109 do PAF que trata do julgamento do mérito, da concessão de liminar, do transitio em julgado da ação Cautelar nº 140.93.365978-5, e dos reflexos da ação ordinária nº 140.93.372989-3.

Assim, informa a devolução do PAF enquanto aguarda o cumprimento do requerido junto à 3ª Vara da Fazenda Pública.

Consta, à fl. 114, informação da Procuradoria, relativa à procedência da ação cautelar intentada pelo contribuinte.

Consta ainda, à fl. 323-A, despacho da Procuradora Selma Reiche, informado que a ação cautelar transitou em julgado e encaminha para o Auditor Ricardo Rego para emitir parecer conclusivos dos efeitos da sentença no presente processo administrativo fiscal.

O aludido Auditor, às fls. 324 a 327 dos autos, explica que a Autora da Ação Cautelar é a Associação Brasileira das Concessionárias Mercedes Bens, e que apresenta seu parecer sob a hipótese de a autuada ser filiada a essa associação.

Assim, afirma que a questão que foi abordada no processo judicial é semelhante somente ao que diz respeito à infração “a”, bem como o período objeto da autuação está coberto pela sentença, o que faz concluir que esta irradia efeitos diretos sobre esta infração.

Conclui que, considerando que a sentença autorizou a autora a apurar mensalmente o ICMS pelo regime normal (confronto entre créditos e débitos, levando-se em conta, para tanto, os valores das efetivas entradas e os das efetivas saídas dos veículos do estabelecimento, é certo que esta autorização tornou a infração “a” improcedente, já que esta tem como teor, exatamente, a apuração do creditamento ainda que extemporâneo do imposto pelo regime normal, ao invés de pela substituição tributária).

A 5ª JJF, à fl. 334, deliberou que o processo seja encaminhado à ASTEC/CONSEF, para que através de diligente designado, seja intimado o sujeito passivo para que demonstre ser filiado à Associação Brasileira dos Concessionários Mercedes Bens, à época em que foi interposta a ação relativa à Ação Ordinária Coletiva nº 0023638-94.1993.805.0001, numeração anterior 3729893/93, conforme indicação no verso da fl. 323 dos autos.

Informa a ASTEC/CONSEF, às fls. 336 e 337 dos autos, que, conforme declaração à fl. 338 dos autos, a autuada foi filiada da Associação Brasileira das Concessionárias Mercedes Bens, até maio de 1999.

O sujeito passivo se manifesta, às fls. 3.342, afirmando que reitera os temas de sua defesa.

## VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, traz a exigência de 02 infrações, já relatadas.

Infração 1, como visto, foi imputada ao autuado sob a acusação de ter utilizado indevidamente crédito fiscal do ICMS extemporaneamente, nos meses de julho, agosto, outubro e novembro todos do exercício de 1995, para compensar com o pagamento a maior em decorrência da aplicação do Convênio ICMS 107/89, com amparo em Medida Liminar suspensa, segundo o autuante, desde outubro de 1993, conforme fax enviado pela PGE/PROFIS, comprovando a suspensão da Medida Liminar, anexos ao presente Processo, na quantidade de 23 documentos.

Conforme consta dos autos, bem como do Parecer da Procuradoria, a questão em lume foi alvo da Ação ordinária sob nº 140.93.372989-3 e a Medida Cautelar sob nº 140.93.365978-5, a ação ordinária e a cautelar encontram-se com vistas ao Autor desde 19/05/2004 conforme certidão do cartório competente.

A Procuradora Selma Reiche, à fl. 323-A, informa que a ação cautelar transitou em julgado e encaminha para o Auditor Ricardo Rego para emitir parecer conclusivo dos efeitos da sentença no presente processo administrativo fiscal.

O Auditor Fiscal que trabalha na assessoria da Procuradoria Fiscal, às fls. 324 a 327 dos autos, explica que a Autora da Ação Cautelar é a Associação Brasileira das Concessionárias Mercedes Benz, e que apresenta seu parecer sob a hipótese de a autuada ser filiada a essa associação e que a questão que foi abordada no processo judicial é semelhante somente ao que diz respeito à infração “a”, bem como o período objeto da autuação está coberto pela sentença, o que faz concluir que esta irradia efeitos diretos sobre esta infração.

Conclui o aludido Auditor que a sentença autorizou a autora a apurar mensalmente o ICMS pelo regime normal (confronto entre créditos e débitos, levando-se em conta, para tanto, os valores das efetivas entradas e os das efetivas saídas dos veículos do estabelecimento, e afirma que esta autorização tornou a infração “a” improcedente, já que esta tem como teor, exatamente, a apuração do creditamento ainda que extemporâneo do imposto pelo regime normal, ao invés de pela substituição tributária).

A ASTEC/CONSEF, conforme solicitação de diligência, afirma que o sujeito passivo era filiado à Associação Brasileira dos Concessionários Mercedes Benz, à época em que foi interposta a ação relativa à Ação Ordinária Coletiva nº 0023638-94.1993.805.0001, numeração anterior 3729893/93, conforme indicação no verso da fl. 323 dos autos, portanto, beneficiário da decisão em lume.

Assim, considero extinto o processo administrativo fiscal, em relação à infração 1, conforme art. 121, II do RPAF/BA, *in verbis*:

**Art. 122.** *Extingue-se o processo administrativo fiscal:*

...  
**II** - *em face de decisão judicial transitada em julgado contrária à exigência fiscal;*

No tange a infração 02, foi imputada sob a acusação de que o sujeito passivo recolheu a menor o ICMS normal, referente aos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio e junho, todos do exercício de 1995, decorrente de erro na determinação do percentual de redução da base de cálculo do imposto, aplicado nas saídas de veículos.

O que se verificou, no presente caso, é que o sujeito passivo, confessadamente, sob o argumento de que - *nada mais fez do que utilizar o percentual histórico de redução, vigente à época da aquisição das mercadorias para manter a vantagem pecuniária de recolhimento do tributo, que a redução implicava, sob pena de que, se assim não procedesse certamente teria que arcar com o ônus fiscal* -, utilizou nas saídas o mesmo percentual de redução obtido, historicamente nas entradas dos veículos, sem qualquer previsão legal ou mesmo regulamentar para tanto, em desacordo com os percentuais de redução a que tinha direito previstos no art. 71, XXXIII, “d”, § 18 do RICMS/BA, vigente à época dos fatos geradores.

Assim, considero procedente a infração 2, cabendo a aplicação da multa de 60%, prevista no inciso II, “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, cabendo a extinção do processo administrativo fiscal quanto à infração 1 e a procedência da infração 2.

## 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 **000028.9763/10-0**, lavrado contra **COBRASA CAMINHÕES E ÔNIBUS DO BRASIL S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.805,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7014/96, e 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 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR