

PROCESSO - A. I. Nº 280080.0003/18-9
RECORRENTE - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. – PETROBRÁS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0196-01/18
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07/11/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0265-11/19

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOR. GÁS NATURAL. AÇÃO CONSIGNATÓRIA ENVOLVENDO ENTES TRIBUTANTES. CONFLITO DE POSIÇÕES. VENDA INTERNA/TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL. Medida judicial anterior ao Auto de Infração, cuja lide judicial diz respeito à matéria objeto do ato administrativo. Recurso Voluntário prejudicado quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria, que se encontra *sub judice* no Poder Judiciário, reflete diretamente na decisão de mérito do presente Auto de Infração. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo recorrente com base no art. 169, I, “b”, do RAPF, contra a Decisão da 1ª JJF, proferida através do Acórdão nº 0196-01/18 que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado para exigir o débito no total de R\$8.013.952,58, inerente aos exercícios de 2015 a 2017, sob a acusação fiscal de: *“Deixou de recolher o ICMS devido sobre operações de vendas de Gás Natural para o Estado de Pernambuco, utilizando-se de gasoduto com entroncamento naquele Estado, sem qualquer alteração do produto, caracterizando-se como venda interestadual normal, operações estas identificadas como “city gate”, conforme Notas Fiscais Eletrônicas discriminadas no ANEXO I que fica fazendo parte integrante deste Auto de Infração.”*

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$7.968.283,60, diante das seguintes considerações:

VOTO

[...]

Existe no PAF uma questão procedural a ser enfrentada antes de se analisar o mérito.

Depreende-se das alegações contestatórias, que a matéria autuada faz parte de questionamentos ventilados em ação de consignação em pagamento, ajuizada pela empresa no foro de Pernambuco (sob o nº 0004931-87.2015.8.17.2001), cujos valores, em face do período alcançado pela auditoria, segundo supostamente se afirma, estão sendo depositados à disposição daquele juízo.

Por esta simples razão, entende o contribuinte que “a infração nº 1 deve ser rejeitada e, consequentemente, todo o auto de infração merece ser julgado improcedente” (sic; fl. 35).

Entretanto, a questão não é simples assim. Primeiro porque a demanda judicial foi aforada para além do território baiano, o que não deixa de dificultar o exercício da ampla defesa por parte do Estado da Bahia. Depois, porque não se sabe ainda se os valores depositados correspondem ao montante efetivamente devido pelo contribuinte, o que passaria por uma complexa e dedicada auditoria, semelhante à que foi desenvolvida no presente processo. E por fim porque não se sabe quando tramitará em julgado a citada consignatória, podendo durar anos a fio, sobretudo porquanto envolve interesses de múltiplos entes tributantes, inclusive pondo a pique créditos tributários em face da ocorrência dos efeitos decadenciais.

O ajuizamento da ação de consignação em pagamento não impede a constituição do crédito tributário, pois apenas suspendeu sua exigibilidade, isto é, a propositura da execução judicial.

Por conseguinte, independente da pendência judicial, o Estado da Bahia pode e deve efetuar o lançamento de ofício e submeter o seu acertamento definitivo perante as instâncias administrativas competentes, de modo que, anuindo o contribuinte em pagar a dívida aqui constituída, nada obsta que aqueles valores outrora depositados no Judiciário sejam revertidos em favor do sujeito passivo, ante a prova da quitação e a concordância do sujeito ativo.

[...]

Em função disto, acompanho o entendimento do d. procurador, inclusive com apoio em jurisprudência sedimentada no E. STJ, transcrita pelos i. auditores fiscais, ao responder a consulta formulada pela Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis (COPEC), a propósito da possibilidade de se ultimar a autuação, mesmo havendo ordem judicial determinando que o fisco se abstenha de exigir o respectivo crédito tributário.

De seu teor, se mostra importante reprimir as conclusões ali tomadas:

“Diante destas observações e, sobretudo, fundamentando-se na consolidação da jurisprudência sobre o assunto, chegamos as seguintes conclusões a respeito dos questionamentos suscitados pelo I. Auditor Fiscal:

*1. A existência de ordem judicial determinando a não exigência do tributo **não impede a lavratura de autuação fiscal**, porquanto a tutela provisória envolve, exclusivamente, atos comissivos de cobrança, a exemplo da propositura da ação de execução fiscal.*

2. Quando há ordem judicial específica determinando a não constituição do - crédito tributário, deverá ser imediatamente manejada intervenção judicial destinada a adequar o comando judicial à jurisprudência dos tribunais superiores.

3. Deverá o contribuinte ser intimado da lavratura do auto de infração, sendo que, no próprio documento poderá ser consignado que o respectivo crédito encontra-se com exigibilidade suspensa, inclusive no sistema de inscrição em dívida ativa. Não é necessária a produção de termo específico para este fim, sendo suficiente que esteja consignada informação de que o crédito encontra-se com exigibilidade suspensa por decisão judicial, sobretudo na respectiva CDA, a fim de evitar o ajuizamento da ação de execução fiscal.

4. Questionamento prejudicado, diante da resposta anterior.

5. Há jurisprudência consolidada sobre o assunto, a exemplo das decisões transcritas no presente parecer.

*6. Conforme foi dito linhas acima, **não se trata de prevalência** da disposição do art. 142 do CTN sobre a decisão judicial, mas apenas interpretação no sentido de que o impedimento de exigir o crédito não significa restrição quanto a sua constituição, **considerando que o ato administrativo de lançamento tributário não se confunde com ato administrativo de cobrança**” (negritos da transcrição).*

Assim, ainda que não tenha sido levantada a questão em sede preliminar, entendo ser tal discussão de caráter procedural antecessora da análise do mérito, de sorte que, neste diapasão, deve ser afastado qualquer óbice relativo à apreciação de mérito, em função de existir ação judicial em curso no Judiciário Estadual de Pernambuco.

Portanto, o presente lançamento cumpre com os requisitos de lei, constatados todos os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade.

No mérito, assiste razão aos autuantes.

Versa a autuação sobre a falta de recolhimento de ICMS incidente nas vendas interestaduais de gás natural, transportado por dutovias, até chegar à distribuidora situada no Estado de Pernambuco.

A evasão ficou caracterizada mediante ajustes combinados com a feitura de estornos de débitos fiscais, confrontados com os valores recolhidos, consoante apontado nos demonstrativos de fls. 04, 05 e 06 (frente e verso).

Alega a empresa que o montante aqui cobrado, em sua quase totalidade, fora depositado em ação judicial de consignação em pagamento, correndo no Judiciário Pernambucano, na qual o Estado da Bahia é partícipe processual, na qualidade de suposto beneficiário do tributo relacionado com tais operações.

No entender do fisco baiano, a operação mercantil alude a venda do gás natural para distribuidora localizada em solo pernambucano, que, por sua vez, promove as saídas internas subsequentes. Nestas circunstâncias, a base de cálculo é o valor da venda interestadual, com alíquota de 12%.

No entender do fisco de Pernambuco, a operação se refere a uma transferência interestadual para “estabelecimento” da autuada representada pelo ponto dutoviário de distribuição (city gate), já em solo pernambucano, e ali o gás natural passa por nova industrialização dentro da própria tubovia, para depois haver uma operação interna de venda, antes mesmo de se entregar o produto à distribuidora. Nestas

circunstâncias, a base de cálculo das transações é o valor da venda, com alíquota de 18%.

Ao meio deste conflito acerca da titularidade do imposto travado entre diversos entes federativos, justificou-se o ingresso do referido remédio processual.

A despeito de supostamente estar o valor devido à Bahia depositado à disposição do juízo pernambucano, entenderam os autuantes constituir o crédito tributário, sob os auspícios de manifestação jurídica da d. PGE, inclusive para evitar os nefastos efeitos da decadência, matéria antes enfrentada e superada quanto à validade do presente lançamento.

Na realidade, entre outras finalidades, a ação de consignação em pagamento em matéria tributária, visa submeter à apreciação do magistrado o tributo reclamado por dois ou mais sujeitos ativos, de sorte que não sabe o contribuinte a quem satisfazer para livrar-se da obrigação tributária. Há posicionamento da doutrina a este respeito, na voz de juristas respeitáveis.

[...]

Em verdade, as operações mercantis sob mira, traduzem inegavelmente uma venda interestadual de produto acabado – gás natural –, com destino à empresa encarregada de fazer a distribuição da mercadoria, impulsionando-a para o seu último estágio, vale dizer, a sua aquisição por parte do consumidor final.

Por questões logísticas, o produto é movimentado por dentro dos gasodutos, no qual experimenta alguns procedimentos apenas com o intuito de lhe conferir transportabilidade, para, afinal, ao chegar no seu ponto de entrega (city gate), tem sua propriedade transferida para a distribuidora.

Comungo com as seguintes posições:

1. *Os pontos de entrega (city gate) não podem configurar um estabelecimento da Petrobrás S/A. Não passam de simples ativos de transporte, regulados pela Lei Federal nº 11.909/09, cujo art. 2º, inciso XII, define ponto de entrega como determinado local da dutovia de transporte no qual o gás natural é entregue, parte integrante do sistema de transporte; já o inciso XVIII do mesmo dispositivo define gasoduto de transporte como a dutovia que realiza a movimentação do gás natural, contando com instalações de processamento e estocagem na origem e no destino, entre outras funções, inclusive os pontos de entrega (city gate), para os concessionários estaduais de distribuição do produto, além das estações de compressão, de medição e de redução de pressão.*

2. *O ponto de entrega (city gate) é constituído do conjunto de válvula e flange e caracteriza ativo de transporte, na forma da Lei Federal nº 9.478/97 e portarias da ANP.*

3. *Os pontos de entrega (city gate) envolvidos nas operações alcançadas pela autuação são bens pertencentes à Transportadora Associada de Gás S/A – TAG e não da autuada, conforme enunciado à fl. 59, verso, e banco de dados da ANP.*

4. *Na forma do art. 1142 do CC, o ponto de entrega (city gate) não se caracteriza como estabelecimento industrial e sim parte da estrutura de transporte do gás natural, desprovido de feição jurídica para desencadear operações mercantis sujeitas ao ICMS.*

5. *No ponto de entrega (city gate), inoceorre qualquer tipo de industrialização porque não se altera as especificações do gás natural. O produto que ali circula é o mesmo que sai da Petrobrás, pronto para ser distribuído e consumido.*

6. *O fato de no ponto de entrega (city gate) haver passagem do gás por filtro, aquecimento, redução de pressão e medição não autoriza a afirmativa de ter ocorrido ali qualquer intervenção fabril, nem mesmo aformoseamento, daí não resultando espécie nova. Tais intervenções são feitas apenas para compatibilizar o produto com a transportabilidade e entrega, em nada alterando o produto que saiu da origem.*

6.1. *Tudo isto conta com parecer técnico da ANP, conforme conclusões tiradas da Nota Técnica Conjunta 001/2012, a saber:*

(i) Não há industrialização do gás natural no ponto de entrega (city gate), dado que os subsistemas que o compõem ... não se enquadram na definição do art. 4º do Decreto 7.212/2010;

(ii) A industrialização do gás natural é realizada em instalações do tipo UPGN;

(iii) Não há diferença entre a especificação regulamentada para o gás a jusante de uma UPGN e o gás a jusante do ponto de entrega e

(iv) O que ocorre no ponto de entrega é a transferência de titularidade e responsabilidade sobre o produto transportado.”

6.2. *Vale esclarecer que a autuada é uma UPGN, isto é, Unidade Processadora de Gás Natural.*

7. *O gasoduto só pode transportar gás natural processado que obedeça às especificações alinhadas pela*

ANP, de modo que o produto não especificado, entenda-se, já industrializado e pronto para consumo, não pode circular por ali, muito menos disponibilizado nos pontos de entrega, consoante ordena o art. 8º da Lei Federal 11.909/09, c/c o Regulamento Técnico nº 2, anexo à Resol. ANP 16/08.

8. Os parâmetros de especificação a seguir delineados relacionados ao gás natural permanecem inalterados quando da sua passagem pelo ponto de entrega (city gate): a) Poder Calorífico Superior (PCS); b) Índice de Wobbe; c) Número de Metano; d) Ponto de Orvalho de Água a 1 atm; e) Ponto de Orvalho de Hidrocarbonetos a 4,5 Mpa.

9. Tais afirmativas encontram respaldo na legislação federal, designadamente na Lei 11.909/09, Lei 9.478/97, Port. ANP 170/98, Resol. ANP 16/08 (e seu Regulamento Técnico 02), Nota Técnica Conjunta ANP 001/12 e Código Civil.

10. Absolutamente há, em tais pontos de entrega, um estabelecimento do autuado, mas apenas uma simples instalação do meio condutor – a tubovia – entre o fornecedor (o estabelecimento situado na Bahia) e o seu cliente (a distribuidora de gás pernambucana).

Ademais, o enfrentamento da questão já se encontra pacificado pelo E. STJ – por via indireta, pois já se assentou o entendimento naquela Corte de que não se paga royalties a Municípios que possuem city gates, exatamente porque já recebem o gás natural devidamente industrializado e especificado, pronto para ser consumido.

Neste sentido, a decisão paradigmática abaixo (publicado no DJe de 15.4.2014):

AgRg no RECURSO ESPECIAL N° 1.362.051 - PE (2013/0005697-2)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES

ADVOGADO : ANTÔNIO RICARDO ACCIOLY CAMPOS E OUTRO(S)

**AGRAVADO : AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP
REPR. POR : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL**

EMENTA: ADMINISTRATIVO. EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL. PARTICIPAÇÃO DE MUNICÍPIO NO EMBARQUE E DESEMBARQUE. CITY GATE. PAGAMENTO DE ROYALTIES. NÃO CABIMENTO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. SÚMULA 83/STJ. 1. O Tribunal a quo examinou expressamente a questão suscitada - sobre a representação processual do município - de forma objetiva e suficiente, embora contrária à pretensão do recorrente, não havendo falar em violação ao art. 535 do CPC. 2. Ambas as Turmas da Primeira Seção do STJ têm afirmado que o direito à percepção de royalties está ligado diretamente à atividade de extração do recurso natural, não tendo a lei beneficiado os municípios em que há simples passagem de equipamentos associados ao processo de distribuição (REsp 1.169.806/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 8.10.2010; REsp 1.119.643/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 29.4.2010; REsp 1.115.194/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 13.6.2011). 3. Seja pela alínea a ou alínea c do permissivo constitucional, o apelo não merece conhecimento, nesse ponto, por força do enunciado da Súmula 83/STJ, in verbis: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. 4. Agravo Regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1362051 PE 2013/0005697-2, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 01/04/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/04/2014)

Vale reproduzir trechos do voto:

As instalações denominadas city gates consistem em sistema de dutos de compressão (gasodutos) que transporta o gás aos seus consumidores finais, que podem ser denominados pontos de entrega ou estações de medição de pressão. Nesse sentido, o importante na compreensão da função das mencionadas instalações é destacar que elas fazem parte da fase de distribuição do gás já “processado” ou pronto para consumo. Não compõem, portanto, a cadeia de extração/produção do gás natural.

Portanto, assentado é, o entendimento de que os city gates são apenas instalações de tubovias e já recebem o gás natural acabado para uso e consumo, inexistindo nesses portões qualquer atividade fabril.

Logo, afastando neste particular as razões contestatórias, voto pela procedência do auto de infração, designadamente quanto ao montante que envolve a discussão tocada pela ação consignatória aqui tantas vezes comentada.

Resta ainda analisar as questões que escapam da particularidade dos valores estarem incluídos no debate albergado pela multicitada ação de consignação em pagamento.

No subitem 3.8 da peça impugnatória, o sujeito passivo assegura que pagou o imposto diretamente para o erário baiano, “mesmo tendo ocorrido o depósito judicial” (sic; fl. 33), para os documentos fiscais e respectivos períodos e montantes ali referenciados.

Nos subitens 3.9 a 3.13 da defesa, a empresa pontuou que recolheu o ICMS através de ajuste “extra apuração”, lançando-os como “outros débitos”, para os documentos fiscais e respectivos períodos e montantes ali referenciados (fls. 33/34).

Nos subitens 3.14 a 3.17 da contestação, o contribuinte garantiu que a auditoria calculou a maior o estorno de débito procedido na escrita fiscal, para os documentos fiscais e respectivos períodos e montantes ali referenciados (fl. 35).

No subitem 3.18 da manifestação de inconformidade, a autuada ponderou que a fiscalização considerou equivocadamente um ajuste de débito feito em maio de 2015, para os documentos fiscais e respectivos montantes ali referenciados (fl. 35).

Sobre todas estas questões, assim se manifestaram os autuantes (item 9 - fl.124, verso): “As alegações contidas no item 4.5 retro (itens 3.8 a 3.16 e 3.18 da defesa) foram integralmente acatadas por este Auditor, por assistir razão à recorrente, já que à época da lavratura do AI não estavam disponíveis estas informações”.

Veja-se, por conseguinte, que as justificativas apresentadas pelo contribuinte foram quase que inteiramente acolhidas nas informações fiscais, à exceção do subitem 3.17.

Sobre este, insiste a fiscalização em mantê-lo no lançamento. É que sobre uma única Nota Fiscal (nº 7367), procedeu-se duas vezes ao estorno de débito, um primeiro no valor de R\$2.973,65, e um segundo no valor de R\$2.973,62, conforme se constata nos levantamentos indicados na fl. 18, antepenúltima linha e na mesma folha, verso, 22ª linha, analisando-se em conjunto com a memória de cálculo da consignatária, na fl. 80. De fato, verifica-se nos locais apontados, inclusive grafados em amarelo, o lançamento em duplicidade do citado documento fiscal, estando correta a cobrança neste particular.

Refeitos os cálculos em função destes pormenores, os autuantes diminuem o valor histórico para R\$7.968.283,60, com os quais adiro integralmente.

De todo o exposto, afasto a preliminar de nulidade arguida pela empresa e, no mérito, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da presente cobrança fiscal.

Às fls. 146 a 148 dos autos, o sujeito passivo apresenta “FATO E DOCUMENTOS NOVOS” sobre a autuação, pelo qual informa que, em 09/04/2015, ingressou com ação de consignação em pagamento contra diversos Estados, inclusive o da Bahia, em razão da evidente “guerra fiscal” entre eles instalada, que ocasiona duplicidade de cobrança fiscal de ICMS em razão de circulação de gás em seus respectivos territórios, cuja ação foi tombada sob nº 0004931-87.2015.88.17.2001 e tramita na 5ª Vara da Fazenda Pública de Comarca de Recife (PE).

Salienta que o Estado de destino (Pernambuco), inclusive mediante diversas autuações, pretende caracterizar aqueles city-gates (pontos de entrega) como pretendos estabelecimentos da PETROBRÁS, onde supostamente se realizaria industrialização de gás natural, para fins de alterar a base de cálculo do recolhimento do ICMS-normal, descaracterizando operação interestadual para operação interna.

Aduz que, a se manter esta duplicidade de pretensão fiscal, de um lado os Estados de origem (SE, AL, RN, BA e ES), que recebem o ICMS considerando ser o gás já industrializado nas UPGNs situadas em seus territórios, e de outro o Estado de Destino (PE), pretendendo ver nos city-gates estabelecimentos desta consignante, onde ocorreria a alegada industrialização, estará este contribuinte lançado ao pior dos cenários, sob múltiplas cobranças, sujeitando-se a continuadas autuações, quer de um lado, quer do outro, pelo que se maneja a presente Ação Consignatória, ante um quadro de séria insegurança jurídica, do que informa que foi concedida a tutela de urgência requerida na ação, com consequente suspensão da exigibilidade do crédito tributário em 10/04/2015, sendo-lhe autorizado os depósitos das operações futuras.

Ressalta que a presente autuação abrange controvérsias acerca do denominado “city gate” no período entre abril de 2015 a janeiro de 2018, lapso temporal no qual a PETROBRÁS efetuou todos os depósitos judiciais devidos, conforme comprovam os recibos anexados por amostragem.

Enfatiza, ainda, que não há qualquer prejuízo ao Estado da Bahia, porquanto a prescrição não corre durante a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, bem como a suspensão do direito ao ICMS de cada um dos entes estatais, inclusive deste Estado, será definida na ação consignatória em pagamento, inclusive eventual existência de depósito judicial a menor.

O recorrente alega que a autuação se reveste de ilegalidade, ainda que não proposital pelo desconhecimento da decisão proferida em processo judicial em trâmite no Estado de Pernambuco, porquanto contraria a ordem judicial pela inexistência de suspensão do crédito tributário, que estaria em movimentação pelo Estado da Bahia para sua constituição definitiva através da presente autuação. Assim, requer o reconhecimento da nulidade, encerrando o feito.

No Recurso Voluntário, às fls. 184 a 189 dos autos, o recorrente, no mérito, aduz que há uma indesejável guerra fiscal entre os Estados em relação ao recolhimento de ICMS, acarretando em diversas ocasiões cobranças em duplicidade pelos mesmos fatos geradores, restrição ao aproveitamento de créditos de ICMS, autuações pela mera observância das legislação de outro Ente Federativo, dentre outros eventos maléficos aos contribuintes do imposto.

Reitera que nas operações da PETROBRÁS que destina gás natural dos Estados de Espírito Santo, de Sergipe, de Alagoas e da Bahia (Estados de Origem) para o Estado de Pernambuco (Estado de Destino), ocorre tal fenômeno: os Estados de Origem entendem que os “city gates” não são estabelecimento, ao passo que o Estado de Destino comprehende o inverso, de modo a causar impacto na tributação do ICMS, conforme exemplos que cita às fls. 186 dos autos.

Sustenta que, seguindo um entendimento, a PETROBRÁS passou a ser autuada pelo Estado de Pernambuco; caso seguisse o inverso, viria a ser autuada pelos demais Estados mencionados. Assim, não restou alternativa à PETROBRÁS senão judicializar a questão, materializado através de ação de consignação em pagamento distribuída à 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Recife, sob nº 0004931-87.2015.8.17.2001, sendo deferida a suspensão da exigibilidade a partir da realização dos depósitos, como se observa da decisão judicial já juntada aos autos deste PAF.

Neste contexto, em sua defesa administrativa, requereu que fosse julgada improcedente a presente autuação, já que fora determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário também ao Estado da Bahia, de modo a não lhe ser possível imputar o pagamento do valor do ICMS já depositado no processo judicial e das multas moratórias e compensatórias, eis que, a PETROBRÁS não está em mora; o crédito de ICMS vem sendo pago com regularidade e pontualidade, a despeito da efetiva controvérsia entre os Estados sobre a sua titularidade.

Assim, defende que não se pode pretender continuar com a presente autuação como se a companhia simplesmente não estivesse pagando o tributo devido, mais ainda com a aplicação de severa multa compensatória de 60% (art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96).

Acrescenta que os três fundamentos indicados no Acórdão recorrido não têm o condão de autorizar a continuidade, muito menos a procedência do Auto de Infração, pelas seguintes razões:

- a) Dificuldade do exercício da ampla defesa no processo em trâmite no Estado de Pernambuco, pois a PETROBRÁS ajuizou a ação de consignação no Estado de Pernambuco exclusivamente em razão de ser a Fazenda Pública que vinha lhe autuando, sem pretender facilitar ou dificultar o exercício da representação processual de quaisquer dos entes públicos. E, de qualquer sorte, o CPC garante à advocacia pública (*in casu*, a PGE/BA) a intimação pessoal no seu art. 183, de modo que o Estado da Bahia não terá qualquer dificuldade de exercer a sua ampla defesa e defender os seus interesses no bojo do processo judicial.
- b) Ausência de conhecimento se os valores depositados correspondem ao montante devido: a questão está judicializada; significa que a discussão sobre a correição ou incorreição dos valores depositados deve ocorrer no bojo no processo judicial, e não em âmbito externo. Não por outro motivo, o CPC prevê os efeitos de eventual depósito a menor, inclusive oportunizando ao autor da ação de consignação a sua complementação. Exemplifica que o CONSEF/BA entenda que o crédito tributário tenha o valor “x”, caso a questão seja levada ao juízo e lá se assinale que o montante correto é “y”, irá prevalecer a decisão judicial, a quem a Constituição Federal atribui a última palavra em matéria de lesão ou ameaça de lesão a direitos (art. 5º, inc. XXXV).
- c) Efeitos decadenciais em face da espera do julgamento da ação de consignação: diz que o

entendimento do STJ consiste em que o depósito judicial dos valores de tributos controversos substitui o lançamento. Portanto, ainda que dure anos o processo judicial, não se sucederá a decadência em desfavor ao Fisco baiano, porquanto o crédito tributário já estará definitivamente constituído, e a prescrição não se iniciará enquanto suspensa a sua exigibilidade.

Por fim, requer a reforma do Acórdão recorrido, para julgar improcedente o Auto de Infração.

Na sessão de julgamento, ocorrido em 11 de junho de 2019, os membros desta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, por sugestão do Procurador da PGE, deliberaram encaminhar o PAF à PGE / PROFIS, nos termos previstos no art. 137, II, do RPAF, para emissão de parecer jurídico no sentido:

1. Quais os efeitos da judicialização materializada através de ação de consignação em pagamento, distribuída à 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Recife, sob nº. 0004931-87.2015.8.17.2001, para o Estado da Bahia?
2. Poderá a decisão judicial definir direito ao ICMS de cada um dos entes estatais, inclusive deste Estado, titular do crédito tributário, ora em análise?
3. Considerando que, no presente caso, verifica-se que a propositura da medida judicial foi anterior ao Auto de Infração, porém, com reflexo direto com a matéria objeto deste Processo Administrativo Fiscal, deve-se aplicar as regras legais específicas ao caso, em decorrência da escolha da via judicial pelo contribuinte, ou seja, desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa?
4. Posteriormente, retornar os autos ao CONSEF.

Às fls. 198 a 215 dos autos, consta Parecer PROFIS-NCA-EKS Nº 059/2019 pelo qual o Procurador, Dr. Evandro Kappes, após tecer considerações sobre o Processo Judicial, passa à análise dos questionamentos efetuados, conforme a seguir:

Quanto à primeira questão, afirma que os efeitos são os mesmos a qualquer outro processo judicial tributário, não havendo que se cogitar em ausência de vinculação da *actio* em razão do foro. Porém, diz ser importante destacar que a judicialização não impede a autuação fiscal, do que destaca, nos idos de novembro de 2017, em resposta à consulta efetuada pela SEFAZ/BA à PGE concluiu que “*a SEFAZ-BA não pode aguardar toda esta celeuma se resolver juridicamente para só a partir daí começar a agir*”, devendo, o quanto antes, “*efetuar os lançamentos do crédito tributário para resguardar os direitos do Estado*”, de modo a que este “*não tenha sua pretensão impossibilitada futuramente pelos efeitos de eventual decadência*”.

Naquela oportunidade, também foi dito que a referida suspensão da exigibilidade creditória não impede o Fisco de proceder à constituição do crédito, efetuada mediante autuação, tampouco de formalizá-lo por conduto de inscrição em dívida ativa, eis que somente logra sobrestrar a possibilidade de sua cobrança, do que ressalta que este ato nenhum prejuízo advém ao contribuinte, eis que, estando suspensa a exigibilidade, fará à concessão de certidão positiva com efeito de negativa. Cita doutrina e jurisprudência.

Inerente à segunda questão, o subscritor afirma positivamente, pois o Estado da Bahia está vinculado à decisão provisória como aos efeitos da coisa julgada que se formará no processo judicial em trâmite na justiça pernambucana, ainda que manifeste inconformismo quanto ao foro e a competência para julgamento da lide, até que se sobrevenha alteração da decisão judicial em que o juízo se reconheceu competente, como parte que é, este ente federativo deve reconhecer os efeitos decorrentes das decisões jurisdicionais.

Por fim, quanto à terceira questão, a douta PGE aduz que o caput do art. 117 do RPAF estabelece que a propositura de medida judicial implica “*desistência da impugnação ou recurso acaso interposto*”. Portanto, dirige-se àquelas hipóteses em que a ação judicial é promovida em momento posterior ao de oferecimento de defesa ou de recurso no processo administrativo.

Porém, segundo o subscritor, tal circunstância não autoriza concluir que, sendo a ação judicial anterior ao lançamento de ofício, então o contencioso administrativo pode ser instaurado e afinal decidido pelo CONSEF. Ao revés, o inciso II do mesmo art. 117 do RPAF é claro em estatuir que, neste caso, o auto de infração deve ser remetido para inscrição em dívida ativa “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”.

Aduz que, tal norma é uma decorrência lógica do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que determina possam ser todas as lesões ou ameaças a direito levadas à apreciação do Poder Judiciário, a quem competirá emitir pronunciamento definitivo acerca da questão.

Nesta esteira, assevera não comungar do entendimento de que a extinção do contencioso administrativo pressupõe uma ação judicial necessariamente proposta após o lançamento tributário. Entende que uma ação judicial antecedente à efetivação do lançamento poderá sim, obstar o curso do contencioso administrativo, se houver coincidência dos temas discutidos, de modo a evitar que a máquina administrativa seja posta a funcionar com vistas à obtenção de uma decisão que, afinal, será de nenhuma utilidade, porque inapta a subjuguar o comando sentencial que advirá de processo judicial já também em curso. Assim, não importa se fora ele (processo judicial) antecedente ou consequente ao lançamento tributário.

Desta sorte, quando a existência da ação judicial for noticiada na impugnação ou no recurso administrativo, caberá ao CONSEF efetuar o cotejo entre os temas discutidos numa e noutra instância. Havendo coincidência, deverá encerrar a instância administrativa e remeter o processo para inscrição em dívida ativa, na forma do art. 117, II, do RPAF. Havendo divergência de matérias, deverá prosseguir na instrução e julgamento daquelas que porventura não estejam sob análise do Poder Judiciário, tendo sido levantadas apenas na esfera administrativa.

Em conclusão, o opinativo é no sentido de que, juridicamente, é recomendável:

1. Constituição definitiva do crédito tributário, aplicando-se o art. 117, §1º, II, do RPAF, eis que a ação de consignação em pagamento, anterior a lavratura do Auto de Infração, tem identidade com a matéria objeto do procedimento administrativo, para que se evite a fulminação do crédito por eventual decadência;
2. Após, na DARC, seja intimado o contribuinte do lançamento final, anotando-se a suspensão da exigibilidade no dito instrumento e nos sistemas eletrônicos (SIGAT), após emissão da CDA. Enquanto pendente discussão judicial não pode ser ajuizado o título executivo extrajudicial;
3. Seja reconhecida a prevalência da tutela jurisdicional para fins de definição da titularidade do crédito tributário, com conclusão do processo administrativo tributário;
4. Para logo, independentemente de questionamento expresso, entende-se que sobrevindo trânsito em julgado do processo judicial, a análise da providência administrativa-fiscal que lhe seguir deve ser particionada conforme, antecipadamente, se vislumbra:
 - a) Se prevalecer a tese do Estado da Bahia – ICMS-interestadual com base de cálculo no preço de venda – perfaz-se necessária a apropriação judicial dos valores depositados, mediante conversão em renda, destacando-se que acaso efetuados em valores insuficientes – virtual possibilidade, que depende de auditoria especial de apuração dos valores devidos e depositados mês-a-mês -, deverá ser ajuizada execução fiscal após dedução do valor efetivamente ingresso nos cofres estaduais (apropriação parcial com ajuste do CDA a ser emitida, se cessada a suspensão da exigibilidade e ausente integralidade dos depósitos realizados);
 - b) Na hipótese menos favorável ao Estado da Bahia e vingando a tese do Estado de Destino apropriar-se dos valores cabíveis (alíquota de ICMS-interestadual com base de cálculo estabelecida no preço de custo), sem que se cogite em execução fiscal quanto a outros

valores entendidos devidos, com o cancelamento do Auto de Infração e arquivamento definitivo do processo administrativo fiscal.

Por fim, por disposição regimental, submete à apreciação da i. Procuradora Assistente do Núcleo de Consultoria e Assessoramento para, posterior, encaminhamento ao CONSEF.

À fl. 216 dos autos, consta o acolhimento pela Procuradora Assistente, Dr.^a Paula Gonçalves Morris Mattos, do pronunciamento de fls. 198 a 215 dos autos, da lavra de Dr. Evandro Kappes.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1^a Instância uma vez que, em decorrência de uma indesejável guerra fiscal entre os Estados remetentes e adquirente quanto ao recolhimento de ICMS sobre vendas de gás natural, não lhe restou alternativa senão judicializar a questão, materializado através de ação de consignação em pagamento distribuída à 5^a Vara da Fazenda Pública da Comarca de Recife, sob nº 0004931-87.2015.8.17.2001, cuja suspensão da exigibilidade foi deferida a partir da realização dos depósitos.

Neste contexto, em sua defesa administrativa, requereu que fosse julgado improcedente a presente autuação, já que fora determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário também ao Estado da Bahia, de modo a não lhe ser possível imputar o pagamento do valor do ICMS já depositado no processo judicial e das multas moratórias e compensatórias, eis que, a PETROBRÁS não está em mora; o crédito de ICMS vem sendo pago com regularidade e pontualidade, a despeito da efetiva controvérsia entre os Estados sobre a sua titularidade.

Portanto, como se pode concluir, as razões recursais restringem-se apenas à existência de ação judicial sobre a mesma matéria objeto do lançamento de ofício, o que segundo o recorrente, torna a autuação revestida de ilegalidade, porquanto contraria a ordem judicial pela inexistência de suspensão do crédito tributário, que estaria em movimentação pelo Estado da Bahia para sua constituição definitiva através da presente autuação.

O art. 126 da Lei nº 3.956/81 (COTEB) prevê que: “*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*”.

Por sua vez, o art. 117 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, determina que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

Já o § 1º, inciso II, do referido dispositivo legal, determina que o Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113 do RPAF, “*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*”.

No presente caso, verifica-se que a propositura da medida judicial foi anterior ao Auto de Infração e com reflexo direto com a matéria objeto do procedimento administrativo, eis que a decisão judicial definirá o direito ao ICMS de cada um dos entes estatais, inclusive deste Estado, titular do crédito tributário, ora em análise.

Entretanto, em que pese a alegação recursal em contrário, vale ressaltar que o lançamento de ofício se faz necessário no sentido de salvaguardar e impedir de ocorrer a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário, mesmo havendo depósitos judiciais, em relação aos valores e às competências que o Ente tributante entende como de direito.

Contudo, o fato do Auto de Infração e demais atos dele decorrentes ser objeto que diz respeito

especificamente à matéria da demanda judicial, com consequência direta, o Recurso Voluntário fica prejudicado, na esfera administrativa, quanto à análise do mérito, conforme previsto no art. 126 do COTEB, cuja norma foi recepcionada no art. 117 do RPAF, sob pena de decisões conflitantes e de se tornar sem efeito a Decisão na esfera administrativa, a qual deve obediência à Decisão na esfera judicial.

Logo, entendo que tanto a Defesa quanto o Recurso Voluntário encontram-se prejudicados, com a consequente extinção do processo administrativo fiscal, diante da escolha judicial pelo contribuinte, esgotando-se a instância administrativa, conforme previsto nos citados artigos 126 da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e 117 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, assim com base no Parecer Jurídico exarado pela PGE, específico ao caso concreto, cujo teor considero aqui transscrito.

Diante do exposto, considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário, no que tange à exigência consignada no Auto de Infração em epígrafe, por se tratar de objeto com repercussão direta à demanda judicial, devendo o Auto de Infração ser remetido à Diretoria de Controle da Arrecadação, Crédito Tributário e Cobrança (DARC) para inscrição em Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113 do RPAF, cuja exigibilidade do crédito tributário ficará suspensa, nos termos do artigo 151, IV do CTN.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário interposto e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 280080.0003/18-9, lavrado contra PETRÓLEO BRASILEIRO S/A. – PETROBRÁS, no valor de R\$7.968.283,60, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, devendo ser cientificado o recorrente desta Decisão e os autos serem remetidos à DARC para adoção das medidas cabíveis, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV do Código Tributário Nacional-CTN.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de setembro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS