

PROCESSO	- A. I. Nº 279692.0021/22-0
RECORRENTE	- CLARO S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0217-01/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 15/05/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0127-12/23-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESCRITURAÇÃO FORA DO PERÍODO EM QUE SE CONFIGUROU O DIREITO À SUA UTILIZAÇÃO. Autuado manteve em sua escrituração lançamentos de crédito fiscal mesmo após decorrido o prazo de estorno em razão de indeferimento de pedido de restituição. Não cabe ao tribunal administrativo a retomada da análise do mérito dos pedidos de restituição. Indeferido o pedido de diligência/perícia. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra decisão da JJF, que por unanimidade julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 14/06/2022, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 748.409,49, acrescido da multa de 60%, imputando ao autuado o cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS:

Infração 01 – 001.002.073: Escrituração de crédito fiscal fora do período em que se verificou a entrada da mercadoria, a aquisição de sua propriedade, a prestação do serviço por ele tomado ou fora do período em que se configurou o direito à sua utilização, ocorrida nos meses de abril a dezembro de 2020.

O autuante explicou que o autuado tomou ciência em 17/12/2021 do parecer final do recurso SIPRO nº 067.446/2020-2 no qual solicitou a utilização de créditos fiscais no valor de R\$ 4.739.926,93.

Informou que tal recurso foi indeferido, conforme parecer final nº 4.131/2021, e que mesmo após tomar ciência e passados quase 200 dias, o contribuinte não procedeu o estorno dos créditos que totalizavam R\$ 748.409,49, referente ao total de nove parcelas mensais de R\$ 83.156,61, escrituradas em suas EFDs.

Enquadramento Legal: art. 31, parágrafo único, da Lei Estadual nº 7.014/96 C/C artigos 314 e 315, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa** prevista no inciso VII, alínea “a”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte ingressou tempestivamente com defesa administrativa às fls. 21/39. O autuante presta informação fiscal, às fls. 85/89.

A JJF decidiu com o seguinte voto condutor:

VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF/99, a descrição dos fatos, considerados como infração das obrigações, foi apresentada de forma clara, precisa e sucinta, encontrando-se apta a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Trata-se de lançamento de ofício de crédito tributário sob a acusação de prática de ilícito fiscal relativo a escrituração de crédito fiscal fora do período em que se verificou a entrada da mercadoria, a aquisição de sua propriedade, a prestação do serviço por ele tomado ou fora do período em que se configurou o direito à sua utilização.

Em relação ao pedido de diligência/perícia formulado na peça defensiva, nego o mesmo por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; ou for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

Efetivamente a presente lide deriva de recurso administrativo, interposto pelo autuado, que foi indeferido, para utilização de crédito fiscal oriundo de valores de imposto destacados em notas fiscais de saídas em transferência entre seus próprios estabelecimentos, de bens integrantes do ativo imobilizado e materiais de uso e consumo.

Embora o autuado alegue ter pago o imposto indevidamente, questionando a legalidade do ICMS recolhido, e mencionando a Súmula 166 do STJ e decisões do STF, o fato é que a apropriação foi indeferida, conforme parecer final nº 4.131/2021, emitido em 09/06/2021 pela SAT/DAT METRO da SEFAZ/BA e ratificado em 24/08/2021 por autoridade fazendária.

Registre-se, ainda, que mesmo após ciência da impugnante, em 17/12/2021 (fl. 8), mesmo intimada e passados quase 300 dias, não procedeu o estorno mensal dos créditos fiscais em lide, referente a utilização indevida entre o período de abril a dezembro de 2020.

O art. 78 do RPAF/BA estabelece que, na hipótese de processos referentes a pedidos de restituição, sobrevindo decisão contrária irrecorrível, o contribuinte, no prazo ali previsto, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.

Conforme já acima mencionado, o autuado tomou ciência dos referidos pareceres, mas não procedeu aos devidos estornos dos valores cuja apropriação foi indeferida, o que levou a lavratura do presente auto de infração.

O autuado em sua defesa traz argumentações que supostamente justificariam o deferimento integral dos seus pedidos de restituição. Entretanto, se encerrada as possibilidades de recursos na esfera administrativa contra a decisão que indeferiu o pedido de restituição mediante apropriação dos respectivos valores em lançamentos de crédito fiscal na sua escrita, não será no tribunal administrativo que a análise do mérito do pedido de restituição será retomada.

É inadmissível a manutenção da apropriação de lançamentos de créditos fiscais na escrita fiscal quando a autoridade administrativa indeferiu expressamente o seu uso.

Destarte, é subsistente a exigência fiscal, ao tempo em que afasto toda discussão acerca da constitucionalidade da multa e dos acréscimos moratórios aplicados na presente autuação. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF/BA, não é competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual nem a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. As multas aplicadas estão previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96 e os acréscimos moratórios na Lei nº 3.956/81.

Por fim, ressalto que apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF/BA.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

O patrono do recorrente apresenta o Recurso Voluntário às fls. 112/132, sendo reiteradas argumentações da peça defensiva.

Aborda a tempestividade da mesma, além de fazer uma **breve síntese da acusação fiscal**, destacando o que irá demonstrar no decorrer de sua impugnação.

Pontua que o referido crédito decorre do destaque indevido do imposto, no período de janeiro de 2015 a setembro de 2019, nas notas fiscais de saída em transferência de bens destinados ao ativo fixo, bem assim, materiais de uso e consumo inexistindo qualquer circulação jurídica capaz de atrair a incidência do ICMS, nos termos do quanto já firmado pelo STF em sede de repercussão geral e em controle concentrado de constitucionalidade.

Destaca que, após o deslinde do Processo nº 620250/2019-8, sobreveio o Parecer Final nº 4131/2021, ratificado no dia 24/08/2021, que INDEFERIU SUMARIAMENTE O PEDIDO DE RESTITUIÇÃO sob o único fundamento de que estaria pendente a modulação dos efeitos do julgamento nos autos da ADC nº 49/RN, em que o STF declarou a constitucionalidade da previsão constante na LC 86/97. No entanto, a Fiscalização entendeu que o melhor caminho seria indeferir de plano o pedido de restituição, ante a pendência da modulação dos efeitos em razão de ter escrutado os créditos pretendidos na forma do artigo 78, parágrafo único da Lei nº 7629/1999, foi lavrado o Auto de Infração em referência.

Refuta que, apesar da recorrente ter aduzido em sede de impugnação que o crédito em questão é devido, uma vez que decorre do ICMS pago indevidamente sobre simples remessas de bens entre estabelecimentos de sua titularidade, a 1ª Instância decidiu julgar integralmente procedente o Auto de Infração sob o único argumento de que o Conselho de Fazenda não teria competência para analisar o mérito dos pedidos de restituição.

Explica que o Parecer Final nº 4131/2021, exarado pela DITRI, deixou de levar em consideração que, embora esteja pendente o julgamento dos embargos de declaração para modulação dos efeitos da decisão, os Ministros que proferiram seu voto até o momento se manifestaram no

sentido de ressalvar os processos administrativos em trâmite até o julgamento de mérito da ADC, que ocorreu no dia 04/05/2021.

Salienta que este recurso voluntário não visa a reanálise do mérito do pedido de restituição, mas sim, a análise do Parecer Final nº 4131/2021, prolatado pela DAT METRO, pois este ato acarretou o encerramento prematuro do pleito da recorrente e, consequentemente a lavratura do Auto de Infração em discussão.

Pondera que a partir da constatação da contradição do Parecer que, ao mesmo tempo que assevera a “OBVIA” observância das decisões do STF e a pendência da modulação dos efeitos da ADC 49, por outro lado indeferiu o pedido de restituição da recorrente, tem-se que a DAT METRO não adotou o meio menos oneroso à Contribuinte, desobedecendo o § 2º, do art. 2º do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF). Reitera que a medida adotada no Parecer nº 4131/2021 foi contrária à determinação constante no artigo 168, inciso V do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF).

Alega inobservância da legislação estadual pela diretoria de administração tributária (DAT METRO) no Parecer Final nº 4131/2021. Esclarece que em 27/12/2019, a recorrente apresentou perante essa SEFAZ pedido de restituição do ICMS indevidamente recolhido no período de janeiro de 2015 a setembro de 2019 sobre operações de saída em transferência entre seus próprios estabelecimentos de bens integrantes do ativo imobilizado e materiais de uso e consumo, as quais, embora estejam fora do seu âmbito de incidência, tiveram o imposto estadual indevidamente destacado e recolhido em favor do Estado da Bahia.

Assinala que a referida decisão foi posteriormente mantida pelo Parecer Final nº 4131/2021, sob o fundamento de que estaria pendente a modulação dos efeitos do julgamento nos autos da ADC nº 49/RN, em que o STF declarou a constitucionalidade da previsão constante da LC nº 86/97. Assim, houve a determinação do estorno dos créditos escriturados pela recorrente, na forma do parágrafo único, do art. 78 da Lei nº 7.629/1999.

Afirma que fica demonstrado que os Julgadores da 1ª Instância se limitaram ao entendimento de que não seriam competentes para analisar pedido de restituição com decisão definitiva exarada, sugerindo ao contribuinte que ingressasse com ação judicial, sendo que os nobres julgadores não se atentaram ao fato, contudo, de que o Parecer Final nº 4131/2021, que deu origem à determinação do estorno dos créditos escriturados pela recorrente e que ocasionou na lavratura do Auto de Infração em discussão, deixou de observar os Princípios da Administração Pública previstos no Decreto nº 7.629/1999 (RPAF) e no Decreto nº 7.592/1999 (Regimento Interno do CONSEF).

Defende pela **manutenção dos créditos decorrentes do recolhimento indevido do ICMS sobre transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, tendo que matéria pacificada em sede de repercussão geral e controle concentrado de constitucionalidade.** Disse que em relação às transferências de bens/mercadorias entre estabelecimentos é que a constitucionalidade da incidência do ICMS sobre estas operações já foi declarada pelo STF no julgamento da ADC nº 49, publicado no dia 04/05/2021.

Transcreve a consolidação do entendimento de que a ocorrência do fato gerador do ICMS pressupõe a circulação jurídica do bem, não deixa margem para dúvidas quanto à solidez da impossibilidade de exigência do ICMS sobre as operações de transferência interestadual de bens e mercadorias entre estabelecimentos de titularidade da recorrente, entendimento também já sedimentado no âmbito desta SEFAZ no Parecer DITRI nº 7.193/2021 (Processo nº 054446/2021-8).

Afirma que negar o reconhecimento em sede administrativa do direito à restituição do ICMS recolhido indevidamente sobre as operações de transferência interestadual de bens e mercadorias entre estabelecimentos de titularidade do mesmo contribuinte, é delegar a discussão aos tribunais judiciais, onde a questão já está pacificada e sujeitar a Fazenda Pública Estadual aos ônus decorrentes do reconhecimento do direito da ora RECORRENTE.

Pede pelo reconhecimento do direito da recorrente em ver restituído e manter os créditos aproveitados objetos do Pedido de Restituição nº 620250/2019-8 (SIPRO nº 067446/2020-2), ante a declaração da constitucionalidade da exigência do ICMS sobre as operações autuadas, impondo-se o cancelamento deste auto de infração.

Impugna pela **inconstitucionalidade dos juros e correção monetária aplicados**. Argumenta que a taxa de juros utilizada pelo Estado da Bahia, bem como o seu índice de correção monetária são inconstitucionais, uma vez que extrapolam a taxa fixada pela União Federal para a correção do seu crédito tributário (SELIC).

Pede novamente por **diligência ou perícia fiscal**. Salienta que após as demonstrações acima realizadas, verifica-se necessária a baixa dos autos em diligência, nos termos dos arts. 23, § 3º e 145 do Decreto nº 7.629/99, para que se verifiquem cabalmente os pontos aduzidos pela recorrente e, portanto, o recolhimento indevido do ICMS sobre transferências de bens entre estabelecimentos de sua titularidade.

Afirma ser essencial para que não restem dúvidas quanto ao indébito, sendo impossível a qualquer julgador analisar o caso sem o saneamento das questões ora apontadas, sob pena de objetivo desrespeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contrário e, ainda, ao desrespeito ao primado da busca pela verdade material que orienta e vincula a atuação da Administração Pública.

Conclui requerendo que:

- seja conhecido e dado provimento integral ao recurso de modo a reconhecer a nulidade integral do Auto de Infração/
- sejam baixados os autos em diligência, nos termos dos artigos 23, § 3º e 145 do Decreto nº 7.629/99, para que se verifiquem os pontos e documentos demonstrados pela RECORRENTE e que comprovam cabalmente a ilegalidade da exigência, caso não se entenda de imediato pelo cancelamento integral da autuação, o que se admite em prestígio à argumentação;
- seja determinado o sobrerestamento deste processo até o julgamento final da ADC nº 49 pelo STF, nos termos do artigo 168, inciso V do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF).

Pugna, nos termos do artigo 272, § 2º do Código de Processo Civil, sejam todas as notificações, intimações ou publicações atinentes ao feito realizadas em nome de seus advogados, todos com escritório na Praça XV de Novembro, nº 20, 12º andar, Conjunto 1201, Centro, na cidade do Rio de Janeiro, no Estado do Rio de Janeiro, principalmente para realização de sustentação oral, sob pena de nulidade.

Tendo vistas dos autos, o conselheiro Henrique Silva de Oliveira pontou fatos de decisões superiores nos tribunais pátrios.

Registra-se presente na sessão de videoconferência, Dra. Maíhra Rei Pereira – OAB/RJ nº 223.898, que exerceu o seu direito de fala.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra decisão da JJF, que por unanimidade julgou Procedente o Auto de Infração em lide lavrado para exigir ICMS e multa em razão da Escrituração de crédito fiscal fora do período em que se verificou a entrada da mercadoria, a aquisição de sua propriedade, a prestação do serviço por ele tomado ou fora do período em que se configurou o direito à sua utilização, no que se refere aos meses de abril a dezembro de 2020, com base no Parecer Final nº 4131/2021.

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, pois os fatos geradores das infrações que compõem o lançamento estão bem determinados, a descrição é clara e os elementos constitutivos do débito tributário estão descritos nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, dos quais o recorrente recebeu cópia, facilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa.

Quanto ao pedido de diligência/perícia apresentado em peça impugnatória e reiterada em sede de recurso, por entender que os elementos constantes nos autos são suficientes para formação da minha convicção com base nos termos do artigo 147, I, “a” do RPAF/99, indefiro o pedido de

diligencia/perícia.

De vistas aos autos, um dos conselheiros presente na sessão, solicita realização de diligência à PGE/PROFIS no sentido de opinativo sobre a questão dos autos, sendo que fora vencido quanto à solicitação pretendida.

O cerne da questão advém de recurso administrativo apresentado pelo contribuinte, para utilização de crédito fiscal proveniente de valores de imposto destacados em notas fiscais de saídas em transferência entre seus próprios estabelecimentos, de bens integrantes do ativo imobilizado e materiais de uso e consumo.

Observo que, o recurso administrativo interposto pelo recorrente através do Processo SIPRO nº 067446/2020-2, foi indeferido através do Parecer Final nº 4131/2021 de 09.06.2021 e ratificado em 24.08.2021, pela autoridade fazendária da SAT/DAT/METRO – SEFAZ BAHIA, portanto, o recorrente teria que proceder o estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis no prazo de 15 dias da ciência da notificação.

Verifico que, após ciência do parecer final em 17/12/2021 (fl. 8), o recorrente mesmo intimado e decorrido quase 10 meses, não efetuou o estorno mensal dos créditos fiscais do lançamento de ofício, no que se refere a utilização indevida correspondente ao período de abril a dezembro de 2020.

O recorrente traz alegação de que teria recolhido o imposto indevidamente e contesta a legalidade do ICMS recolhido, e na oportunidade faz citação da Súmula nº 166 do STJ e deliberações do STF sobre a matéria.

Neste sentido, observo que a apropriação dos créditos lançados pelo recorrente foi indeferida pelo Parecer Final nº 4.131/2021, emitido em 09/06/2021 pela SAT/DAT METRO da SEFAZ/BA e ratificado em 24/08/2021 por autoridade fazendária, portanto não socorre as alegações pretendidas.

Sinalizo que, os dispositivos que tratam de restituição de imposto pago indevidamente são os Artigos 73 a 83 do RPAF/99, cabendo a decisão final na esfera administrativa ao Diretor de Administração Tributária da circunscrição fiscal do Requerente, dispondo o parágrafo único do seu Art. 78 sobre a obrigatoriedade de estorno dos créditos lançados acrescido dos acréscimos legais cabíveis, *in verbis*:

“Art. 78. Tratando-se de valores relativos ao ICMS, uma vez formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de 90 (noventa) dias, contado da protocolização do pedido, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, sobrevindo decisão contrária irrecorrível, o contribuinte, no prazo de 15 (quinze) dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.” (grifo nosso)

Conforme acima mencionado, o autuado tomou ciência do referido parecer, mas não procedeu aos devidos estornos dos valores, cuja apropriação foi indeferida, o que levou a lavratura do presente auto de infração.

No mérito, o recorrente aduz várias argumentações que entende que suporta o deferimento integral dos pedidos de restituição de créditos fiscais. Observo que, com o Parecer Final nº 4131/2021, emitido pela autoridade fazendária em 09.08.21 e ratificada em 24.01.2021, esgotou para o sujeito passivo as possibilidades de recursos na esfera administrativa contra a decisão que indeferiu o pedido de restituição mediante apropriação dos respectivos valores em lançamentos de crédito fiscal na sua escrita, portanto não cabe a esse órgão julgador administrativo a análise do mérito do pedido de restituição indeferido na esfera administrativa pelo Diretor de Administração Tributária da Inspetoria Fiscal o qual está vinculado o seu cadastro.

Sinalizo que, o recorrente ora autuado descumpriu o previsto no § 2º, do Art. 315 do RICMS/12, pois não efetuou estorno dos créditos lançados indevidamente com o pagamento dos acréscimos legais, em razão da autoridade administrativa ter indeferido a sua utilização.

Quanto ao pedido de constitucionalidade dos juros e correção monetária aplicados no lançamento, venho a afastar toda e qualquer discussão acerca da referida constitucionalidade da multa e dos acréscimos moratórios aplicados na presente autuação, tendo em vista que esta Câmara não tem competência para declarar a ilegalidade ou constitucionalidade da legislação

estadual, conforme dispostos do art. 125, I e III da Lei nº 3.956/81 do COTEB e do Art. 167, I e III do RPAF/BA.

Quanto ao pedido para que sejam todas as notificações, intimações ou publicações atinentes ao feito realizadas em nome de seus advogados, nada impede que tais notificações/ intimações sejam enviadas diretamente aos patronos do recorrente, porém o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF/BA.

Diante de todo o exposto, concluo pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO EM SEPARADO

Peço licença aos ilustres pares, sem modificar a conclusão a que chegou o Ilustre Relator, para assentar minhas preocupações em relação ao tema, sobretudo por ter ficado vencido na proposta de submeter este feito à apreciação da PGE/PROFIS no sentido de opinar sobre o estado atual do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 49, e seus efeitos em relação a este litígio, ou mesmo sobre a eventual oportunidade de submeter este feito ao rito do art. 168 do RPAF/99, como propôs a Recorrente.

Isso, Senhores Conselheiro, porque no curso da apreciação do Recurso Voluntário por esta Câmara, todos tivemos ciência de que

a) em 19/04/2021, o STF (em decisão unânime) julgou improcedente o pedido de declaração de constitucionalidade (e declarou inconstitucional) os artigos 11, § 3º, II, 12, I, no trecho “ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular” e 13, § 4º da Lei Complementar Federal nº 87, de 13/09/1996; e que

b) em 19/04/2023, o STF concluiu a apreciação de embargos de declaração, para, em apertada votação, decidir pela modulação dos efeitos da decisão para que “*tenha eficácia pró-futuro a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvados os processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito, e, exaurido o prazo sem que os Estados disciplinem a transferência de créditos de ICMS entre estabelecimentos de mesmo titular, fica reconhecido o direito dos sujeitos passivos de transferirem tais créditos*” (disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5257024>, acesso em 19 abr. 2023).

Sempre lembrando que decisões havidas em controle concentrado de constitucionalidade, exercido pelo Pretório Excelso, detêm eficácia *erga omnes* e vinculam todo o Poder Judiciário e toda a Administração Pública nesta República que se pretende una e indivisível.

Destaco que, dias após, enquanto formulava a redação final deste voto em separado, confortou-me ver que as dúvidas sobre os efeitos da decisão proferida pelo STF não são somente deste conselheiro, mas também de outros estudiosos do Direito Tributário (e até de ex-integrantes do CONSEF).

Refiro-me à notícia publicada em coluna de circulação local na edição de 26/04/2023, de autoria do ex-Conselheiro de Fazenda Rafael Figueiredo, disponível em <https://www.bahianoticias.com.br/justica/coluna/985-tributo-em-pauta-o-que-mudou-com-o-icms-sobre-transferencias-e-a-adc-49>, acesso em 26 abr. 2023)

Também me chamou a atenção, e gostaria de ler o opinativo do órgão que representa a Fazenda Pública do Estado da Bahia em juízo sobre o tema, algumas ilações havidas no curso do debate processual acerca da ausência de competência deste Conselho para se manifestar sobre eventual improcedência de Auto de Infração, cujo fundamento é oriundo de ato decisório (recurso voluntário em pedido de restituição) exarado por outra autoridade estadual, que não se encontra em preeminência hierárquica em relação ao CONSEF.

Gostaria de ler da PGE/PROFIS, neste particular, qual seria o seu entendimento à luz do art. 125 do COTEB, pois a mim parece que diante da aplicação de decisão do STF com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a toda a Administração Pública, nada na legislação do Estado da Bahia

constrangeria a competência do CONSEF - ao contrário, exigiria o seu exercício - de examinar a conformidade do ato administrativo de lançamento tributário à decisão definitiva adotada pelo Poder Judiciário em controle concentrado de constitucionalidade.

Enfim, Senhor Presidente e Eminentess Pares, vencido que fiquei na proposta de parecer à PGE/PROFIS, e consciente de que não são raras as vezes em que questões tormentosas (portanto, ubicadas naquela margem de incerteza e certa discricionariedade, interna à moldura normativa) são objeto de representações da PGE/PROFIS para revisão de suas decisões por “vício insanável” ou “ilegalidade flagrante” (art. 113, § 5º do RPAF/99), inviabilizando-se ouvir da PGE/PROFIS opinativo sobre se, no estágio atual dos debates em torno do ICMS e as transferências interestaduais, haveria nos autos algum “vício insanável” ou “ilegalidade flagrante” (em questão tão tormentosa), curvo-me à maioria capitaneada pelo Senhor Relator.

É que, com efeito, o Estado da Bahia (na voz do Diretor de Administração Tributária da circunscrição do sujeito passivo - art. 80 do RPAF/99) exarou seu ato decisório acerca do não cabimento do pedido de restituição, sob o fundamento de que as decisões já proferidas no âmbito da ADC nº 49 não vulneram o Estado da Bahia, nem viabilizariam a restituição de ICMS pago pela Recorrente em operações interestaduais de transferência (isto é, operações havidas entre estabelecimento de um mesmo titular).

Também com efeito, o Sujeito Passivo à sua conta e risco descumpriu o entendimento do Estado da Bahia, praticando *sponte propria* a apropriação de um crédito que lhe fora negado, sem fundar-se em decisão judicial com eficácia concreta e *inter partes*.

Assim, dentro das circunstâncias dos autos e certo de que, com isso, este Conselho cumpre apenas parcialmente, dentro da lógica do possível e do razoável, a sua missão de “julgar os litígios decorrentes de lançamentos de tributos” (RICONSEF, art. 2º); e certo de que o potencial de reverberação desta lide para além dos umbrais da Administração Pública estadual, curvo-me à maioria já formada antes mesmo de que pudesse expor minhas razões meritórias, e acompanho o Relator para julgar o Auto de Infração PROCEDENTE.

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279692.0021/22-0, lavrado contra CLARO S.A., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 748.409,49, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Antonio Dijalma Lemos Barreto, Eduardo Ramos de Santana, Fernando Antonio Brito de Araújo e Maurício Souza Passos.

VOTO EM SEPARADO – Conselheiros: Henrique Silva Oliveira e João Felipe Fonseca Oliveira de Menezes.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – VOTO EM SEPARADO

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS