

**A. I. Nº** - 232278.0006/09-8  
**AUTUADO** - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)  
**AUTUANTE** - OSMÁRIO DA SILVA MENDONÇA  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/METRO  
**INTERNET** 03.06.2011

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0132-05/11**

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 117 E 122, inciso IV, DO RPAF/99. Demonstrado nos autos que o contribuinte ingressou com Mandado de Segurança tratando de matéria idêntica a que fora objeto do presente Auto de Infração, o que importa na renúncia ao direito de postular na esfera administrativa. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 01/12/2009, lança ICMS, no valor de R\$ 3.762,00, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de retenção do ICMS substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Contudo, foi consignado no campo “Descrição dos Fatos” que foi constada a seguinte irregularidade: falta de recolhimento do ICMS normal em suas operações próprias com álcool hidratado carburante referente ao DANFE nº 20478 de 30.11.2009.

O autuado apresenta defesa, às fls. 14 a 16, na qual alega que o Auto de Infração não merece subsistir, uma vez que o houve o recolhimento do ICMS devido a título de substituição tributária, conforme discriminado na nota fiscal e no documento de arrecadação em anexo.

Sustenta que houve um erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição tributária, quando da lavratura do Auto de Infração. Explica que o Auto de Infração se refere apenas à suposta falta de retenção do ICMS substituição devido nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária e, no entanto, o fisco levou em consideração para a fixação da base de cálculo o ICMS devido a título de substituição tributária e o ICMS principal.

Ressalta que não cometeu qualquer erro na determinação da base de cálculo do ICMS. Afirma que não foi incluído na base de cálculo do tributo qualquer desconto incondicional, uma vez que o impugnante apenas preencheu os campos da nota fiscal e o próprio *software* da Secretaria da Fazenda gerou o cálculo do imposto. Frisa que o próprio sistema de emissão de nota fiscal eletrônica impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

O autuado, após transcrever o disposto no art. 159, § 1º, II e III, do RPAF/99, solicita que, caso a autuação seja mantida, a multa e os juros indicados no Auto de Infração seja excluídos, tendo em vista a sua boa-fé.

Ao finalizar sua defesa, o autuado requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Na informação fiscal, às fls. 30 a 33, o autuante, inicialmente, faz uma breve síntese do processo e transcreve o disposto nos artigos 126, 515-A e 515-B do RICMS-BA. Em seguida, explica que o Auto de Infração trata do pagamento do ICMS devido pelo autuado em suas operações normais, e não o ICMS da substituição tributária feita pelo autuado.

O autuante afirma que, se o autuado não recolheu o ICMS referente a suas operações normais, isso se deu por sua livre e espontânea vontade, uma vez que era necessária autorização da COPEC [Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis] para o recolhimento do imposto no prazo normal de pagamento.

Diz que a base de cálculo do imposto está correta, pois foi utilizada a base de cálculo constante nas DANFEs nº 20478 e, portanto, o que se está cobrando é exatamente o ICMS destacado nesses documentos fiscais.

Após afirmar que a multa indicada na autuação está correta e é a prevista para a infração apurada, o autuante solicita que o Auto de Infração em tela seja julgado procedente.

Submetido a Pauta Suplementar de 28 de setembro de 2010, por decisão da 4ª JJF, o PAF foi convertido em diligência para a IFMT-DAT/METRO intimar o autuado para tomar conhecimento da Informação Fiscal, na qual enquadra a infração no artigo 515-B do RICMS/BA (operação própria de AEHC), reabrindo-se o prazo de defesa.

Cientificado, o autuado apresenta defesa, às fls. 43 a 47 dos autos, na qual ressalta que, segundo o autuante, é do conhecimento do contribuinte a *“necessidade de autorização da COPEC para gozo de prazo normal de pagamento do tributo nestas operações”*. Entende o apelante ser descabido que o Fisco exija do contribuinte a obtenção de uma autorização junto a ele, Fisco, para cumprir suas obrigações fiscais de maneira normal. Entende que, ao exigir que a impugnante recolha o valor relativo ao ICMS próprio no momento da saída da mercadoria, o Fisco a impede de exercer o seu direito de compensar créditos e débitos mediante a efetivação do princípio da não cumulatividade, uma vez que o valor constante da nota fiscal não leva em consideração os créditos do ICMS dos quais a empresa dispõe e os quais serão compensados no final do mês com o ICMS devido por ela, mas tão somente o preço “cheio” de seu produto, sem qualquer desconto a título de não cumulatividade. Cita dispositivos legais a respeito e diz que apropriada legislação dispõe sobre a não cumulatividade do ICMS sendo, portanto, ilegal a restrição do Fisco no que se refere ao recolhimento prévio do ICMS próprio pela impugnante.

Em seguida, aduz que, mesmo entendendo ser absurda tal restrição, providenciou o requerimento no sentido de obter a autorização para recolher o ICMS no mês seguinte à ocorrência do fato gerador, conforme previsto no art. 515-B do RICMS/BA. Porém, apesar disso, a COPEC se manteve inerte e não se manifestou acerca do pedido de autorização formulado pela impugnante, o que lhe causou diversos transtornos e atrasos no cumprimento das obrigações avençadas com seus clientes.

Assim, por entender serem ilegais e arbitrárias as exigências de recolhimento prévio do ICMS próprio e diante da omissão da COPEC em conceder a referida “autorização”, impetrou Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar com o fito de obter a autorização da COPEC para recolher o ICMS devido no início do mês seguinte à ocorrência do fato gerador e não no momento de saída de suas mercadorias (Processo nº. 0011845-65.2010.805.0001), o que lhe foi concedida a Medida Liminar no sentido de autorizá-la a recolher o ICMS devido no início do mês seguinte à ocorrência do fato gerador e não no momento de saída de suas mercadorias, como lhe é de direito, do que entende ser a presente autuação improcedente. Assim, salienta que, caso se entenda pela manutenção da infração, roga pela exclusão da multa e dos juros imputados, tendo em vista a sua evidente boa-fé, conforme art. 159, § 1º, II e III do RPAF.

Por fim, requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente e, subsidiariamente, caso se entenda pela manutenção da autuação, protesta sejam abatidos os créditos decorrentes do ICMS normal já recolhido nas operações anteriores.

O autuante, em nova informação fiscal, às fls. 56 a 61 dos autos, salienta que a ação fiscal foi devidamente fundamentada com base nos preceitos do Protocolo ICMS 17/2004 e no art. 515-B do RICMS/BA, tendo o autuado apresentado sua defesa e nenhuma argumentação ou prova material foi oferecida que pudesse descaracterizar a presente ação fiscal.

Quanto ao fato da operação estar amparada em Decisão Liminar determinando imediata suspensão da exigibilidade do ICMS, diz o autuante que Parecer da “PROFAZ” de nº 626/01, constante do PAF de nº 206986.0011/00-1 de demanda similar, ressalta que os efeitos da ação de mandado de segurança é de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas não de seu lançamento, ao afirmar que “Na realidade, o que a SEFAZ está impedida de fazer é a cobrar o imposto relativo a autuação firmada e não de constituí-lo”. Sendo assim, nada impede que seja efetuado o lançamento de ofício do crédito, através do auto de infração pela autoridade fiscal, no sentido de assegurar sua exigibilidade no futuro, caso a decisão judicial seja desfavorável ao sujeito passivo, conforme entendimento firmado na jurisprudência do STF, do que cita exemplos.

## VOTO

A acusação fiscal consignada no lançamento de ofício é de que o autuado cometeu a seguinte infração: *“Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”*, sendo dado como infringido o disposto no art. 353, II, do RICMS-BA e aplicada à multa capitulada no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Contudo, tanto no Auto de Infração quanto no Termo de Apreensão e de Ocorrência, o autuante descreveu a irregularidade por ele apurada como sendo a falta de recolhimento do ICMS normal em suas operações próprias com álcool hidratado carburante referente ao DANFE nº 20478 de 30.11.2009.

Assim, após intimar o autuado para tomar conhecimento da real acusação fiscal e reabrir o prazo de defesa, o contribuinte, em nova manifestação, traz aos autos a informação de que impetrou Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar com o fito de obter a autorização da COPEC para recolher o ICMS devido no início do mês seguinte à ocorrência do fato gerador e não no momento de saída de suas mercadorias (Processo nº. 0011845-65.2010.805.0001), o que lhe foi concedida a Medida Liminar no sentido de *autorizá-la a recolher o ICMS devido no início do mês seguinte à ocorrência do fato gerador e não no momento de saída de suas mercadorias*.

Observe que o sujeito passivo, ao escolher a via judicial, se protegendo em Medida Liminar de Mandado de Segurança, concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública, conforme Processo nº. 0011845-65.2010.805.0001, optou pela extinção do processo administrativo fiscal, desistindo da defesa com o ingresso em juízo, relativamente à matéria objeto da lide, antes de proferida ou de tornada irrecurável a decisão administrativa.

Assim, em face dos artigos 117 e 122, inciso IV, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, escolhida a via judicial pelo sujeito passivo, fica prejudicada a defesa e extinto o presente processo administrativo, de modo que o CONSEF deve abster-se de julgá-lo, encaminhando-se os autos para inscrição do crédito tributário em dívida ativa, ficando este, contudo, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a decisão final do Judiciário, devendo o processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

Em conclusão, declaro EXTINTO o Processo Administrativo Fiscal, restando PREJUDICADA a defesa apresentada.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a Defesa apresentada e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº **232278.0006/09-8**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**, para que seja o crédito tributário inscrito em dívida ativa, ficando este, contudo, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a decisão final do Judiciário, devendo o processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

Sala de Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA