

A. I. Nº - 124198.0003/09-7  
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)  
AUTUANTE - JORGE LUIZ COSTA DE OLIVEIRA  
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO  
INTERNET 27.06.2011

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0151-05/11**

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. 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\$ 5.643,00, 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 aos DANFE’S de números 20471; 20472 e 20474 de 30.11.2009.

O autuado apresenta defesa, às fls. 20 a 23, na qual alega que o Auto de Infração não merece subsistir, uma vez que 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 sejam 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. 32 a 37, 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 à suas operações normais, isso se deu por sua livre e espontânea vontade, uma vez que era necessária a 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 nos DANFEs nº 20471, 20472 e 20474 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 à 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. 55 a 58 dos autos, na qual apresenta cópia autêntica da sua defesa anterior, anexas às fls. 20 a 23 dos autos, reafirmando sua tese defensiva de que o Auto de Infração não merece subsistir, uma vez que houve o recolhimento do ICMS devido a título de substituição tributária.

O autuante, em nova informação fiscal, às fls. 67 a 72 dos autos, salienta que o autuado despachou o produto com a devida substituição do ICMS, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto em suas operações próprias, conforme preceitua o art. 515-B do RICMS/BA combinado com o Protocolo ICMS 17/2004.

Diz que a legislação que trata do recolhimento do ICMS em suas operações próprias com álcool carburante é clara quando enuncia os ditames a serem seguidos pelos contribuintes, já que o art. 515-B do RICMS faz menção expressa à necessidade do recolhimento antecipado do ICMS relativo à operação própria, no momento da saída de álcool etílico hidratado combustível (AEHC), bem como no referido artigo, no seu item II, de que quando do trânsito da mercadoria a mesma se faça acompanhar do Documento de Arrecadação Estadual (DAE) referente a esta operação.

Registra que, no caso em questão, a mercadoria estava transitando sem o DAE referente à operação própria, fazendo-se acompanhar tão-somente do DAE referente à substituição tributária, que não foi objeto de autuação, do que ressalta que o autuado não possui o benefício exarado no art. 126, IV, item II, do RICMS, para recolhimento até o dia 15 do mês subsequente ao das operações, tendo em vista que a empresa não possui autorização para tanto da COPEC.

Reafirma que, se não houve recolhimento do imposto, em suas operações normais, isso se deu por sua livre e espontânea vontade do contribuinte, mesmo porque é de seu conhecimento a necessidade de autorização da COPEC para gozo de prazo normal de pagamento do tributo, cuja base de cálculo apurada foi a constante dos referidos DANFE. Pede a procedência da exigência.

## 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, REFERENTES AOS DANFE'S DE NÚMEROS 20471; 20472 E 20474 DE 30/11/2009 EM ANEXOS*”.

Assim, após intimar o autuado para tomar conhecimento da real acusação fiscal e reabrir o prazo de defesa, o contribuinte, em nova manifestação, limita-se a apresentar cópia de sua defesa, na qual afirma que o Auto de Infração se refere tão-somente à suposta falta de retenção do ICMS Substituição, devido nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária,

ignorando, portanto, a informação fiscal que consigna que “*Pelo enunciado no Auto de Infração o que se busca é o pagamento do ICMS em suas operações NORMAIS, previsto na legislação acima citada e não o ICMS da substituição tributária feita pelo contribuinte*”.

Sendo assim, por consignar da “Descrição dos Fatos” a irregularidade acima descrita, ou seja, “*FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NORMAL EM SUAS OPERAÇÕES PRÓPRIAS COM ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE, REFERENTES AOS DANFE'S DE NÚMEROS 20471; 20472 E 20474 DE 30/11/2009 EM ANEXOS*”, vislumbro que o autuado não apresentou, em suas razões de defesa, qualquer alegação que viesse a elidir a acusação fiscal, de forma a torná-la improcedente.

Contudo, por ter atuado como relator em outros processos similares, a exemplo do PAF de nº: 210943.0054/09-3; 232278.0006/09-8 e 210663.0001/10-0, nos quais o próprio sujeito passivo, PETRÓLEO DO VALLE LTDA, através de seu sócio, quando da reabertura do prazo de defesa, decorrente da ciência da real acusação fiscal, traz aos autos a informação de que: “...a Impugnante impetrou Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar com o fito de obter a autorização da COPEC para recolher o ICMS por ela 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)”

Como também de que: “...foi concedida a Medida Liminar no sentido de autorizá-la a recolher o ICMS por ela devido no início do mês seguinte (até o dia 9º) à ocorrência do fato gerador, e não no momento de saída de suas mercadorias, como lhe é de direito”

Observo 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 irrecorrível 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 **124198.0003/09-7**, 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 das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA