

A. I. N° - 210546.0601/10-3
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTE - GILSON DA SILVA FERREIRA
ORIGEM - IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 22.12.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0224-01/15

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL PELO SUJEITO PASSIVO. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia à faculdade de discutir a lide na esfera administrativa ou a desistência da impugnação, nos termos do art. 117 do RPAF/99. Defesa do Auto de Infração **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 1.6.10, diz respeito à “Falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria”. No campo Descrição dos Fatos consta que se trata da “Falta de recolhimento do ICMS devido sobre operação própria” nas saídas internas referentes à venda de 17.000 litros de álcool etanol HDR. Imposto lançado: R\$ 6.380,54. Multa: 60%.

O fato foi enquadrado no “Artigo 515-B, inc. II, combinado § 2º aprovado pelo Decreto 6.284/97” [sic], sendo a infração tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei 7.014/96.

O autuado apresentou defesa (fls. 42/46) destacando que a infração descrita no Auto se refere à falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria. O fato consistiria na falta de recolhimento do ICMS normal nas operações próprias com álcool hidratado carburante por motivo de a empresa não ter autorização do COPEC para gozo de recolhimento em prazo normal.

Alega que há contradição na descrição dos fatos quando o autuante faz referência à falta de autorização do contribuinte para gozo do recolhimento em prazo normal. Considera descabido que o fisco exija do contribuinte a obtenção de uma autorização para cumprir suas obrigações fiscais “de maneira normal”.

Reclama que, ao exigir que a empresa pague o imposto da operação própria no momento da saída da mercadoria, o fisco a impede de exercer o seu direito de compensar créditos e débitos mediante a efetivação do critério da não cumulatividade. Argumenta que, por esse critério, todo o ICMS incidente nas etapas anteriores deve ser utilizado como crédito no momento da apuração do imposto devido pela empresa, de modo que tanto o ICMS próprio da usina ou refinaria como parte do ICMS devido pela empresa autuada, que são recolhidos no momento da compra da mercadoria, devem ser compensados quando do recolhimento por parte da empresa autuada, porém, para que a empresa possa utilizar-se do imposto creditado, é necessário que proceda ao encontro de contas entre créditos e débitos, que é feito mês a mês, sendo que, como o fisco exige que o ICMS próprio da empresa seja recolhido quando da saída da mercadoria, aplicando-se a alíquota sobre o preço constante na Nota Fiscal, é impossível obedecer ao critério da não cumulatividade, compensando-se débitos com créditos, uma vez que o valor constante na Nota Fiscal não leva em consideração os créditos dos quais a empresa dispõe para compensação no final do mês, mas tão-somente o preço “cheio” da mercadoria, sem qualquer desconto em função da não cumulatividade. Fundamenta o seu protesto no art. 28 da lei do ICMS e no art. 114 do regulamento.

Protesta que, em face do que dispõe a legislação citada sobre a não cumulatividade, é ilegal a restrição imposta pelo fisco no que se refere ao recolhimento prévio do ICMS próprio da empresa.

Aduz o autuado que, a fim de contornar essa questão, providenciou requerimento no sentido de obter autorização para recolher o imposto no mês seguinte ao da ocorrência do fato gerador, conforme prevê o art. 515-B do RICMS, porém a COPEC se manteve inerte e não se manifestou acerca do aludido pedido de autorização, que foi formulado a 1º.12.09, o que lhe causou diversos transtornos e atrasos no cumprimento das obrigações avençadas com os seus clientes, e, diante da omissão da COPEC, impetrou, em 5.2.10, Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar com o fito de obter autorização da COPEC para recolher o imposto no início do mês seguinte ao da ocorrência do fato gerador, e não no momento da saída das mercadorias, tendo obtido em 10.2.10 a concessão da Medida Liminar pleiteada. Com isso, considera que a autuação é improcedente.

Com fundamento no art. 159, § 1º, II e III, do RPAF, pleiteia que, caso se mantenha o lançamento, sejam excluídos a multa e os juros.

Pede que o Auto de Infração seja declarado improcedente. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 74-75) explicando que o Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS relativo à operação própria nas saídas internas de AEHC com Notas Fiscais sem comprovante do pagamento do imposto, conforme o art. 515-B da norma regulamentar baiana, e o contribuinte não dispõe de autorização da COPEC para recolher o imposto até o dia 9 do mês subsequente ao da operação, conforme prevê o art. 124, I, do RICMS. Assinala que a autorização da COPEC foi objeto de Mandado de Segurança, com Liminar concedida, ficando, porém, suspensos os efeitos em virtude de Agravo de Instrumento interposto pelo Estado, conforme ato publicado em 25.5.10, e por conseguinte na data do presente fato, ocorrido a 1º.6.10, inexistia qualquer medida de cautela em favor do contribuinte, que deveria obedecer à regra do art. 515-B do RICMS. Quanto à alegação do autuado de que, com o procedimento previsto no citado artigo 515-B, teria ficado impedido de utilizar os créditos fiscais relativos às operações anteriores, o fiscal contrapõe que tal protesto é desprovido de razão, em face do disposto no art. 961, I, que prevê solução para este caso mediante a emissão de certificado de crédito.

Opina pela manutenção do lançamento.

Na fase de instrução, tendo em vista a alegação do autuado de que em 5.2.10 foi impetrado Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar visando a obter autorização da COPEC para recolher o ICMS no mês seguinte ao da ocorrência do fato gerador, e em 10.2.10 foi concedida Medida Liminar, e uma vez que o autuado não anexou aos autos cópia da decisão judicial, e considerando-se ainda que na informação fiscal o autuante informou que os efeitos da Liminar foram suspensos em virtude de Agravo de Instrumento interposto pelo Estado, conforme ato publicado em 25.5.10, e, por conseguinte, na data do presente fato, ocorrido a 1º.6.10, inexistia qualquer medida de cautela em favor do contribuinte, o órgão julgador, percebendo que a Medida Liminar é anterior ao presente Auto de Infração, sendo preciso saber a extensão exata e os efeitos da ordem judicial, bem como sua situação na data da ação fiscal, haja vista as informações aduzidas pelo autuante na informação prestada, decidiu enviar o processo à PROFIS para que fosse juntada aos autos cópia da decisão judicial, com informação acerca da extensão e efeitos da Liminar concedida, de modo a se saber se o caso em análise se encontra ou não “sub judice”, com informação relativamente à sua situação na data da ação fiscal, 1º.6.10.

Retornam agora os autos com os despachos às fls. 84-85 e 90-91. O procurador assistente do NRJ fala das dificuldades que houve para responder ao que foi consultado. Informa que:

a) o Mandado de Segurança nº 0011845-65.2010.8.05.0001 foi ajuizado em 5.2.10, e em 10.2.10 o contribuinte obteve Liminar favorável (cópia anexa) determinando que a autoridade coatora

- autorizasse a impetrante a recolher o ICMS no início do mês seguinte à ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 515-B, §§ 1º e 2º, do RICMS;
- b) contra essa decisão foi interposto o Agravo de Instrumento nº 0002719-91.2010.8.05.0000 pelo Estado, em que este obteve provimento favorável em 25.5.10, suspendendo os efeitos da Liminar favorável ao contribuinte, sendo que o Auto de Infração foi lavrado no dia 1º.6.10, ocasião em que a Liminar estava com seus efeitos suspensos;
 - c) o efeito suspensivo concedido ao Agravo de Instrumento, contudo, foi reformado em 8.6.10, posteriormente à data da ocorrência do Auto de Infração, que foi em 1º.6.10;
 - d) a autuação fiscal não estava impedida de ser realizada na data de sua ocorrência, em virtude da decisão que reverteu os efeitos da Liminar no Agravo de Instrumento nº 0002719-91.2010.8.05.0000 em 25.5.10, porquanto tal decisão só tinha sido reformada após a data da autuação, em 8.6.10, produzindo, pois, efeitos “ex nunc”;
 - e) em que pese a decisão que reverteu os efeitos da Liminar no Agravo de Instrumento ter sido reformada, observa-se também que foi deferida a suspensão da Liminar do Mandado de Segurança acima indicado através do Processo nº 0008091-84.2011.8.05.0000 em 28.6.11, de modo que a Liminar em favor do contribuinte segue suspensa;
 - f) apesar de possível a realização da autuação na data de 1º.6.10, sobre o mérito da presente autuação ainda paira o Mandado de Segurança nº 0011845-65.2010.8.05.0001, cujo desfecho está pendente de resolução – o processo encontra-se concluso para sentença –, aplicando-se, portanto, o art. 117 do RPAF;
 - g) caso o presente processo seja julgado procedente, deve ser ajuizada a pertinente Ação Executiva Fiscal, considerando-se que até o presente momento não paira nenhuma Liminar em favor do contribuinte.

VOTO

A infração imputada ao autuado foi descrita nestes termos: “Falta de recolhimento do imposto [ICMS] devido pela operação própria”.

Há uma questão a ser analisada como preliminar, que consiste em se determinar qual o fulcro ou objeto da ação fiscal.

No Auto de Infração, o fato foi enquadrado no “Artigo 515-B, inc. II, combinado § 2º aprovado pelo Decreto 6.284/97” [sic].

Na informação fiscal, a autoridade autuante declarou que o Auto foi lavrado para exigir o ICMS relativo à operação própria nas saídas internas de AEHC com Notas Fiscais sem comprovante do pagamento do imposto, conforme o art. 515-B da norma regulamentar baiana, e o contribuinte não dispõe de autorização da COPEC para recolher o imposto até o dia 9 do mês subsequente ao da operação, conforme prevê o art. 124, I, do RICMS.

Para pôr ordem nas ideias, cumpre que as coisas sejam postas nos devidos lugares:

- a) o art. 515-B citado no enquadramento do fato não foi “aprovado” pelo Decreto 6.284/97. Na verdade, o citado artigo integra o Regulamento do ICMS vigente à época do fato, de modo que o que foi aprovado pelo Decreto 6.284/97 foi o Regulamento, e não o artigo;
- b) o dispositivo regulamentar que previa a possibilidade de o contribuinte obter autorização para recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao da saída era

o § 1º do art. 515-B, e não o inciso I, conforme erroneamente declarou o autuante na informação fiscal;

c) quem tinha competência para emitir a referida autorização era o Diretor de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte, e não a COPEC (Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis), como informou equivocadamente o fiscal autuante.

Posta em bons termos a situação em discussão nestes autos, passo à decisão.

O sujeito passivo impetrhou Mandado de Segurança, Processo nº 0011845-65.2010.8.05.0001, ajuizado em 5.2.10, e em 10.2.10 obteve Liminar determinando que a autoridade coatora autorizasse a impetrante a recolher o ICMS no início do mês seguinte à ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 515-B, §§ 1º e 2º, do RICMS.

Nos termos do art. 117 do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8.001/01, a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso interposto.

Assim, em face do art. 122, IV, do RPAF/99, está extinto o presente processo administrativo, de modo que o CONSEF deve abster-se de julgar, encaminhando os autos à PROFIS para as providências cabíveis, ficando o crédito tributário com sua exigibilidade suspensa, aguardando a decisão final do Judiciário.

Voto pelo NÃO CONHECIMENTO da defesa, por se encontrar prejudicada, ficando extinto o presente processo administrativo, devendo o processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, haja vista que a matéria se encontra “sub judice”, haja vista que, de acordo com o parecer às fls. 90-91, sobre o mérito da questão em análise ainda paira Mandado de Segurança cujo desfecho está pendente de resolução – o processo encontra-se concluso para sentença.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa e declarar **EXTINTO** o presente processo administrativo fiscal, relativo ao Auto de Infração nº **210546.0601/10-3**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**, devendo o processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, haja vista que a matéria se encontra “sub judice”.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2015

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR