

A. I. Nº - 206923.0009/17-2
AUTUADO - TOTAL DISTRIBUIDORA S/A
AUTUANTE - ANDRES MIGUEL ESTEVEZ MOREIRA
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 01/08/2018

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0104-03/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BIODIESEL B100 E ÁLCOOL ANIDRO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica em renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme Art. 126 do COTEB. Não acolhida a preliminar de decadência. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/09/2017, exige crédito tributário em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01- 02.01.01- Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente as operações escrituradas nos livros fiscais próprios. O contribuinte deixou de recolher o valor correspondente ao ICMS apurado, com base no valor unitário médio e na alíquota média ponderada das entradas de AEAC ou de B100 ocorridas no mês, referente a operações interestaduais com os produtos resultantes da mistura de gasolina com AEAC ou da mistura de óleo diesel com B100, conforme prevê a Cláusula vigésima primeira, §§ 10 e 11, do Convênio ICMS 110/07. Nos termos da designação contida no decreto do Governador, publicado no DOE de 06 de janeiro de 2015, e com amparo no inciso II, do Art. 39 da Lei complementar 34/2009, não há óbice para lançamento concernente aos fatos geradores ocorridos até 21/02/2016. Infração registrada nos meses de janeiro a dezembro de 2012 a 2015, no valor de R\$2.489.470,73, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

O Autuado apresenta defesa (fls. 121 a 139), inicialmente abordando a sua tempestividade, para em seguida fazer uma síntese dos fatos que ensejaram a autuação.

Prossegue ressaltando que a autuação deve ser desconstituída, porque não há que se falar em aplicação dos efeitos modulatórios para as empresas que já estavam discutindo judicialmente a inconstitucionalidade dos §§ 10 e 11 da Cláusula vigésima primeira do Convênio ICMS 110/07, caso do Autuado, mediante os Mandados de Segurança nº 0083506-70.2011.8.05.0001 e 0083509-25.2011.8.05.0001, os quais estão respectivamente, no TJ/BA para julgamento da apelação, e no STF para julgamento do Recurso Extraordinário nº 97.1972, impetrados pelo Autuado.

Afirma que a decisão do STJ impede a lavratura de Auto de Infração, ocorrida em 25/09/2017, após a entrada em vigor da referida modulação, em 22/02/2016, e anexou parecer de Roque Antonio Carrazza, para sustentar sua tese quanto à não interferência da modulação dos efeitos para as empresas que já haviam buscado a tutela jurisdicional.

Explica a sistemática de tributação dos combustíveis nas operações interestaduais, a posição da maioria dos Ministros do STF e a modulação temporal dos efeitos da decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.171/DF, anexando cópia de Embargos de Declaração opostos pelo Partido Social Liberal para que o STF se manifeste sobre a modulação híbrida dos efeitos da ADI 4.171/DF, ainda pendente de julgamento.

Aduz que é entendimento pacífico do STF, que a modulação dos efeitos não deve atingir as ações anteriormente ajuizadas, conforme ementa da ADI 4.628/DF, que transcreve juntamente com trecho de voto do Ministro Gilmar Mendes, e registra que já existe decisão liminar neste sentido, proferida pelo TJ/MA nos autos do Mandado de Segurança nº 39212-50.2015.8.10.0001.

Transcreve o art. 27 da Lei 9.868/99, alegando que o mesmo prevê a possibilidade de modulação de efeitos nas ações de controle de constitucionalidade em sede de controle concentrado. Dessa forma, considera que a aplicação dos efeitos modulatórios às declarações de inconstitucionalidade de norma em controle concentrado, deverá ser feita em razão do princípio da segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Enfatiza que no presente caso, a eficácia da declaração de inconstitucionalidade do estorno de crédito de ICMS de AEAC e B100 prolatada nos autos da ADI 4171/DF, foi modulada para 6 meses após a publicação do acórdão, que ocorreu em 21/08/2015. Desta feita, sendo aplicada a regra da modulação dos efeitos, entende que o fisco só poderia ter lavrado o auto de infração até o dia 21/02/2016, pois a partir de 22/02/2016, a declaração de inconstitucionalidade do estorno de crédito de ICMS de AEAC e B100, já estava em pleno vigor.

Argumenta que a multa de 60% é inaplicável, por não ter descumprido obrigação tributária principal, já que o tributo exigido foi declarado inconstitucional pelo STF, por ser exorbitante e constituir caráter confiscatório, citando ementa de julgado do STF.

Assevera que o valor aplicado a título de atualização monetária não tem previsão legal, além de ser exorbitante, e requer a improcedência do Auto de Infração, a suspensão do julgamento até a decisão final do mérito dos Mandados de Segurança nº 0083506-70.2011.8.05.0001 e 0083509-25.2011.8.05.0001, o cancelamento da multa no percentual de 60% e o reajuste do valor aplicado a título de atualização monetária para um patamar razoável e proporcional.

O Autuante apresenta Informação Fiscal (fls. 185 a 188), onde salienta que o Autuado não contestou os valores levantados no Auto de Infração, que se referem a valores calculados e declarados, através do Anexo VIII do sistema SCAN, correspondentes às operações de vendas interestaduais de etanol anidro e biodiesel.

Alega que o Art. 142 do CTN, concede ao Fisco o prazo de 5 (cinco) anos para a constituição do crédito tributário, e que a ADI 4.171/DF, efetivamente determinou que só pode ser lavrado Auto de Infração decorrente de fatos geradores ocorridos até 21/02/2016, não impedindo a lavratura de Auto de Infração após a referida data.

Sustenta que a discussão judicial por meio de Mandado de Segurança não tem nenhum resultado prático porque a decisão na ADI 4.171/DF resolveu definitivamente a questão dos estornos de créditos de etanol anidro e biodiesel nas operações interestaduais.

Fala que se exime de comentar quanto às questões de multa e atualização monetária por se tratar de matérias cuja competência para julgamento e parecer cabem ao CONSEF e à PROFIS.

Ao final, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Inicialmente devo destacar que o lançamento obedeceu a todos os requisitos previstos na norma, para validade e consequente produção de efeitos, especialmente quanto à observância do art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

O Auto de Infração em lide é composto de uma única infração, na qual se imputa ao Autuado a falta de recolhimento do imposto decorrente do estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor correspondente ao ICMS diferido, apurado com base no valor unitário médio e na alíquota média ponderada das entradas de álcool anidro e biodiesel B100, ocorridas nos meses de janeiro a dezembro de 2012 a 2015.

O lançamento fiscal tem por base probatória as informações fornecidas pelo contribuinte,

extraídas do Anexo VIII do SCANC (Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis), que documenta as quantidades de álcool anidro e biodiesel B100, misturados respectivamente à gasolina A e ao óleo diesel, derivados de petróleo, objeto de saídas interestaduais nas etapas subsequentes de circulação, com não incidência do imposto, por força das disposições do Art. 155, II, e §2º, X, “b” da Carta Magna, Lei Complementar nº 87/96 e Lei Estadual nº 7.014/96.

Consta nos autos que o Autuado, em momento anterior ao início da ação fiscal, propôs os Mandados de Segurança nº 0083506-70.2011.8.05.0001 e 0083509-25.2011.8.05.0001, mas não há impedimento ao exercício do direito da Fazenda Pública estadual de efetuar o lançamento, nos termos do Art. 142 do CTN. Significa dizer, que deve o lançamento ser efetuado no intuito de prevenir a decadência.

O Art. 117 do RPAF/BA dispõe que:

“Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - 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.

§ 2º A ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário, salvo quando:

I - acompanhada do depósito do seu montante integral;

II - concedida medida liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão.

§ 3º A suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de depósito do valor ou de concessão de medida liminar em mandado de segurança não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

§ 4º Quando o contribuinte ou responsável, antecipando-se a procedimento administrativo ou medida de fiscalização, promover contra a fazenda pública estadual qualquer ação judicial em que se discuta matéria tributária, a repartição fiscal competente deverá providenciar e fornecer à Procuradoria Geral do Estado, por provocação desta:

I - Termo de Ocorrência, a ser imediatamente lavrado para apurar a situação tributária do contribuinte, com relação à questão discutida em juízo;

II - os elementos de informação que possam facilitar a defesa judicial da Fazenda Pública e a completa apuração do crédito tributário.

§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, se a matéria discutida envolver procedimentos futuros, serão realizadas verificações periódicas para controle das atividades tributáveis.”

Já os artigos 126 e 127-C, IV, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB estabelecem que:

“Art. 126. 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.

...

Art. 127-C. Encerra-se o processo administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

...

IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial.”

Conforme se verifica da leitura dos dispositivos legais acima reproduzidos, a escolha pelo Contribuinte pela via judicial, importa em desistência da defesa pela via administrativa, situação na qual o processo deve ser encaminhado à PGE/PROFIS, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, inclusive acompanhamento do processo no âmbito do judiciário.

Ressalto ainda, que conforme disposto no Art. 167, I a III do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de invalidade em tese de lei ou outro ato normativo vigente no ordenamento jurídico, a negativa de aplicação de ato normativo emanado dos poderes Legislativo e Executivo, e as decisões transitadas em julgado proferidas por membros do Poder Judiciário.

Diante do exposto, fica PREJUDICADA a análise do mérito da defesa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do mérito da defesa apresentada, referente ao Auto de Infração nº **206923.0009/17-2**, no valor de **R\$2.489.470,73**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, inciso II, “f” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, lavrado contra **TOTAL DISTRIBUIDORA S/A**, diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, em razão da propositura de medida judicial, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme Art. 126 do COTEB.

Sala das Sessões do CONSEF, em 27 de junho de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA