

A. I. Nº - 269101.0004/18-4
AUTUADO - SUPERIOR ENERGY SERVICES – SERVIÇOS DE PETRÓLEO DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - LUIZ CÉSAR OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28.11.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0206-04/18

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. ENTRADAS E SAÍDAS INTERESTADUAIS. TRANSFERÊNCIAS DE BENS PARA O ATIVO FIXO E MATERIAIS PARA USO OU CONSUMO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Defesa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, fica suspensa. 2. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no artigo 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e se aplica ao presente caso, pois o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente. Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, conforme regra inserta nos artigos 101, § 3º, e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito no prazo de trinta dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo, ou a Decisão final de mérito seja desfavorável ao contribuinte. Mantida a exigência da multa. Defesa **PREJUDICADA** em relação à obrigação principal. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 27/03/18 objetivando reclamar crédito tributário no valor de R\$684.391,04, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em face da seguinte acusação: *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, devidamente escrituradas”*. Foi acrescentada a seguinte observação: *“Infração com a exigibilidade suspensa por força da liminar MS nº 0524591-63.2014.8.05.0001. A empresa ora auditada é do ramo de exploração de petróleo, a qual opera na prestação de serviços de apoio à extração de petróleo e gás natural para a Petrobrás, sendo responsável pela compra e manutenção de seus equipamentos. Como a empresa é responsável pela manutenção de seu ativo (equipamentos) é devedora da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de mercadorias para o seu ativo, peças de reposição para o seu ativo, materiais de uso ou consumo, exceto de mercadorias que são consumidas e incorporadas na execução dos serviços. As transferências interestaduais de mercadorias do ativo permanente e uso/consumo entre estabelecimentos da mesma empresa são reguladas pelo Convênio 19/91”*.

Consta, ainda, que *“Para não aplicar as determinações do Convênio 19/91, por desconhecimento ou outra intenção, a empresa entrou com Mandado de Segurança na Justiça Estadual da Bahia*

para não efetuar pagamento do ICMS diferença de alíquotas na entrada no Estado da Bahia, não tributar as transferências para outros Estados e não se creditar dos créditos fiscais originários, ou seja, anular as normas do Convênio 19/91 com a alegação de que o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte não constitui fato gerador do ICMS (Súmula 166).

Esclareceu o autuante que os valores reclamados foram obtidos da seguinte forma: inserção dos valores mensais obtidos referentes à DIFAL, débito sobre transferências 12% e créditos fiscais originários sobre transferências – 17% ou 18%, na apuração do ICMS entre os anos de 2015 e 2016, obtendo, desta maneira, os valores reclamados conforme planilha fl. 12.

Regularmente cientificado do lançamento o autuado ingressou com Impugnação conforme fls. 56 a 60 afirmando inicialmente que o lançamento fiscal merece ser parcialmente desconstituído.

Em seguida passou a arguir a inaplicabilidade da multa de mora em decorrência da suspensão da exigibilidade do imposto. Para tanto, citou que o lançamento tem como base, exclusivamente, operações de transferências de equipamentos do ativo fixo e de material de uso e consumo entre seus estabelecimentos.

Pontua que a questão envolvendo a exigibilidade do ICMS sobre as referidas operações já se encontra pacificada pelo poder Judiciário, sendo inclusive prestigiada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia conforme faz prova a própria decisão citada pelo autuante, exarada a seu favor, nos autos do Mandado de Segurança nº 0524591-63.2014.8.05.0001.

Assevera que a mencionada decisão torne inexigível o ICMS nas operações de entradas e de saídas interestaduais decorrentes de transferências de mercadorias de uso/consumo e ativo fixo entre seus estabelecimentos, visto que o Judiciário entende que em tais operações existe apenas mera circulação física de bens, situação que não legitima a incidência de ICMS por inexistência de fato gerador.

Pontua que não serve de amparo à pretensão fiscal de cobrança de tributo interpretações extraídas da isolada leitura de disposições da Lei Complementar nº 87/96 (art. 12, inciso I) da legislação estadual ou do Convênio ICMS 19/91, ante a evidente inconstitucionalidade de tais normas.

Após citar doutrina, observa que é fato que o Mandado de Segurança citado pende de julgamento pelo Tribunal de Justiça deste Estado, do recurso de apelação interposto pelo Estado da Bahia e, como ainda não há decisão transitada em julgado no sentido de proibir a tributação das operações de transferências de ativo fixo e materiais de consumo realizados entre os seus estabelecimentos, o autuante tem o dever de lavrar o Auto de Infração a fim de prevenir a “prescrição”.

Por outro lado advoga que a autuação não deve contemplar a incidência de multa de mora porque estando a exigibilidade do tributo suspensa, não há a obrigação de recolhê-lo enquanto perdurarem os efeitos da liminar obtida em seu favor. Portanto, se não há exigibilidade, ainda que temporária, não há mora.

A este respeito menciona o disposto pelo § 2º do Art. 63 da Lei nº 9.430/1996 que “a interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência de multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição”.

Esclarece ser cediço que a mencionada lei dispõe sobre a legislação tributária federal, contudo, na forma do art. 108, I do CTN o Fisco pode se utilizar da analogia para aplicá-la ao presente caso.

Em conclusão requer que seja acolhida a Impugnação para o fim de se determinar a retificação do presente Auto de Infração, excluindo-se a multa, devendo o crédito tributário principal permanecer com a exigibilidade suspensa até o julgamento final do Mandado de Segurança.

O autuante apresentou Informação Fiscal de acordo com as fls. 135 a 140, onde após reproduzir os termos constantes da peça inicial e elaborar uma síntese dos argumentos defensivos, observou que o lançamento em questão encontra-se com a exigibilidade suspensa por força do Mandado de Segurança nº 0524591-63.2014.8.05.0001, pontuando que na defesa não houve contestação pelo

autuado do levantamento elaborado, base para a autuação, o que significa que se a liminar cair o autuado aceitará o valor exigido integralmente.

Diz que o Mandado de Segurança foi baseado na Súmula 166 que prescreve que não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Observa que a quase totalidade dos bens de ativo e material de consumo adquiridos pela matriz do autuado, localizada no estado do Rio de Janeiro ficando todo o ICMS incidente dessas aquisições em poder desse Estado, enquanto que com a concessão da liminar, sem a aplicação do Convênio 19/91 as ditas transferências interestaduais entrariam no Estado da Bahia desoneradas de tributação e, da mesma forma também sairiam, sem efetuar a partilha do ICMS entre os Estados.

Conclui pontuando que cabe a Procuradoria do Estado fazer a contestação da Liminar e quanto à multa remete ao órgão julgador se pronunciar.

VOTO

De acordo com a descrição contida na inicial o lançamento em questão diz respeito aos seguintes fatos: *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, devidamente escrituradas, tendo sido acrescentada a seguinte observação: “Infração com a exigibilidade suspensa por força da liminar MS nº 0524591-63.2014.8.05.0001. A empresa ora auditada é do ramo de exploração de petróleo, a qual opera na prestação de serviços de apoio à extração de petróleo e gás natural para a Petrobrás, sendo responsável pela compra e manutenção de seus equipamentos. Como a empresa é responsável pela manutenção de seu ativo (equipamentos) é devedora da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de mercadorias para o seu ativo, peças de reposição para o seu ativo, materiais de uso ou consumo, exceto de mercadorias que são consumidas e incorporadas na execução dos serviços. As transferências interestaduais de mercadorias do ativo permanente e uso/consumo entre estabelecimentos da mesma empresa são reguladas pelo Convênio 19/91”*. Consta, ainda, que *“Para não aplicar as determinações do Convênio 19/91, por desconhecimento ou outra intenção, a empresa entrou com Mandado de Segurança na Justiça Estadual da Bahia para não efetuar pagamento do ICMS diferença de alíquotas na entrada no Estado da Bahia, não tributar as transferências para outros Estados e não se creditar dos créditos fiscais originários, ou seja, anular as normas do Convênio 19/91 com a alegação de que o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte não constitui fato gerador do ICMS (Súmula 166).*

Da análise das peças processuais, vejo que o autuado, antecipando-se à atuação fiscal, obteve liminar em 26/05/2014, fls. 10 e 11, nos autos da Ação de Mandado de Segurança nº 0524591-63.2014.8.05.0001, no Juízo de Direito da 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca desta Capital, no sentido de que o Fisco estadual *“se abstenha de exigir o ICMS referente às transferências de materiais e equipamentos de uso e consumo e ativo fixo realizadas entre os estabelecimentos da Impetrante, sem que isso importe qualquer outra restrição fiscalizadora”*.

Os fatos não foram negados pelo autuado. Este apenas alegou em relação ao mérito, que em face da Liminar concedida em razão do mencionado Mandado de Segurança que impetrou, a questão envolvendo a exigibilidade do ICMS sobre as referidas operações já se encontra pacificada pelo poder Judiciário, conforme faz prova a própria decisão citada pelo autuante, exarada a seu favor, nos autos do Mandado de Segurança nº 0524591-63.2014.8.05.0001, a qual está pendente de Decisão final pelo Tribunal de Justiça deste Estado, reconhecendo, entretanto, que o Fisco tem o dever de lavrar o Auto de Infração, a fim de prevenir a decadência, cabendo desta maneira, ao Poder Judiciário, ditar a última palavra sobre a questão.

De maneira que, conforme se observa linhas acima quanto aos aspectos jurídicos, estes se encontram *“sub judice”* no âmbito do Poder Judiciário, de modo que este Conselho deve abster-se de apreciar a matéria de direito, haja vista que, 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 à renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso interposto.

Por outro lado, quanto à multa por descumprimento da obrigação principal e aos acréscimos moratórios, objeto da insurgência pelo autuado, é necessário a sua inclusão no lançamento de ofício, primeiro, porque são consectários do ICMS exigido, e segundo, para que possam ser cobrados se a Decisão liminar for cassada ou se não for confirmada quando do julgamento final de mérito do Mandado de Segurança impetrado. Assim é que a multa por descumprimento da obrigação principal proposta pelo autuante, é a prevista no artigo 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e se aplica ao presente caso, pois o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente, enquanto que os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, conforme regra inserta nos artigos 101, § 3º, e 102, § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Entretanto, entendo que deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito no prazo de 30 (trinta) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial.

Assim, em face do disposto pelo Art. 122, IV do RPAF/99, fica extinto o presente processo administrativo fiscal, mantendo-se a multa aplicada na forma acima mencionada, de modo que os autos devem ser encaminhados à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, ficando este, contudo, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a decisão final do Judiciário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa no que tange à obrigação tributária principal, e **PROCEDENTE**, em relação às penalidades e cominações legais, mantendo inalterado o lançamento de ofício promovido por meio do Auto de Infração nº **269101.0004/18-4**, lavrado contra **SUPERIOR ENERGY SERVICES – SERVIÇOS DE PETRÓLEO DO BRASIL LTDA.**, no valor de **R\$684.391,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a” da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV do Código Tributário Nacional. Caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial, a repartição competente deve intimar o autuado para quitar o débito, no prazo de 30 (vinte) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal. Após o decurso do referido prazo sem a efetivação do pagamento, todas as penalidades indicadas na autuação devem ser incluídas no cálculo do débito ora exigido.

Sala das Sessões do CONSEF, em 14 de novembro de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR