

A. I. N° - 03642023/98
AUTUADO - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A
AUTUANTES - ANDRÉS MIGUEL ESTEVEZ MOREIRA e MARCOS ANTÔNIO DA S. CARNEIRO
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI

RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO

Retificação do Acórdão nº 0481-02/02, de 23 de dezembro de 2002, exarado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal deste Colegiado, solicitada pelo Sr. Presidente desta 2ª JJF, de acordo com o art. 164, § 3º, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 9 de julho de 1999, para complementação da resolução no que diz respeito a interposição de Recurso de Ofício, por se enquadrar no disposto no art. 169, I, “a”, item 1, com redação dada pelo Decreto nº 7.851/00.

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0481-02/02

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO DE SAÍDA DE ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO. A lei atribui ao remetente de combustíveis e lubrificantes derivados ou não de petróleo situados em outras Unidades da Federação, a condição de substitutos tributários para efetuar o recolhimento do ICMS incidente sobre as operações subsequentes a serem realizadas neste Estado. Excluídos os valores comprovados pelo autuado. **2. ACRÉSCIMOS TRIBUTÁRIOS. ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS. PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO DO IMPOSTO.** O pagamento de débito tributário fora do prazo legal, mesmo espontâneo, está sujeito a acréscimos moratórios. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/01/1998, refere-se a exigência de R\$3.422.272,89 de imposto, mais acréscimos moratórios, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Falta de retenção do ICMS nas operações com destino a comercialização e para uso ou consumo do destinatário, deixando de efetuar o recolhimento do imposto através de GNR, descumprindo o Convênio 105/92, incorporado à legislação estadual através do Decreto 1855/92. Exercícios de 1993 a 1997.
2. Pagamento do ICMS fora do prazo regulamentar, descumprindo o estatuído no Convênio 105/92, tendo a incidência da multa prevista no art. 61, inciso IX, da Lei nº 4.825/89. Exercícios de 1994 a 1996.

O autuado apresentou preliminar de nulidade por entender que houve preterição do direito de defesa, alegando que a descrição do fato deve ser precisa, possibilitando o autuado defender-se,

que o fisco autuou sob um único fundamento e condutas diversas, e que deve haver real possibilidade de defesa com a delimitação precisa da conduta fática ensejadora do enquadramento jurídico. Quanto ao mérito, alegou que o Convênio 112/93, com efeito retroativo, esclareceu interpretações conflitantes sobre aplicação de dispositivos do Convênio 105/92. Requer dispensa da multa, considerando que a infração relativa aos dispositivos que apresentaram dúvidas quanto a sua interpretação exclui a aplicação de penalidades. Esclarece que em relação às notas fiscais consignadas nos demonstrativos de fls. 01 a 35, já houve lavratura de Autos de Infração anteriores, alguns deles considerados improcedentes. Nos demonstrativos de fls. 36 a 65 se referem ao fornecimento de produtos cujos destinatários estavam amparados por liminares. Argumentou que, de acordo com a Douta Profaz, a concessão de liminar não impede o lançamento do crédito tributário através de Auto de Infração. Entretanto, o lançamento do ICMS é feito por homologação, e o sujeito passivo tem o dever de antecipar o tributo sem o devido exame na esfera administrativa. O autuado informou que não antecipou e recolheu o imposto, exatamente pelo fato de o cliente estar amparado por medida judicial que impossibilitava a venda com incidência do ICMS. O contribuinte esclareceu que não foi parte em qualquer polo na demanda judicial, deixando de recolher o ICMS em decorrência de ofício proveniente do Juízo que concedeu as liminares. Informou ainda que as liminares foram cassadas, apesar de não ter tomado ciência. Disse que na página 36 do demonstrativo elaborado pelo autuante (fl. 53 do PAF), constam as NFs 370032 e 370071, mas existe impossibilidade de cobrança do ICMS, por se tratar de entrega de material em regime de comodato, onde não há incidência do imposto. As NFs relacionadas no demonstrativo página 43 (fl. 60 do PAF) tratam de simples faturamento em virtude de contrato, tendo sido o imposto destacado e recolhido na entrega física da mercadoria, por nota de simples remessa. Já as notas fiscais 50863 e 50866 (fl. 65), são relativas a faturamentos de clientes com contrato de mútuo, e o ICMS foi recolhido quando da remessa dos produtos, sendo isento quando destinado a consumidor final. No demonstrativo da página 40 (fl. 57 do PAF), há duas Notas Fiscais de números 415932 e 416240, sendo que, a penúltima foi cancelada e substituída pela última. Disse que a cliente não possui inscrição estadual na Bahia e o destaque do ICMS foi efetuado pela alíquota do Estado do Espírito Santo.

Os autuantes apresentaram informação fiscal mantendo a autuação, dizendo que à luz do art. 100, inciso I, do CTN, a multa referente ao item 1 deve ser excluída ou dispensada com base no art. 59 § 1º, II do RPAF, aprovado pelo Dec. 28.596/81. Informam que as autuações relacionadas no documento 01 anexo à defesa foram julgadas improcedentes porque os Autos de Infração foram lavrados contra os destinatários e não se relacionam com o presente AI. Em relação às liminares, o procedimento fiscal foi efetuado sob orientação da PROFAZ, considerando que nos casos de medida liminar deve ser efetuado o lançamento, esclarecendo-se ao contribuinte que a exigibilidade do crédito apurado ficará suspensa em face da liminar concedida. Quanto à alegação de que a venda de álcool hidratado com destino a consumidor final deve ser tributada à alíquota integral e o ICMS devido somente ao estado de origem, esclarecem que nas operações interestaduais com lubrificantes e combustíveis prevalece o entendimento normatizado pelo Convênio 105/92 e alterações. Houve também o argumento de que não foram apresentados os comprovantes dos recolhimentos que o autuado alega ter efetuado.

O PAF foi convertido em diligência à INFAZ de origem para o autuado anexar aos autos comprovantes das alegações defensivas, sendo atendido, conforme documentos de fls. 146 a 309.

Em 21/05/2001 o PAF foi convertido em diligência à PROFAZ para a necessária orientação quanto ao procedimento a ser adotado, considerando a existência de medidas judiciais, e o entendimento de que a liminar concedida não impede o lançamento do crédito tributário com a lavratura do Auto de Infração, sendo atendido, conforme parecer datado de 06/12/2002.

VOTO

Analizando inicialmente as preliminares de nulidade argüidas pela defesa, constatei que o PAF está revestido das formalidades legais, haja vista que estão determinados o contribuinte, o autuado, o montante do débito e a natureza da infração apurada.

Observo que a descrição dos fatos foi efetuada de forma clara, ficando evidente o enquadramento legal e a irregularidade apurada, e pela leitura da peça defensiva, constata-se que o contribuinte entendeu perfeitamente a natureza da infração que lhe foi imputada, bem como a base de cálculo do imposto apurado. Assim, constata-se que não estão presentes os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa.

Quanto ao mérito, observo que o primeiro item do Auto de Infração se refere à falta de retenção e recolhimento do ICMS pelo regime da substituição tributária, relativamente a operação de saída de mercadoria de estabelecimento industrial com destino a contribuintes deste Estado.

Os fatos apurados estão relacionados ao Convênio ICMS 105/92, segundo o qual, fica atribuída ao remetente de combustíveis e lubrificantes, a condição de contribuintes substitutos relativamente ao ICMS incidente sobre esses produtos (cláusula primeira).

O disposto no convênio 105 foi integrado à legislação do Estado da Bahia através do Decreto 1.855, de 29/12/92, ficando estabelecida no art. 1º a atribuição para o remetente da mercadoria objeto da autuação, efetuar o recolhimento do ICMS incidente sobre as operações subseqüentes a serem realizadas neste Estado.

O Convênio 112/93 firmou entendimento quanto à aplicação dos dispositivos estabelecidos no Convênio 105/92, sem criar qualquer norma, servindo apenas para esclarecer dúvidas por acaso existentes.

Assim, na cláusula primeira do Convênio 112/93, ficou esclarecido que a cláusula primeira do Convênio 105/92 é aplicável a todas as operações efetuadas, inclusive quando se tratar de operações que se destinem a consumidor final localizado em outro Estado.

Entendo que a exigência do imposto está inserida nas condições estabelecidas no Convênio 105/92, sendo integrado à legislação deste Estado em dezembro de 1992, por meio do Decreto 1.855/92 e o débito apurado se refere ao período a partir de janeiro de 1993.

O PAF foi convertido em diligência à INFAZ de origem para intimar o autuado a apresentar os documentos comprobatórios das alegações defensivas com relação às medidas judiciais, recolhimentos efetuados e contratos de comodato, sendo anexados aos autos os documentos de fls. 146 a 309. Assim, analisarei a seguir os pontos alegados pela defesa e sua repercussão no imposto apurado neste primeiro item do Auto de Infração.

Quanto a alegação de que os demonstrativos de fls. 19 a 52 (páginas 01 a 35) já foram objeto de Autos de Infração anteriores, constatei que, exceto o último AI, de nº 74526632, de 14/11/94 (consignado à 96 do PAF), os demais foram lavrados entre os dias 15 e 19 de janeiro de 1993 e as notas fiscais objeto da autuação foram emitidas durante o exercício de 1993, que integrou o levantamento fiscal.

Em atendimento à diligência encaminhada pela 4ª JF, foi anexada à fl. 314 dos autos a Comunicação Interna 371/00, expedida pelo GAB / IFMT / REGIÃO METROPOLITANA DE

SALVADOR, onde estão relacionados os Autos de Infração e respectivas notas fiscais, sendo juntadas as xerocópias juntamente com os correspondentes Termos de Apreensão (fls. 315 a 386 do PAF).

Confrontando esses Autos de Infração, relacionados pela defesa (fl. 96) com o levantamento fiscal constatei que, efetivamente, as correspondentes notas fiscais já foram objeto de Autos de Infração anteriores, por isso, entendo que os respectivos valores devem ser excluídos, conforme quadro abaixo:

D A T A	NOTA FISCAL Nº	AUTO INFRAÇÃO ANTERIOR	A. I. 03642023/98 VALOR A EXCLUIR
08-Jan-93	324418	468208	664.946,60
08-Jan-93	324436	468208	1.199.243,70
08-Jan-93	324437	468208	1.320.858,63
08-Jan-93	324480	468208	997.419,90
14-Jan-93	325047	468212	16.217.267,45
14-Jan-93	325109	468211	10.457.769,30
14-Jan-93	325148	468154	9.210.152,06
14-Jan-93	325179	468210	4.247.290,29
14-Jan-93	325184	468209	16.795.502,13
15-Jan-93	325243	468152	14.736.243,34
15-Jan-93	325284	468219	8.545.886,48
15-Jan-93	325295	468160	7.502.136,01
15-Jan-93	325296	468222	8.700.133,63
15-Jan-93	325307	468223	8.753.104,40
15-Jan-93	325308	468221	8.513.257,13
15-Jan-93	325313	468220	8.560.717,86
15-Jan-93	325316	468218	8.821.751,42
15-Jan-93	325329	468151	8.608.178,58
15-Jan-93	325355	6842550	8.646.740,31
15-Jan-93	325391	468153	8.344.178,61
18-Jan-93	325473	6841583	8.513.257,13
18-Jan-93	325497	6842594	8.637.841,33
18-Jan-93	325515	6842605	8.750.560,54
18-Jan-93	325517	6842650	3.764.224,18
18-Jan-93	325542	6842870	14.736.243,34
18-Jan-93	325615	6842902	6.626.473,22
18-Jan-93	325616	6842913	7.700.292,33
18-Jan-93	325669	6842847	6.706.877,69
18-Jan-93	325670	6842858	7.765.719,33
18-Jan-93	325687	6844891	8.714.965,00
TOTAL DO MÊS DE JANEIRO/93			242.759.231,92
			R\$88,28
14-Nov-94	405444	74526632	1.813,05

Outro ponto impugnado pela defesa (item 13) é quanto aos demonstrativos de fls. 53 a 83 do PAF (páginas 36 a 66). Foi alegado que os mesmos se referem ao fornecimento de produtos cujos

destinatários estavam amparados por liminares. Solicitadas as necessárias comprovações a defesa apresentou xerocópias das liminares concedidas relativamente às seguintes empresas: Atlântica Derivados de Petróleo – fls. 150 a 152 (liminar concedida em 28/04/94); Teixeira de Freitas Derivados de Petróleo – fls. 153 a 155 (liminar concedida em 29/12/93); TRR TF Derivados de Petróleo – fls. 156 a 158 (liminar concedida em 20/10/95). (exemplos: NFs fls. 97, 98, 99). Conforme alegações defensivas, o contribuinte não tomou conhecimento se houve ou não cassação de alguma liminar.

De acordo com o Parecer de fls. 397/398, a PROFAZ esclareceu que as liminares apresentadas pelo autuado não impedem o lançamento fiscal, que a concessão de liminar não impede o Fisco de exercer o seu dever de autuar. Foram indicados Mandados de Segurança que já transitaram em julgado a favor do Estado da Bahia, e por isso, as liminares perderam a eficácia, existindo outro Mandado de Segurança aguardando decisão do Tribunal de Justiça.

Foi sugerido pela PROFAZ que seja constituído o crédito tributário em definitivo e antes da inscrição do débito em dívida ativa, sejam pesquisados os andamentos dos Mandados de Segurança. Assim, não é acatada a alegação defensiva quanto às liminares indicadas pelo autuado.

Outro questionamento da defesa (item 19) é quanto às NFs 370032 e 370071 (fl. 53), sob a alegação de que existe impossibilidade de cobrança do imposto por se tratar de entrega de material em regime de comodato, onde não há incidência do imposto. Foi solicitada a apresentação dos respectivos contratos, sendo atendido com a juntada das xerocópias de fls. 248 a 265 dos autos.

Analisando os documentos acostados aos autos pela defesa constatei que a NF 370071 (fl. 248) se refere a tanque 15 m³, e no contrato de fls. 253 a 262 firmado entre a Petrobrás e Bahia Sul Celulose S/A consta na cláusula terceira (fl. 256) o empréstimo deste equipamento pela Petrobrás sob o regime de comodato. Logo, o imposto, no valor de CR\$51.204,82 (R\$18,62), deverá ser excluído do levantamento fiscal (fl. 53 do PAF). Quanto à NF 370032, não houve apresentação da necessária comprovação pelo defendente.

Nas alegações defensivas, fl. 93 (item 20) foi informado que em relação às NFs 415932 e 416240 “a penúltima foi cancelada e substituída pela última”, e que a cliente não possui inscrição no Estado da Bahia, e por isso, o destaque do ICMS foi efetuado pela alíquota do Estado do Espírito Santo. Entretanto, de acordo com a cláusula primeira do Convênio 112/93, a antecipação tributária estabelecida na cláusula primeira do Convênio 105/92 é aplicável a todas as operações efetuadas, inclusive quando se tratar de operações que se destinem a consumidor final localizado em outro Estado.

Também foi alegado (item 21) que as NFs de números 459016, 459017, 459018, 459019, 459020, 459021, 459022, 459023, 459112, 459113, 459114, relacionadas no demonstrativo 43 (fl. 60) tratam de simples faturamento em virtude de contrato, tendo sido o imposto destacado e recolhido na entrega física da mercadoria, por nota de simples remessa. Intimado a apresentar as necessárias comprovações, o autuado anexou aos autos xerocópias de notas fiscais de entrega de produtos e respectivos registros em livro fiscal, fls. 159 a 179 dos autos, constando em cada documento fiscal objeto da autuação, fls. 181 a 190 do PAF a indicação da nota fiscal de faturamento antecipado, conforme quadro abaixo:

NOTA FISCAL	DATA	NOTA FISCAL CORRESPONDENTE		
		Nº	DATA	FL. do PAF
459016	18/11/95	449881	18/09/95	172
459017	18/11/95	449460	15/09/95	163

459018	18/11/95	449281	14/09/95	161
459020	18/11/95	449824	18/09/95	170
459021	18/11/95	449582	15/09/95	168
459022	18/11/95	449159	13/09/95	159
459023	18/11/95	449580	15/09/95	167
459112	18/11/95	449943	19/09/95	175
459113	18/11/95	449945	19/09/95	176
459114	18/11/95	449941	19/09/95	174

Considerando a comprovação apresentada pelo autuado, acatada neste voto, entendo que devem ser excluídos do levantamento fiscal, fl. 60 do PAF, o imposto exigido correspondente às notas fiscais que foram comprovadas pelo autuado, de acordo com o demonstrativo abaixo:

NOTA FISCAL	DATA	VALOR A EXCLUIR
459016	18/11/95	217,16
459017	18/11/95	207,66
459018	18/11/95	967,11
459020	18/11/95	227,93
459021	18/11/95	208,28
459022	18/11/95	281,82
459023	18/11/95	518,91
459112	18/11/95	272,90
459113	18/11/95	394,75
459114	18/11/95	107,12
TOTAL	R\$	3.403,64

Quanto às notas fiscais n^{os} 50863 e 50866 (fl. 65), foi informado na defesa do autuado que são relativas a faturamentos de clientes com contrato de mútuo, e o ICMS foi recolhido quando da remessa dos produtos, sendo isento quando destinado a consumidor final. O defendente juntou ao PAF os documentos de fls. 267 a 308, entretanto, não consta nos mencionados documentos acostados aos autos qualquer referência às notas fiscais de faturamento, e no caso de mercadoria destinada a consumidor final, existe previsão no Convênio 112/93, comentado anteriormente.

Considerando as comprovações apresentadas pelo autuado e acatadas neste voto, inclusive em relação às notas fiscais que já foram objeto de Autos de Infração anteriores, os valores correspondentes aos respectivos meses devem ser excluídos do demonstrativo de fls. 02 a 04 do PAF, alterando-se o imposto exigido, de acordo com o quadro a seguir:

ITEM DO DEMONSTRATIVO DE DÉBITO	DATA DE OCORRÊNCIA	IMPOSTO EXIGIDO NO A I	VALOR A EXCLUIR	VALOR A RECOLHER
1	09/02/93	1.076,54	88,28	988,26
14	09/03/94	91,65	18,62	73,03
25	09/12/94	57.062,70	1.813,05	55.249,65
48	09/12/95	80.508,92	3.403,64	77.105,28
TOTAL		-	5.323,59	-

Quanto ao segundo item do Auto de Infração, referente ao recolhimento considerado intempestivo, constata-se que foi estabelecido através do Convênio ICMS 105/92 que os remetentes de derivados de combustíveis e lubrificantes situados em outras unidades da Federação na condição de responsáveis por substituição deveriam efetuar o recolhimento do imposto até o décimo dia subsequente ao término do período de apuração relativamente à retenção, cujo crédito pertence ao Estado onde se localiza o estabelecimento adquirente das mercadorias (cláusula quarta), e a Lei nº 1.855, de 29/12/92, que integrou à legislação deste Estado as normas do Convênio ICMS 105/92, estabeleceu no art. 8º, o recolhimento do ICMS retido através de Guia Nacional de Recolhimento – GNR.

Por isso, entendo que o recolhimento do imposto efetuado pelo autuado não observou o prazo previsto na legislação vigente à época, embora tenha havido problema de interpretação em relação ao Convênio 105/92 quanto ao procedimento a ser adotado pelo contribuinte, mas o prazo de recolhimento do imposto foi fixado de forma clara.

Assim, ficou caracterizada a intempestividade do recolhimento do imposto existindo base legal para exigência dos acréscimos, tendo em vista que o autuado não observou o prazo previsto na legislação para recolher o imposto pertencente a este Estado.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, tendo em vista as alegações defensivas acatadas com as exclusões registradas neste voto, alterando-se o total do débito para R\$3.416.949,30.

TOTAL DO DÉBITO APURADO NO AI	3.422.272,89
TOTAL A EXCLUIR	5.323,59
TOTAL A RECOLHER	3.416.949,30

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **03642023/98**, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.051.457,41**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 4.825/89 e art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, além dos acréscimos tributários (acréscimos moratórios) no valor de **R\$365.491,89**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, inciso IX, da Lei nº 4.825/89.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2003.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR