

PROCESSO - A.I. Nº 206844.0101/00-0
RECORRENTE - T. A. OIL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 2088-04/01
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 21.02.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0014-11/03

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. Exigência fiscal de conformidade com o Convênio ICMS nº 105/92. Retificada parte dos valores reclamados, com base em diligência fiscal. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo em relação ao Acórdão nº 2088-04/01 originário da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração em referência.

Originalmente o Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir o pagamento do ICMS no valor de R\$1.787.322,60 mais multa de 60% pela falta de retenção e de recolhimento do imposto devido por substituição tributária quando das saídas interestaduais de combustíveis.

A 4ª JJF decidiu a lide com fundamento no Voto abaixo transscrito:

“O Parecer da PROFAZ esclarece que o Estado da Bahia não é parte da relação processual nas ações que o autuado moveu junto ao Poder Judiciário. Assim, sobre as ações não me manifesto, nem poderão influenciar na formação do meu ponto de vista. Ainda, não impedem que este processo tenha tramitação normal de julgamento e cobrança. Por tais motivos, não subsistem os argumentos defensivos que relatei nos itens 1, 2 e 3.

O Estado Bahia tem amparo legal para exigir o tributo objeto do presente lançamento, pois respaldado na Lei nº 7014/96 e na legislação complementar que rege a matéria. A inconstitucionalidade da legislação não pode ser objeto de apreciação por este tribunal administrativo, nos termos do artigo 167 do RPAF/99, o que me impede de apreciar os argumentos defensivos que relatei como item 7.

Também não foi desrespeitada a não incidência constitucional nas operações interestaduais com petróleo e seus derivados, já que a motivação do lançamento é a falta de retenção do imposto, por substituição tributária e, não, o incidente sobre a operação própria do contribuinte. Nessa relação, o remetente, face ao disposto em legislação complementar – convênios – é responsável tributário, conforme determina o artigo 512-A, III, do RICMS/97. Por tais razões não procedem os argumentos relatados como itens 4 e 5 da defesa.

Relativamente aos recolhimentos que o autuado alega ter realizado - item 6 – os autuantes esclarecem que foram considerados no cálculo dos valores, tendo o autuado se limitado apenas a alegar a necessidade de perícia, sem identificar os motivos. Se diferenças existem devem ser

apontadas, pelo autuado, para apreciação. A perícia somente se justifica caso, apontadas as falhas no lançamento, reste dúvidas para o julgador. Assim, indefiro o pedido de diligência ou perícia, não me manifesto sobre os quesitos que formulou, com base no artigo 147 do RPAF/99.

O meu voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no montante de R\$1.786.523,60, correspondente ao valor retificado pelos autuantes”.

Não conformado com a Decisão supra, o sujeito passivo, por intermédio dos seus patronos, ingressou com Recurso Voluntário onde, preliminarmente, requer a Nulidade da Decisão recorrida, Acórdão JJF nº 2088-04-01, sob o argumento de que ao impugnar o Auto de Infração em lide requereu a produção de prova pericial, inclusive tendo indicado um assistente técnico e formulado quesitos e que tal procedimento se deu por três razões:

- a) existência de erros materiais no Auto de Infração, tais como o lançamento em duplicidade da Nota Fiscal nº 9511 reconhecido pelos próprios autuantes e pela JJF que reduziu o valor a ela pertinente;
- b) que demonstrou, inclusive pela apresentação das guias anexadas à peça impugnatória, que os valores recolhidos a título de ICMS-ST não foram considerados na elaboração do Auto de Infração;
- c) a possibilidade de alguns destinatários das mercadorias que comercializou, localizados no Estado da Bahia, poderiam ter recolhido o ICMS-ST, como determina a legislação deste estado, ou, caso não tenham efetuado os recolhimentos, podem ter sido autuados, sendo deles exigidos o referido tributo.

Diante disto, aduziu que a 4^a JJF indeferiu a produção de prova pericial sob o pálio dos argumentos: quanto aos erros materiais, simplesmente admitiu o que foi apontado por amostragem, isto é, exclusão da Nota Fiscal nº 9511 lançada em duplicidade; acolheu a informação dos autuantes de que foram considerados no cálculo os valores pertinentes ao ICMS-ST recolhidos e não houve manifestação a respeito da possibilidade dos destinatários das mercadorias que comercializou terem recolhido o ICMS-ST para o Estado da Bahia ou até mesmo terem sido autuados.

Ante ao exposto requereu a declaração de Nulidade do Acórdão nº 2088-04/01 com a devolução dos autos em questão ao órgão julgador de origem para produção da prova pericial requerida e prolação de novo *decisum*.

Quanto ao mérito, o recorrente se limitou a reproduzir, literalmente, as mesmas razões constantes das razões de defesa inicial, razão pela qual e por já estarem sintetizadas no relatório da Decisão recorrida, peço vênia para aqui também reproduzi-las:

“O autuado apresenta defesa tempestiva (fl. 135) iniciando por justificar a tempestividade da mesma e, em seguida, argüi a improcedência do lançamento pelos seguintes motivos:

1. *Por ter sido excluída do regime de substituição tributária, por força de Decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, com exceção do período em que a liminar foi suspensa, e a partir da data em que desistiu do mandado de segurança, períodos em que cumpriu com suas obrigações de contribuinte substituto.*
2. *Porque teve seu imposto, no período de vigência da liminar, apurado pelo regime normal e, realizando operações interestaduais com mercadoria imune, caberia aos revendedores*

dentro do Estado da Bahia efetuar os recolhimentos relativos ao imposto devido por suas operações próprias.

3. *Porque enviou à Secretaria da Fazenda da Bahia relatórios, em meios magnéticos, identificando os adquirentes, de todas as operações que realizou, possibilitando a cobrança do imposto de seus contribuintes, destinatários das mercadorias, relatórios estes que permitiram a lavratura do presente Auto de Infração.*
4. *Porque não pode ser considerado substituto tributário já que a Lei definiu como sendo, para essas operações, a Refinaria. Assim, a presente autuação deveria ter sido endereçada à Petrobrás S/A.*
5. *Porque as operações são amparadas, constitucionalmente, por imunidade.*
6. *Porque no período em que esteve excluído do regime de substituição tributária, embora não tenha efetuado as retenções, efetuou recolhimentos no montante de R\$238.134,83, que sequer foram consideradas na presente autuação.*
7. *Porque o Estado da Bahia não tem amparo legal para tal exigência por falta de Lei Estadual que fixe a base de incidência.*

Continuando, explica que impetrhou Mandado de Segurança (transcrevendo o pedido constante do mesmo), que obteve liminar e quais foram os seus efeitos, que impetrhou novo mandato de segurança, e que, posteriormente, desistiu da causa. Ressalta que durante todo o período de vigência das medidas judiciais esteve excluída do regime de substituição tributária e, como consequência, os produtos comercializados estiveram sujeitos ao regime normal de apuração. Invoca legislação, princípios constitucionais, decisões de tribunais, voto de ministro do judiciário sobre matéria correlata e lições de juristas sobre a matéria. Analisa a legislação pertinente, do Estado da Bahia, requer a produção de prova pericial, indica assistente técnico, formula quesitos e termina requerendo o julgamento pela procedência de seus argumentos”.

Tem-se, assim, acima, a reprodução da síntese dos argumentos apresentados pelo recorrente em relação ao mérito da questão, concernente às fls. 07 a 31 da peça recursal, cujos quesitos ali formulados foram lidos e explanados oralmente nesta sessão de julgamento.

No item VI da peça recursal, que trata dos pedidos finais, o recorrente requer que o presente Recurso Voluntário seja recebido com efeito suspensivo e lhe dado Provimento para que, preliminarmente, seja declarada a Nulidade do Acórdão 2088-04/01, com determinação de remessa dos autos ao órgão de origem para produção da prova pericial requerida e prolação de novo julgamento ou, no mérito, seja declarada a insubsistência do Auto de Infração.

Finalmente, na hipótese de não ser conhecido o pedido acima, requer que seja declarada devida a incidência do ICMS somente sobre o valor agregado, mantendo-se assim, a imunidade sobre os preços de vendas praticados nas operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo, sob pena de violação ao princípio da imunidade insculpido na letra “b”, inciso X, § 2º do artigo 155 da CF/88 e ao princípio da não cumulatividade contido no inciso I, § 2º do mesmo artigo da CF/88.

Consta à fl. 347 dos autos o Indeferimento liminar do Recurso de Embargos de Declaração apresentado pelo recorrente, com base no disposto no art. 173, IV, § 2º do RPAF-BA, tendo em vista de que não existe previsão na legislação tributária estadual para interposição de tal espécie

recursal desde a publicação do Decreto nº 8801 de 22/07/01 que extinguiu o inciso III do art. 169 do RPAF.

A Douta PROFAZ emitiu o Parecer de fls. 357 e 350 opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário por não vislumbrar a presença de argumentos jurídicos capazes de modificar a Decisão recorrida. Destaca que o recorrente se limitou a apresentar peça recursal relatando os mesmos argumentos trazidos por ocasião da defesa inicial e já devidamente rechaçados pela Decisão prolatada de Junta de Julgamento Fiscal e menciona que conforme preceitua a Lei do ICMS em vigência do Estado da Bahia e o RICMS/97, o remetente das mercadorias é considerado responsável tributário, sendo, portanto, cabível e legal a ação fiscal.

O PAF foi remetido à Pauta Suplementar tendo a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal decidido em convertê-lo em diligência fiscal no sentido de que auditor fiscal estranho ao feito verifique e informe se as GNRE's de fls. 197 a 211 dos autos referentes a ICMS-ST recolhidos pelo recorrente, relativos a períodos envolvidos na autuação, foram consideradas pelos autuantes em seus levantamentos.

A IFEP/DAT/METRO executou a diligência solicitada, fls. 365/366, tendo os seus autores informado que não foram considerados pelos autuantes para fim de cálculo do imposto devido pelo recorrente os valores constantes nas guias de recolhimento apensadas ao presente PAF. Diante disto, o débito original no valor de R\$1.787.322,60 , depois de deduzida as quantias pagas no total de R\$219.703,73, ficou reduzido para o montante de R\$1.567.618,87. Informam, ainda, os autores da diligência fiscal, que os valores constantes nas guias de recolhimento do mês de julho/00 correspondente as quantias de R\$2.432,71, R\$9.744,26 e R\$6.099,18 não foram considerados no levantamento para redução do débito original por não terem sido albergados nos períodos abrangidos pela fiscalização.

Cientificados do resultado da diligência fiscal realizada, os autuantes declararam concordar com o seu resultado enquanto que o recorrente não se manifestou, conforme atestam os documentos de fls. 368 a 372 dos autos.

Em novo pronunciamento às fls. 374 e 375 dos autos a PROFAZ opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário para adequar a exigência fiscal ao resultado da diligência fiscal realizada pela IFEP.

VOTO

Inicialmente, passo a examinar a preliminar suscitada pelo recorrente que argui a nulidade do Acórdão JJF nº 2088-04/01 a qual, de logo fica rechaçada pelo fato de não se encontrarem presentes elementos capazes à condução de tal posicionamento pois não há qualquer agressão a norma regulamentar estabelecida pelo RPAF-BA, não podendo, consequentemente, aplicar a regra estabelecida em seu art. 18. E isto se explica porque:

- 1) O Sr. Relator da 4ª JJF justificou em seu Voto o porque foi negado o pedido de perícia, quando assim se expressou: *"Relativamente aos recolhimentos que o autuado alega ter realizado - item 6 – os autuantes esclarecem que foram considerados no cálculo dos valores, tendo o autuado se limitado apenas a alegar a necessidade de perícia, sem identificar os motivos. Se diferenças existem devem ser apontadas, pelo autuado, para apreciação. A perícia somente se justifica caso, apontadas as falhas no lançamento, reste dúvida para o julgador. Assim, indefiro o pedido de diligência ou perícia, não me manifesto sobre os quesitos que formulou, com base no artigo 147 do RPAF/99".*

Ora, este foi o seu convencimento e o da própria JJF, portanto, não existe motivo para que se anule o julgamento em face de um posicionamento devidamente justificado.

- 2) O erro material apontado pelo recorrente concernente ao lançamento em duplicidade da Nota Fiscal nº 9511 foi acolhido pelos autuantes e corretamente excluído da autuação pela 4^a JJF. Portanto, este não é motivo para anulação de julgamento, mesmo porque, o recorrente não apontou outros erros concernentes a notas fiscais incluídas irregularmente.
- 3) Em relação as GNR relativas aos recolhimentos efetuados pelo recorrente, a JJF acolheu a informação prestada pelos autuantes de que as havia considerado em seus levantamentos. Evidentemente esta é uma questão de mérito, que não pode resultar em hipótese alguma em motivação para que seja decretada a nulidade do julgamento. Aliás, esta questão foi devidamente enfrentada e solucionada no julgamento deste Recurso Voluntário.
- 4) A suposição de que alguns destinatários das mercadorias comercializadas pelo recorrente, localizados no Estado da Bahia, poderiam ter recolhido o ICMS-ST ou, se assim não o fizeram, poderiam ter sido autuados pelo Fisco deste Estado, é uma questão que não compete aos autuantes e, muito menos a JJF diligenciar neste sentido. A ação fiscal foi desenvolvida com o fito de verificar a regularidade nos recolhimentos do ICMS-ST pelo recorrente, a qual estava obrigada nos termos dos Convênios ICMS nº 105/92 e 03/99. Ao proceder de forma contrária as normas ali estabelecidas, caberia o recorrente, apresentar provas de que o imposto devido ao Estado da Bahia foi pago pelos destinatários. Mais uma vez, inexiste motivação para decretação da nulidade do julgamento levado a efeito pela 4^a JJF.

Do exposto, considero afastada a preliminar de nulidade argüida pelo recorrente.

Relativamente ao mérito, inicialmente vejo que a obtenção de liminar em Mandado de Segurança, ao teor do art. 151, inciso IV do CTN, trata-se de uma das hipóteses de suspensão do crédito tributário, não havendo impedimento para sua constituição mediante o lançamento de ofício, cuja atividade é privativa da autoridade administrativa consoante dispõe o art. 142 do CTN. É importante salientar que a referida liminar foi concedida pelo Estado do Espírito Santo e não produz efeitos em relação ao Estado da Bahia que não participou da relação processual, inclusive não sendo sequer citado.

Entendo que sob o ponto de vista jurídico o recorrente não apresenta argumentos capazes para alterar o julgado na medida em que o recorrente é contribuinte regularmente inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, na condição de substituto tributário e, nesta condição, está sujeita as normas estabelecidas pelo Convênio ICMS nº 105/92 que, em sua Cláusula Primeira determina que ficam os Estados, quando destinatários, autorizados a atribuir aos remetentes de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, situados em outra unidade da federação a condição de substitutos tributários, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir das operações em que os remetentes estiverem realizando, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o adquirente. Adiante, em sua Cláusula Décima Primeira está disciplinada a maneira de como deve proceder o contribuinte substituído em relação a operação que promover.

Também a Cláusula Décima do Convênio ICMS nº 03/99 disciplina as operações interestaduais realizadas por distribuidoras de combustíveis. Convém frisar que os estados da Bahia e Espírito Santo são signatários de ambos os Convênios.

De maneira que a exigência fiscal encontra lastro nos Convênios acima mencionados que em nenhum momento exclui a obrigatoriedade de retenção pelo remetente, na condição de contribuinte substituto nas operações interestaduais com combustíveis e lubrificantes.

No tocante a questão da imunidade tributária nas operações interestaduais com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, a CF/88 elegeu o Princípio do Destino Físico para a tributação destes produtos, evitando que houvesse o enriquecimento dos Estados produtores em detrimento dos Estados consumidores. De forma que não pretendeu o legislador ao desonrar tais operações, estendê-la ao consumidor final no destino de tais produtos, mas tão somente desonrar a operação interestadual, tributando a interna, de forma consentânea com o Princípio do Destino Físico, ou seja, tributação no destino. Portanto, a exigência fiscal não afronta qualquer princípio constitucional enquanto sua base de cálculo está em consentâneo com as regras estabelecidas pelos mencionados Convênios.

Por outro lado, assiste razão o recorrente quanto ao seu pleito para exclusão dos valores já recolhidos a título de ICMS-ST no período abrangido pela ação fiscal. A diligência fiscal realizada pela IFEP constatou que deve ser deduzido no valor autuado o montante de R\$219.703,73 consoante está demonstrado à fl. 365, exclusão está que acolho.

Em consequência, o débito pertinente ao presente Auto de Infração, após a diligência fiscal realizada, fica reduzido para a quantia de R\$1.566.819,87 considerando-se a exclusão já levada a efeito no julgamento da 1^a Instância em relação ao mês de janeiro/98 que passou do valor de R\$36.901,00 para R\$36.102,00 permanecendo os demais valores indicados à fl. 365 pela IFEP.

Quanto ao pedido de perícia solicitado pelo recorrente, a diligência fiscal levada a efeito já atendeu aos questionamentos implementados no item 5.3.1 da peça recursal. Quanto aos demais itens, nego a solicitação do recorrente ante pelo fato da falta de apresentação pela mesma de elementos que justificassem a realização da diligência ou perícia fiscal.

Diante de todo o exposto, em consonância com o opinativo da Douta PROFAZ, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do presente Recurso Voluntário para que seja alterada a Decisão Recorrida com a exclusão da parcela indicada pela IFEP e acima mencionada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206844.0101/00-0, lavrado contra **T. A. OIL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.566.819,87**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ