

PROCESSO - A.I. Nº 03642023/98

RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A

RECORRIDOS - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2<sup>a</sup> JJF nº 0481-02/02

ORIGEM - INFRAZIGUATEMI

INTERNET - 18/07/03

## 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0377-11/03

**EMENTA.** ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO DE SAÍDA DE ESTABELECIMENTO DISTRIBUIDOR. FALTA DE RETENÇÃO. OPERAÇÕES SUBSEQUENTES, PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADO NO ESTADO DA BAHIA, INCLUSIVE EM VIRTUDE DE LIMINAR. A lei atribui ao remetente de combustíveis e lubrificantes derivados ou não de petróleo situado em outras Unidades da Federação, a condição de substituto tributário para efetuar o recolhimento do ICMS incidente sobre as operações subsequentes a serem realizadas neste Estado. Excluídos os valores comprovados pelo autuado. As operações realizadas com amparo em Liminar em Mandado de Segurança não impedem a exigência fiscal mediante lançamento de ofício, mas suspende a exigibilidade do crédito tributário até decisão final da lide no âmbito do Poder Judiciário. 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. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício processado pela 2<sup>a</sup> JJF 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, e Voluntário apresentado pelo autuado contra o Acórdão JJF n.º 0481-02/02, que, em Decisão unânime, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, que exige imposto, mais acréscimos moratórios, em decorrência das 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 nº 1855/92. Exercícios de 1993 a 1997.
2. Pagamento do ICMS fora do prazo regulamentar, descumprindo o estatuído no Convênio nº 105/92, tendo a incidência da multa prevista no art. 61, inciso IX, da Lei nº 4.825/89. Exercícios de 1994 a 1996.

A parcela em que sucumbiu a Fazenda Estadual, e é, portanto, objeto do Recurso de Ofício, refere-se ao item 1, que foi julgado Procedente em Parte em razão da exclusão de alguns itens ali exigidos, que se deu pelos seguintes motivos:

1. Parte das operações já haviam sido objeto de Autos de Infração anteriores;
2. a Nota Fiscal nº 370071 (fl. 248) se refere a tanque de 15m<sup>3</sup>, 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, onde não há incidência do imposto;
3. algumas das notas fiscais tratavam de simples faturamento em virtude de contrato, tendo sido o imposto destacado e recolhido na entrega física da mercadoria, por nota de simples remessa. Foram excluídas aquelas efetivamente comprovadas.

No Recurso Voluntário, o recorrente trouxe as seguintes alegações:

1. Em relação ao item 2, que foram desconsiderados os argumentos da defesa de que o Convênio nº 112/93 faz alusão expressa ao seu caráter retroativo ao determinar que “*firma entendimento sobre a aplicação de disposições do Convênio ICMS nº 105/92*”, resultando de forma clara que o mencionado Convênio 105/92 possibilitava interpretações conflitantes por parte daqueles que deveriam observá-lo, para o correto cumprimento da legislação então em vigor, e, neste tocante, a Decisão viola o princípio de uma lei posterior, não pode retroagir “*in peius*” e também o quanto previsto no art. 106, I, do CTN, que alude a retroatividade da lei quando essa seja interpretativa, fixando ainda na parte final do referido inciso que são excluídas as penalidades correspondentes à infração dos dispositivos interpretados, matéria, aliás, já decidida pelo STF;
2. frisou que o tributo foi pago espontaneamente, antes de qualquer ação fiscal, caracterizando denúncia espontânea da infração, e que esta denúncia espontânea da obrigação principal (pagamento do tributo) ilide a infração, afastando a imposição de multa respectiva, ou seja, a aplicação de sanção fiscal pelo pagamento intempestivo;
3. salientou que tanto a doutrina como a jurisprudência do STF entendem que a multa moratória não possui “*caráter resarcitório*”, mas tem por finalidade penalizar o contribuinte, e, como a denúncia espontânea afasta a imposição de penalidades por implicar a inexistência de ilícito fiscal, aquela deve consistir somente no pagamento do tributo acrescido de juros de mora;
4. com referência ao primeiro item, disse que não pode ser exigido do contribuinte substituto que realize a substituição tributária se o contribuinte substituído obteve em seu favor ordem judicial para que não seja efetuada a “*retenção*”, e que a JJF desconsiderou que a BR não foi parte nas respectivas ações mandamentais, mas foi apenas obrigada a cumprir as liminares por ofícios que lhe foram encaminhados;
5. afirmou que não pode de modo algum este CONSEF entender correta a autuação do fisco no presente caso, que não adotou nenhuma medida judicial tendente a notificar a BR das cassações das liminares e, posteriormente, a autua exigindo-lhe o conhecimento das cassações operadas, quando a ausência do conhecimento é de sua inteira responsabilidade. Isto seria absurdo, imoral e injusto;
6. que, da mesma forma que a Nota Fiscal nº 370071, que foi excluída, a Nota Fiscal nº 370032, que foi mantida no Acórdão recorrido, trata de operação onde não incide o imposto;
7. que deve ser excluída do lançamento a Nota Fiscal nº 415932, reconhecidamente cancelada e substituída pela de nº 416240, que também não deve permanecer, pois diz respeito à operação

que ocorreria em plena vigência do Convênio nº 105/92 (antes da edição do Convênio nº 112/93), e como corresponde a venda de álcool hidratado à cliente fora do Estado da Bahia (no Estado do Espírito Santo), ficou o destaque do ICMS pela alíquota inteira daquele Estado;

8. a Nota Fiscal nº 459019 trata de simples faturamento em virtude de contrato, onde o imposto foi destacado e recolhido no ato da entrega da mercadoria, por nota de simples remessa;
9. que as Notas Fiscais nºs 50863 e 50866 também devem ser excluídas, pois são relativas a faturamento de clientes com contrato de mútuo, em que o ICMS foi recolhido quando da primeira remessa dos produtos, sendo isento quando do destino para o consumidor final, por ser de operação interestadual com combustível derivado de petróleo, conforme Documento nº 05, que acompanhou a defesa;
10. por fim, argüiu que a multa aplicada tem caráter confiscatório, em afronta ao art. 150, IV, da Constituição Federal, além de ferir os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Concluiu pugnando pelo conhecimento e Provimento do Recurso Voluntário, para que seja julgado inteiramente improcedente o Auto de Infração.

A representante da PGE/PROFIS se manifestou nos autos, observando presente à mesma argumentação já constante na defesa anteriormente interposta, o que a levou a concordar integralmente com o julgamento realizado pela 2ª JJF.

Firmou que, em relação às notas fiscais não consideradas pelo julgador, este fundamentou pormenorizadamente por que não as acatou e agora, em sede de recurso, nada de novo apresenta o recorrente que possa ser considerado, e que não vê elementos que conduzam a necessidade de realização da diligência pretendida, nem tampouco à reformulação da Decisão recorrida.

Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Com a devida *venia* da representante da PGE/PROFIS, não vislumbrei no Recurso Voluntário apresentado qualquer pedido para realização de diligência, e não posso, portanto, apreciá-lo.

Quanto ao Recurso de Ofício, considero correta a Decisão da 2ª JJF, ao excluir da autuação as parcelas que já haviam sido objeto de outros Autos de Infração, anteriores, aquelas cuja operação não tem incidência do imposto, e as que, comprovadamente, o imposto já fora recolhido.

Voto, então, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Passo ao Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte. Inicialmente me reporto ao argumento do recorrente de que a multa aplicada teria caráter confiscatório.

Lembro que o art. 167, I, do RPAF vigente, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade. As multas aplicadas são as previstas nos art. 61 e 42, das Leis nºs 4.825/89 e 7.014/96, respectivamente, e, em sendo assim, até que o órgão competente declare a constitucionalidade destes dispositivos legais, no caso o Supremo Tribunal Federal, para que tal declaração tenha efeito *erga omnes*, os mesmos estão revestidos de constitucionalidade, e têm eficácia.

No mérito, quanto ao item 1, consta à fl. 397 dos autos, que dos Mandados de Segurança patrocinados por clientes do recorrente, dois já transitaram em julgado a favor do Estado da Bahia, e o terceiro, a liminar que fora concedido foi cassada, em razão da apelação apresentada pelo Estado da Bahia, recurso este que está aguardando julgamento pelo Tribunal de Justiça.

Ainda, sempre entendi que a liminar ou mesmo a sentença ainda não transitada em julgado, não tem o condão de retirar a responsabilidade do contribuinte substituto, que lhe foi atribuída na forma da Lei, ou de afastá-lo da relação jurídico-tributária existente entre este e o Fisco, o que não impede que este, como garantia, exerça a atividade do lançamento contra aquele a quem a lei atribui a responsabilidade por substituição tributária, visando assegurar o seu crédito tributário, que, no entanto, ficará suspenso de exigibilidade até que Decisão final ponha fim à lide. Ademais a regra inserta do art. 151 do Código Tributário Nacional dispõe que a concessão de medida liminar suspende a exigência do crédito tributário, mas não a sua constituição.

Também, não compete à Fazenda Pública Estadual notificar a BR das cassações das liminares.

Em relação às Notas Fiscais nºs 370032 (item 6 das razões do Recurso Voluntário, por mim enumeradas), 415932 e 416240 (item 7), estas jamais foram trazidas aos autos, sendo, portanto, impossível de apreciar o mérito das alegações do recorrente.

Quanto à Nota Fiscal nº 459019 (fl. 121), esta informa no seu corpo que o ICMS já fora tributado quando da remessa dos produtos, através da Nota Fiscal n.º 449279, só que esta, igualmente, não veio aos autos.

No que concerne às Notas Fiscais nºs 50863 e 50866 (fls. 125 e 126), que seriam relativas a faturamento de clientes com contrato de mútuo, em que o ICMS teria sido recolhido quando da primeira remessa dos produtos, realmente, tal observação consta no corpo das mesmas, mas, neste caso, nem cita através de quais notas teriam sido tributadas, e estas, também, não foram apresentadas.

No que tange ao segundo item do Auto de Infração, é indiscutível que o imposto é devido, tanto que o contribuinte promoveu o seu recolhimento, espontaneamente, só que de forma extemporânea.

Não há o que se falar em retroatividade do Convênio ICMS nº 112/93, como discorreu o recorrente, pois o Convênio ICMS nº 105/92 prevê, desde a sua edição, na sua Cláusula quarta, que o imposto retido deverá ser recolhido em agência do Banco Oficial Estadual, localizada na praça do estabelecimento remetente, em conta especial, até o 10º (décimo) dia subsequente ao término do período de apuração em que tiver ocorrido a retenção, a crédito do Estado em cujo território se encontra estabelecido o adquirente das mercadorias.

O recorrente promoveu tais recolhimentos entre os dias 13 e 18 de cada mês, só que o fez sem os acréscimos tributários, o que ora está sendo exigido.

Quanto à multa, que o recorrente insiste que não poderia ser aplicada, pois a denúncia espontânea da obrigação principal (pagamento do tributo) afastaria a sua imposição, esclareço que esta não está sendo cobrada sobre o valor do imposto recolhido, mas tão-somente sobre o valor dos acréscimos que não foram recolhidos.

Pelo que expus, o meu voto também é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, para homologar a Decisão Recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão Recorrida, que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 03642023/98, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A**, devendo ser intimado o recorrente 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, III, “b”, da Lei nº 4.825/89 e II, “d”, da referida lei, modificada pela Lei nº 6.934/96 e no art. 42, II, “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, IX, da Lei nº 4.825/89.

Fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário pertinente a Infração 1, até que ocorra a decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de julho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS