

**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 2ª JF nº 0481-02/02  
**ORIGEM** - INFAZ IGUATEMI  
**INTERNET** - 18/07/03

## 1ª 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 2ª JF 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 JF nº 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 ressarcitório*”, 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 JF 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 ocorrera 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 inconstitucionalidade. 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 inconstitucionalidade 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 n<sup>os</sup> 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 n<sup>o</sup> 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 n<sup>os</sup> 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 n<sup>o</sup> 112/93, como discorreu o recorrente, pois o Convênio ICMS n<sup>o</sup> 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 1ª 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