

A. I. N º - 206949.0011/03-7
AUTUADO - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.
AUTUANTES - MARCO ANTONIO SOUZA FORTES e JOSÉ AUGUSTO MARTINS VICENTE
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 18.08.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0295-03/04

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO DEVIDO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO, RELATIVO ÀS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES, NAS VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES. O autuado é o contribuinte substituto para a obrigação do recolhimento do imposto em questão, definido através de acordo entre os Estados envolvidos na operação. Foi retificado o levantamento fiscal para excluir notas fiscais de simples faturamento. Este órgão julgador não tem a competência para declarar a constitucionalidade da legislação tributária estadual. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 26/11/03, para exigir o ICMS no valor de R\$1.939.220,36, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de retenção do imposto, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O autuado apresentou defesa (fls. 186 a 194), alegando que os autuantes deixaram de excluir, do levantamento, as notas fiscais relativas às vendas de produtos consignados e/ou com faturamento antecipado, em que o imposto é destacado no ato da entrega da mercadoria, por meio de notas fiscais de simples remessa, consoante os documentos que relaciona e anexa às fls. 197 a 248 e 256 a 288.

Argumenta que o fato gerador do tributo ocorre apenas no momento da circulação das mercadorias, conforme a disposição do artigo 12, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96 e, por isso, o ICMS foi destacado na nota fiscal de remessa e não na de faturamento, sendo indevida a exigência fiscal ora apontada.

Acrescenta que os prepostos fiscais também incluíram no levantamento, de forma equivocada, as notas fiscais referentes às vendas para destinatários amparados por liminares em decisões judiciais, estando, portanto, impedido de efetuar a retenção do ICMS, consoante as notas fiscais que acosta às fls. 249 a 255.

Esclarece que, no corpo dos documentos fiscais, foi inserida informação expressa com o número da ação judicial e argumenta que, embora não tenha sido parte nos referidos processos judiciais, foi obrigado a cumprir a ordem judicial de não efetuar a retenção do imposto nas vendas de mercadorias aos contribuintes acobertados com medidas liminares.

Ressalta que o artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional reconhece a suspensão da exigibilidade do crédito tributário diante de medida liminar concedida em sede de Mandado de Segurança e, desse modo, não pode o Fisco baiano exigir o débito ora imposto.

Aduz que “a ordem judicial inibiu a incidência da norma de substituição tributária, o que inviabiliza sua aplicação e, por conseguinte, a exigência do tributo” e apresenta o pensamento do jurista Marco Aurélio Greco a respeito.

Ad cautelam, argumenta que a multa indicada é confiscatória e afronta os princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da vedação ao confisco. Transcreve decisões judiciais sobre a matéria e pede que este órgão julgador decida pela improcedência do Auto de Infração, ou caso não entenda desse modo, que declare abusiva a multa indicada.

Os autuantes, em sua informação fiscal (fls. 295 a 297), inicialmente esclarecem como procederam à ação fiscal, tendo em vista que se trata de contribuinte localizado em outro Estado. Aduzem que se comunicaram diversas vezes com a empresa, solicitando-lhe informações, e que, desde o dia 05/11/03, enviaram ao seu representante o demonstrativo de cálculo do ICMS-Substituição Tributária, com a relação, por nota fiscal e por item, para que o contribuinte se manifestasse. Dizem ainda que, como o autuado não se pronunciou sobre o trabalho fiscal, lavraram este Auto de Infração para exigir o imposto devido, após decorridos 21 dias da ciência por parte da empresa.

Quanto às alegações defensivas, afirmam que as notas fiscais acostadas pelo sujeito passivo têm apenas o intuito de confundir, haja vista que não houve a retenção do ICMS em nenhum momento e exemplificam seu posicionamento analisando a Nota Fiscal nº 172508 (fl. 198).

Salientam que o autuado não apresentou as cópias das liminares que o impediram de efetuar a retenção do imposto, e o consequente recolhimento, nas vendas efetuadas aos contribuintes destinatários das mercadorias.

Observam que, de acordo com o artigo 1º, alínea “b”, da Lei nº 4.348/64 (que estabelece normas processuais relativas a Mandado de Segurança), “a medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de 90 dias a contar da data da respectiva concessão, prorrogável por 30 dias quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação”. Por essa razão, argumentam que o contribuinte, após o 91º dia após a expedição da liminar, deveria ter procedido à retenção do ICMS-ST, consoante o disposto no Convênio ICMS nº 105/92 e, como não o fez, aduzem que cabe ao Estado constituir o crédito tributário para evitar a decadência. Por fim, pedem a procedência do Auto de Infração.

Esta 3ª JJF, em face da controvérsia, deliberou converter o PAF em diligência, a fiscal estranho ao feito (fl. 301), para que verificasse a procedência das alegações defensivas; intimasse o contribuinte a apresentar cópias das medidas liminares concedidas pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia aos destinatários das mercadorias por ele vendidas; e refizesse o levantamento fiscal considerando as informações obtidas.

O diligente apresentou o Parecer ASTEC nº 0103/2004 (fls. 303 a 307) informando que:

1. as medidas liminares foram concedidas em benefício das empresas Sampaio Comercial Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda. e TRR T. F. Comércio Derivados de Petróleo Ltda. (situadas na Bahia) e foram entregues pelo autuado, após a intimação, tendo sido acostadas às fls. 313 a 318;
2. as notas fiscais anexadas aos autos pelo autuado (fls. 198 a 255) referem-se a faturamento, não apresentando, portanto, destaque do ICMS normal ou antecipado, e que, no corpo dos

referidos documentos, foram indicados os números das notas fiscais derivadas, por tratar-se de Faturamento/Consignação;

3. mesmo instado, o contribuinte “não apresentou todas as notas fiscais de faturamento, elencadas às fls. 8 a 110, com suas respectivas notas fiscais derivadas de Remessa, argumentando que necessitaria de no mínimo seis meses para localizar as referidas notas” e “afirmando, nessa ocasião, que em todas notas fiscais, objeto da autuação, não constam os destaques do imposto por se tratarem de Simples Faturamentos decorrente de Remessas já efetuadas com os respectivos destaques, ou, de remessas para adquirentes que obtiveram Liminares da justiça”;
4. o representante do sujeito passivo lhe disse, ainda, que “além da imensa quantidade de documentos, já que, para cada nota fiscal de simples faturamento emitida, corresponde a anterior emissão de várias notas fiscais de remessa – em média de seis – o que significa a manipulação de cerca de 10 mil documentos, a empresa mudou, nesse período, o seu sistema de gerenciamento informatizado de dados para o SAP-R3 e não conseguiu migrar todos os arquivos para esse novo sistema”, mas, “como alternativa, a empresa apresentou um documento, o qual analisamos e apensamos ao presente parecer, no qual fica claramente consignado todo o procedimento adotado para o tipo de operação em questão – Remessa de Mercadorias em Consignação com Faturamento ulterior” e que “nesse documento, encontra-se demonstrado, através de planilhas, a completa movimentação, inclusive com cópias de todas as notas fiscais derivadas correspondentes, de um cliente da autuada, o Posto Pau de Vela, inscrição estadual nº 47.601.499, com vinte e sete notas fiscais de faturamento sem destaque do imposto, constantes do processo”;
5. constatou, por meio do “exame das notas fiscais originais, que os valores relativos às quantidades de mercadorias remetidas, confrontadas com as contidas nas notas fiscais de simples faturamento são coincidentes, ou seja, em termos quantitativos a operação está correta, ou melhor ainda, o quantitativo das notas fiscais de faturamento corresponde ao constante nas notas fiscais de remessa, fls. 351 a 418”;
6. embora a análise tenha sido realizada em uma amostra muito limitada de documentos, diz que “é razoável e factível” que as notas fiscais juntadas às fls. 8 a 110, objeto da infração 1, sejam quase todas de simples faturamento, já que algumas são decorrentes de vendas a clientes que obtiveram a concessão do benefício através de liminares no Poder Judiciário;
7. a relação das notas fiscais, elaborada pelos autuantes, provém de um arquivo magnético (fl. 184), em cuja discriminação de cada nota fiscal não consta a CFOP da operação, nem informações adicionais ou suplementares, as quais indicariam a natureza das operações acobertadas pelas notas fiscais de simples faturamento, ou acobertadas por liminares judiciais.

Conclui dizendo que, diante da impossibilidade de exame de todos os documentos fiscais derivados das notas fiscais de simples faturamento (fls. 8 a 110), tendo em vista a sua apresentação parcial pelo contribuinte, cabe a este órgão julgador a decisão de estender a sistemática adotada pelo contribuinte, em relação ao cliente Posto Pau de Vela, para todas as notas fiscais remanescentes.

Por último, diz que excluiu os valores relativos às notas fiscais de simples faturamento em que restou comprovado o destaque do ICMS, tanto nos documentos fiscais apresentados na peça defensiva, quanto naqueles referentes à movimentação com o cliente Posto Pau de Vela, e que elaborou um demonstrativo de débito específico das operações beneficiadas com medidas liminares (fls. 309 a 311).

O contribuinte foi intimado do parecer da ASTEC (fl. 421) e se pronunciou (fls. 423 e 424), requerendo a devolução do prazo para a sua manifestação, considerando que recebeu o Parecer da ASTEC, mas sem os respectivos levantamentos e demonstrativos elaborados pelo diligente.

Não obstante a falha na intimação, alega que as conclusões do citado parecer da ASTEC “deixam patente a improcedência da autuação, eis que reconhece no item 01 a procedência dos argumentos da defesa, constatando que o levantamento fiscal procedido quando da autuação apenas considerou as notas de simples faturamento (ou notas mães), que envolvem venda de produtos consignados, ignorando que o imposto foi destacado e recolhido no ato da entrega da mercadoria, através de notas fiscais de simples remessa”.

Argumenta que a nota fiscal de simples faturamento não gera a obrigação de pagar o imposto, uma vez que, nas operações que envolvem venda de produtos consignados, o tributo é destacado e recolhido no ato da entrega das mercadorias, por meio de notas fiscais de simples remessa (ou notas derivadas).

Por fim, aduz que necessita analisar os demonstrativos elaborados pelo diligente (e que não lhe foram entregues pela repartição fazendária) para verificar: a) se todas as notas fiscais que dizem respeito à venda de produtos consignados, relacionadas na autuação, foram consideradas para o fim de serem excluídas do levantamento fiscal; b) se o levantamento efetuado pela ASTEC considerou todas as notas fiscais que dizem respeito à venda de produtos para destinatários amparados por liminares; c) se o demonstrativo de débito apresentado pelo diligente está coerente com a Lei e com o Direito.

Os autuantes foram cientificados do resultado da diligência (fl. 426), mas preferiram não se manifestar nos autos.

Esta 3^a JJF decidiu converter o PAF em nova diligência, desta vez à Inspetoria de Simões Filho, (fl. 429) para que reabrisse o prazo de 10 dias, tendo em vista que não foram fornecidos, ao contribuinte, os demonstrativos elaborados pelo diligente, peças fundamentais para a compreensão do trabalho realizado e para o exercício do direito de defesa do autuado.

O autuado foi intimado (fl. 432), tendo recebido cópias dos demonstrativos apresentados pelo diligente (fls. 308 a 310), porém não mais se manifestou.

VOTO

O autuado argumentou, inicialmente, que a multa indicada é confiscatória e afronta os princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da vedação ao confisco, contudo, a multa indicada no lançamento, para a irregularidade apontada, está prevista no artigo 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96 e, de acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

No mérito, este Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS que deixou de ser retido e recolhido pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O autuado impugnou o lançamento, alegando que:

1. os autuantes deixaram de excluir, do levantamento, as notas fiscais relativas às vendas de produtos consignados e/ou com faturamento antecipado, em que o imposto é destacado

no ato da entrega da mercadoria, por meio de notas fiscais de simples remessa, consoante os documentos que relacionou e anexou às fls. 197 a 248 e 256 a 288;

2. os prepostos fiscais também incluíram no levantamento, equivocadamente, as notas fiscais referentes às vendas para destinatários amparados por decisões judiciais liminares, em que estava impedido de efetuar a retenção do ICMS, embora não fosse parte nas ações intentadas, consoante as notas fiscais que acostou às fls. 249 a 255.

Os autuantes rebateram as alegações defensivas aduzindo que as notas fiscais acostadas pelo sujeito passivo têm apenas o intuito de confundir, haja vista que não houve a retenção do ICMS em nenhum momento e exemplificam seu posicionamento analisando a Nota Fiscal nº 172508 (fl. 198) e demonstrando que o imposto deixou de ser retido, tanto na nota fiscal de faturamento, quanto nas notas fiscais de remessa das mercadorias.

Em face da controvérsia, foi realizada diligência, por fiscal estranho ao feito (Parecer ASTEC nº 0103/2004 - fls. 303 a 307), que informou que as notas fiscais anexadas aos autos pelo autuado (fls. 198 a 255) referem-se a faturamento/consignação, não apresentando, portanto, destaque do ICMS normal ou antecipado, e que, no corpo dos referidos documentos, foram indicados os números das notas fiscais derivadas, isto é, de remessa das mercadorias.

Efetivamente, tem razão o contribuinte em suas alegações acerca das notas fiscais de faturamento, haja vista que o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento da circulação das mercadorias, conforme a disposição do artigo 12, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96. Dessa forma, o imposto somente poderia ter sido exigido em relação às notas fiscais de remessa física das mercadorias e não em referência aos documentos de simples faturamento ou consignação.

O RICMS/97 prevê que:

Art. 2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, inclusive em caso de transferência, assim entendida a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular;

Art. 411. Nas vendas à ordem ou para entrega futura, poderá ser emitida Nota Fiscal, com indicação de que se destina a simples faturamento, vedado o destaque do ICMS (Conv. SINIEF s/nº, de 15/12/70, e Ajuste SINIEF 01/87).

Art. 412. Nas vendas para entrega futura, por ocasião da efetiva saída global ou parcelada da mercadoria, o vendedor emitirá Nota Fiscal em nome do adquirente, na qual, além dos demais requisitos, constarão: (grifos não originais)

I - como valor da operação, aquele efetivamente praticado no ato da realização do negócio, conforme conste na Nota Fiscal relativa ao faturamento, se emitida, sendo que, no quadro "Dados Adicionais", no campo "Informações Complementares", será consignada a base de cálculo prevista no inciso VIII do art. 56;

II - o destaque do ICMS, quando devido;

Pelo exposto, considero que devem ser excluídas, do levantamento, as notas fiscais acostadas às fls. 198 a 248 dos autos, por se tratar de operações de simples faturamento, que não configuram fato gerador do imposto estadual. Conseqüentemente, devem ser deduzidos, do débito apurado, os seguintes valores, de acordo com o demonstrativo elaborado pelo diligente (fl. 309):

R\$20.655,28 (31/01/98); R\$1.956,04 (30/09/98); R\$2.697,63 (28/02/99); R\$22.404,41 (31/03/99) e R\$51.364,60 (30/06/99).

Também devem ser excluídas, do trabalho fiscal, as notas fiscais relativas a operações de simples faturamento realizadas pelo autuado com seu cliente, Posto Pau de Vela, inscrição estadual nº 47.601.499, considerando que o diligente comprovou a regularidade no pagamento do tributo. Por conseguinte, devem ser deduzidos, do débito apontado, os seguintes valores, consoante o demonstrativo elaborado pelo diligente (fl. 309): R\$2.723,68 (31/05/98); R\$2.708,69 (30/06/98); R\$7.456,27 (30/09/98); R\$5.962,35 (31/10/98); R\$6.133,54 (30/11/98); R\$2.349,55 (31/12/98); R\$2.883,11 (31/01/99); R\$2.662,22 (28/02/99); R\$6.452,73 (31/03/99); R\$4.615,39 (30/04/99) e R\$7.265,52 (31/05/99).

Ressalto que o diligente cometeu um equívoco, na transposição dos valores apurados no Anexo 1 (fl. 309) para o Anexo 2 (fl. 310), nos meses de setembro, outubro e novembro de 1998. Sendo assim, retifiquei os demonstrativos de fls. 310 e 311 chegando ao seguinte resultado:

MÊS/ANO	DÉBITO APURADO AI	(-) NOTAS FISCAIS SIMPLES FATURAMENTO	(-) NOTAS FISCAIS POSTO PAU DE VELA	DÉBITO A EXIGIR
janeiro-98	136.630,65	20.655,28	0,00	115.975,37
fevereiro-98	75.796,31	0,00	0,00	75.796,31
março-98	80.376,73	0,00	0,00	80.376,73
abril-98	153.319,43	0,00	0,00	153.319,43
maio-98	124.650,95	0,00	2.723,68	121.927,27
junho-98	59.593,71	0,00	2.708,69	56.885,02
julho-98	83.897,39	0,00	0,00	83.897,39
agosto-98	54.022,70	0,00	0,00	54.022,70
setembro-98	116.022,96	1.956,04	7.456,27	106.610,65
outubro-98	113.107,59	0,00	5.962,35	107.145,24
novembro-98	114.515,67	0,00	6.133,54	108.382,13
dezembro-98	62.357,92	0,00	2.349,55	60.008,37
janeiro-99	81.302,60	0,00	2.883,11	78.419,49
fevereiro-99	139.724,84	2.697,63	2.662,22	134.364,99
março-99	212.853,46	22.404,41	6.452,73	183.996,32
abril-99	113.506,96	0,00	4.615,39	108.891,57
maio-99	72.283,12	0,00	7.265,52	65.017,60
junho-99	145.257,33	51.364,60	0,00	93.892,73
TOTAL DO DÉBITO				1.788.929,31

Quanto às operações de circulação de mercadorias por meio das notas fiscais acostadas às fls. 250 a 255, as quais encontram-se amparadas por liminares judiciais concedidas aos destinatários situados no Estado da Bahia (com o objetivo de impedir a retenção do ICMS pelo autuado), entendo que não podem ser retiradas do levantamento fiscal, por dois motivos:

1. as liminares concedidas aos destinatários das mercadorias (as empresas Sampaio Comercial Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda. e TRR T. F. Comércio Derivados de Petróleo Ltda.) são decisões provisórias emanadas do Poder Judiciário e, portanto, há que se aguardar o resultado final das ações judiciais para se determinar se o Estado tem ou não direito ao crédito tributário;

2. para evitar a decadência do direito da Fazenda Estadual de exigir o valor devido.

Todavia, consoante o entendimento exarado pela PGE/PROFIS e por este CONSEF, a exigibilidade dos créditos tributários apurados, nos valores de R\$2.165,66 (fato gerador de 31/01/99) e R\$2.262,75 (fato gerador de 30/06/99), os quais estão contidos nos montantes de débito indicados no demonstrativo de débito do Auto de Infração (respectivamente, de R\$78.419,49 e R\$93.892,73) deverá ficar suspensa, em obediência à citada liminar, até a decisão final proferida pelo Poder Judiciário.

De tudo quanto foi exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, consoante o demonstrativo de débito abaixo, ressalvando-se que está suspensa a exigibilidade, até a decisão final do Poder Judiciário, dos valores acima mencionados (R\$2.165,66 – fato gerador de 31/01/99 e R\$2.262,75 – fato gerador de 30/06/99), devendo ser científica a PGE/PROFIS para que adote as providências cabíveis.

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo R\$	Alíquota (%)	Multa (%)	Débito R\$
31/01/98	09/02/98	682.208,06	17%	70%	115.975,37
28/02/98	09/03/98	445.860,65	17%	70%	75.796,31
31/03/98	09/04/98	472.804,29	17%	70%	80.376,73
30/04/98	09/05/98	901.879,00	17%	60%	153.319,43
31/05/98	09/06/98	717.219,24	17%	60%	121.927,27
30/06/98	09/07/98	334.617,76	17%	60%	56.885,02
31/07/98	09/08/98	493.514,06	17%	60%	83.897,39
31/08/98	09/09/98	317.780,59	17%	60%	54.022,70
30/09/98	09/10/98	627.121,47	17%	60%	106.610,65
31/10/98	09/11/98	630.266,12	17%	60%	107.145,24
30/11/98	09/12/98	637.541,94	17%	60%	108.382,13
31/12/98	09/01/99	352.990,41	17%	60%	60.008,37
31/01/99	09/02/99	461.291,12	17%	60%	78.419,49
28/02/99	09/03/99	790.382,29	17%	60%	134.364,99
31/03/99	09/04/99	1.082.331,29	17%	60%	183.996,32
30/04/99	09/05/99	640.538,65	17%	60%	108.891,57
31/05/99	09/06/99	382.456,45	17%	60%	65.017,60
30/06/99	09/07/99	552.310,18	17%	60%	93.892,73
TOTAL DO DÉBITO					1.788.929,31

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206949.0011/03-7, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.788.929,31**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, ficando suspensa a exigibilidade, até a decisão final do Poder Judiciário, dos valores de R\$2.165,66 (fato

gerador de 31/01/99) e R\$2.262,75 (fato gerador de 30/06/99), devendo ser cientificada a PGE/PROFIS para que adote as providências cabíveis.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - JULGADORA

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR