

PROCESSO - A. I. Nº 206960.0047/05-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LIQUIGÁS DISTRIBUIDORA S.A. (AGIP)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0151-05/06
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 16/11/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0388-12/06

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou caracterizado que o contribuinte procedeu ao recolhimento do montante autuado através de documento de arrecadação próprio. Infração insubsistente. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela R. 5ª Junta de Julgamento Fiscal contra a Decisão pela mesma prolatada através do Acórdão nº 0151-05/06, em face de ter havido prejuízo ao Fisco Estadual, à luz do quanto disposto no art. 169, I, “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 10.10.2000

O Auto de Infração em lide exige ICMS no valor de R\$24.704,24, acrescido da multa de 60% por retenção a menos do ICMS, e conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, nos meses de junho a setembro de 2000. Foram dadas como infringidas pelo autuado as cláusulas terceira, quinta e sexta do Convênio ICMS nº 03/99. Observaram os autuantes que o contribuinte informou o ICMS-ST aquém do devido à refinaria, conforme apuração feita através dos arquivos magnéticos encaminhados a SEFAZ, referente às operações de vendas de GLP para comercialização e também as operações de vendas para consumo no período fiscalizado. Informaram que anexaram aos autos Demonstrativo de Cálculo do ICMS-ST que deveria ser informado à refinaria e os Anexos III e V emitidos pelo contribuinte com os valores a menos, por não constar no Anexo III diversas notas fiscais destinadas à Bahia.

Às fl. 7, os autuantes anexaram ao PAF o credenciamento obtido por eles junto ao Estado de Pernambuco, com o fim de assim proceder à fiscalização do autuado.

Em demonstrativos anexados aos autos (fls. 10/34), os autuantes consideraram que o valor unitário dos produtos estava apostado nas notas fiscais aquém do disposto nas Portarias Interministeriais que tratam do assunto. Utilizaram-se dos preços ali constantes. Adicionaram as notas fiscais supostamente não inseridas ao informado à refinaria. Posteriormente, multiplicaram o quantitativo discriminado em nota fiscal pelo valor de cada produto unitário, obtendo a base de cálculo ICMS-ST. Após, apuraram o imposto à alíquota de 17%, com redução da base de cálculo, deduzindo o montante retido a título de substituição, informado pela refinaria, nos referidos Anexos III e V.

O autuado, por intermédio de advogado, apresentou defesa, fls. 67/80, onde, inicialmente, descreveu a atividade da empresa e a evolução dessa no mercado comercial. Ressaltou tratar-se de uma conhecida empresa, que prima por ser cumpridora de suas obrigações tributárias. Afirmou, quanto às notas fiscais ditas pelos autuantes como não incluídas no informado à refinaria, que essas foram tributadas em barreiras fiscais, razão pela qual entendeu desobrigada de informar àquela, com o fim de assim evitar a bi-tributação: pelos postos fiscais e pela

refinaria. Ressaltou que as dúvidas encontradas pelos autuantes seriam facilmente sanadas, se as mesmas fossem suscitadas previamente junto ao departamento responsável.

Transcreveu os termos da infração e o enquadramento aplicado. Salientou que, pelo Convênio nº 3/99, a base de cálculo do tributo é o preço fixado pelas autoridades competentes, porém, fica facultado às unidades federadas a possibilidade de adotar em substituição a esse, o valor de referência por eles estabelecidos. Afirmou que se valeu das Instruções Normativas emitidas por essa SEFAZ para apurar a base de cálculo do imposto ora reclamado.

Frisou que, de acordo com a cláusula 3ª, § 4º, do citado convênio, a base de cálculo é o montante formado pelo preço estabelecido por autoridade competente, que à época dos fatos em exame eram as Instruções Normativas nº 48/99, 47/00 e 73/00, as quais trouxe aos autos como prova do alegado. Informou que utilizava esses valores, conhecidos como Pauta Fiscal, sobre o quantitativo de produtos adquiridos na Refinaria, apurando o imposto correspondente à alíquota de 12%. Acostou anexo que exemplificava o seu proceder.

Disse que os autuantes, ao invés de utilizarem as referidas instruções normativas, valeram-se das Portarias Interministeriais de nº 295, 212 e 417. Aduziu que esse proceder só estaria albergado pelo citado convênio se não houvesse preço fixado pelo Estado da Bahia.

Reconheceu que emitiu as notas fiscais dadas pelo fisco como não informadas à refinaria, juntadas a esse PAF, esclarecendo que a empresa agiu assim por estar em processo de habilitação de sua inscrição estadual baiana, mas ressaltou que procedeu ao recolhimento dessas notas fiscais através de DAE ou GNRE. Acrescentou, se acaso tivesse informado à refinaria, como assim estão a exigir os autuantes, os produtos constantes dessas notas fiscais seriam tributados duas vezes, uma pelos Postos Fiscais, outra pela Refinaria.

Contestou a multa de ofício aplicada, no percentual de 60%, afirmando que a mesma ofendeu o princípio da proporcionalidade. Mostrou que essa quase se equipara ao valor cobrado a título do imposto, o que, para o autuado, configura um absurdo jurídico. Insurgiu-se também contra a adoção da SELIC como juros moratórios. Carreou aos autos doutrina e jurisprudência sobre esses assuntos, com o fim de fundamentar o alegado. Finalizou pela improcedência da autuação, vencida essa, pela redução da multa de ofício aplicada e pela não utilização da SELIC como correção dos valores lançados no Auto de Infração em apreço.

Um dos autuantes, em informação fiscal prestada (fls. 222/24), disse que embora intimado durante o curso da ação fiscal para apresentar as citadas notas fiscais que embasaram o presente Auto de Infração, o sujeito passivo tributário só o fez em sua defesa. Confirmou que os valores ali constantes foram de fato recolhidos. Concluiu pela improcedência da autuação.

Através do Acórdão JF nº 0151-05/06, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela improcedência do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) *“o procedimento fiscal encontra-se instruído, apto a julgamento de mérito, não tendo se configurando aqui quaisquer das causas contidas no art. 18 do RPAF”;*
- b) *deve ser acolhido “o pronunciamento do autuante responsável pela informação fiscal, afastando a exigência especificamente quanto às notas fiscais autuadas”;* todavia, *“o referido servidor fiscal não entrou na discussão quanto ao preço do produto, se pela Pauta Fiscal ou por Portaria Interministerial”*, o que disse estar fazendo;
- c) *entendeu que “se o contribuinte procedeu conforme instruções emanadas da Administração Tributária desse Estado, agiu de acordo com a cláusula 3ª, § 4º, do Convênio ICMS nº 03/99, pelo qual a base de cálculo é o montante formado pelo preço estabelecido por autoridade competente, que à época dos fatos em exame estavam fixados nas Instruções Normativas nº 48/99, 47/00 e 73/00”;*
- d) *ademais, “A cláusula terceira do Convênio nº 03/99, estabelece que a base de cálculo é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente”, ao passo que o § 4º, da citada cláusula, dispõe que “em substituição a esse preço, a unidade federada*

poderá estabelecer valor outro que não esse como referência”. Assim, observa que “o Estado da Bahia assim procedeu ao publicar as Instruções Normativas nº 48/99, 47/00 e 73/00”, tendo o contribuinte o seu agir fundamentado “em norma complementar do próprio Estado”; ressalta que “Segundo o art. 100, § único, do CTN, a observância de norma complementar, como instruções normativas, exclui a incidência de multa e juros de mora”, bem como que “Mesmo a norma não sendo eficaz, por não ter sido obedecido o Convênio 81/93, como assim alegam os autuantes, não se pode imputar ao autuado esse ônus”, tendo o autuado agido “de boa-fé, por ter compreendido que o seu agir estava em conformidade com o direito”.

VOTO

Reparo algum merece o *decisum* de Primeira Instância. Senão, vejamos.

Inicialmente, impende ressaltar que o próprio autuante reconheceu a improcedência da autuação especificamente quanto às notas fiscais autuadas, a despeito de não ter ingressado no âmbito de discussão quanto ao preço do produto, se pela Pauta Fiscal ou por Portaria Interministerial.

Ora, tendo o contribuinte agido em conformidade com o quanto insculpido nas instruções emanadas da Administração Tributária desse Estado, respeitou a cláusula 3ª, § 4º, do Convênio ICMS 03/99, segundo a qual a base de cálculo é o montante formado pelo preço estabelecido por autoridade competente, que à época dos fatos em exame estavam fixados nas Instruções Normativas nº 48/99, 47/00 e 73/00.

Além disso, a cláusula terceira do Convênio ICMS 03/99, estabelece que a base de cálculo é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente, ao passo que o § 4º, da citada cláusula, dispõe que em substituição a esse preço, a unidade federada poderá estabelecer valor outro que não esse como referência.

Assim procedeu o Estado da Bahia ao publicar as Instruções Normativas nº 48/99, 47/00 e 73/00, tendo a conduta do contribuinte agido em consonância com a norma complementar do próprio Estado. Nesse sentido, o art. 100, § único, do CTN, a observância de norma complementar, bem como das instruções normativas, exclui a incidência de multa e juros de mora, não se podendo imputar ao autuado o ônus de eventual equívoco, posto que o mesmo agiu de boa-fé, ao compreender que a sua conduta estava albergada pelo direito.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto, a fim de manter, em toda a sua inteireza, a Decisão de Primeira Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206960.0047/05-7**, lavrado contra **LIQUIGÁS DISTRIBUIDORA S.A. (AGIP)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS