



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça
10ª Câmara Cível
Apelação Cível nº. 0015353-35.2016.8.19.0028
Apelante: ESTADO DO RIO DE JANEIRO (réu)
Apelado: PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS (autor)
Ação anulatória de auto de infração
Relator Desembargador PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS

APELAÇÃO CÍVEL. Tributário. Ação anulatória de auto de infração. Creditamento de ICMS extemporâneo em desacordo com as normas estabelecidas na legislação pertinente, qual seja, a do Regime Especial 148/09. Autora que questiona a regularidade da aplicação da penalidade prevista no inc. VII do artigo 62-C da Lei 2657/96, com redação da Lei 6357/2012, no percentual de 5% do crédito apropriado. Sentença que declarou a nulidade do auto de infração, em razão da aplicação de lei posterior ao fato gerador. Legislador categórico ao prever, no art. 106, II, c, do CTN, que a lei mais benéfica ao contribuinte aplica-se a ato ou fato pretérito, desde que não tenha sido definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. Legalidade da conversão da penalidade primeiramente aplicada para aquela mais benéfica ao contribuinte. Ausente qualquer incongruência entre a penalidade cominada e a conduta perpetrada pela Petrobrás. Imposição de obrigações acessórias pela legislação tributária se dá no interesse da arrecadação e da fiscalização dos tributos. Presunção de legalidade e legitimidade do auto de infração não desconstituída. Intervenção do Poder Judiciário nos atos administrativos deve se cingir à defesa dos parâmetros da legalidade, sob pena de o provimento jurisdicional substituir a própria autoridade tributária, a quem compete a aplicação e mensuração da sanção administrativa. Inexistência de qualquer irregularidade/ilegalidade no auto de infração atacado. Reforma da sentença para julgar improcedentes os pedidos iniciais. RECURSO PROVIDO.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º **0015353-35.2016.8.19.0028**, em que é apelante, **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS** (autora), sendo apelado **ESTADO DO RIO DE JANEIRO** (réu).

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, **EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO**, na forma do voto do relator.

RELATÓRIO

1. Recorre, tempestivamente, o réu - **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, contra sentença de fls. 549/552, prolatada em ação anulatória de auto de infração, julgada procedente pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Macaé, proposta por **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS**.





ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



2. A d. magistrada julgou procedente o pedido para declarar a nulidade do Auto de Infração nº. 03.383821-0, cancelando-se o crédito tributário decorrente do mesmo. Tornou definitiva a tutela que fora concedida à fl. 123. Condenou o réu ao pagamento de honorários advocatícios, que, na forma do art. 85, §3º, inciso I do Código de Processo Civil, fixou em 10% sobre o valor da causa. Sem custas e taxa judiciária, ante a isenção legal.

3. Inconformado, apela o réu, **ESTADO DO RIO DE JANEIRO** às fls. 567/574, sustentando, em suma, que, apesar de o Magistrado sentenciante entender acertadamente que, de fato, o art. 5º da Resolução SEF nº. 6.356/2001 não se aplicava à Apelada, eis que regida pelo Regime Especial nº.148/2009, ou seja, que o creditamento realizado pela Apelada se deu em desacordo com as normas estabelecidas na legislação, se olvidou do teor do art. 106, II, alínea “c” do Código Tributário Nacional, que determina a retroação da lei posterior que comine penalidade menos severa do que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática, justamente a hipótese dos autos, em que no curso do Processo Administrativo Fiscal, foi aplicada a penalidade mais benéfica prevista no art. 62-C, inciso VII, da Lei nº. 2.657/96, com redação dada pela Lei nº. 6.357/2012.





ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

4. Contrarrazões às fls. 579/598.

5. Os autos vieram conclusos em 25 de julho de 2019, sendo devolvidos em 19 de agosto do mesmo ano com pedido de inclusão em pauta de julgamento.

É o relatório.

VOTO

1. Controvérsia em torno da regularidade da aplicação da penalidade prevista no inc. VII do artigo 62-C da Lei 2657/96, com redação da Lei 6357/2012, no percentual de 5% do crédito apropriado, fundamentada no descumprimento de regras formais, estabelecidas no Regime Especial nº 148/09 para apropriação de créditos de ICMS extemporâneos.

2. Após acurada análise dos autos, observa-se que, inicialmente, foi lançado em desfavor da Petrobrás auto de infração exigindo ICMS e multa, por creditamento indevido do



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

imposto, em decorrência de ter se apropriado de créditos extemporâneos sem atender às regras contidas no Regime Especial 148/09, do qual é beneficiária.

3. Na via administrativa, a autora, por meio de recurso especial ao Conselho de contribuintes, teve êxito em excluir a cobrança do ICMS, diante do incontroverso direito aos créditos e da violação ao princípio da não-cumulatividade, e em converter a penalidade aplicada, prevista no art. 59, V da lei 2657/96, para a prevista no artigo 62-C, VII, da mesma lei, com redação dada pela lei 6357/2012, por ser mais benéfica ao contribuinte.

4. Não obstante, a Petrobrás ajuizou a presente demanda, arguindo a nulidade do auto de infração ao argumento de que o art. 62-C, VII da lei 2657/96 prevê punição por descumprimento de obrigações acessórias relativas à emissão de documentos fiscais e escrituração de livros fiscais quando o contribuinte deixar de cumprir formalidade prevista na legislação relativa à escrituração extemporânea de crédito do imposto, entretanto, no presente caso, a escrituração do crédito foi realizada de modo legal, mas de forma extemporânea, o que, à época dos fatos ensejaria aplicação de penalidade inserta no art. 59, XXX da citada lei.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

5. O Magistrado de primeiro grau houve por bem declarar a nulidade do auto de infração, pois não haveria como se aplicar à autora o disposto no artigo 62-C da Lei nº 2.657/96, com redação dada pela Lei nº 6.357/2012, como pretende o réu. Isso porque, conforme prevê a lei modificativa, o citado artigo entrou em vigor em 01/07/2013, ou seja, em data posterior à ocorrência do fato gerador da obrigação acessória.

6. Não obstante o entendimento do Julgador de primeiro grau, o legislador foi categórico ao prever no art. 106, II, c, do CTN, que a lei mais benéfica ao contribuinte aplica-se a ato ou fato pretérito, desde que não tenha sido definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

7. Tal premissa suplanta por completo a ilegalidade da conversão da penalidade aplicada para aquela prevista no art. 62-C da lei 2657/96, com redação dada pela lei 6357/2012, mesmo que posterior ao fato gerador.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

8. Assim, resta-nos analisar a regularidade da capitulação da conduta da ré, Petrobrás, que argumenta que, à época dos fatos, ensejaria aplicação de penalidade inserta no art. 59, XXX da citada lei, e não do supracitado art. 62-C.

9. Neste particular, da análise de todo processado, torna-se claro que a penalidade lhe foi imposta com fundamento na realização de creditamento do ICMS em desacordo com as normas estabelecidas na legislação pertinente, qual seja, a do Regime Especial 148/09, optando por seguir as regras contidas no Resolução SEF nº. 6346/2001.

11. Como muito bem explicitado pelo Magistrado de primeiro grau, *“caberia à autora requerer o aproveitamento extemporâneo dos créditos de ICMS e não solicitar a anuência da repartição competente para reconhecer seu direito constitucional ao crédito do tributo (processo nº E-04/058872/2011), uma vez que submetido a Regime Especial nº 148/09 (fls. 178/186).”*

12. Diante do quadro exposto, apesar do esforço argumentativo da Sociedade autora, não se verifica qualquer incongruência entre a hipótese de incidência da penalidade, abstratamente prevista no art. 62-C da lei 2657/96, com



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

redação dada pela lei 6357/2012, e a conduta perpetrada pela Petrobrás.

13. Pois bem. O supracitado dispositivo legal, que trata do descumprimento de obrigações acessórias relativas à emissão de documentos fiscais e escrituração de livros fiscais, prevê a aplicação de multa de 5% (cinco por cento) do valor do crédito escriturado para aquele que **deixar de cumprir formalidade prevista na legislação relativa à escrituração extemporânea de crédito do imposto**, o que se amolda de forma perfeita e específica à atuação da Petrobrás descrita acima.

14. A título elucidativo ressalta-se que a pretensão da Sociedade de ver aplicado o art.59, XXX, da Lei nº. 2.657/96, em vigor à época dos fatos, é de todo descabida, seja porque não cabe ao Judiciário se imiscuir na esfera administrativa para para o fim de substituir penalidades contidas no Auto de Infração, seja porque o dispositivo descrevia condutas que não se verificaram na hipótese em comento, daí sua não aplicação pela autoridade fiscal.

15. Não se olvida que a imposição de obrigações acessórias pela legislação tributária se dá no interesse da



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

arrecadação e da fiscalização dos tributos, bem como, que, diante da ausência de desconstituição, deve prevalecer a presunção de legalidade e legitimidade do auto de infração, pois espécie de ato administrativo.

16. Prudente, ainda, destacar que a intervenção do Poder Judiciário nos atos administrativos cinge-se à defesa dos parâmetros da legalidade, sob pena de o provimento jurisdicional substituir a própria autoridade tributária, a quem compete a aplicação e mensuração da sanção administrativa.

17. Destarte, considerando a inexistência de qualquer irregularidade/ilegalidade no auto de infração atacado, não há como afastar a penalidade por meio dele imposta à autora-apelada, PETROBRÁS.

18. Por tais fundamentos, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, reformando-se a sentença para julgar improcedente o pedido inicial. Invertidos os ônus sucumbenciais.

Publique-se.

Rio de Janeiro, 04 de setembro de 2019.

Desembargador **PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS**

Relator