

**PROCESSO** - A.I. Nº 0303867302/96  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - FRANNEL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PROFAZ  
**ORIGEM** - INFAZ IGUATEMI  
**INTERNET** - 02.02.02

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0005-11/02

**EMENTA:** ICMS. IMPROCEDÊNCIA DO PROCEDIMENTO FISCAL. Representação proposta de acordo com o art. 119, II, da Lei nº 3.956/81, alterada pela Lei nº 7.438/99, tendo em vista a ilegalidade flagrante na exigência fiscal pela sujeição passiva do autuado, em substituição ao contribuinte de fato e de direito (o destinatário das mercadorias, estabelecido neste Estado), à vista da legislação vigente à época. Provado o pagamento de parte do débito, as parcelas a ele referentes devem ser excluídas da autuação, como também, as relativas à suspensão judicial. Mantidos os demais valores exigidos. Representação **PARCIALMENTE ACOLHIDA**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de uma Representação da PROFAZ provocada pelo contribuinte para que se exerça o controle da legalidade neste Auto de Infração.

O Auto de Infração em análise exige ICMS sob alegação de que o contribuinte deixou de efetuar a retenção na fonte, do imposto, qualidade de contribuinte substituto referente a vendas de combustíveis para contribuinte localizado neste Estado, no período de fevereiro de 1995 a junho de 1996.

Alega o recorrente que há ilegalidade na ação fiscal, pois, a legislação contém regra alternativa e impõe a responsabilidade do pagamento do imposto para o adquirente no caso do remetente não proceder à retenção do ICMS quando da operação interestadual com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Diz que existem precedentes no CONSEF favoráveis à empresa, Resoluções nºs 2985/97 da 4ª Câmara e 1509/99 da 3ª Câmara.

Que parte dos adquirentes, nas operações autuadas, recolheram o ICMS exigido no Auto de Infração, como bem demonstram as GNRs anexas, fls. 299 a 360.

Que a adquirente Atlântica Comércio de Combustíveis Ltda., estava dispensada judicialmente da substituição tributária, nos termos da Liminar em Mandado de Segurança de nºs 3.999 - 452/94-J, confirmada na sentença (fls. 362 a 369).

Que outros adquirentes foram autuados pelo Fisco deste Estado pelo não recolhimento do ICMS que não foi retido, eis que a legislação assim exigia (Auto de Infração n<sup>os</sup> 02251161/97, 07768788/95, 02252800/95 e 330620-05/96).

Que procura demonstrar a improcedência do lançamento, pela inaplicabilidade pelos Auditores fiscais, da legislação então vigente, e adoção da legislação modificada. Além disso, demonstra no bojo da petição que o imposto exigido na ação fiscal foi pago pelos destinatários das mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária.

Ao representar ao CONSEF a PROFAZ afirma que a legislação estadual à época em vigor (Lei n<sup>o</sup> 4825/89, arts. 14, § 30 e 15, Decreto n<sup>o</sup> 2480/89, art. 26, § 10 li e Decreto n<sup>o</sup> 5444/96, art. 372, II) estabelecia que no caso de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, não procedendo, o remetente, a retenção do imposto devido na operação subsequente, caberia ao adquirente fazê-lo, sendo evidente que tal regra de tributação é obrigatória para todos os contribuintes no Estado da Bahia.

Que a Fazenda Pública Estadual, no caso das operações interestaduais de mercadorias sujeita ao regime da substituição tributária, deverá exigir dos destinatários dos bens o ICMS devido, se não satisfeita a obrigação principal pelo remetente.

Que após exame da documentação juntada pelo autuado, revelou-se que considerável parcela do tributo, objeto do Auto de Infração, foi recolhida ao Estado da Bahia pelos contribuintes (adquirentes), ou a Fiscalização exigiu o imposto dos destinatários.

Acrescenta também que, *“em sede administrativa, o julgamento do CONSEF, pela procedência do Auto de Infração sob exame, através da Resolução n<sup>o</sup> 0857/97 (fl. 64 do Auto de Infração), destaca a incompetência do órgão julgador administrativo para apreciação da questão constitucional levantada pela requerente e quanto ao fato da liminar concedida pelo Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo, segundo seu entendimento, não teria qualquer validade legal perante o Estado da Bahia. Desse modo, com base na legislação modificada, considera que é o remetente o responsável legal para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações realizadas pelos adquirentes.*

*Em seguida, foi interposto pedido de reconsideração pelo autuado, o qual não foi conhecido pelo Egrégio CONSEF (conforme Resolução n<sup>o</sup> 3396/97) em virtude da ausência dos requisitos de admissibilidade, impossibilitando, assim, a apreciação do mérito do respectivo Recurso.*

*Não obstante, apesar de ter havido modificação na legislação que disciplina a matéria, urge ressaltar que ao tempo do fato gerador, a legislação estadual dispunha que em caso de o remetente não proceder à retenção ou o fizesse em valor inferior ao devido, o adquirente ficará obrigado a fazê-lo ao dar entrada neste Estado (Lei n<sup>o</sup> 4825/89, arts. 14, § 30 e 15, Decreto n<sup>o</sup> 2460/89, art. 26, § 1011 e Decreto n<sup>o</sup> 5444/96, art. 372,11).*

*Destarte, o Conselho de Fazenda Estadual, como alegou a requerente já decidiu que a responsabilidade se transfere ao destinatário quando o tributo for retido a menor ou não retido pelo remetente da mercadoria, é o que se lê das ementas trazidas à colação na petição da requerente (Resolução n<sup>o</sup> 2985/97 e JJF n<sup>o</sup> 0432199 cuja Decisão foi confirmada pela Câmara Superior através da Resolução n<sup>o</sup> 1509/99 - docs. 1, 2 e 3 em anexo), o que reflete, o entendimento já assentado no CONSEF*

*em matéria do mesmo teor.*

*Além disso, é mister ressaltar que os créditos tributários ora em comento encontram-se efetivamente assegurados, ante a lavratura dos Autos de Infração contra os adquirentes da empresa (Atlântica Comércio de Combustíveis LIDA. e Teixeira de Freitas Derivados de Petróleo), estabelecidos no Estado da Bahia para exigência do mesmo imposto cobrado do autuado. (Resolução JJF nº 2909/97 confirmado pela 2ª Câmara através do Acórdão nº 0299/01; Resolução JJF nº 0328/01; Acórdão nº 1738/00 e Acórdão nº 0576/99 da Câmara Superior, vide docs. 4 a 7).*

*Conclui-se, então, que no caso de operações interestaduais, não havendo a retenção do imposto ou sendo a retenção feita a menor, o Próprio Adquirente torna-se sujeito passivo da substituição tributária, cabendo a ele, neste caso, a antecipação ou complementação do imposto.*

*Pelos motivos apresentados, verifica-se a ilegalidade flagrante na exigência fiscal pela sujeição passiva do autuado, em substituição ao contribuinte de fato e de direito (o destinatário das mercadorias estabelecido neste Estado), à vista da legislação à época em vigor, bem como diante da análise dos fatos supervenientes trazidos pela requerente (Tópicos II a IV do Pedido de Controle da Legalidade), devidamente corroborados com as provas documentais acostadas ao processo.*

*Diante do exposto, entendemos cabível o pedido de Controle da Legalidade, não somente pela aplicabilidade do art. 136, do COTEB, mas especialmente pelo artigo 149, do CTN que prescreve a obrigação da administração revê seus atos de lançamento de ofício, observando-se os princípios da legalidade objetiva -e o da tipicidade cerrada insertos no artigo 142 do CTN.*

*Desse modo, torna-se indispensável a revisão administrativa do caso. Inicialmente porque a Fazenda não deve incorrer em cobrança de tributo sem fundamento legal ou ante a regra desonerativa do tributo. E a essa altura, porque deve-se evitar a condenação na via judicial, com todos os ônus de sucumbência inevitavelmente decorrentes.*

*A legislação estadual, por sua vez, com o Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.438/99), atribui ao responsável pela inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa - a PROFAZ - competência para cancelar a inscrição já efetivada, mediante representação ao Egrégio CONSEF, sempre que se verificar ocorrência de vício insanável ou ilegalidade flagrante (art. 119, incisoII).”*

Concluindo, a PROFAZ pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

## **VOTO**

Nesta Representação proposta pela PROFAZ concordo em parte com as conclusões apresentadas.

Grande parte do imposto reclamado neste Auto de Infração já fora pago pelos adquirentes do combustível como comprovam as GNR's anexas. Portanto, devem tais pagamentos ser acatados e retirados da cobrança, haja vista a comprovação do pagamento, como atestam os extratos do SIDAT anexas.

Relativamente ao adquirente Atlântida Comércio de Combustíveis que estava dispensada judicialmente da substituição tributária nos termos da Liminar em Mandado de Segurança de nº 3.999

- 452/94-J, confirmada por sentença já transitada em julgado, também as parcelas a ela referentes deverão ser excluídas da cobrança.

Quanto a Teixeira de Freitas Derivados de Petróleo Ltda, tendo a liminar do Mandado de Segurança sido suspensa em 17/06/1996 a autuação estaria correta.

O contribuinte, representado por seu advogado ainda sustenta a tese de que haveriam Autos de Infração lavrados contra empresas adquirentes de combustíveis, 2 deles contra a Atlântida Comércio de Combustíveis e 2 contra a Teixeira de Freitas Derivados de Petróleo Ltda, onde o objeto da autuação repete-se na presente ação fiscal.

Ocorre que, relativamente à Atlântida Comércio de Combustíveis o valor reclamado deve ser excluído da cobrança, como já dito anteriormente, por força da dispensa judicial. Entretanto, quanto aos outros autos lavrados contra a Teixeira de Freitas Derivados de Petróleo Ltda, o autuado não apresentou prova de que a cobrança seria relativa aos mesmos valores já reclamados nos autos lavrados anteriormente, portanto, não podemos excluir estas parcelas.

Assim, ACOELHO PARCIALMENTE a Representação proposta pela PROFAZ a fim de excluir as parcelas comprovadamente pagas pelos adquirentes, bem como aquelas referentes à Atlântida Comércio de Combustíveis, ficando o Auto de Infração procedente em parte.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER PARCIALMENTE** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

VERBENA MATOS ARAÚJO - RELATORA

MARIA JOSÉ R. COELHO LINS DE ANDRADE SENTO SÉ - REPR.DA PROFAZ