

PROCESSO - A.I. Nº 03222285/95
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e NACIONAL GÁS BUTANO DISTRIBUIDORA LTDA.
RECORRIDOS - NACIONAL GÁS BUTANO DISTRIBUIDORA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0556/01
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 17.06.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0212-11/02

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Diligência da ASTEC, em sede de Recurso Voluntário, reduz o débito originariamente lançado. Exigência fiscal subsistente em parte. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 3ª JJF, através do Acórdão nº 0556/01 que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto em epígrafe, bem como Recurso de Ofício, a teor do art. 169, inciso I, “a”, item 1, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e alterações posteriores.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao recorrente a falta de retenção e recolhimento do ICMS devido nas saídas de gás liquefeito de petróleo, em transferências para as filiais varejistas localizadas neste Estado, nos exercícios de 1990 a 1994.

A Decisão Recorrida – fls. 708 a 714 – foi no sentido de julgar Procedente em Parte as exigências fiscais, com a seguinte fundamentação, que ora transcrevemos, “*in verbis*”:

“O autuado suscita algumas preliminares de nulidade do lançamento, as quais rejeito pelas razões seguintes:

- 1. não houve preterição do direito de defesa ou presunção fiscal, porque o Auto de Infração contém a descrição dos fatos e os demonstrativos analíticos, às fls. 7 a 207, necessários e suficientes à compreensão da infração apontada;*
- 2. não há que se falar em existência de prescrição intercorrente neste lançamento, em relação ao exercício de 1990, porque o artigo 174, do CTN (transcrito pelo autuado) se refere ao prazo de prescrição para interposição da ação de execução para cobrar o crédito tributário inscrito definitivamente em dívida ativa;*
- 3. também não opera a decadência, neste Auto de Infração, pois o direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário, em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 1990, extinguir-se-ia apenas em 31/12/95;*
- 4. relativamente à alegação do autuado de que a intimação foi efetuada junto a pessoa não autorizada por ele, o RPAF aprovado pelo Decreto nº 28.596/81 (vigente à época), em seu artigo*

36 § 1º, determinava que a intimação considerava-se efetivada, se pessoalmente, na data da aposição da assinatura do autuado, seu representante ou preposto. O Supervisor Administrativo, preposto do autuado, após sua assinatura no Auto de Infração, o que efetivou a intimação nos termos da legislação e, ademais, o autuado apresentou, tempestivamente, sua petição defensiva, não havendo qualquer prejuízo em seu direito ao contraditório.

No mérito, o Auto de Infração visa à cobrança do imposto por falta de retenção e recolhimento do ICMS devido nas saídas de gás liquefeito de petróleo, em transferências, efetuadas pelo autuado, para as filiais varejistas localizadas neste Estado, nos exercícios de 1990 a 1994.

O autuado alega que, de acordo com o artigo 20, inciso I, do RICMS/89, estava desobrigado de efetuar a retenção do ICMS já que suas filiais são estabelecimentos atacadistas, tendo sido equivocadamente cadastrados na SEFAZ como varejistas. Entretanto, não trouxe aos autos nenhuma prova de suas alegações. Ao contrário, o diligente do DICO (às fls. 405 e 406) informa que a filial de Salvador é predominantemente varejista. Desse modo, o autuado deveria ter procedido à retenção e recolhimento do imposto, como contribuinte substituto, nas transferências acima citadas.

Não obstante isso, a GEPET/DIFIS (às fls. 453 e 454) se pronunciou nos autos, manifestando o entendimento de que o imposto pago pelas filiais fosse deduzido do débito apurado no presente lançamento.

Entendo que deve ser acatado o posicionamento da GEPET/DIFIS. Na situação em análise, o autuado e suas filiais varejistas adotaram o procedimento normal de apuração do imposto e, embora em desconformidade com a legislação, os valores de imposto recolhidos pelas filiais devem ser deduzidos do débito ora exigido, sob pena de haver a cobrança em duplicidade do ICMS.

O diligente da INFAZ Especializada, às fls. 462 a 469, apresentou um novo demonstrativo, mas como o autuado acostou novos DAEs que comprovam o recolhimento do imposto no período de janeiro/90 a dezembro/90, refiz o demonstrativo, em relação ao exercício de 1990”

Irresignado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls.723 a 756 – onde pede a reforma do Julgado, naquilo que lhe foi desfavorável. Traz em preliminar, alegação de nulidade do Auto de Infração, já apresentada quando da peça defensiva, onde inicialmente fala em prescrição para depois citar o art. 174, do CTN, que trata de decadência.

No mérito, traz também as mesmas alegações defensivas, no sentido de afirmar que não está sujeita à retenção e recolhimento do ICMS por substituição nas saídas de GLP, pois as transferências realizadas teriam sido para filiais atacadistas, e não varejistas, como imputa o Auto de Infração. Afirma que as filiais receptoras do GLP em transferência praticavam venda a atacado em sua quase totalidade, embora também vendessem a varejo, mas que o exercício de venda nestas duas modalidades não as caracterizam como varejistas. Cita a legislação do IPI, e conclui que a legislação estadual deve ser analisada interpretando-a de forma associada à legislação do IPI, que leva em consideração a modalidade de venda preponderante para caracterizar se um estabelecimento é atacadista ou varejista, e que o fato das filiais estarem cadastradas como varejistas na Secretaria da Fazenda corresponde apenas a uma presunção formal da atividade desenvolvida por estas.

Contesta a revisão efetuada por diligente do DICO, que atestou serem as filiais varejistas; entende que apenas procedeu-se à verificação dos valores retidos e do ICMS normal no estabelecimento de

Salvador, e que tal verificação deveria ser estendida às demais filiais, alegando que se tal fosse feito a conclusão seria no sentido de que as mesmas são de fato atacadistas. Anexa planilhas das vendas realizadas pelas filiais, com o intuito de comprovar que as vendas preponderantemente foram para representantes. Pede a realização de perícia fiscal para melhor evidenciar o quanto alegado.

Assevera, ainda, que o tributo devido foi integralmente recolhido ao Estado da Bahia através das suas filiais, como acertadamente entendeu a Junta de Julgamento Fiscal, ao deduzir os valores recolhidos da exigência fiscal. Acosta novos documentos para comprovar outros recolhimentos que não teriam sido considerados, e requer nova diligência neste sentido.

Conclui requerendo a total Improcedência do Auto de Infração, e juntada “*a posteriori*” de mais documentos que comprovam o seu direito.

A PROFAZ, em Parecer de nº0576/01 – fls. 820 e 821 – onde inicialmente rejeita a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, por entender inexistente decadência ou prescrição do lançamento de ofício. No mérito, consigna que o recorrente não logra comprovar a condição de atacadistas das suas filiais, e afirma que deve ser verificada a autenticidade dos documentos acostados pelo recorrente, e que, na hipótese de ser certificado o recolhimento pelas filiais, deve ser deduzido do débito apurado.

Convertido o PAF em diligência, por esta Relatora para a ASTEC, com o intuito de ser efetuada checagem dos valores efetivamente recolhidos pelas filiais da empresa autuada, e a dedução do débito exigido, se comprovado tal recolhimento, a ASTEC se pronuncia, através de Parecer de nº 279/01 – fls. 1028 a 1034.

Neste ínterim, através de petição acostada aos autos em 20.09.2001 – fls. 825 a 1015 - o recorrente junta novos documentos aos autos, alegando que os mesmos comprovam a condição de atacadistas das suas filiais, e requer perícia fiscal para comprovar o quanto alega.

No citado Parecer, o revisor informa que intimou a empresa a apresentar os originais dos documentos acostados conjuntamente com a peça recursal, e que apenas alguns foram apresentados, pois segundo a empresa alguns deles encontravam-se nas filiais de Feira de Santana, Itabuna e Juazeiro. Neste sentido, verificou por amostragem alguns recolhimento pelo SIDAT, tendo constatado a regularidade dos recolhimentos, conforme cópias dos extratos do Sistema que acosta aos autos, tendo elaborado novo demonstrativo de débito deduzindo os valores comprovadamente recolhidos, resultando em um débito de R\$533.065,62.

Instado a se manifestar sobre o resultado da diligência, o recorrente, através de petição acostada aos autos às fls. 1067 a 1071 – pronuncia-se no sentido de que a referida revisão teria concluído pela regularidade dos recolhimentos efetuados pela suas filiais, com amparo nos registros do SIDAT, onde constam os dados relativos à arrecadação das receitas estaduais. Neste sentido, entende que é possível ao Estado ter acesso aos registros destes recolhimentos, e que, portanto, os demais documentos de arrecadação não apresentados podem ser checados com um mero exame no SIDAT. Assim, alega que cabe a SEFAZ exaurir todos os esforços no sentido de esclarecer quaisquer dúvidas quanto ao adimplemento das suas obrigações tributárias, o que traz, em primeira conclusão que o demonstrativo apresentado pelo revisor da ASTEC ainda traz incorreções. Alega, ainda, que não há como apresentar documentos de arrecadação transcorridos mais de 10 anos da ocorrência do fato gerador, mas que o Estado da Bahia tem a prova do recolhimento destes valores, que podem ser

obtidos mediante a verificação no SIDAT, e ainda através do exame dos livros fiscais e contábeis da empresa autuada.

Conclui requerendo a consideração dos documentos que acostou através de petição datada de 20.09.2001, que comprovariam a condição de estabelecimentos atacadistas das suas filiais

Em novo Parecer, a PROFAZ manifesta-se pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, acatando-se os termos da diligência realizada pela ASTEC.

VOTO

Quanto à preliminar de nulidade apresentada pelo recorrente, já afastada pela Junta de Julgamento Fiscal, devemos consignar, em consonância com a Decisão Recorrida e com o opinativo da PROFAZ, que a mesma não deve merecer guarida, posto que não há que se falar em decadência na constituição do crédito tributário, nem tampouco prescrição, já que o Auto de Infração foi lavrado em estrita obediência às normas legais.

No mérito, melhor sorte não encontra o recorrente, já que não logrou comprovar a condição de atacadistas das suas filiais, regularmente inscritas no cadastro de contribuintes do ICMS deste Estado como varejistas, submetendo-se, assim, à regra de retenção e recolhimento na fonte do imposto devido por substituição tributária nas saídas em transferência de gás liquefeito de petróleo – GLP, por inaplicável a regra do art. 20, I, “a”, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 2.460/89, vigente à época dos fatos geradores do presente Auto de Infração.

Todas as diligências realizadas neste processo – em número de três – comprovaram que as filiais receptoras do GLP em transferências tanto realizam vendas a revendedores como a consumidores finais, portanto não se caracterizam como atacadistas, como quer fazer crer o recorrente. Muito embora alegue o recorrente que deve ser aplicada a legislação do IPI para definição de atacadistas, a legislação do ICMS a esta não está adstrita. Registre-se que a primeira diligência realizada pelo DICO atestou que em uma das filiais – a de Salvador – o total das vendas a atacado era no percentual de apenas 1% das vendas realizadas, o que serve como parâmetro para as demais. Aliás, embora alegue que o cadastramento das filiais no CAD-ICMS como varejistas seja incorreto, até o presente momento não houve qualquer prova de que tenha havido alteração desta condição junto a SEFAZ.

Do exposto, afastada tal alegação, cabe-nos analisar a outra alegação, a de bitributação. Ora, a Decisão Recorrida, justamente para evitar exigência em duplicidade, abateu do valor originariamente lançado pelo autuante os pagamentos comprovadamente realizados pelas filiais, o que redundou, inclusive, em substancial redução do “quantum” a pagar. A última diligência requerida a ASTEC, por sua vez, visou também evitar a figura detestável da bi-tributação, e embora a empresa não tenha apresentado todos os documentos de arrecadação, os que foram apresentados tiveram seus recolhimentos confirmados no sistema de pagamento da SEFAZ. Pretender o recorrente que o ônus da prova do recolhimento seja transferido para o Fisco não merece acolhida, porque cabe ao sujeito passivo tal prova, através da apresentação dos comprovantes de recolhimento.

Assim, somos pelo acatamento do novo demonstrativo de débito apresentado pela ASTEC, às fls. 1030 a 1034 dos autos, dando-se PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário. Quanto ao Recurso de Ofício, somos pelo seu NÃO PROVIMENTO, pois correta a Decisão Recorrida ao diminuir o

“*quantum*” inicialmente exigido, deduzindo os valores comprovadamente recolhidos pelas filiais da empresa autuada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentados e modificar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 03222285/95, lavrado contra **NACIONAL GÁS BUTANO DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$533.065,62**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, III, “b”, da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFZ