

PROCESSO - A.I. Nº 03222285/95
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - NACIONAL GÁS BUTANO DISTRIBUIDORA LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 08/10/03

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0048-21/03

EMENTA: ICMS. IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base no art. 114, II, e § 1º, do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto n.º 7.887/00, em função de requerimento protocolado pelo autuado, e por considerar presente ilegalidade inequívoca, flagrante. O contribuinte autuado era o responsável pela retenção e recolhimento do imposto, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, nas saídas de gás liquefeito de petróleo, em transferências para as filiais varejistas localizadas neste Estado. Contudo, uma vez tendo sido recolhido o imposto, que deixou de ser retido pelo autuado, pelas suas filiais varejistas (contribuintes substituídos), estes valores devem ser deduzidos do débito aqui exigido, sob pena de haver a cobrança em duplicidade do ICMS. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A PGE/PROFIS, lastrada no art. 114, II e § 1º do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto n.º 7.887/00, em função de requerimento protocolado pelo autuado, e por considerar presente ilegalidade inequívoca, flagrante, no qual não se faz necessário perquirir provas, representou a esta Câmara Superior para que fosse apreciado o mérito do Auto de Infração e modificadas as decisões de 1ª Instância, que o julgou Procedente em Parte, e 2ª Instância, que concedeu Provimento Parcial ao seu Recurso Voluntário, e da Câmara Superior que negou conhecimento ao Recurso de Revista, para julgar Improcedente a autuação.

A exigência fiscal se deu em função da falta de retenção e recolhimento do imposto devido nas saídas de gás liquefeito de petróleo, em transferências para as filiais varejistas localizadas neste Estado, nos exercícios de 1990 a 1994, no valor de R\$1.405.649,68, acrescido da multa de 60%.

Na sessão realizada no dia 25-04-2001, a 3ª JJF, após rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas na peça de defesa, em Decisão unânime, julgou o Auto de Infração Procedente em Parte (Acórdão JJF n.º 0556/01), sob o seguinte fundamento:

“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, [...]”

A relatora da Decisão refez o demonstrativo, em relação ao exercício de 1990, e o julgamento pela Procedência Parcial resultou na redução do débito para R\$533.079,73.

A 3ª JJF processa o competente Recurso de Ofício e o contribuinte ingressa com o seu Recurso Voluntário.

Em 2ª Instância, na sessão realizada no dia 04-06-2002, a 1ª CJF, igualmente após afastar a nulidade argüida, e também em Decisão unânime, nega provimento ao Recurso de Ofício e concede provimento parcial ao Recurso Voluntário (Acórdão CJF nº 0212-11/02), tendo a relatora desta Decisão proferido o seguinte voto:

“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 autuado."

Neste julgamento, o contribuinte foi condenado a pagar o imposto de R\$533.065,62, mais acréscimos e multa.

Ainda inconformado, o contribuinte ingressou com Recurso de Revista, que, à unanimidade, não foi conhecido (Acórdão CS nº 0172-21/02), por ausência de requisito de admissibilidade, qual seja, a falta da indicação precisa de Decisão divergente a ser tomada como paradigma e a conseqüente demonstração da identidade jurídica da mesma com a Decisão recorrida.

Por fim, o autuado apresentou petição, dirigida à Procuradoria da Fazenda do Estado da Bahia, solicitando a esta que exerça o Controle da Legalidade, anexando, ainda, novos documentos para apreciação daquele órgão (fls. 1213 e seguintes).

A petição e os novos documentos apresentados pelo autuado foram analisados pela assessoria jurídica do Gabinete da então PROFAZ – hoje PGE/PROFIS – que emitiu seu Parecer (fls. 1838 a 1840), com o seguinte teor:

"A análise dos elementos constantes no presente processo leva ao entendimento que desde o primeiro Julgamento, efetuado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, criou-se o entendimento que a ação fiscal estava correta, na medida que a legislação estabelecia que o ICMS era devido, por substituição, no estabelecimento remetente, na saída da mercadoria para outros estabelecimentos filiais varejistas, contudo entendeu-se que os valores recolhidos, ainda que de forma 'enviesada', recolhimento efetuado por outro estabelecimento que era devedor deveria ser abatidos da exigência fiscal. Assim, todos os comprovantes de recolhimento apresentados tanto na primeira quanto na 2ª instância foram acatados, contudo, restou a ser apresentado a comprovação no montante de R\$533.065,62.

Neste novo pedido de apreciação da ação fiscal, o contribuinte carrega aos autos comprovantes de recolhimento feito pelos outros estabelecimentos da empresa, que não o autuado, fls. 1236 a 1837. Tais comprovantes, relativos aos estabelecimentos situados em Salvador, Feira de Santana, Vitória da Conquista, Itabuna e Juazeiro, compensam os valores que foram considerados como devidos pelo estabelecimento autuado.

Desta forma, nosso opinativo é no sentido de representar o presente processo ao CONSEF para que se assim entenderem, considere Improcedente o presente Auto de Infração."

VOTO

A presente autuação exige imposto que deixou de ser retido, e conseqüentemente recolhido, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, nas saídas de gás liquefeito de petróleo, em transferências para as filiais varejistas localizadas neste Estado, nos exercícios de 1990 a 1994.

Nas decisões de 1ª e 2ª Instâncias, o entendimento foi que o contribuinte autuado era o responsável por esta retenção e recolhimento do imposto, nas operações em comento, conforme preceituava a regra do art. 20, I, "a", do RICMS/89, o que leva ao acerto da ação fiscal.

Também, em ambas, concluiu-se que, uma vez tendo sido recolhido o imposto, que deixou de ser retido pelo autuado, pelas suas filiais varejistas (contribuintes substituídos), estes valores deveriam ser deduzidos do débito aqui exigido, sob pena de haver a cobrança em duplicidade do ICMS.

Assim foi feito. Após três diligências, o débito foi reduzido, em cada um dos julgamentos realizados, restando, ainda, ao contribuinte trazer a comprovação, se houvesse, do recolhimento no valor de R\$533.065,62.

Na sua petição dirigida à então PROFAZ, hoje PGE/PROFIS, ele trouxe novos elementos que, segundo a assessoria do Gabinete daquele órgão, demonstram que o ICMS foi recolhido, por vezes até em valor superior ao que deveria ter sido retido, conforme planilhas anexadas pelo auditor fiscal Antônio Barros Moreira Filho, que os conferiu.

Como comungo com o pensamento manifestado pelas 1ª e 2ª Instâncias, o meu voto é pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta, para julgar o Auto de Infração IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS