

PROCESSO - A. I. Nº 278937.1003/14-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 5ª JFJ nº 0201-05/15
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23/02/2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0002-12/16

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MUDANÇA DO FULCRO DA AUTUAÇÃO NA FASE DE INFORMAÇÃO. Alteração da acusação fiscal de responsabilidade supletiva para responsabilidade solidária. Não atendimento dos pressupostos legais. Duplo erro da autoridade fiscal: equívoco no enquadramento legal e na descrição fática da infração. Vício insanável. Representação à autoridade fiscal competente para que avalie a possibilidade de renovação da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela Junta de Julgamento Fiscal que decidiu pela Nulidade do Auto de Infração em razão da seguinte irregularidade:

"Deixou de proceder o recolhimento do ICMS, devido em razão de responsabilidade supletiva, referente às aquisições de outra unidade da Federação, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, não tendo sido feita a retenção, após esgotados todos os meios de cobrança do contribuinte substituto interestadual". Ocorrência verificada nos meses de jan, fev, mar, abr, mai, jul, ago, set e dez do exercício de 2011.

O contribuinte defendeu-se às fls. 25 a 38, tendo a informação fiscal sido prestada às fls. 53 e 55, e concluída a instrução, foram os autos para Julgamento em Primeira Instância na 5ª JFJ que decidiu o Auto de Infração Nulo, cujo Acórdão condutor foi assim proferido, *verbis*:

VOTO

Conforme se pode verificar do descritivo da infração constante da peça acusatória do processo, foi imputado ao contribuinte a seguinte ocorrência: "Deixou de proceder o recolhimento do ICMS, devido em razão de responsabilidade supletiva, referente às aquisições de outra unidade da Federação, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, não tendo sido feita a retenção, após esgotados todos os meios de cobrança do contribuinte substituto interestadual". Enquadramento legal: art. 125, § 1º c/c o art. 372, § 3º, inc. III, do RICMS/97, aprovado pelo Dec. nº 7.014/96.

Os referidos dispositivos regulamentares apresentam o seguinte teor:

Art. 125 - O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

§ 1º - Nas aquisições, de outra unidade da Federação, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente e não sendo possível, por qualquer motivo, a sua cobrança do sujeito passivo por substituição na forma da alínea "b" do inciso II, poderá ser emitida Notificação Fiscal em nome do destinatário, no sentido de efetuar o recolhimento espontâneo do imposto, na forma, prazo e condições estabelecidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, sendo que:

(...)

Art. 372 - Nas aquisições interestaduais efetuadas por contribuintes deste Estado, havendo convênio ou protocolo que preveja a substituição tributária entre a Bahia e a unidade federada de procedência das mercadorias, relativamente à espécie de mercadorias adquiridas:

(...)

§ 3º - Nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas a substituição tributária por força de convênio ou protocolo, a responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade supletiva do contribuinte substituído, observado o seguinte:

(...)

III - sempre que, esgotadas todas as possibilidades de exigência do imposto do sujeito passivo por substituição, essa cobrança se tornar impossível, adotar-se-ão as providências previstas no § 1º do art. 125.

Na fase de informação fiscal o autuante aponta erro de enquadramento legal, afirmando que a responsabilidade do contribuinte autuado não é a de natureza supletiva, mas a solidária, prevista no art. 6º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96, introduzida no ordenamento através da Lei alteradora nº 11.899/10, efeitos a partir de 31/03/10, conforme redação abaixo:

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

(...)

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.

Pede que o contribuinte seja notificado acerca desse novo enquadramento para que possa apresentar, se assim desejar, nova peça impugnatória no processo.

Verifico, todavia, que os dispositivos em que se fundamentou a autuação originária e aqueles propostos pelo autuante para a correção da peça acusatória, não são equivalentes. Tratam de situações distintas. Os que serviram de lastro normativo para o lançamento estão relacionados à responsabilidade supletiva, que somente ocorre quando se esgotam todos os meios de cobrança do contribuinte substituto legal, devendo ainda o contribuinte substituído ser notificado antes de qualquer cobrança coercitiva.

Já a obrigação solidária, prevista no art. 6º da lei do ICMS, nasce no mesmo momento da ocorrência do fato gerador, podendo o fisco exigir o tributo de quaisquer uns dos co-obrigados, ou de ambos, concomitantemente.

Em decorrência, as descrições fáticas a serem lançadas no A.I., são também distintas. No caso concreto, não se está somente aduzindo fatos novos, mas alterando-se o fulcro da autuação. Muda-se a exigência fiscal de responsabilidade supletiva, que tem pressupostos específicos, acima mencionados, para a responsabilidade solidária, que se fundamenta na coexistência da obrigação tributária de todos os contribuintes envolvidos na operação: o contribuinte remetente e o contribuinte destinatário da mercadoria enquadrada no regime da S.T. podem ser autuados, desde que o remetente não tenha inscrição ativa no Estado de localização do substituído.

Em suma: houve no caso em exame duplo erro da autoridade fiscal - equívoco no enquadramento legal e na descrição fática da infração.

Padece, portanto, o lançamento de ofício de vício insanável, razão pela qual julgo NULO o Auto de Infração em lide, com fundamento nas disposições do art. 18, incisos II e IV "a", do RPAF/99, recomendando que o órgão de fiscalização de origem do processo avalie a possibilidade de renovar o procedimento fiscal a salvo das falhas acima apontadas.

A Junta de Julgamento recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, "a", do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

VOTO

Por força da remessa necessária, o órgão julgador de base remete a esta instância Recurso de Ofício face à desoneração total do lançamento tributário em tela por ter sido constatado vício de nulidade a contaminá-lo "ab initio".

A decisão recorrida, como se infere do relatório supra, encontra-se fundamentada de modo preciso e completo, dela extraíndo-se que houve no curso do PAF, alteração da acusação fiscal, o que, sabidamente, vai na contramão do devido processo legal por macular a segurança jurídica que deve revestir o auto de infração.

É que ao lavrar a peça de acusação, o autuante ali imputou ao contribuinte o cometimento da seguinte infração:

*"Deixou de proceder o recolhimento do ICMS, devido em razão de **responsabilidade supletiva**, referente às aquisições de outra unidade da Federação, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, não tendo sido feita a retenção, após esgotados todos os meios de cobrança do contribuinte substituto interestadual". Enquadramento legal: art. 125, § 1º c/c o art. 372, § 3º, inc. III, do RICMS/97, aprovado pelo Dec. nº 7.014/96. (grifo não original).*

Entretanto, ciente dos fundamentos defensivos, o preposto fiscal, às fl. 54, admitiu o erro ao proceder ao enquadramento da infração, no sentido de que, em verdade, não se trata de responsabilidade supletiva, mas, sim, solidária, conforme a dicção do art. 6º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96, qual seja:

***Art. 6º** São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:*

(...)

***XV** - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.*

E como bem exposto pelo voto condutor, a responsabilidade supletiva, como a própria expressão elucida, se trata de responsabilidade complementar, que serve de suplemento, daí que a teor do dispositivo legal acima transcrito, somente se efetiva após esgotados todos os meios de cobrança do contribuinte substituto legal, quando o contribuinte substituído cabe ser notificado antes de qualquer cobrança coercitiva.

Situação jurídica diversa ocorre quando a responsabilidade é solidária, isto é, interdependente, sendo co-responsáveis tributáveis e sendo assim o sujeito ativo da relação tributária pode exigir tanto de um como de outro, ou seja, de quaisquer uns dos coobrigados, ou de ambos, concomitantemente, a se concluir que houve efetivamente equívoco no enquadramento legal e na descrição fática da imputação fiscal a ensejar, por conseguinte, a sua nulidade por vício insanável.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, infirmado, portanto, o auto de infração cuja nulidade com abrigo no art. 18, incisos II e IV, “a” do RPAF/99, fica decretada também por esta CJF, ficando reiterada a recomendação da JJF quanto à renovação respectiva a salvo de falhas observado o lapso decadencial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **278937.1003/14-5**, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A**. Recomenda-se a renovação da ação fiscal a salvo de falhas, observado o lapso decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de fevereiro de 2016.

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS