

PROCESSO - A. I. Nº 278937.1010/13-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e JUNCO NOVO LTDA.
RECORRIDOS - JUNCO NOVO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0178-02/14
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/05/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0061-11/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Comprovada, através da GNRE, parte do recolhimento pelo substituto tributário, cuja obrigação remanescente já havia sido objeto de lançamento de ofício anterior. Exigência insubsistente; **b)** RETENÇÃO E O CONSEQUENTE RECOLHIMENTO A MENOS. O art. 6º, XV da Lei nº 7.014/96 desloca a responsabilidade tributária para o destinatário da mercadoria, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário. Colacionado, pelo recorrente, comprovação do pagamento de algumas notas fiscais pelo destinatário das mercadorias. Modificada a Decisão recorrida. **c)** FALTA DE RETENÇÃO E DO DEVIDO RECOLHIMENTO. Exclusão da responsabilidade do remetente, na condição de contribuinte substituto para retenção e recolhimento do ICMS, relativo às operações subsequentes, em relação aos fatos geradores ocorridos durante a vigência do Regime Especial, concedido pela SEFAZ ao adquirente, no sentido de o mesmo efetuar o recolhimento do ICMS-ST. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0178-02/14, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b”, do mesmo regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 06/11/2013, imputa ao Sujeito Passivo o cometimento das seguintes irregularidades, sendo objeto de Recurso de Ofício todas as infrações e de Recurso Voluntário apenas a infração 02:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$ 12.140,96, acrescido da multa de 150%, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, inerente à Nota Fiscal nº 1698 de 17/01/2013, conforme demonstrado à fl. 7 dos autos;

INFRAÇÃO 2 – Procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, no valor de R\$98.340,52, acrescido da multa de 60%, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, inerente às Notas Fiscais nº 1471, 1472, 1473, 1475, 1477, 1479, 1485, 1488, 1489, 1519, 1532, 1594, 1671, 1695, 1696, 1748, 1749, 1755 e 1757, emitidas em dezembro de 2012 e janeiro de 2013,

conforme demonstrado à fl. 7 dos autos;

INFRAÇÃO 3 – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no valor de R\$188.678,57, acrescido da multa de 60%, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, inerente às Notas Fiscais nº 1465, 1469, 1470, 1474, 1478, 1481, 1482, 1484, 1486, 1491, 1492, 1495, 1502, 1507, 1533, 1534, 1541, 1544, 1545, 1568, 1575, 1939 e 1952, emitidas em dezembro de 2012 e janeiro de 2013, conforme demonstrado às fls. 7 e 8 dos autos.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 2ª JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 109/115):

O lançamento de ofício, ora em análise, imputa ao remetente, situado no Estado de Sergipe, de: Infração 1: não proceder ao recolhimento do ICMS retido; Infração 2: proceder a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, e Infração 3: não proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de dezembro de 2012 e janeiro de 2013, conforme demonstrado às fls. 7 e 8 dos autos.

Inicialmente, quanto à alegação de cerceamento do direito de defesa arguida pelo autuado, há de se salientar que ficou prejudicada com a reabertura do prazo de defesa e a entrega da mídia eletrônica com os demonstrativos, conforme consignado no documento à fl. 56 dos autos e corroborado pelo defendente em sua nova manifestação ao não mais alegar tal cerceamento.

Quanto ao pedido para realização de perícia/diligência fiscal, considero suficientes os elementos constantes dos autos. Indefero o aludido pedido, conforme previsto no art. 147, I, “a”, do RPAF/99.

No mérito, no tocante à primeira infração, na qual se exige a falta de recolhimento do ICMS-ST de R\$ 12.140,96, relativo à NF-e nº 1698 (fl. 7), alega o contribuinte que consignou, por equívoco, na GNRE nº 1300288972, à fl. 47 dos autos, o nº da NF-e 1693 ao invés do nº 1698, cujo pagamento foi processado pelo sistema da SEFAZ/BA.

Como prova de sua alegação, o autuado apresenta documentos, às fls. 49/50, para comprovar que o ICMS antecipado referente à NF-e 1693, expedida em 17/01/2013, no valor de R\$ 5.364,43, foi recolhido em favor do Estado de Alagoas, via GNRE nº 18883892, em 18/01/2013.

Da análise das peças processuais, verifica-se que na GNRE nº 1300288972 (fl. 47), apesar de consignar o DANFE nº 1693, ao invés do de nº 1698, o ICMS recolhido de R\$5.813,10 coincide com o valor ICMS/ST constante do DANFE nº 1698 (fl. 46) e o mesmo foi recolhido em favor do Estado da Bahia, conforme consulta no site da SEFAZ/BA “GNRE Online”, abaixo transcrita.

Consultar GNRE

GNRE: 0000001300288972

UF Favorecida: BA

Situação: Pagamento Efetuado

Data Pagto: 18/01/2013

Banco: 047- BANESE

Agência: 0044

Autenticação:

0044131687000000

Contribuinte Emitente

CNPJ: 02.963.399/0001-31

Razão Social: JUNCO NOVO LTDA

Endereço: RODOVIA ENGENHO JUNCO NOVO, SN - ZONA RURAL

Município: CAPELA

UF: SE

CEP: 49700-000

Receita: 100099 - ICMS Subst. Tributária por Operação

Produto: Álcool Etílico Hidratado Combustível (AEHC) e Álcool para fins não-combustíveis

Documento de Origem: NOTA FISCAL - 1693

Período de Referência: Janeiro / 2013

Data de Vencimento: 18/01/2013

Validade da Guia: 18/01/2013

Valor Principal: R\$ 5.813,10

Atualização Monetária: R\$ 0,00

Juros: R\$ 0,00

Multa: R\$ 0,00

Valor Total: R\$ 5.813,10

Por sua vez, da análise da GNRE nº 18883892, à fl. 50, verifico que também consigna o DANFE nº 1693, cujo

valor do ICMS recolhido é de 5.364,43, valor este do ICMS/ST constante do DANFE nº 1693, à fl. 49, e o mesmo foi recolhido em favor do Estado de Alagoas, em consonância com o próprio DANFE 1693, conforme consulta no site da SEFAZ/BA "GNRE Online", abaixo transcrita.

Consultar GNRE

GNRE: 0000000018883892

UF Favorecida: AL Data de Emissão: 18/01/2013 10:38

Situação: Pagamento Efetuado

Data Pago: 18/01/2013

Contribuinte Emitente

CNPJ: 02.963.399/0001-31

Razão Social: JUNCO NOVO LTDA

Endereço: RODOVIA ENGENHO JUNCO NOVO, SN - POV BOA VISTA - ZONA RURAL

Município: CAPELA

UF: SE

CEP: 49700-000

Telefone: 7932631234

Contribuinte Destinatário

Inscrição Estadual: 241067189

Razão Social: ALESAT COMBUSTIVEIS S.A.

Município: MACEIO

UF: AL

Receita: 100099 - ICMS Subst. Tributária por Operação

Produto: Álcool Etílico Hidratado Combustível (AEHC) e Álcool para fins não-combustíveis

Documento de Origem: NOTA FISCAL - 1693

Período de Referência: Janeiro / 2013

Parcela: 1

Convênio/Protocolo: PROT 17/2004-ALCOOL HIDRATADO

Data de Vencimento: 18/01/2013

Validade da Guia: 18/01/2013

Valor Principal: R\$ 5.364,43

Atualização Monetária: R\$ 0,00

Juros: R\$ 0,00

Multa: R\$ 0,00

Valor Total: R\$ 5.364,43

Assim, diante de tais constatações, verifica-se que a GNRE nº 1300288972, à fl. 47 dos autos, não poderia relacionar o DANFE 1693, como ocorreu, em razão de valor díspar com o respectivo DANFE e de já existir o mesmo número (1693) com destino a outro contribuinte, em outro Estado, com o efetivo recolhimento, o que caracteriza a existência do equívoco alegado pelo defendente de erro ao consignar o número da NF-e na GNRE.

Logo, ultrapassada a questão de não ter o sujeito passivo efetuado o recolhimento do ICMS retido, nos termos da acusação fiscal, ora em análise, remanesceria apenas o fato de o autuado, supostamente, ter retido e recolhido a menor o ICMS-ST, haja vista que a exigência do ICMS-ST da primeira infração é de R\$ 12.140,96 (fl. 7) e o valor retido na NF-e 1698 (fl. 46) e recolhido através da GNRE nº 1300288972 (fl. 47) ser de R\$ 5.813,10.

Contudo, em que pese tal demanda não ter sido estabelecida neste processo, a mesma foi objeto de análise no PAF nº 129106.0013/13-5, relativo ao mesmo fato gerador, no qual atuei como relator, cujo ICMS-ST exigido é de R\$ 8.657,78, acrescido da multa de 150%, cuja "Descrição dos Fatos" é de:

"O REMETENTE RETEVE A MENOR E NÃO EFETUOU O DEVIDO RECOLHIMENTO, NA CONDIÇÃO DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DE 44.406 LITROS DE ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO CARBURANTE, CONFORME DANFE 1698 DE 17/01/2013, DESTINADOS PARA PETROBAHIA S/A, LOCALIZADO NESTE ESTADO. CONFORME A PUBLICAÇÃO DA LEI 12605/12 DE 14/12/2012."

Diante de tais considerações, concluo pela improcedência da primeira infração.

Quanto à infração 2, a exação decorre do fato de o contribuinte ter procedido a retenção do ICMS a menor e o consequente recolhimento, no montante de R\$ 98.340,52, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de AEHC realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos termos previstos no art. 10 da Lei nº 7.014/96 e no Convênio ICMS 110/2007, inerentes às NF-e nº: 1471, 1472, 1473, 1475, 1477, 1479, 1485, 1488, 1489, 1519, 1532, 1594, 1671, 1695, 1696, 1748, 1749, 1755 e 1757, destinadas para: ALESAT Combustíveis LTDA (I.E. nº 67.121.500); PETROBAHIA S.A. (I.E. nº 43.860.432; 44.905.116; 62.336.904 e 64.225.365); Hora Distribuidora de Petróleo (I.E. nº 67.943.267) e Porto Serra Distribuidora de Petróleo (I.E. nº 50.459.764), conforme demonstrativo à fl. 7 dos autos.

Em sua defesa, em relação à infração 2, o apelante aduz que as notas fiscais de nºs 1757, 1749 e 1755, emitidas

contra a PETROBAHIA DISTRIBUIDORA, já foram objeto dos Autos de Infração de nºs 2106031015/13-8, 2104300002/13-0, 2104300003/13-7, segundo o alegante, já quitados.

Quanto à alegação relativa às notas fiscais nº 1749, 1755 e 1757, correspondentes ao ICMS-ST de: R\$6.313,74, R\$ 2.807,82 e R\$ 6.457,96 (fl. 7), no total de R\$ 15.579,52, tidos como quitados através de autos de infrações, conforme documentos apensados às fls. 96 a 102 dos autos, o preposto fiscal não se pronunciou a respeito, o que, nos termos do art. 140 do RPAF, admite-se como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Como o autuante não se manifestou sobre o alegado, concluo por acolher a existência de lançamentos de ofício anteriores exigindo os citados créditos tributários, o que torna insubsistente a reclamação atual relativa aos referidos documentos fiscais.

Assim, em razão da exclusão dos valores do ICMS exigidos relativos às notas fiscais nº: 1757, 1749 e 1755 (fl. 7), remanesce o valor da infração 2 de R\$ 82.761,00 (R\$ 98.340,52 – R\$ 15.579,52). Exigência subsistente em parte.

No tocante à infração 3, a exação fiscal, no valor de R\$ 188.678,57, decorre da falta de retenção e do consequente recolhimento do ICMS-ST, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de AEHC realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos termos previstos no art. 10 da Lei nº 7.014/96 e no Convênio ICMS 110/2007, inerentes às NF-e nºs: 1465, 1469, 1470, 1474, 1478, 1481, 1482, 1484, 1486, 1491, 1492, 1495, 1502, 1507, 1533, 1534, 1541, 1544, 1545, 1568, 1575 e 1952, destinadas à FIX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA, inscrição estadual nº 67.715.792, além da NF-e nº 1939, destinada à AROGÁS Comércio de Combustíveis, conforme demonstrado às fls. 7 e 8 dos autos.

O autuado alega ausência de sua responsabilidade em razão da remetente se encontrar excluída da sua condição de sujeito passivo por substituição, à época das operações realizadas para a FIX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA, por força do regime especial da SEFAZ/BA que autorizava a adquirente a recolher o imposto próprio e por substituição.

Por sua vez, o autuante informa que o regime especial concedido a Fix Distribuidora de Petróleo Ltda. foi obtido através de Liminar em Mandado de Segurança, sendo, portanto, de natureza precária. Logo, revogado a liminar, como foi, estaria autorizada a cobrança do ICMS devido, desde o dia posterior à alteração havida na legislação tributária.

Vislumbro que a existência de regime especial em favor da adquirente do AEHC, mesmo concedida através de liminar, excluiu a condição do remetente como contribuinte substituto, quando da realização das operações sob a vigência da aludida autorização, ocorrida entre 05/12/2012 e 16/03/2013, dada pela SEFAZ à FIX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA para efetuar, até o dia 15 do mês subsequente, o recolhimento do ICMS por substituição tributária na saída do álcool etílico hidratado combustível (AEHC), com base no disposto art. 332, XIII, do RICMS/12.

Portanto, diante de tal ordem emanada pela própria SEFAZ/BA, à época dos fatos geradores, a remetente não estaria obrigada a reter e recolher o ICMS-ST, em razão do manto do referido Regime Especial e, em consequência, a responsabilidade por substituição tributária, na condição de remetente, deixou de existir, haja vista a suspensão da obrigação do próprio remetente exigir do adquirente o valor do ICMS-ST a ser retido quando da saída da mercadoria do seu estabelecimento.

Assim, a suposta querela judicial ou a própria revogação do regime especial não poderia retroagir contra terceiros, em respeito ao princípio da segurança jurídica, visto que não se poderia impor ao remetente do AEHC conduta contrária ao quanto lhe foi imposto no ato da venda, por irreversibilidade da situação.

Em razão de tal conclusão, deixo de apreciar a alegação de defesa relativa à ilegitimidade passiva, em que pese o próprio defendente destacar que, nas operações com álcool etílico hidratado combustível, o sujeito passivo por substituição tributária é a Distribuidora de Combustíveis, que é o agente responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, conforme cláusula primeira do Convênio ICMS 110/07.

Contudo, excluídos os valores do ICMS exigidos na infração 3, relativos à inscrição estadual nº 67.715.792, inerente à FIX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA, remanesce o valor de R\$7.691,93, relativo à nota fiscal nº 1939, destinada à Arogás Comércio de Combustíveis Ltda, inscrição estadual nº 77.471.729, com data de ocorrência de 01/02/2013, conforme consta à fl. 8 dos autos.

Por fim, quanto à alegação de que as multas aplicadas são confiscatórias, há de se ressaltar que as penalidades têm previsões legais específicas, cuja análise de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade este colegiado falece de competência para apreciação.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$90.452,93, sendo: R\$ 82.761,00, relativo à infração 2 (após redução do valor de R\$8.698,91 para R\$ 2.385,17, relativo à data de ocorrência de 21/01/2013 e exclusão do valor de R\$ 9.265,78, quanto à data de ocorrência de 22/01/2013), e R\$ 7.691,93, referente à infração 3, inerente à data de ocorrência de 01/02/2013.

De ofício, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu da Decisão prolatada para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Inconformado o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário, às fls. 127/131, objetivando a reforma da Decisão recorrida.

Se insurge quanto à infração 2, pois o imposto teria sido pago pelos adquirentes da mercadoria – distribuidoras de combustíveis.

Junta DAE's que consta o comprovante de recolhimento do ICMS efetuados pela distribuidora Petrobahia S/A, relativo às NF-e 1519, 1532, 1695 e 1696; DAE emitido pela distribuidora Alesat Combustíveis S.A. referente ao ICMS-ST das entradas ocorridas de 14 a 31/12; bem como declaração da Hora Distribuidora Ltda., referente ao recolhimento do ICMS-ST da Nota Fiscal nº 1749.

Questiona qual o prejuízo financeiro o Estado da Bahia teria sofrido.

Pugna pela improcedência da infração ou pela realização de diligência.

Argui que as multas aplicadas possuem caráter confiscatório, em afronta às garantias constitucionais.

Transcreve Decisão do STF que estendeu o Princípio do não confisco às multas confiscatórias.

Ao final, requer o cancelamento da multa aplicada, de acordo com o art. 158 do RPAF/BA.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra da Dra. Maria José Ramos Coelho, às fls. 176/178 opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, por considerar ausentes provas materiais ou argumentos capazes de modificar o lançamento.

Assevera que, compulsando os autos verifica-se, à saciedade, que tanto as imputações fiscais estão absolutamente claras, devidamente tipificadas e alicerçadas na legislação estadual, quanto o lançamento atende a todos os requisitos descritos no artigo 39 do RPAF/99.

Registra que arguições de inconstitucionalidades devem ser rechaçadas a teor do art. 167, I do RPAF, bem como que o princípio do não confisco não alcança as multas, somente os tributos.

Sustenta que as multas aplicadas estão previstas na Lei nº 7.014/96.

Entende que o requerimento de nova diligência deverá ser indeferido em razão de falta de amparo legal, *ex vi* do art. 147 do RPAF.

Observa que a JJF julgou a infração 1 improcedente e acolheu parte das alegações defensivas para as infrações 2 e 3.

Ressalta que o Recorrente não logra colacionar aos autos provas materiais capazes de alterar as exigências fiscais remanescentes.

Por fim, transcreve os arts. 142 e 143 do RPAF.

Em assentada de julgamento, essa CJF converteu os autos em diligência ao autuante para que para que intimasse o Sujeito Passivo a apresentar cópia dos Autos de Infração anteriores, relativos às Notas Fiscais nºs: 1757, 1749 e 1755, bem como a documentação necessária para comprovação de suas alegações.

Em cumprimento ao quanto solicitado, o recorrente ressalta não possuir mais os Autos de Infrações solicitados, contudo, apresenta as notas fiscais objeto de cobrança dos autos relacionados e os respectivos DAE's pagos.

A PGE/PROFIS, em Parecer de fl. 218 recomenda a remessa dos autos ao autuante, para apreciação do recolhimento integral do tributo.

Incluído o feito em pauta suplementar, fora remetido em diligência ao autuante para que se

manifestasse quanto às provas apresentadas pelo sujeito passivo.

Consta à fl. 224 petição do recorrente informando o parcelamento parcial do débito autuado, conforme termo de transação de fl. 234 e documentos de fls. 230/233.

Em cumprimento a diligência, o autuante discorda do resultado da JJF que eximiu o autuado do pagamento do ICMS devido nas operações com AEHC, pois a liminar foi de natureza precária e tendo sido cassada, autoriza a cobrança do ICMS devido.

Concorda com o julgamento de base no que se refere à exclusão das Notas Fiscais n^{os} 1749, 1755, 1757, pois os valores devidos e os valores constantes dos DAE's apresentados e dos sistemas de arrecadação da SEFAZ/BA, guardam correlação e quitam o ICMS, conforme demonstrativo de débito que anexa.

Conclui que para ter certeza, somente com a cópia dos Autos de Infração, por uma de suas vias, ou através do contribuinte.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado parcialmente o sujeito passivo do débito originalmente exigido, referente às infrações 1, 2 e 3, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange à exigência do ICMS, relativo à infração 2.

Início a análise pelo Recurso de Ofício.

A infração 1 imputa ao contribuinte a falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, inerente à Nota Fiscal nº 1698.

Em sua defesa, o sujeito passivo alega que efetuou o pagamento do imposto através da GNRE nº. 1300288972, fl. 47 dos autos, contudo, por equívoco, consignou o nº. da NF-e 1693 ao invés do nº 1698.

No intuito de comprovar sua alegação, colaciona à fl. 49, cópia do DANFE referente à NF-e 1693, expedida em 17/01/2013, no valor de R\$5.364,43, recolhido em favor do Estado de Alagoas, via GNRE nº. 18883892, em 18/01/2013, fl. 50.

Dos documentos acostados, concluo que a GNRE nº. 1300288972 não corresponde ao pagamento da NF-e 1693, em virtude desta NF-e ser destinada a outro contribuinte, sendo recolhida para outro Estado, demonstrando a existência do equívoco no preenchimento do número da NF-e na GNRE.

A infração 2 atribui ao sujeito passivo a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, inerente às Notas Fiscais n^{os} 1471, 1472, 1473, 1475, 1477, 1479, 1485, 1488, 1489, 1519, 1532, 1594, 1671, 1695, 1696, 1748, 1749, 1755 e 1757.

A desoneração levada a efeito pela JJF decorreu da alegação do sujeito passivo, que as Notas Fiscais de n^{os} 1757, 1749 e 1755, emitidas contra a PETROBAHIA DISTRIBUIDORA, já foram quitadas nos Autos de Infração de n^{os} 2106031015/13-8, 2104300002/13-0, 2104300003/13-7.

Considerando que o autuante não se manifestou quanto ao alegado, a JJF, a teor do art. 140 do RPAF, acolheu a existência de lançamentos de ofício anteriores exigindo os referidos créditos tributários e julgou improcedente a cobrança destes documentos fiscais.

Tendo em vista a indisponibilidade do crédito tributário, essa CJF opinou pela conversão do feito em diligência ao autuante para que verificasse a ocorrência dos referidos pagamentos.

Em cumprimento a diligência, o autuante concorda com o julgamento de base no que se refere à exclusão das Notas Fiscais n^{os} 1749, 1755, 1757, pois os valores devidos e os valores constantes dos

DAE,s apresentados e dos sistemas de arrecadação da SEFAZ/BA, guardam correlação e quitam o ICMS, conforme demonstrativo de débito copiado abaixo:

Auto de Infração	Data do Auto de Infração Trânsito	Valor autuado	Data da Nota Fiscal	Valor Demonstrativo de Débito	Valor Pago DAEs	Nota Fiscal
210430.0003/13-7	23/01/2013	R\$ 6.457,94	22/01/2013	R\$ 6.457,96	R\$ 6.457,96	R\$ 1.755,00
210430.0002/13-0	23/01/2013	R\$ 6.313,73	21/01/2013	R\$ 6.313,74	R\$ 6.313,75	R\$ 1.749,00
210603.1015/13-8	23/01/2013	R\$ 2.807,82	22/01/2013	R\$ 2.807,82	R\$ 2.807,82	R\$ 1.757,00

Desta forma, coaduno com as exclusões efetuadas pela JJF, contudo, pelos fundamentos acima expostos.

A infração 3 decorre da falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, inerente às Notas Fiscais n^{os} 1465, 1469, 1470, 1474, 1478, 1481, 1482, 1484, 1486, 1491, 1492, 1495, 1502, 1507, 1533, 1534, 1541, 1544, 1545, 1568, 1575, 1939 e 1952.

O contribuinte alega ausência de responsabilidade em razão da remetente se encontrar excluída da sua condição de sujeito passivo por substituição, à época das operações realizadas para a Fix Distribuidora de Petróleo Ltda., por força do Regime Especial da SEFAZ/BA que autorizava a adquirente a recolher o imposto próprio e por substituição.

Já o autuante aduz que o regime especial concedido a Fix Distribuidora de Petróleo Ltda. foi obtido por meio de Liminar em Mandado de Segurança, de natureza precária, pois no seu entender, a revogação da liminar autoriza a cobrança do ICMS devido, desde o dia posterior à alteração havida na legislação tributária.

A Decisão que revogou a liminar produz efeitos *ex nunc*, ou seja, revogou a liminar concedida daquele momento em diante.

Durante o período de vigência da liminar o remetente foi excluído, mesmo que transitoriamente, da condição de contribuinte substituto, em razão do regime especial ao qual estava submetido o adquirente, Fix Distribuidora de Petróleo Ltda., nas aquisições de álcool etílico hidratado, combustível ocorridas entre 05/12/2012 e 16/03/2013.

Deste modo, à época dos fatos geradores, não existia a responsabilidade por substituição tributária do autuado, haja vista a suspensão da obrigação do remetente de exigir do adquirente o valor do ICMS-ST a ser retido quando da saída da mercadoria de seu estabelecimento.

Correta a Decisão de base que desonerou parcialmente a infração.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Passo a apreciação do Recurso Voluntário.

Como visto, a infração 2 atribui ao sujeito passivo a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, inerente às Notas Fiscais n^{os} 1471, 1472, 1473, 1475, 1477, 1479, 1485, 1488, 1489, 1519, 1532, 1594, 1671, 1695, 1696, 1748, 1749, 1755 e 1757.

Rejeito o pedido de realização de diligência, com supedâneo no art. 147, I, "a", do RPAF/99, por entender que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação de minha convicção.

O art. 6º, XV da Lei nº. 7.014/96 assim dispõe:

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.

Assim, considerando que a Lei desloca a responsabilidade tributária para o destinatário da mercadoria, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário, a forma que o recorrente conseguiria elidir a infração seria comprovando o pagamento pelo destinatário das mercadorias.

Neste diapasão, o recorrente se insurge quanto às aquisições da distribuidora Petrobahia S/A, relativo às NF-e 1519, 1532, 1695 e 1696, anexando, as fls. 154/157 os DAE's que comprovam o recolhimento do imposto.

Considerando que nos referidos DAE's constam a identificação das notas fiscais, entendo que as referidas notas fiscais devem ser excluídas da autuação.

No DAE de fl. 158, emitido pela distribuidora Alesat Combustíveis S.A., consta a informação "referente ao ICMS-ST das entradas ocorridas de 14 a 31/12".

Os documentos de fls. 253/259 permitem, com segurança, identificar quais foram às notas fiscais quitadas pelo DAE de fl. 158, dentre elas, as Notas Fiscais nºs 1472 e 1488.

Assim, tendo em vista que o imposto devido foi comprovadamente pago pelo destinatário da mercadoria, devem as referidas notas fiscais ser excluídas da atuação.

Por fim, entendo que os documentos apresentados pelo sujeito passivo não comprovam o pagamento do imposto quanto à Nota Fiscal nº. 1749.

O art. 123 do CTN prevê que *"Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes"*, de modo que, somente a declaração da Hora Distribuidora Ltda., referente ao recolhimento do ICMS-ST da Nota Fiscal nº. 1749 se mostra insuficiente para comprovar o pagamento do imposto.

No DAE de fl. 162 consta a discriminação de outras Notas Fiscais, que não a nº 1749. Somente com a cópia de todas as notas fiscais acobertadas pelo referido DAE é que teríamos como averiguar se a Nota Fiscal nº 1749 foi quitada através daquele DAE.

O movimento de notas fiscais por produto de fls. 263/265 não necessariamente guarda correlação com as entradas da distribuidora de combustíveis, não sendo possível auferir se as entradas através da Nota Fiscal nº 1749 foram movimentadas naquele período.

A arguição de que a multa aplicada tem caráter confiscatório não subsiste. O art. 150, IV, da CF, veda aos entes federativos a utilização do tributo com efeito de confisco. Sabe-se que a multa por infração tributária consiste em sanção a ato ilícito, razão pela qual não está sujeita ao princípio da vedação ao confisco, que abarca somente os tributos.

Ademais, não se pode falar em multa confiscatória também pelo fato dela ser legalmente prevista para a infração apurada, com disposição expressa no artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Feita as devidas exclusões, remanesce o valor de R\$48.042,74, conforme demonstrativo abaixo:

Data de ocorrência	Valor histórico	Valor Mantido CJF
18/12/2012	R\$14.750,46	R\$6.317,60
19/12/2012	R\$10.126,33	R\$10.126,33
20/12/2012	R\$10.675,10	R\$10.675,10
26/12/2012	R\$4.204,46	R\$4.204,46
27/12/2012	R\$11.936,09	R\$5.618,49
03/01/2013	R\$6.468,50	0,00
04/01/2013	R\$7.030,95	0,00
11/01/2013	R\$6.327,86	R\$6.327,86
16/01/2013	R\$2.387,73	R\$2.387,73
17/01/2013	R\$6.468,35	0,00
21/01/2013	R\$8.698,91	R\$2.385,17
22/01/2013	R\$9.265,78	0,00

Total	R\$98.340,52	R\$48.042,74
--------------	---------------------	---------------------

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 278937.1010/13-3, lavrado contra **JUNCO NOVO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$55.734,67**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente pagos, inclusive, os pagamentos via parcelamento de débito.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS