

PROCESSO - A. I. Nº 019144.0001/11-0
RECORRENTE - SS COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO MARINGÁ)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO – Acórdão 5ª JJF nº 0022/05/12
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 12/12/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0376-12/12

EMENTA: ICMS. 1. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AQUISIÇÕES DE COMBUSTÍVEIS ORIGINÁRIOS DE CONTRIBUÍNTES SUJEITO AO REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO ANTECIPADO DO IMPOSTO. Nesta situação a legislação atribui ao adquirente a responsabilidade pelo pagamento do imposto não efetuado pelo remetente. Exigência mantida. 2. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Exigência mantida. Argumentos apresentados pelo autuado insuficientes para desconstituir o lançamento tributário. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em relação à Decisão da 5ª Junta Julgamento Fiscal, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 27/07/2011, com lançamento de crédito tributário de ICMS no valor total de R\$16.199,00, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Deixou de recolher o ICMS normal, decorrente da responsabilidade solidária nas operações de aquisição de combustível junto a empresa sujeito a Regime Especial de Fiscalização, com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento da mercadoria por meio de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação, sendo lançado o valor de R\$15.811,96, acrescido da multa de 60%;
2. Deixou o adquirente, de recolher o ICMS retido por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito ao Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS na saída da mercadoria em vista do recebimento da mercadoria por meio de nota fiscal não acompanhada do documento de arrecadação, sendo lançado o valor de R\$387,04, acrescido da multa de 60%.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal exarou a seguinte Decisão:

“Inicialmente constato que o presente Auto de Infração foi constituído com a obediência de todas as formalidades legais, onde todas as infrações estão devidamente caracterizadas e acompanhadas de respectivos anexos demonstrativos que com clareza, revelam cálculo do imposto lançado, não havendo vícios de nulidade.

Analisando as razões de mérito apresentadas pelo autuado, em resumo, pede pela improcedência do Auto de Infração, em razão de inconstitucionalidade de dispositivo da Lei nº 7.014/96 por não ter havido a devida publicidade, havendo apenas publicação no site da SEFAZ, o que violaria dispositivo constitucional, que obriga a publicação para validade das normas; alega, ainda, foi aplicada a alíquota de 19% sobre o valor da nota fiscal, sem considerar que houve o pagamento parcial do imposto devido e que neste caso haveria bi-tributação; por fim, requer a descaracterização da multa, no caso do auto ser julgado procedente. Passando a analisar cada um dos pontos reivindicados na defesa, vejamos o que diz o art. 6º, XVI da Lei nº 7.014/96 e o art. 47, I, acerca da solidariedade do sujeito passivo, na compra de combustíveis em adquirente sujeito a regime especial de fiscalização:

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

XVI - o posto revendedor varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no

momento da saída da mercadoria, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação;

Nota 1: O inciso XVI foi acrescentado ao caput do art. 6º pela Lei nº 12.040, de 28/12/10, DOE de 29/12/10, efeitos a partir de 29/12/10.

Art. 47. O regime especial de fiscalização e pagamento será determinado por ato do Titular da Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda e consistirá, isolada ou cumulativamente I - na obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria ou da prestação do serviço, inclusive o relativo ao imposto devido por substituição tributária.

Assim, entendo que o autuante agiu estritamente dentro do cumprimento do dever legal, de fazer o lançamento tributário, por estar respaldado em lei. Também se denota pelo texto acima que a lei foi publicada no Diário Oficial e os atos da Superintendência de Administração Tributária que apontam as empresas sujeitas ao regime de fiscalização especial igualmente são publicados em caráter de publicidade oficial. O art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil diz que ninguém pode se Escusar de cumprir a lei, alegando que não a conhece. As leis e os atos da administração pública tem a devida publicidade em seus órgãos oficiais, não sendo viável ao Estado, fazer publicar em maciças campanhas publicitárias, de cada uma das suas leis ou dos seus atos administrativos. Além do mais, o Art. 167, I do RPAF, exclui deste Conselho de Fazenda a competência para declaração de inconstitucionalidade.

Quanto à alíquota aplicada, o autuante cumpriu o que reza o dispositivo do art. 51, I, do RICMS:

“As alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 50, com as mercadorias e serviços a seguir indicados, serão acrescidas de dois pontos percentuais, passando a ser: I - 19% (dezenove por cento), nas operações com álcool etílico hidratado combustível”.

Não poderia ser outra a alíquota, vez que o autuante fez lançamento apenas do ICMS normal, sendo que no eventual recolhimento do ICMS substituição tributária, há de levar-se em conta o abatimento do ICMS normal.

Quanto ao pedido de descaracterização da multa, diz o art. 159 do RPAF:

Poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade.

Assim, não tem esta Junta, competência para apreciar tal pedido.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O autuado, ora recorrente, inconformado com a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, interpôs Recurso Voluntário, onde requereu que o mesmo fosse remetido ao CONSEF para apreciação.

Em sede de preliminar, o recorrente esclareceu que o fiscal descreveu a infração como a falta de recolhimento da diferença do ICMS normal, por sua vez não existindo a figura do ICMS normal, mas sim, o regime normal de apuração, sendo entendido como resultado negativo do confronto entre débitos e créditos do ICMS em determinado período, e nunca o valor destacado na nota fiscal. Nesse sentido, arguiu que nos termos do art. 47, I, da Lei do ICMS, em nenhum momento diz que o recolhimento tem que ser realizado por operação ou no momento da saída da mercadoria, tampouco acompanhada do documento de arrecadação como afirma o agente fiscal, assim o Fisco Estadual estaria considerando como infração situação não prevista em Lei.

Ressaltou, preliminarmente, que o dispositivo supracitado obriga a apuração e o pagamento diário do imposto devido nas operações de saídas de mercadoria, em detrimento da regra contida no art. 24, que estabelece a apuração mensal, mais não suprime o direito de crédito decorrentes das entradas. Sendo assim, argumentou que mesmo sendo obrigado ao pagamento diário dos tributos, o contribuinte em regime especial tem direito ao crédito do ICMS, ficando obrigado apenas à realização da apuração de ICMS a recolher em períodos diários, porém, observando a regra dos incisos I, II, III do art. 25 da mesma Lei, uma vez que o Estado jamais criaria uma regra de apuração do ICMS que negasse ao contribuinte o direito ao crédito decorrente da entrada de mercadoria.

De acordo com a peça recursal, ao analisar o art. 47, I, da Lei do ICMS, nota-se que este não diz que o imposto a ser recolhido é o valor destacado no documento fiscal e que o documento de arrecadação deve acompanhar a respectiva nota fiscal, pois se assim fosse, a própria lei estaria negando ao contribuinte o direito ao crédito de ICMS referentes às compras, nos termos do seu art.

24, violando o princípio da não cumulatividade do ICMS. Nesse sentido, argumentou que o conhecimento da falta de recolhimento só é possível através de procedimentos de fiscalização realizados nos registros fiscais do contribuinte principal, não sendo o simples destaque do débito de ICMS decorrente da operação prova de omissão de pagamento, uma vez que o ICMS a recolher no caso, seria o resultado do confronto dos débitos com os créditos do dia.

Arguiu o recorrente que o art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96, chega a ser bizarro, uma vez que institui a solidariedade para o caso, mas não diz como se apurar a responsabilidade solidária de cada adquirente, sendo a exigência desprovida de amparo legal, realizada por presunção, tendo em vista que não consta nos autos documentos que comprovam ter o Fisco Estadual realizado a fiscalização nos registros fiscais do devedor principal com demonstrativos de débito, créditos, pagamentos efetuados ou omissões. Assim, complementou que na falta de dispositivo legal que obriga o pagamento do ICMS por operação realizada, conclui-se que a exigência de recolhimento por operação com acompanhamento de documento de arrecadação é equivocada, não prevista na legislação estadual de tributo, devendo o Auto de Infração ser anulado.

No mérito, o recorrente requereu aos membros do CONSEF, a apreciação do voto no Processo Administrativo nº 0199144.0014/11-5, com objeto e causa idêntico ao presente, bem como o voto discordante que fazem parte do acórdão JJF nº 0253-03/11, anexado, uma vez que os votos confirmam o argumento da defesa apresentada quanto à impossibilidade de aplicação solidária no caso em tela. Ainda, ressaltou uma cobrança excessiva, não obstante não amparada pela legislação fiscal estadual, o autuante não abateu do valor do ICMS destacado o valor pago com comprovante juntado pelo próprio agente fiscal e por ele conhecido.

Por fim, diante do exposto, requereu que o Auto de Infração seja julgado improcedente pelo excesso na cobrança em face da preterição de crédito tributário e, em face da inaplicabilidade dos dispositivos infringidos no presente caso por conflito com a legislação tributária.

Em seguida, os autos foram encaminhados para Parecer opinativo da PGE/PROFIS. De acordo com o Parecer da i. Procuradora, Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, as razões trazidas são insuficientes para provocar modificação no julgamento proferido pela primeira instância administrativa.

Ressaltou que: *“o processo administrativo fiscal assegura ao sujeito passivo tributário o direito à impugnação ao lançamento em sede administrativa, possibilitando a realização de qualquer prova em direito admitido, mormente documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, o que não fora apresentado pelo contribuinte em sede recursal.”*.

Por fim, entendeu que os argumentos do recorrente não são suficientes para modificar a Decisão e opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Da análise dos autos, verifico trata-se de Recurso Voluntário interposto contra as duas imputações fiscais lançadas no Auto de Infração, em epígrafe, referente ao período fiscalizado de 01/01/2011 a 31/07/2011, nos termos discorridos no relatório acima.

Preliminarmente, o recorrente clama pela nulidade da autuação. Desde já, afasto a pretensão do sujeito passivo, pois no presente processo administrativo fiscal não vislumbro qualquer situação albergada pelos dispositivos do RPAF/99 que enseje a nulidade do Auto de Infração ou da Decisão da 5ª Junta de julgamento Fiscal, ora recorrida.

As infrações estão corretamente caracterizadas no que se refere ao objeto, a quem se destina e ao seu quanto, com a devida capitulação e enquadramento, sendo que o recorrente as entendeu corretamente. Arguir que o inciso XVI do art. 6º da Lei 7.014/96 *“é um tanto bizarro, pois institui a solidariedade para o caso mais não diz como se apurar a responsabilidade solidária do adquirente (...)”*, não respalda qualquer pretensão nulidade da autuação. Inclusive, o recorrente traz, em sede de preliminar, arguições que, em certa medida, se confundem com questões de mérito, de logo enfrentadas.

Assim sendo, constato que o dispositivo legal combatido é claro e aplicável ao caso em tela, para exigir a solidariedade do pagamento do ICMS gerado com a alíquota de 19% - de acordo com o art. 51, inciso I, do RICMS/BA - quando as saídas de combustíveis adquiridos pelo Posto Revendedor Varejista se deram com Nota Fiscal desprovida do Documento de Arrecadação feita pelo Contribuinte de Direito, ou seja, o Contribuinte Substituto.

Aliado a isto, tem-se o quanto disposto no art. 47 da mesma Lei nº 7.014/96, que obriga o pagamento na saída da mercadoria, mesmo para o caso de ICMS no regime de substituição tributária. Portanto, resta a obrigação do recolhimento do ICMS ao Contribuinte Substituído, quando da saída das mercadorias, que, no presente caso, é o Posto Revendedor SS Comércio Derivados de Petróleo, polo passivo da lide.

No mérito, as questões trazidas pelo recorrente, inclusive à evocação da Decisão de 1º grau de outro processo, que atesta ser similar ao caso em apreço, não são capazes de elidir as imputações, bem como carece de sustentação legal o argumento recursal da falta de apropriação do crédito fiscal decorrente de entrada das mercadorias. Não existe nos autos qualquer documento capaz de elidir os lançamentos, demonstrando onde estariam as inconsistências dos lançamentos de ofício.

O que se pode constatar é que o recorrente procedeu aquisições de fornecedores sujeitos ao regime de substituição tributária, sem a documentação fiscal comprobatória do recolhimento. Nestes casos, reitero que a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, recai sempre sobre o adquirente, na condição de responsável solidário, quando da saída das mercadorias (combustíveis) do estabelecimento, com fulcro no que preceitua o diploma legal susomencionado.

Ademais, a mesma Lei Estadual preceitua, no seu art. 8º, incisos II e III, que a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição tributária (ST), é de quem adquiriu para revender mercadorias enquadradas neste regime, tal como ocorrido no caso em tela.

Para elidir a autuação, fazia-se necessário à juntada de documentos que demonstrassem o recolhimento antecipado do ICMS das mercadorias recebidas anteriormente por substituição tributária, ou que a empresa não estaria sujeita ao quanto previsto no art. 6º e 47º da Lei nº 7.014/96, fatos que não ocorreram. É mister ressaltar que também não identifiquei nos autos o alegado pagamento do ICMS ST, que segundo a peça recursal, foi juntado pelo próprio autuante e não foi abatido do imposto destacado.

Por tudo quanto exposto, com base nos documentos acostados e na legislação aplicável, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **019144.0001/11-0** lavrado contra **SS COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO MARINGÁ)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.199,00**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS