

PROCESSO - A. I. Nº. 298938.0305/10-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - POSTO DO TAXISTA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3º JJF nº 0052-03/12
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FRETIAS
INTERNET - 19/12/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0389-12/12

EMENTA: ICMS. 1. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS JUNTO A REMETENTE SUJEITO A REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NORMAL. O adquirente de mercadoria sujeita a circular com o comprovante de recolhimento antecipado do ICMS encontra-se obrigado a exigir a comprovação do imposto normal, diante da determinação legal. **Infração subsistente. b) IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO PELO REMETENTE.** O autuado é considerado contribuinte substituído pela legislação, todavia, pode ser chamado a responder pelo tributo retido e não recolhido pelo contribuinte substituto, diante de imposição contida na lei. **Infração subsistente. c) FALTA DE RETENÇÃO PELO REMETENTE.** A legislação prevê a exigência do imposto por solidariedade, em decorrência da falta de comprovação do recolhimento do valor do ICMS relativo à substituição tributária, não retido, em operação de aquisição de combustível junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização. **Infração subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal contra a sua Decisão através do Acórdão JJF 0052-03/12 de fls. 321 a 325, que julgou procedente em parte o presente Auto de Infração, lavrado em 04 de agosto de 2011, com exigência de ICMS no montante de R\$59.773,38, além de multa no percentual de 60%, referente a três infrações das quais as seguintes são objeto do Recurso:

Infração 01. Falta de recolhimento da diferença do ICMS normal, pelo adquirente daquela parcela recolhida a menos e devido por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustível junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS no momento da saída, em vista do recebimento da mercadoria através de Nota Fiscal com ICMS destacado a menos e acompanhada do documento de arrecadação correspondente, nos meses de janeiro a abril de 2011. Valor do débito: R\$59.478,11.

Infração 02. Deixou o adquirente, de recolher a diferença do ICMS retido, por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustível junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS retido no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento da mercadoria através de Nota Fiscal não acompanhada do documento de arrecadação do ICMS relativo à substituição tributária, nos meses de janeiro a março de 2011. Valor do débito: R\$176,13.

A Decisão de piso foi no seguinte sentido:

“O presente Auto de Infração trata da exigência de ICMS por responsabilidade solidária, constando no primeiro item da autuação a cobrança de diferença do ICMS normal, recolhido a menos na operação de aquisição de combustível junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento

do ICMS no momento da saída, em vista do recebimento da mercadoria através de Nota Fiscal com ICMS destacado a menos e acompanhada do documento de arrecadação correspondente.

Neste item da autuação foi exigido do adquirente (posto de combustíveis), ICMS normal, que é o imposto relativo à operação própria devido pelo remetente (o distribuidor) e a Nota Fiscal não se encontrava acompanhada do documento de arrecadação do ICMS relativo à substituição tributária.

De acordo com o art. 6º, XVI, da Lei 7.014/96, “são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, 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”.

Esta matéria foi objeto de consulta à GECOT/DITRI desta SEFAZ por outro contribuinte, tendo sido exarado o PARECER DE Nº 1622/2011, com a informação de que o adquirente de mercadoria sujeita a circular com o comprovante de recolhimento antecipado do ICMS não está obrigado a exigir a comprovação do imposto normal, e sim, apenas do imposto substituído.

Considerando a resposta apresentada pela GECOT/DITRI, órgão desta SEFAZ que tem competência legal para responder a consultas referentes à interpretação da legislação estadual, não é devido o imposto exigido neste item do presente lançamento, sendo insubsistente a infração apontada.

Na infração 02, exige-se a diferença do ICMS retido na operação de aquisição de combustível junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS retido no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento da mercadoria através de Nota Fiscal não acompanhada do documento de arrecadação do ICMS relativo à substituição tributária.

De acordo com o art. 128 do CTN, a lei pode atribuir a responsabilidade solidária a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação tributária, atribuindo ao contribuinte, em caráter supletivo, a responsabilidade pelo cumprimento total ou parcial da obrigação tributária.

No caso em exame, o autuado, na condição de adquirente de combustível, mercadoria enquadrada por lei no regime de substituição tributária, é considerado contribuinte substituído pela legislação, por isso, não pode ser chamado a responder pelo tributo retido e não recolhido pelo contribuinte substituto, haja vista que no caso de combustíveis, a Lei 7.6014/96, no art. 8º atribui ao distribuidor e ao industrial ou extrator a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, com a obrigatoriedade de fazer a retenção do imposto na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes.

Entendo que não se pode atribuir ao contribuinte substituído a obrigação de pagar o imposto que foi retido pelo substituto tributário, haja vista que o comprador não tem como fiscalizar o seu fornecedor para saber se o imposto retido foi ou não recolhido.

Concluo que neste caso, não se aplica a regra prevista no art. 6º, XVI, da Lei 7.014/96, e voto pela improcedência deste item 02 do Auto de Infração, por se tratar de imposto retido e não recolhido.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração”.

Diante da desoneração ocorrida, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

VOTO

O presente Recurso de Ofício restringe-se a duas das três infrações lançadas originalmente, a saber, a primeira e a segunda.

O embasamento adotado para embasar a Decisão, foi a consulta tributária formulada por outro contribuinte do mesmo ramo de atividade do Recorrido, diante da mesma situação (adquirente de mercadorias de contribuinte distribuidor submetido a regime especial de fiscalização).

Antes de adentrar na análise dos argumentos utilizados pelo julgador de primeiro grau, entendo necessárias algumas observações:

A primeira é a existência de norma legal inserida na Lei nº. 7.014/96, através da Lei nº. 12.040, de 28 de dezembro de 2010, com efeitos a partir de 29 de dezembro de 2010, a qual acrescentou ao artigo 6º, o inciso XVII, com a seguinte redação:

“XVII - o contribuinte substituído que realizar operação interestadual com combustíveis derivados do petróleo e com álcool etílico anidro combustível - AEAC, em relação ao recolhimento do imposto devido à unidade federada de destino, inclusive seus acréscimos legais, se este não tiver sido objeto de retenção e recolhimento, por qualquer motivo, ou se a operação não tiver sido informada ao responsável pelo repasse, conforme determinado em acordo interestadual”.

Todavia, merece destaque, a inserção no mesmo artigo, do inciso XVI, através de Lei nº. 11.899, de 30 de março de 2010, e produção de efeitos a partir de 31 de março de 2010, contendo o seguinte comando, quanto a responsabilidade solidária:

“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”;

Ou seja: tal norma legal criou obrigação tributária para o adquirente que adquirisse de distribuidora de combustível sujeita a regime especial de fiscalização, a obrigação de exigir do mesmo a comprovação do pagamento do imposto, sob pena, de, por solidariedade, arcar com o ônus do pagamento do mesmo.

Isso alterou a lógica de tributação, não cabendo ao julgador adentrar no exame da justeza ou não da norma, mas apenas o papel de aplicador da mesma. E isso se faz no presente momento.

Dessa forma, o Fisco constatando que o sujeito passivo detinha notas fiscais de distribuidoras na condição de sujeitas ao regime especial de fiscalização, pelo qual as saídas devem ser acompanhadas dos respectivos documentos comprobatórios do recolhimento do imposto devido na operação, contrariamente as demais distribuidoras de combustíveis, que apenas recolhem o imposto de uma só vez, de acordo com o prazo fixado pela Secretaria da Fazenda, deve efetivar o lançamento tributário, realizando a cobrança do tributo que deixou de ser recolhido no momento oportuno e por quem o deveria, à primeira vista.

Desta forma, com a devida vênia, entendo que a posição do julgador de primeiro grau foi equivocada, até pelo fato de que a resposta da consulta realizada pelo Posto de combustíveis Sete Portas Ltda., que embasou a Decisão do *a quo*, foi alterada, à vista da retificação ocorrida da mesma, a qual, passou a contar com a seguinte ementa, bem como a justificativa para a alteração do entendimento anterior, sendo datado de 25 de agosto de 2011:

“Ementa: CONSULTA. ICMS. RETI-RATIFICAÇÃO. Cabe aos postos revendedores varejistas de combustíveis, em relação ao combustível por eles adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização, com obrigatoriedade de pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, exigir a comprovação do pagamento do ICMS normal e do ICMS pago por antecipação.

Trata o presente processo de Termo de Reti-ratificação do Parecer Gecot nº 1622/2011, exarado no processo de Consulta Sipro nº 007437/2011-0, formulada por empresa com atividade econômica de posto revendedor de combustíveis, desejando saber se está obrigada a exigir do fornecedor sujeito ao regime especial de fiscalização a comprovação do recolhimento do ICMS substituído, ou, também, do imposto normal devido. Pergunta, também, como pode tomar conhecimento de que o contribuinte fornecedor do combustível está sujeito a regime especial de fiscalização.

No Parecer Gecot nº 1622/2011, foi consignada a seguinte afirmação:

‘Assim, o adquirente de mercadoria sujeita a circular com o comprovante do recolhimento antecipado do imposto, não está obrigada a exigir a comprovação do imposto normal e sim, apenas do imposto substituído, o que pressupõe o pagamento anterior do imposto normal.’

No entanto, esta Administração Tributária entende que o adquirente de combustível de fornecedor sujeito a regime especial de fiscalização, para precaver-se quanto à responsabilidade solidária de pagamento do imposto normal e do imposto sujeito ao regime antecipado, deve exigir a apresentação dos comprovantes do recolhimento do ICMS, tanto do imposto normal, quanto do imposto substituído, de forma que fique comprovado de que ambas as parcelas já foram recolhidas ao Tesouro Estadual.

No mais fica ratificada a resposta ora retificada, ressaltando-se que, dentro de 20 (vinte) dias após a ciência da resposta à esta consulta, o Consulente deverá acatar o entendimento nela estabelecido, ajustando-se à orientação recebida, e, se for o caso, efetuando o pagamento das quantias por ventura devidas.

É o Parecer.”

Poderíamos, também, observar que a resposta de consulta tributária vincula apenas e tão somente ao consulente, além da administração tributária responsável pela orientação dada ao contribuinte, motivo pelo qual deve ser obedecida.

Logo, não pode o resultado de tal consulta, deixar de ser aplicado, desde quando aclarada a questão da reti-ratificação, que seguramente passou dasapercebida do julgador de primeiro grau.

Dessa forma, correto o procedimento fiscal, diante dos fatos já abordados linhas acima, razão pela qual se impõe a reforma da Decisão prolatada.

Assim, diante de tais argumentos, voto no sentido de que o Recurso de Ofício SEJA PROVIDO, reformando-se a Decisão de primeiro grau e tornando o Auto de Infração PROCEDENTE em sua inteireza.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 020778.0817/11-7, lavrado contra **POSTO DO TAXISTA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$59.773,38**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS