

PROCESSO - A. I. Nº 298924.0007/11-5
RECORRENTES - BARBOSA TORRES COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO PONTO VERDE)
RECORRIDOS - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JF nº 0032-01/12
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 26/12/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0401-12/12

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **a)** IMPOSTO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA. **a.1)** FALTA DE PAGAMENTO. **a.2)** PAGAMENTO A MENOR. **b)** FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO. O art. 6º, inciso XVI, da Lei 7.014/96, atribui ao posto revendedor varejista a responsabilidade pelo pagamento do ICMS, em relação ao combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do imposto no momento da saída da mercadoria, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação. Sujeição ao Regime Especial de Fiscalização e Pagamento dos remetentes publicados no DOE e constante do site da SEFAZ nos termos do artigo 47, incisos I e II da Lei nº 7.014/96. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Infrações caracterizadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, exigindo do recorrente imposto no valor total de R\$30.765,04, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o Sujeito Passivo em 04/08/2011 decorre de 3 infrações, abaixo transcritas e objeto do Recurso Voluntário que se apreciará, como segue:

***Infração 01** – Deixou o adquirente de recolher ICMS Normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, adquirido junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização, com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento da mercadoria através de Nota Fiscal desacompanhada do documento de arrecadação, em janeiro e fevereiro de 2011. Exigido ICMS no valor de R\$15.308,86, acrescido da multa de 60%.*

***Infração 02** – Deixou o adquirente de recolher a diferença do ICMS Normal, recolhido a menor 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 menor e acompanhada do documento de arrecadação correspondente aos meses de fevereiro, março e abril de 2011. Exigido ICMS no valor de R\$13.743,40, acrescido da multa de 60%.*

***Infração 03** – Deixou o adquirente de recolher ICMS Retido, por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado do 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 substituído nos meses de fevereiro e abril de 2011. Exigido ICMS no valor de R\$1.712,78, acrescido da multa de 60%.*

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 1ª JF, decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que é totalmente procedente a autuação:

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoantes os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Verifico que foi imputado ao contribuinte autuado o cometimento de 03 (três) infrações, todas combatidas. Trata-se de operações de aquisição de combustível por posto revendedor varejista junto a fornecedor sujeito ao Regime Especial de Fiscalização no que está previsto o artigo 47, inciso I e II da Lei nº 7.014/96 o qual reza:

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;

II - na obrigatoriedade do pagamento do imposto, devido por antecipação tributária, na entrada no território deste Estado, relativamente às mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação;

Combinado com o art. 6º, inciso XVI do mesmo diploma legal, os fiscais autuantes aplicaram as 03(três) infrações ora combatidas, por entenderem que o autuado, é responsável solidariamente pelo cumprimento da obrigação do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria e demais acréscimos legais, de competência do contribuinte direto, em vista de operações de aquisições de combustíveis, junto a sujeito passivo integrante do regime especial de fiscalização. Diz o art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96:

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 à remetente sujeito ao regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, quando nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação.

Todos os 03 (três) itens da autuação nos apresentam como um caso clássico de responsabilidade tributária por solidariedade prevista no art. 124 do CTN. A Fazenda Pública do Estado da Bahia, sem benefício de ordem, imputa ao Contribuinte Autuado, conforme expresso no art. 6º inciso XVI da Lei nº 7.014/96, por interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária do Auto de Infração em tela, a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto incidente sobre suas operações de aquisição de combustível, junto a fornecedores submetidos ao Regime Especial de Tributação, quando não se puder comprovar, por meio de documento de arrecadação, todo o ICMS devido no momento da saída dos produtos dos referidos fornecedores para seu estabelecimento. Destaca o artigo 124 do CTN:

Art. 124 São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

O item 01 da autuação diz respeito a falta de recolhimento do ICMS Normal pelo remetente, referente as operações de aquisições de combustível pelo autuado Barbosa Torres Comércio de Derivados de Petróleo Ltda, junto aos fornecedores Petróleo do Valle Ltda, notas fiscais nºs 44464, 44555, 44764, 44853, 44989, 46760 e Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda, nota fiscal nº 22876, integrantes do Regime Especial de Fiscalização.

Já o item 02 da autuação relaciona a recolhimento a menor do ICMS Normal pelo remetente, referente as operações de aquisições de combustível pelo Contribuinte Autuado Barbosa Torres Comércio de Derivados de Petróleo Ltda junto ao fornecedor Petróleo do Valle Ltda, Notas Fiscais nºs 45029, 45151, 46067, 46314, 46492, 46493 e 46494, integrante do Regime Especial de Fiscalização.

Por fim o item 03 da autuação, refere-se a falta de recolhimento do ICMS Retido por substituição pelo remetente, referente as operações de aquisições de combustível pelo autuado Barbosa Torres Comércio de Derivados de Petróleo Ltda, junto aos fornecedores Petróleo do Valle Ltda, Nota Fiscal nº 46760 e Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda, Nota Fiscal nº 22876; todos integrantes do Regime Especial de Fiscalização.

Em todos os três itens da autuação, o Contribuinte Autuado não comprova o pagamento dos impostos lançados devidos pelos citados fornecedores decorrentes das saídas dos produtos de seus estabelecimentos, através documento de arrecadação. Assim, consubstanciado no art. 6º, inciso XVI, combinado com o artigo 47, inciso I e II da Lei nº 7.014/96, voto pela subsistência dos itens 01, 02 e 03 do Auto de Infração em tela. Portanto, as infrações 01, 02 e 03 são procedentes.

O Contribuinte Autuado em toda sua manifestação de defesa não questiona o montante do débito tributário, nem tampouco o demonstrativo de apuração débito constituído acostados aos autos as folhas 7 a 15. Toda a defesa é relacionada a questões de nulidade da autuação pelo cerceamento do direito de defesa por falta de entrega dos demonstrativos, pelo descumprimento do princípio da publicidade, por falta de inexistência de comunicação formal da aplicação do Regime Especial de Fiscalização, pela desobediência ao princípio da não-

cumulatividade, dado a falta de aproveitamento dos créditos fiscais no cálculo do ICMS próprio do fornecedor do combustível. É também argüida a nulidade da autuação pela generalização e pelo caráter confiscatório da multa aplicada.

Afasto os argumentos do autuado em relação ao cerceamento do direito de defesa por falta de entrega dos demonstrativos de apuração do débito constituído, pois os documentos acostados às fls. 76 (Termo de Intimação) e 77 (Aviso de Recebimento-AR), documento emitido pelos Correios, comprova a entrega do Auto de Infração, conforme Declaração de Conteúdo, registrado no documento e assinatura do recebedor em campo próprio, datado de 17/01/2011. Não obstante essas documentações, destaco o Edital de Intimação SAT nº 11/2011, publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia de 15 e 16 de outubro de 2011 acostado aos autos à fl. 73, onde se pode observar tacitamente o chamado da Secretaria da Fazenda para que o Contribuinte Autuado quite seu débito ou apresente DEFESA no prazo de 30 dias. No edital pode-se observar o destaque do nº do Auto de Infração, da Razão Social do Contribuinte, da Unidade da Repartição Fiscal que está vinculado e do Prazo de Defesa.

Ressalta o art. 108 do RPAF/99, que a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem. Acrescenta ainda o parágrafo primeiro do citado artigo, que a intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal. É o que foi efetuado. O Fiscal Autuante não logrou êxito na ciência do auto pessoalmente (fl. 71), fez ciência, através da repartição Fazendária, por via postal dia 13/10/2011, conforme carimbo registrado do Correio através de AR (fl. 77). Também não obteve êxito. Então se efetuou, no que se estabelece a rotina administrativa da repartição, a intimação por edital publicado no Diário Oficial do Estado (fl. 73).

Quanto ao descumprimento do princípio da publicidade por falta de inexistência de comunicação formal da aplicação do Regime Especial de Fiscalização, não vejo como prosperar tal argumento de defesa, uma vez que através dos comunicados 001 e 003 de, respectivamente, 18 de janeiro e 30 de junho de 2011, tornou público que os fornecedores Petróleo do Valle Ltda, Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda, objeto da autuação, entre outros, estavam sujeitos ao Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS nos termos do art. 47, incisos I e II da Lei nº 7.014/96, entre os meses de janeiro a dezembro de 2011, período de alcance da ação fiscal. Além desses comunicados terem sido publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia, a Secretaria da Fazenda colocou na seu site www.sefaz.ba.gov.br os regimes especiais de fiscalização, que se poderia ser acessado acionando os campos: Inspetoria Eletrônica>Processo>Regime Especial>Comunicado.

Em relação a desobediência ao princípio da não-cumulatividade, que consiste em compensar o valor do imposto devido em cada operação com o montante do imposto incidente nas operações anteriores, à luz do entendimento do autuado, por falta de aproveitamento dos créditos fiscais no cálculo do ICMS próprio do fornecedor do combustível, não acolho os argumentos suscitado, já que em nenhum momento a Fazenda Pública do Estado da Bahia, com a instituição do Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS, objetiva tirar o direito da compensação do imposto incidente nas operações anteriores. Na realidade o que se pretende com a instituição do regime, é de que o fornecedor do produto, no caso as distribuidoras, comprovem efetivamente o recolhimento do imposto lançado no livro fiscal competente, conforme cada operação de venda de combustível dentro de uma política de ação fiscal transitória.

Entende-se que todas as operações objeto da autuação foram lançadas nos livros fiscais competentes. Desta forma as compensações relacionadas ao princípio da não-cumulatividade foram efetivadas. Portanto sem nenhuma incursão contra o citado princípio. O que se está cobrando na autuação são valores de ICMS próprio destacado na Nota Fiscal e, por conseguinte lançado no livro fiscal devido, porem não recolhido pelo fornecedor da mercadoria; assim como ICMS próprio destacado na Nota Fiscal e, por conseguinte lançado no livro fiscal devido, porem recolhido a menor pelo fornecedor da mercadoria.

Por conta do o art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96 se transferiu a responsabilidade do pagamento do ICMS próprio não pago ou recolhido a menor para o posto revendedor varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido junto à remetente sujeito ao regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação, decorrente da operação de saída do distribuidor. É o que ocorreu. Operação de aquisição de mercadoria pelo Contribuinte Autuado, junto aos fornecedores Petróleo do Valle Ltda e Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda, no ano de 2011, sem a comprovação do recolhimento do ICMS Próprio pago pelos fornecedores, ou com recolhimento do ICMS próprio pago a menor, relacionada às referidas operações de aquisições.

Cabe sim, em relação ao pagamento efetivo das autuações, objeto do Auto de Infração 298924.0007/11-5 em tela, pelo Contribuinte Autuado, o repasse dos respectivos documentos de arrecadação aos fornecedores Petróleo do Valle Ltda e Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda, para que, em uma ação fiscal futura da Fazenda Pública Estadual nesses contribuintes, não sejam cobrados em duplicidades tais impostos, uma vez que esses impostos estão lançados em seus livros fiscais sem o efetivo recolhimento do imposto ou com recolhimento do imposto a menor.

Por fim, quanto a generalização da multa e seu caráter confiscatório aplicado, no caso em análise, não vejo sua aplicação como uma ação de arrecadação em proveito do fisco do Estado da Bahia como sugere o Contribuinte

Autuado, e sim como uma sanção aplicada ao autuado por não cumprir a determinação do art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96, em que obriga o posto revendedor varejista de combustível, no caso específico o Contribuinte Autuado, em relação ao combustível adquirido junto à remetente sujeito ao regime especial de fiscalização, a obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, quando nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação.

Ademais, não observo, generalização da multa aplicada, já que a multa estipulada na alínea “f”, inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, é bastante específica na sua aplicação, ou seja, para os casos de descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo. No caso específico, tanto a infração 01, quanto às infrações 02 e 03, não há dolo e; sim, um descumprimento de obrigação tributária principal por solidariedade no que preceitua o artigo 124 do CTN.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela por restar integralmente devidas as infrações 01, 02 e 03.

Regularmente cientificado da Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, o Sujeito Passivo interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionadas às fls. 128 a 142.

Referindo-se ao ICMS normal incidente sobre o álcool etanol hidratado, diz que a Usina comercializa o produto com destaque do imposto próprio (ICMS próprio), os Distribuidores apropriam o crédito fiscal das Usinas fornecedoras e procede a retenção do imposto devido nas operações subsequentes, e os Postos Revendedores comercializam os combustíveis para o consumidor final sem tributação, vez que a distribuidora já retém e recolhe o imposto devido.

Discorre derredor da sistemática de tributação adotada pelos Estados para a cobrança do ICMS devido nas operações com álcool hidratado, dizendo da responsabilidade solidária imputada às Distribuidoras de combustíveis pela retenção e recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes praticadas pelos postos revendedores. Diz também da formação da base de cálculo do imposto, concluindo que da circulação econômica do álcool, como no caso em tela, estaria definitivamente retido e recolhido pelo contribuinte substituto, no caso a Distribuidora.

Aduz que no caso em apreço, ela, Recorrente, foi autuada por responsabilidade solidária, e sobre o preço praticado pela Distribuidora o autuante aplicou a alíquota de 19% para compor a exigência fiscal em foco. Nesse diapasão, aduz que no momento da aquisição do produto pelo posto revendedor, o valor do ICMS normal (ICMS da distribuidora) já compõe o preço de venda praticado pela Distribuidora, e que, em última análise, não procede a imputação fiscal que exige ICMS próprio que já foi pago no momento da venda da mercadoria ao adquirente.

Mencionando as infrações 1 e 2, assevera que “o ICMS normal já fez parte do preço praticado pela distribuidora, logo, quando o posto varejista adquire o produto, o ICMS faz parte do preço, já está embutido no preço da mercadoria por ser um tributo calculado “por dentro””. Nesse sentido, aduz que o recorrente não pode punida por meio de “conjecturas de que o imposto não foi pago, sob risco de cometer injustiças, preterindo assim o Princípio da Verdade Material”.

Traz à baila a resposta à consulta formulada pelo Posto de Combustíveis Sete Portas Ltda., nº 00743720110, afirmando que o adquirente das mercadorias não é responsável pela comprovação do recolhimento do ICMS normal, e que “não há responsabilidade do contribuinte de fato em provar se o ICMS normal foi realmente satisfeito ou não”. Citando e transcrevendo o art. 62 do RPAF/99, diz que o Auto de Infração deve ser anulado porque o referido diploma legal estabelece que a consulta eficaz suspende a exigência do tributo indevido.

Citando a doutrina, discorre derredor da proibição do *bis in idem*, dizendo da inaplicabilidade da forma através da qual foi alcançado o valor do imposto que se exige, considerando que na base de cálculo do mesmo imposto foram considerados “os preços praticado nas aquisições, já impregnados com a carga tributária calculada, em razão do imposto “por dentro””.

Foca a infração 3, atacando-a com os mesmos argumentos emprestados às infrações 1 e 2. Aduz que o imposto foi retido e destacado pela distribuidora e, cobrado do posto revendedor, na nota fiscal de aquisição. Frisa que o imposto correspondente às operações em apreço já foi pago pelo recorrente quando a Distribuidora procedeu à retenção do exato valor da exação. Nessa toada, entende que está sendo exigida em duplicidade, pois, “... pagou a mercadoria somado com o imposto retido que não foi recolhido pelo sujeito passivo original (Distribuidora) ...”.

Fala a respeito do princípio da não-cumulatividade, aduzindo que o Auto de Infração padece de segurança. Cita e transcreve o art. 155 da Constituição Federal, além da doutrina, para afirmar que o ICMS está adstrito ao princípio constitucional da não-cumulatividade, não podendo o legislador infraconstitucional ou o Administrador Público pretender dar-lhe novos contornos, aumentando ou diminuindo sua eficácia. Nesse sentido, conclui que *“toda vez que o contribuinte, ao adquirir uma mercadoria ou um serviço, havendo a incidência do ICMS, passa a ter em seu favor um crédito fiscal, constituindo um direito-dever, como dissemos alhures, de compensar este crédito com o débito do imposto nas operações mercantis posteriores”*.

Para o caso em apreço, afirma que a exigência fiscal em apreço está gravada de inconstitucionalidade, pois afronta o princípio da não-cumulatividade. Formula indagações sobre a destinação dos créditos fiscais decorrentes da comercialização do álcool etanol hidratado pelas Distribuidoras de Combustíveis, resultantes do não pagamento do ICMS sobre operações próprias, do acúmulo de créditos fiscais, meramente escriturais, e a respeito da possibilidade de a SEFAZ autorizar a sua transferência.

Entende que o PAF deve ser convertido em diligência para que seja apurado o valor dos créditos relativos à operação própria da Distribuidora remetente, de modo a que seja deduzido do imposto exigido no Auto de Infração.

Referindo-se à multa, diz que é inexistente por ser genérica. Transcreve lições de Silva Franco, aduzindo que o princípio da taxatividade e descrição genérica impõem que a descrição da conduta infracional seja detalhada e específica. Suscita a ilegalidade da multa capitulada referindo-se ao seu caráter genérico, pelo que, requer que seja declarada nula a aplicação da multa de 60% prevista no artigo 42, II, alínea “f”.

Ainda sobre a multa, diz que é inconstitucional porque é exagerada e confiscatória. Cita *decisum* do STF em ADI 551/RJ, além da lição do Professor Rui Barbosa Nogueira.

Invoca a Carta Magna, artigos 145, § 1º, e 150, IV, para dizer da vedação ao confisco que, embora dirigidos especificamente aos impostos, se espraiam por todo o sistema tributário, atingindo por inteiro o crédito tributário.

Por derradeiro, requer:

- (a) *Seja anulado o Auto de Infração com base nos fundamentos apresentados: cobrança em duplicidade do ICMS próprio e ICMS retido por substituição tributária;*
- (b) *Pelo reconhecimento do Parecer da DITRI.*
- (c) *Pela falta de aproveitamento dos créditos fiscais no cálculo do ICMS próprio da Distribuidora de Combustíveis remetente, em obediência ao princípio da não cumulatividade;*
- (d) *Pelo cancelamento da multa por ser genérica;*
- (e) *Pelo cancelamento da multa em face do seu caráter confiscatório;*
- (f) *Pela falta de requisito essencial para transferência do pólo passivo desta relação jurídica tributária;*
- (g) *Seja o processo convertido em diligência.*

A Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, Procuradora da PGE/PROFIS, exara Parecer às fls. 156/157, aduzindo inicialmente que as razões recursais são insuficientes para provocar a revisão do acórdão recorrido, vez que o Sujeito Passivo não trouxe aos autos provas ou argumentos que tivessem o condão de elidir as acusações que lhe pesam. Do mesmo modo, entende que não merece prosperar a irresignação do recorrente quanto à multa, pois foram adequadamente aplicadas e encontram previsão na Lei nº 7.014/96.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Foi jungido aos fólios deste PAF, às fls. 155/162, cópia da Sentença exarada pela MM Juíza da 4ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia, nos autos do Mandado de Segurança nº 0015805-92.2011.8.05.0001, no qual figuram com impetrante a Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda. e outro, e como impetrada a SAT Superintendente de Administração Tributária do Estado da Bahia. Lê-se na parte dispositiva da referida sentença:

“Portanto, como se depreende do texto legal e do Parecer ministerial, tendo em vista que a inclusão do contribuinte em sistema especial de controle e fiscalização, desde que prevista em lei, não implica na violação do direito líquido e certo, estando comprovadas irregularidades fiscais referentes à sonegação de tributos.

Em assim sendo, acato o Parecer ministerial e DENEGO a segurança aqui buscada, revogando a liminar concedida, diante da falta de direito líquido e certo a ser amparado ou ilegalidade a ser reparada.

Consequentemente, EXTINGO o processo sem resolução de mérito, nos Termos art 6º, § 5º da Lei 12.016/09.”

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

A essência da tese recursal repousa sobre o argumento de que lhe é exigido o ICMS próprio quando demonstra que o ICMS próprio foi recolhido na Usina, antes mesmo de ser encaminhado para os postos Revendedores, concluindo que a circulação econômica do álcool, como no caso em tela, estaria definitivamente retido e recolhido pelo contribuinte substituto, no caso a Distribuidora.

Aduz a existência de *bis in idem*, e ofensa ao princípio constitucional da não-cumulatividade.

Pois bem, tratando da construção da autuação, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, vejo que estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Observo também que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação.

Quanto à ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, verifico que todos os passos processuais foram rigorosamente seguidos, sobretudo aqueles atinentes às intimações feitas ao recorrente, de maneira que lhe foi garantido, em todas as fases processuais, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, restando respeitados os incisos LIV e LV do art. 5º, da Carta Magna.

Especificamente quanto à suscitada, ainda que sutilmente, ilegitimidade passiva, vejo que não assiste qualquer razão ao Recorrente porque a suscitada preliminar sucumbe diante do fato de que não há amparo jurídico para tanto. Ademais, independentemente da perfeita lavratura do Auto de Infração em apreço, há que se lembrar que a legislação prevê como forma de imposição fiscal e responsabilização tributária pelo pagamento do imposto, a figura do responsável por solidariedade, como no caso em tela, conforme expresso na Lei nº 12.040/10, que deu redação ao artigo 6º, inciso XVI, da Lei do ICMS, estabelecendo que os postos revendedores varejistas de combustíveis, passaram a responder, solidariamente, pelo pagamento do ICMS devido na aquisição do combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do imposto, no momento da saída da mercadoria. Bem por isso, considerando os termos da legislação, improcede a alegação recursal de que a acusação fiscal é inespecífica. Afasto a preliminar suscitada.

Quanto à tese de que o Auto de Infração, como lavrado, ofende a princípios constitucionais, vejo que a alegação recursal não tem qualquer procedência. Em verdade, não há qualquer ofensa ao princípio da não-cumulatividade do imposto. O que resta demonstrado no Auto de Infração em apreço é que o Recorrente não demonstra o recolhimento do imposto devido ao Estado da Bahia, nem mesmo aquele de sua responsabilidade direta, muito menos aquele com o qual tem responsabilidade solidária.

No mérito, a tese recursal tem assento no argumento de que todo o imposto exigido no Auto de Infração em apreço já havia sido destacado e retido pela distribuidora e, devidamente cobrado do

recorrente - o posto revendedor -, na nota fiscal de aquisição das mercadorias, aduzindo que o ICMS normal integra o preço praticado pela distribuidora.

Pelo que se depreende dos autos, a questão é de ordem meramente legal. Primeiro, há que se destacar que a legislação tributária estabelece regras para imputar ao Sujeito Passivo a responsabilidade solidária no que concerne ao recolhimento do ICMS nas operações que envolvem antecipação de tributos. Nesse sentido, o julgador de piso cuidou de demonstrar clara e didaticamente o quanto estabelece a legislação de regência da matéria. Segundo, a autuação é clara e, cobra ICMS pela falta de recolhimento do imposto normal, de diferença e de retido, todos por solidariedade.

Ora, em se tratando do objeto das infrações, a forma através da qual o recorrente elidiria as acusações que lhe pesam, seria a comprovação do pagamento do montante exigido no Auto de Infração. Nesse diapasão, o que se verifica nos autos é que não foram trazidos aos autos os necessários comprovantes de pagamentos do tributo devido, ainda que por solidariedade. Faz-se mister registrar que a Junta de Julgamento Fiscal analisou todos os documentos que vieram aos autos, merecendo registro que nenhum elemento de prova acompanham o Recurso Voluntário.

Convém consignar que com respeito a demonstrações de pagamentos de impostos exigidos na autuação em análise, apesar do julgamento feito por esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, pode o Sujeito Passivo, em sede de controle da legalidade, provocar, por meios próprios, a PGE/PROFIS fazendo juntar os comprovantes que teriam o condão de elidir a acusação fiscal.

Quanto à multa aplicada, em que pese todo o esforço do recorrente no sentido de demonstrar o caráter confiscatório, desproporcional e abusivo da multa inicialmente aplicada, com o qual pessoalmente concordo, vejo que em verdade, pretende o recorrente adentrar à discussão de inconstitucionalidade da legislação que estatui as multas por descumprimento de obrigação principal – Lei nº 7.014/96. Nesta seara, determina o Regulamento de Processo administrativo Fiscal em seu art. 167, que não se incluem na competência do CONSEF a declaração de inconstitucionalidade, motivo pelo qual deixo de apreciar a matéria. Há que se pontuar que apesar de prever percentuais extremamente elevados, as multas que motivaram a insurgência do recorrente estão previstas em Lei, o que impede que este julgador, *in casu*, possa analisar o pleito do Sujeito Passivo. Entretanto, a rigor do art. 159 do RPAF, pode o recorrente, ao apelo da equidade, dirigir à Câmara Superior do CONSEF pedido de dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal.

Por tudo isso, não há motivos para tornar nulo o Auto de Infração em apreço, pois, não há, de nenhuma forma, cobrança em duplicidade do ICMS próprio e ICMS retido por substituição tributária.

Quanto ao reconhecimento do Parecer da DITRI, ainda que pudesse ser aplicado ao caso em tela, o que não se afigura possível, convém lembrar que a referido Parecer responde a consulta formulada por contribuinte que não é o Recorrente. Nesse sentido, friso que as consultas formuladas à SEFAZ não são vinculantes, aplicando-se ao caso e ao contribuinte consulente, especificamente. Bem por isso, não há como atender à suplica recursal.

Devo destacar, ainda derredor da Consulta formulada à DITRI pelo Posto de Combustíveis Sete Portas Ltda., que a Diretoria de Tributação exarou novo Parecer retificando o Parecer mencionado pelo recorrente, cuja ementa abaixo transcrevo:

“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.”

A conclusão a que se chega da leitura da ementa do novo Parecer é, claramente, que não assiste qualquer razão à recorrente nas suas razões.

Com respeito à falta de aproveitamento de créditos derivados das operações motivadoras das autuações, vejo que a súplica recursal não pode ser provida. Há que se lembrar que o fulcro da autuação impõe a demonstração do pagamento dos impostos exigidos por solidariedade em operações de substituição tributária. Em sendo assim, não há que se falar em aproveitamento de créditos.

Quanto a multa de caráter genérico, como disse o recorrente, vejo que a tese de defesa esbarra na legislação que, como dito acima, criou os parâmetros para a aplicação da multa como aplicada.

Quanto ao pedido de diligência, se mostra despropositado e protelatório, pois, não há nos autos quaisquer elementos que suscitem dúvidas ou incertezas quanto ao lançamento, estando presente tudo o quanto necessário à formação de convencimento do julgador, relator deste PAF.

Ex positis, VOTO pelo IMPROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, mantendo incólume a Decisão de primeira instância.

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 **298924.0007/11-5**, lavrado contra **BARBOSA TORRES COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO PONTO VERDE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$30.765,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS