

A. I. N° - 019144.0001/11-0
AUTUADO - SS COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA
AUTUANTES - RAFAEL ALCANTARA DE ANDRADE e DERNIVAL BERTOLDO SANTOS
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET 10.02.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0022-05/12

EMENTA: ICMS. 1. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AQUISIÇÕES DE COMBUSTÍVEIS ORIGINÁRIOS DE CONTRIBUINTES 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi 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%.

O autuado apresenta impugnação às fls. 49/59 onde aduz as seguintes razões de defesa:

Que teria que ser considerado que, a norma modificativa da Lei nº 7.014/96, que instituiu a possibilidade de solidariedade do posto para com a distribuidora quando o regime especial de fiscalização for imposto a esta, somente poderia ser exigida com ampla publicação da condição do regime especial; que não se deu publicidade necessária ao fato, somente se tendo notícia através do site da SEFAZ; que a própria lei que determina a publicidade pra validade da norma não estabelece a possibilidade de que se cumpra o mandamento tão somente através do site na internet; que se restringiu o direito do contribuinte, já que, sem as informações necessárias adquiriu o produto de distribuidora no regime especial, todavia esta tinha inscrição estadual regular, inscrição no CNPJ e autorização da ANP; que não há dúvida, de que a SEFAZ não pode obrigar ao contribuinte a buscar no seu site, notícias acerca do regime especial, furtando-se em cumprir o determinado pelo princípio constitucional que impõe que todos os atos administrativos sejam publicados e não apenas uma pequena parte, como se alcança, com a publicação somente através da internet; que a publicidade dos atos administrativos são imprescindíveis para a validade, citando diversos trechos de obras de doutrinadores a respeito do tema; que como se não bastasse, o Auto de Infração traz o imposto cheio de 19% (dezenove por cento) sobre o valor constante da nota fiscal, sem considerar que houve pagamento parcial do imposto devido e que

seria objeto do ICMS substituído, pago comprovadamente pela distribuidora fornecedora, tanto que junto com as notas fiscais (DANFE), se encaminhava boletos de pagamentos onde se destaca o número da nota e o quanto foi pago; que mesmo que imposto fosse devido, ter-se-ia que deduzir os valores pagos ao Estado, mesmo que parciais, feitos pela distribuidora que estaria sob o regime especial de fiscalização, e que nesta cobrança estaria havendo bitributação, que é inconstitucional; que é inegável, que o posto adquiriu produtos de distribuidora que tinha regular funcionamento e teve o cuidado de solicitar que fosse encaminhado o comprovante de pagamento do ICMS por substituição devida; que a SEFAZ não teve o cuidado de informar se existiria algum processo entre a distribuidora e o Estado para o pagamento de ICMS a menor; que o Estado teria que agir de boa-fé para com o contribuinte, dando publicidade dos atos e informando de maneira que alcançasse a todos, quer no tocante a liminar ou tutela antecipada, quer no que pertine ao ingresso da distribuidora no regime especial de fiscalização; que evidenciou-se que existiria irregularidade pelo ato de somente publicar através da internet a relação das distribuidoras que estariam sob o regime especial de fiscalização, onde a doutrina é uníssona de que existe a obrigatoriedade da publicidade por força do art. 37 da CF/88; que no caso, não se poderia aplicar a presunção legal prevista na Lei nº 7.014/96 porque o contribuinte somente comercializam mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, pagas com antecipação de imposto, estando, portanto, equivocado o próprio auto, que é nulo de pleno direito; que o pagamento do imposto e multa seria de responsabilidade da distribuidora. Esta é que deve responder pelo tributo a ser arrecadado e não recolhido, bem como deve ser considerado o pagamento do imposto antecipado.

Não se pode impor cobrança de imposto e multa por exigir que o revendedor tenha informações que só o Fisco dispõe e que não se deu a publicidade devida. O posto revendedor agiu de boa-fé e não contribuiu para que a suposta infração pudesse acontecer. Diante do exposto, o autuado requer lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, indicando, de logo, a juntada posterior de documentos, além dos aqui anexados, e outros que se fizerem necessários, tudo para que, afinal, seja o Auto de Infração ora impugnado, julgado Improcedente, como efetivamente o é, fazendo-se justiça e aplicando-se melhor as normas constantes do RICMS, por ser de direito. Requer, ainda, acaso não for considerado o Auto de Infração improcedente, por cautela, que se descaracterize a multa aplicada, pois que o correto seria a aplicação do disposto do RICMS, que prevê a multa acessória e ainda teria de considerar que já se pagou parte do imposto, para não ocorrer bitributação, por ser de direito.

Requer, mais, que para o caso de manutenção do auto seja determinado a compensação sobre os valores já pagos regularmente pela distribuidora e como comprovado pelos documentos anexados, por que se acaso for mantida a imputação dos valores constantes do Auto de Infração, restará evidente que o Estado pretende cobrar duas vezes por uma só operação de circulação de mercadorias, ocorrendo bitributação. A distribuidora praticamente pagou todos os valores do ICMS substituição, ficando quitado um terço do valor devido. Requer, por fim, o direito de ser intimada de todos os atos do procedimento administrativo, em especial a impugnação a ser apresentada pelo autuante, sob pena de nulidade processual.

O autuante, às fls. 177/180, ressalta que quase todas as páginas da defesa do autuado se reportam à falta de publicidade devida e que traz em seu bojo, o próprio contra-argumento, ao reconhecer que teve notícias através do site da SEFAZ; aduz que a internet tem se tornado o principal meio de comunicação das empresas para divulgação de informações; que o autuado confessa que obteve informações sobre o art. 47 e incisos da Lei nº 7.014/96 pela internet; que a SEFAZ também deu publicidade pelo DOE, em comunicado da Diretoria de Tributação - DITRI, e que assim se configura o princípio da publicidade; que quanto à bitributação, ao se aplicar alíquota cheia, de 19% sobre o valor da nota, não poderia ser outra a alíquota conforme consta do RICMS e que quando do cálculo do ICMS ST, se deduz obviamente o imposto normal; que quanto à compra de etanol das usinas pelas distribuidoras, estas operações estão fora da abrangência do regime

especial de fiscalização; que no presente caso, as operações se tornam independentes por força do regime especial a que estão submetidas as distribuidoras;

Aduz, que a autorização da ANP e a regular inscrição estadual e do CNPJ não resguardam a sujeição a penalidades; que o fato de não haver retenção da carga não implica em sua regularidade, pois a fiscalização não se dá apenas no momento do trânsito de mercadorias.

Por fim, sustenta, que não caberia a exigência do imposto ao posto revendedor não fosse o instituto da solidariedade aplicado pela Lei nº 7.014/96 em seu inciso XVI, § 6º, e que a solidariedade tributária não admite benefício de ordem.

Assim, pede pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **019144.0001/11-0** lavrado contra **SS COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA**, devendo ser intimado o autuado 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, 19 de janeiro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ILDEMAR JOSE LANDIN – RELATOR

JOSE RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR