

A. I. Nº - 298924.0012/11-9
AUTUADO - BARBOSA TORRES COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - FERNANDO ANTÔNIO SANTOS PADRE e ANANIAS JOSÉ CARDOSO FILHO
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 14.03.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0058-04/12

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **a)** IMPOSTO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. **c)** IMPOSTO RETIDO POR DISTRIBUIDOR SUBMETIDO A REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO E NÃO RECOLHIDO. O art. 6º, XVI, da Lei nº 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 dos remetentes publicada no DOE e constante do site da SEFAZ. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 31/07/11 para exigir ICMS em decorrência das seguintes infrações:

01. Deixou o adquirente, de recolher ICMS normal, devido por solidariedade, nas operações 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 desacompanhada do documento de arrecadação. Valor: R\$ 11.939,58. Período: janeiro e fevereiro de 2011. Multa de 60%;
02. Deixou o adquirente, de recolher a diferença do ICMS normal, recolhido a menor e devido por solidariedade, 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 o ICMS destacado a menor e acompanhada do documento de arrecadação correspondente. Valor: R\$ 10.974,41. Período: março e abril de 2011. Multa de 60%;
03. Deixou o adquirente, de recolher ICMS Retido, por solidariedade, 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, em vista do recebimento da mercadoria, através de nota fiscal não acompanhada do documento de arrecadação do ICMS substituído. Valor: R\$ 2.357,82. Período: janeiro e abril de 2011. Multa de 60%;

O autuado apresenta defesa (fls. 68 a 82). Narra os fatos e suscita preliminar de nulidade da autuação por entender que teve seu direito de defesa cerceado, alegando não haver recebido as cópias dos demonstrativos que fundamentaram o cálculo do suposto imposto devido.

Cita e transcreve o artigo 18 do RPAF, destacando o inciso II para enfatizar a necessidade de anulação do lançamento do tributo.

Transcreve ementas de Acórdãos do Conselho de Justiça objetivando enriquecer seu entendimento, para, por fim, requerer a anulação da imputação fiscal pela preterição do direito de defesa.

Para tratar do Regime Especial de Fiscalização, reproduz o artigo 47 da Lei 7.014/96 e afirma desconhecer que a empresa fornecedora do produto encontrava-se submetida ao Regime Especial de Fiscalização. Para tanto, entende que o fato não foi amplamente divulgado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, desobedecendo assim um dos princípios que rege a Administração Pública, qual seja, o da publicidade.

Prossegue falando do princípio da publicidade citando o artigo 37 da Constituição Federal e alega que o Poder Público deve agir com a maior transparência possível a fim de que se tenha conhecimento dos atos dos administradores. Entende por absurdo que um Estado brasileiro viesse a ocultar informações e atos relativos à gestão da *res publica*. Transcreve trecho de doutrina que descreve o princípio da publicidade e diz que a forma de se dar publicidade aos atos da Administração pode ser tanto por meio da publicação do ato como por sua comunicação aos seus destinatários. Assim sendo, diz que caberá à lei indicar a forma de se dar publicidade aos atos da Administração Pública, mas afirma que essa obrigação é normalmente realizada através da publicação em órgão de imprensa oficial da Administração, jornais particulares que desempenhem tal função ou outras formas substitutivas. Em vista disso, argumenta que tal prerrogativa constitucional não foi atendida visto que a sociedade desconhece o veículo usado para informar que a empresa distribuidora estava submetida ao Regime Especial de Fiscalização “até mesmo para evitar a aquisição do produto pela autuada”.

Por fim, trata da importância de observar-se que os atos administrativos não se limitem aos já publicados ou que estejam em fase de aperfeiçoamento pela sua publicação, cita trechos dos artigos 5º, XXXIII e XXXIV e 37, §3º, II da Constituição Federal e reafirma estar o lançamento em questão eivado de nulidade, pois não obedeceu ao princípio da publicidade.

Acrescenta que o presente AI padece de segurança por não atender ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, ao mesmo tempo em que transcreve o artigo 155 da CF que disciplina o ICMS e estabelece a regra da não-cumulatividade. Analisa o referido princípio dizendo que o mesmo deverá ser sempre observado e que ao adquirir uma mercadoria ou serviço com incidência do ICMS nascerá, para o contribuinte, um crédito fiscal. Nesse sentido, transcreve doutrina de Sacha Calmon. Diz que o ICMS, de acordo com a CF estrutura-se pelo sistema “imposto contra imposto e não mercadoria contra mercadoria” conforme acredita querer entender o Fisco.

Assim, aduz que toda entrada de mercadoria onde há destaque do ICMS, gera em favor de quem a adquire, um crédito fiscal de natureza mista, que deve ser compensado nas operações de saídas. Esse creditamento do imposto nas entradas é dever do contribuinte. Colaciona esquema da regra do ICMS do professor Sacha Calmon e para melhor esclarecimento transcreve doutrina de Carrazza para explicar que o contribuinte quando adquire uma mercadoria ou serviço onde haja a incidência do ICMS, tem em seu favor um crédito fiscal, que constitui um direito-dever de compensar tal crédito nas operações de saídas posteriores e de Misabel Derzi para dizer que a CF adotou o princípio da não-cumulatividade no ICMS. Para tanto, a norma que não esteja de acordo com este princípio constitucional deve ser declarada inconstitucional e não deve produzir efeito no mundo jurídico.

Conforme Aliomar Baleeiro, o referido princípio se passou do imposto sobre vendas brutas ao imposto sobre vendas líquidas ou sobre o valor adicionado ou agregado, visto que o antigo imposto era cumulativo e tal fato provocava injusta repercussão nos preços e o novo busca permitir “ingressos à Fazenda em cada uma das etapas do processo econômico de produção, distribuição e comercialização, na proporção que cada uma delas incorpora, agrega ou adiciona valor ao produto”. Assim, volta a destacar que o princípio da não-cumulatividade imputa ao promotor da operação tributada um direito-dever de compensar o crédito gerado na operação anterior, recolhendo, o contribuinte, aos cofres públicos apenas a diferença.

Alega que a negação do crédito do ICMS desprendido nas notas fiscais de entrada ao contribuinte contraria o conhecimento tributário e afronta a CF.

Nessa esteira, afirma que a forma de exigência do imposto devido pelas Distribuidoras de combustíveis remetentes do álcool etanol hidratado por solidariedade dos Postos Revendedores é

inconstitucional por não obedecer ao princípio da não-cumulatividade e questiona: qual finalidade terá os créditos fiscais gerados para comercialização do álcool etanol hidratado pelas Distribuidoras, que resulta no pagamento do ICMS sobre operações próprias?; A Distribuidora acumulará os créditos no seu livro fiscal gerando um passivo meramente escritural?; Autorizará o Estado as transferências dos citados créditos fiscais sem interpor obstáculos?

Diz que as questões acima foram expostas na defesa visto que o valor exigido neste AI deverá ser reduzido em relação ao ICMS próprio devido pela Distribuidora e combustível, observado o princípio da não-cumulatividade e que as mesmas não estão respondidas no parecer que determinou o Regime Especial de Fiscalização. Por fim, o referido AI deve ser anulado por ferir o princípio da não-cumulatividade.

Ainda em sede de defesa, o autuado alega inexistência da multa no percentual de 60% por ser genérica. Inicia reproduzindo o artigo 42, II, "f", da Lei 7.014/96 e diz que a um fato será reputado crime apenas se guardar primorosa relação entre a lei e a norma que o descreve. Assim, a lei penal delimita o comportamento lesivo e determina uma punição, que deverá ser específico para aquela conduta e não para uma conduta que se mostre aproximada ou assemelhada. Transcreve trecho doutrinário de Silva Franco para dizer ser impossível o Direito Penal atingir a ilicitude em sua totalidade. Acrescenta que o princípio da taxatividade e descrição genérica obriga que a descrição do comportamento criminoso seja específica e minuciosa, portanto, não genérica, já que se assim fosse não haveria prévia definição da conduta na lei. Para tratar do tema, recorre também à lição de Cernicchiaro onde conclui que não se pode cogitar a aplicação de penalidade genérica e que a generalidade da descrição típica gera insegurança social e fere o princípio da reserva legal. Conclui requerendo anulação da multa aplicada no percentual de 60%.

Todavia, adverte o autuado que estão sendo aplicadas multas em valores claramente confiscatórios, o que considera uma afronta às garantias constitucionais. Destaca que, durante muito tempo, autoridades brasileiras habituaram-se a praticar atos divergentes aos previstos no ordenamento jurídico, principalmente tratando-se das garantias individuais dos cidadãos. Passada essa época, afirma que o contencioso administrativo permite que todos possam defender-se diante de quem praticou o ato. Sendo assim, diz restar claro o exagero da multa aplicada, com índices elevados e fora da realidade brasileira. Para tanto, as mesmas assumem o caráter confiscatório, "a não ser que se considerem normais multas que ultrapassem os parâmetros de uma economia cuja variação monetária anual não ultrapassa a casa de um único dígito". Hoje em dia, o Poder Judiciário já reconhece a ilegitimidade de multas altamente elevadas e têm corrigido a distorção confiscatória atribuída pela Administração. Para tanto, entende ser faculdade do julgador a redução da multa exagerada aplica pelo Fisco. Nessa esteira, transcreve decisões do STF que reconhece a redução de multa de feição confiscatória e trecho de doutrina de Rui Barbosa Nogueira. Diz que é claro o caráter confiscatório da multa e inconstitucional sua exigência por ferir o artigo 150, IV da CF e que a multa não pode resultar na incapacidade de agir economicamente, devendo ela, ser compatível com a realidade dos fatos. Continua dizendo que a CF determina a vedação do confisco nos artigos 145, §1º e 150, IV. Desta forma, requer a correção da multa.

Concluindo, requer: 1) que seja anulado o Auto de Infração com base nos fundamentos apresentados; 2) que seja anulado o Auto de Infração pelo cerceamento ao direito de defesa por falta de entrega dos demonstrativos necessários; 3) que seja reconhecida a inexistência de comunicação formal da aplicação do Regime Especial de Fiscalização sobre o remetente, em obediência ao princípio da publicidade; 4) pela falta de aproveitamento dos créditos fiscais no cálculo do ICMS próprio da Distribuidora de Combustíveis remetente, em obediência ao princípio da não-cumulatividade; 5) o cancelamento da multa por ser genérica; 6) o cancelamento da multa em face do seu caráter confiscatório.

Na informação fiscal (fls. 92-95), os autuantes informam haver sido o contribuinte intimado por três vezes a pagar o débito ou mesmo apresentar defesa no prazo previsto, não procedendo assim o fundamento alegado quanto ao cerceamento de defesa. Informam, também, que a Secretaria da

Fazenda tornou público através do Diário Oficial do Estado da Bahia ato informando que os fornecedores de combustíveis estão sujeitos ao Regime Especial de Fiscalização, portanto, não há que se falar em não obediência ao princípio constitucional da publicidade. Transcrevem o art. 6º, XVI da Lei nº 7.014/96 e descreve as infrações.

Concluem opinando pela manutenção da autuação.

VOTO

O auto de infração contém as formalidades dos arts. 15, 16, 19, 22, 26, 28, 39, 41, 42, 44, 45 e 46 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o Direito Administrativo ou o Direito Tributário, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal, estando determinados no lançamento o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, sendo precisamente indicados os dispositivos legais infringidos. Os demonstrativos da autuação constam dos autos, inclusive o de apuração do valor exigido (fls. 07 a 14) e os DANFE's neles relacionados constam das fls. 16 a 35. O processo obedece ao princípio do devido processo legal e seus corolários de ampla defesa e contraditório, tendo o contribuinte demonstrado plena compreensão das infrações e se defendeu das acusações fiscais sem qualquer dificuldade imposta pela parte contrária.

Tratando-se de questão de fato e considerando que o demonstrativo cuja falta de entrega o impugnante alega, apenas retrata o ICMS decorrente das operações relativas aos DANFE's (fls. 16, 17, 20, 21, 24, 27, 30, 35, 40, 45 e 50) relacionados no demonstrativo da Intimação de fl. 06, recebida pelo Contador, abatidos das comprovações da parte recolhida do imposto a elas relativo, como demonstrado na fl. 15 e DAE's também constantes dos autos (fls. 18, 22, 25, 28, 31, 33, 36, 38, 41, 43, 46, 48 e 51), rejeito a preliminar de nulidade por cerceamento de direito de defesa argüida, pois tal cerceamento não ocorreu tendo em vista estarem na posse do autuado todos os originais dos documentos que sustentam a exigência fiscal, o que amplamente lhe possibilitou (mas não o fez), caso existisse alguma inconsistência, objetivamente elidir o lançamento mediante comprovação documental de cumprimento da obrigação principal exposta na normativa do Regime Especial de Fiscalização imposto aos seus fornecedores e que lhe está sendo exigido em face da sua responsabilidade de pagamento por solidariedade de fato e de direito.

Assim, por não se constituir em elemento indispensável para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto de infração como previsto no art. 46 do RPAF (o que mais detalhadamente explico na apreciação de mérito), entendo que a falta de entrega dos demonstrativos alegada pelo impugnante não implicou em qualquer prejuízo ao direito de defesa do contribuinte e o impugnante exercitou seu amplo direito de defesa sem o conteúdo indicado pelo art. 123 do RPAF sem qualquer impedimento da parte contrária por livre e espontânea opção.

Também rejeito a preliminar suscitada por falta de publicidade do Regime Especial de Fiscalização imposta aos fornecedores do autuado e que o responsabiliza pelo pagamento do ICMS aqui exigido, pois, como relatado na informação fiscal, a sujeição dos fornecedores de combustíveis da mercadoria objeto desta autuação consta do COMUNICADO SAT Nº 001, de 18 de janeiro de 2011, tornada pública na edição de 19 de janeiro de 2011, do Diário Oficial do Estado e constante do site da SEFAZ, pág. Inspeção Eletrônica>processos>Regime Especial>Comunicado. Portanto, não há falar em desconhecimento da situação fiscal de sujeição ao Regime Especial de Fiscalização dos fornecedores do autuado por falta de publicidade.

Superadas as preliminares suscitadas, passo a apreciar o mérito do auto de infração.

No curso do procedimento fiscal, o autuado foi intimado (fl. 06) para apresentar comprovação de recolhimento do ICMS normal e por substituição tributária destacado nos DANFE's das NF-e 22875, 44465, 44554, 44763, 44852, 44988, 45152, 46068, 46317, 46495 e 46761, que totaliza R\$ 33.346,91.

Esses DANFE's, cujas cópias constam dos autos e os originais estão na posse do autuado, possuem, respectivamente, o seguinte destaque de ICMS: a) R\$ 24.276,82, relativos às operações fornecedor-

autuado - ICMS normal -, assim distribuídos: R\$ 2.984,88, R\$ 1.492,45, R\$ 1.492,45, R\$ 1.492,45, R\$ 1.492,45, R\$ 1.492,45, R\$ 1.492,45, R\$ 3.914,07, R\$ 1.684,63, R\$ 3.369,27 e R\$ 3.369,27, somando; b) R\$ 9.070,09, por substituição relativa à saída subsequente do autuado ao consumidor final - ICMS-ST, assim distribuídos: R\$ 645,05, R\$ 645,05, R\$ 645,05, R\$ 645,05, R\$ 645,05, R\$ 645,05, R\$ 1.240,37, R\$ 533,86, R\$ 1.067,72 e R\$ 1.067,72.

Atendendo a intimação fiscal para comprovar o recolhimento do ICMS acima descrito, o contribuinte apresentou os seguintes DAE's quitados: a) relativos às operações fornecedor-autuado - ICMS normal -, os dos seguintes valores: R\$ 469,63 (fls. 38, 39 - NF-e 46068), R\$ 178,64 (fls. 43, 44 - NF-e 46317), R\$ 357,28 (fls. 48, 49 - NF-e 46495) e R\$ 357,28 (fls. 51, 52 - NF-e 46761), que somam R\$ 1.362,83; b) por substituição relativa à saída subsequente do autuado ao consumidor final - ICMS-ST: R\$ 645,05 (fls. 18, 19 - NF-e 44554), R\$ 645,05 (fls. 22, 23 - NF-e 44852), R\$ 645,05 (fls. 25, 26 - NF-e 44988), R\$ 645,05 (fls. 28, 29 - NF-e 45152), R\$ 1.290,12 (fls. 31, 32 - NF-e 22875), R\$ 1.240,37 (fls. 36, 37 - NF-e 46068), R\$ 533,86 (fls. 41, 42 - NF-e 46317) e R\$ 1.067,72 (fls. 46, 47 - NF-e 46495), que somam R\$ 6.712,27.

Ressaltando que o Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS obriga a circulação da mercadoria acompanhada de comprovante de pagamento do ICMS dela decorrente, este lançamento fiscal, cujas descrições das infrações não deixam dúvida quanto aos fatos geradores nem ao que objetivamente se referem, exige apenas a parte do ICMS acima especificado, deduzido dos valores recolhidos, na seguinte forma:

A infração 01 exige o ICMS normal destacado nos DANFE's 44465, 44554, 44763, 44852, 44988, 45152 e 22875, somando R\$ 11.939,58, relativo às operações de aquisição de combustível pelo autuado junto a fornecedor sujeito a Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do imposto no momento da saída da mercadoria, em face de o autuado ter recebido a mercadoria sem que este imposto tenha sido recolhido.

A infração 02 exige a diferença do ICMS normal (por falta de comprovação de recolhimento) incidente sobre operações de venda das distribuidoras submetidas ao Regime Especial de Fiscalização e obrigadas ao pagamento no momento da saída em face de recolhimento a menos que o destacado nos DANFE's 46068, 46317, 46495 e 46761, cujo ICMS normal neles destacado soma R\$ 12.337,24, em face de ter sido comprovado pagamento de apenas R\$ 1.362,83, restando a recolher o valor autuado de R\$ 10.974,41.

A infração 03 exige o ICMS destacado por substituição nos DANFE's 44465, 44763 e 46761, retido e não recolhido, relativo às operações de aquisição de combustível pelo autuado junto às distribuidoras submetidas a Regime Especial de Fiscalização e obrigada ao pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria desses distribuidores, totalizando R\$ 2.357,82.

Portanto, tendo em vista que o autuado tinha conhecimento prévio dos exatos valores que lhe estão sendo aqui exigidos mesmo antes de iniciado o procedimento fiscal por corresponderem ao ICMS decorrente das suas aquisições e destacados nos respectivos documentos fiscais, não sendo cumprida a obrigação principal de pagamento, sendo ele responsável solidário nos termos do Regime Especial de Fiscalização, não há falar no alegado cerceamento de defesa, pois que os demonstrativos não trazem qualquer informação que previamente o autuado não conhecia, uma vez que não inovam nem alteram o imposto que o autuado deve recolher ao Erário, nada influenciando com relação ao seu direito de ampla defesa e contraditório.

A não-cumulatividade do ICMS argüida pelo impugnante não vem ao caso, pois o Regime Especial trata da exigência fiscal do imposto normal e da substituição tributária relativo às diretas transações entre o contribuinte autuado e seu fornecedor, referentes à aquisição de Etanol Hidratado, operação por operação. Estando essa mercadoria sujeita à antecipação tributária com fase de tributação encerrada, mas cujo montante não foi recolhido totalmente ao Erário, não há crédito fiscal apropriável pelo autuado e isto não fere a não-cumulatividade do ICMS, entendimento esse já pacificado nos nossos Tribunais de Justiça (STF, RE 190317/SP, DJU 01/10/99, p. 49, STJ, ROMS 8773/GO, DJ 02/08/99, p.137).

Na impugnação, sem objetar os valores exigidos e nem apresentar contraprovas para elidir a autuação, aliás, como previsto no art. 123 do RPAF, o impugnante apenas suscitou as preliminares de nulidade já afastadas, arguiu agressão à não-cumulatividade do ICMS, o que também não ocorre no caso, como já visto, bem como argumentou a inexistência da multa de 60% proposta, por entendê-la genérica, assim como seu caráter confiscatório.

Na forma como agiu, entendo a situação enquadrada na previsão dos arts. 140 e 142 do RPAF, que dispõem “O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas” (art. 140) e “A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária” (art. 142), pelo que vejo confirmar a materialidade das infrações.

Por se tratar de imposto não recolhido por antecipação, embora tendo o mesmo percentual, re-enquadro a multa proposta para a tipificada no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, por ser a especificada para tais infrações.

Em face do impedimento previsto no art. 167, I, do RPAF, deixo de apreciar a arguição do caráter confiscatório da multa pelo descumprimento das obrigações principais constante do auto de infração.

Quanto ao direito, o caso trata de responsabilidade tributária por solidariedade de fato e de direito, prevista no art. 124, I e II, do CTN. Essa solidariedade decorre de lei (arts. 5º da Lei Complementar 87/96 e 6º, XVI, e 47, I da Lei 7.014/96) e, por ele ter interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal, o autuado, na condição de posto revendedor varejista está obrigado ao pagamento do imposto incidente sobre suas operações de aquisição de combustível com fornecedores submetidos ao Regime Especial de Fiscalização, quando elas não estiverem acompanhadas do Documento de Arrecadação (DAE) devidamente quitado.

Ao dispor sobre as regras gerais do ICMS, a Lei Complementar 87/96 expôs em seu art. 5º que “A Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo”.

Utilizando dessa prerrogativa, a Lei 7.014/96 que instituiu o ICMS baiano, estabelece no seu art. 6º que “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” e o art. 47 da lei citada, expressa a obrigatoriedade do pagamento do ICMS da operação, inclusive o devido por substituição tributária:

Art. 47. O regime especial de fiscalização e pagamento será determinado por ato o 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;

Na disciplina legal citada não há distinção de obrigatoriedade quanto ao pagamento do ICMS normal (aqui entendido o imposto incidente sobre a operação de saída da mercadoria do estabelecimento distribuidor ao autuado) e o ICMS substituído (aqui entendido o imposto antecipado *incidente* sobre as operações de revenda do autuado ao consumidor final). Assim, por todo o exposto, concluo que as infrações 01, 02 e 03 são integralmente subsistentes.

Infrações procedentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE

Peço respeitosa vênia para registrar entendimento diverso daquele do senhor relator.

De acordo com o art. 46 do RPAF/99, na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, ser-lhe-ão fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal e que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha.

É possível perceber, no texto regulamentar acima transcrito, que as únicas exceções à sua regra são os documentos já entregues no curso da ação fiscal, os que sempre estiveram na posse do estabelecimento e os dispensáveis para a compreensão da acusação, sob o prisma material e quantitativo.

Em resumo, as exceções que autorizam a não entrega são apenas três, em número fechado (“*numerus clausus*”), e a situação não comporta interpretações subjetivas da autoridade julgadora, ou extensivas, em desfavor de quem quer que seja, a exemplo de dispensabilidade de documentos que tiveram origem em notas de propriedade do contribuinte, ou documentos que tiveram origem em documentos que tiveram origem em notas de propriedade deste mesmo contribuinte.

Ao se atribuir ao julgador um poder discricionário não autorizado na legislação, pode-se chegar a conclusões teratológicas, a exemplo das acima citadas, cuja sequência poderia, em tal hipótese, seguir “*ad infinitum*”, mesmo porque o acusado tem direito de contraditar tudo que o fisco juntou aos autos, sem exceção, independentemente de sua natureza, origem ou conteúdo.

O sujeito passivo, à fl. 06, foi intimado a apresentar – no prazo de quatro dias – os comprovantes de recolhimento referentes às notas ali designadas, com os seus respectivos valores. Entendo que tal elemento (intimação) é inservível ao exercício dos direitos de defesa e do contraditório, visto que nem todas as quantias relacionadas no mesmo foram objeto de lançamento.

Desse modo, o impugnante restou prejudicado, visto que, para compreender a origem dos montantes de imposto exigidos, foi obrigado a fazer ilações, de maneira a concluir de qual ou de quais documento (s) o ICMS teve origem, mesmo porque duas notas fiscais podem ter valores idênticos.

O demonstrativo de fls. 07 a 13, que deveria ter sido entregue à sociedade empresária e não foi, contém informações como número de documento auxiliar de nota fiscal eletrônica, número chave da nota, data de emissão, identificação do emitente, base de cálculo, imposto, alíquota, produto, CFOP etc., aspectos indispensáveis (art. 46, RPAF/99) ao exercício do direito de defesa e do contraditório de quem é acusado de não recolher tributo, qualquer que seja este.

Ante o exposto, uma vez que o feito não foi convertido em diligência, voto pela NULIDADE do Auto de Infração com fundamento no art. 18, II do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298924.0012/11-9**, lavrado contra **BARBOSA TORRES COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$25.271,81**, 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, 08 de março de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE