

A. I. Nº - 206985.0004/11-8
AUTUADO - RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - MARCO ANTÔNIO DE SOUZA FORTES e JOSÉ AUGUSTO MARTINS VICENTE
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 17.05.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0128-04/12

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO OU RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS PRÓPRIO E/OU DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. É solidariamente responsável, pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, o posto revendedor varejista de combustível, adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS próprio e/ou substituído, no momento da saída da mercadoria, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação. Exigências subsistentes. Afastadas as questões preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/10/2011, exige o débito no valor histórico de R\$ 38.993,15, consoante demonstrativo e documentos de fls. 07 a 148 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou o adquirente de recolher ICMS normal no valor de R\$ 35.449,17, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível junto ao 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 correspondente. Período: janeiro a março de 2011. Multa 60%;
2. Deixou o adquirente de recolher o ICMS retido, no valor de R\$ 3.079,41, por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustível, junto ao 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 substituído. Período: janeiro a março de 2011. Multa 60%;
3. Deixou o adquirente de recolher, por responsabilidade solidária, o valor do ICMS substituído, no valor de R\$ 464,57, por responsabilidade solidária, devido, porém não retido, em operação de aquisição de combustível, junto ao remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, conforme verificado através de nota fiscal sem retenção de ICMS substituído e consequentemente desacompanhada do respectivo documento de arrecadação. Período: janeiro e fevereiro 2011. Multa 60%.

O autuado impugna o auto às fls. 155 a 168. Descreve a autuação e transcreve os arts. 6º, XVI e 47, I, II, da Lei nº 7014/96, para dizer que o Regime Especial de Fiscalização sobre a empresa fornecedora impõe ao revendedor varejista uma obrigação impossível de ser cumprida, pois consistente em fiscalizar o recolhimento do imposto pelo distribuidor, de forma fracionada, em relação a cada um dos milhares de litros de combustível adquirido.

Alega que o comércio de combustíveis é realizado por intermédio de caminhões chamados “bi-trens”, alguns com capacidade de armazenagem superior a 40.000 litros e como se vende a diversos revendedores, segundo ele, é impossível o adquirente aferir se houve recolhimento integral do imposto na origem.

Diz que o regime especial obstaculiza o desenvolvimento das atividades empresariais dos que envolve, em especial, do revendedor varejista, incutido dos deveres de fiscalização próprios e afetos às autoridades administrativas, sem dispor dos poderes de que foram investidas essas autoridades.

Argumenta que se a própria autoridade administrativa, revestida do regime jurídico de direito público que a coloca em posição de supremacia em relação ao particular já encontra dificuldade para exercer seu *mínus*, é de se reconhecer ao adquirente dificuldade ainda maior.

Demais disso, argui que a circunstância de ser o regime especial impositivo, torna-o infundado por introduzir tratamento desigual entre contribuintes que realizam a mesma atividade econômica, favorecendo uns em detrimento de outros. Portanto, o entende contrário aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, razão pela qual foi contestado judicialmente, obtendo-se decisão liminar que dispensa os fornecedores do combustível adquirido pelo autuado e objeto da autuação do regime especial, conforme diz fazer prova a documentação que anexa.

Fala que a empresa Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda, foi excluída por decisão liminar obtida no Mandado de Segurança 0015805-92.2011.805.0001, sendo que tal informação já consta do cadastro dessa pessoa jurídica junto à SEFAZ.

De igual modo, a empresa Petrovalle – Petróleo do Valle Ltda, também se encontra fora do referido regime por força de liminar exarada na Ação Mandamental 0008425-18.2011.805.0001.

Entende que se a inclusão no Regime Especial de Fiscalização é pressuposto para atribuição de responsabilidade solidária ao defendente, a saída de seus fornecedores do regime torna carente de fundamento o auto de infração, razão pela qual este seria improcedente, pois, segundo ele, enquanto vigentes as liminares, legitima-se o recolhimento do tributo de forma mensal pelos distribuidores. Aduz que as decisões judiciais conferem validade às operações de circulação de combustíveis objetos da autuação, tendo em vista que em todas houve o destaque do ICMS-ST nos termos do Parecer 016222/2011 da SEFAZ.

Alega que descabe à Administração Pública exercer juízo de valor quanto ao acerto ou desacerto das decisões judiciais, sendo dever cumpri-las. Por consectário, aborda que o CONSEF se encontra vinculado ao decidido nas ações judiciais, sendo a decisão pela improcedência da autuação a única que confere efetividade ao provimento jurisdicional. Aduz que, caso assim não proceda, existem outros motivos para tanto, como:

Cobrança em duplicidade do ICMS.

Relata que o distribuidor de combustível se sujeita a recolher ICMS em três distintos momentos: a) ICMS por antecipação na operação de combustível junto à Usina; b) ICMS-ST por revenda do varejista ao consumidor final, e c) ICMS normal por venda do distribuidor ao revendedor.

Diz que o imposto, em seu maior montante, é cobrado antecipadamente com alíquota de 17%, acrescida de 2%, relativo ao fundo de pobreza, quando da aquisição do combustível junto à Usina, cujo valor é por ela (Usina) retido na qualidade de responsável tributário, mediante aplicação da pauta fiscal.

O ICMS normal, de obrigação do distribuidor, é apurado mensalmente por conta corrente fiscal, exceto no caso de Regime Especial de Fiscalização quando se paga operação por operação.

Chama atenção sobre o fato de ser autuado com base de cálculo correspondente ao valor integral da operação, desprezando-se o imposto recolhido por antecipação, razão pela qual vê existência de exigência tributária em duplicidade (*bis in idem*), tendo grande parte dos valores apurados no auto de infração já ingressado nos cofres públicos por força da antecipação tributária parcial quando da aquisição do álcool das usinas dentro ou fora do Estado, sendo, por isso, necessário o refazimento dos cálculos do imposto devido, excluindo-se o ICMS já recolhido a título de antecipação.

Sobre a infração 03, diz que, consoante as notas fiscais anexas, o valor ora exigido pelo fisco está devidamente destacado e recolhido pelo substituto tributário, sendo indevida essa exigência fiscal, que deve ser declarada improcedente.

Da multa agravada.

Alega que a multa de 60% se afigura indevida por violar os princípios da proporcionabilidade e razoabilidade. Nesse sentido, cita doutrina e transcreve ementas de decisões judiciais.

Argumenta que o fisco lhe impôs multa correspondente a atuação dolosa, em hipótese que figura como responsável solidário. Aduz que, se houve infração à legislação tributária, esta foi cometida pelo contribuinte de direito – distribuidor de combustível, e, por não ter controle sobre os atos praticados por terceiros, não pode ser responsabilizado como se tivesse agido com intuito de causar prejuízo ao erário. Entende que sua conduta representa apenas infração a um dever instrumental cujo cumprimento entende quase impossível.

Expõe que em situações semelhantes, reconhecendo a inexistência de dolo, o CONSEF excluiu ou reduziu multa proposta, conforme decisões que cita, pelo que, não sendo acolhida a preliminar de nulidade, requer a redução da penalidade com base no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96.

Conclui requerendo: a) recebimento da impugnação, gerando, por consequência, os requisitos do art. 151 do CTN; b) reconhecimento da nulidade da autuação; c) alternativamente, caso não acolhido o pedido anterior, a exclusão da infração 03 e da penalidade imposta ou a sua redução.

Às fls. 299 a 309 os autuantes prestam informação fiscal. Assim contestam os argumentos defensivos:

Do regime especial de fiscalização e sua publicidade.

Dizem que o autuado não cumpriu a legislação tributária e confessa o cometimento das infrações. Transcrevem os arts. 6º, XVI e 47, I, II da Lei nº 7014/96. Informam que o Regime Especial de Fiscalização e Recolhimento do ICMS dos fornecedores remetentes do autuado foi publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia através do Comunicado SAT nº 001/2011, produzindo efeitos entre 19/01 a 30/06/2011, bem como no site da SEFAZ. Registram que ainda que as operações fossem amparadas por Medida Liminar em Mandado de Segurança, isto não impediria a exigência fiscal mediante lançamento tributário de ofício, tendo em vista que a medida judicial suspende apenas a exigibilidade do crédito e não sua constituição para prevenir a decadência do direito de lançar, conforme se vê nas decisões administrativas e judiciais além de doutrina que transcreve.

Da cobrança do ICMS em duplicidade.

Afirmam que a exigência fiscal tem amparo no art. 6º, XVI c/c o §3º da Lei 7.014/96, que atribui ao posto revendedor varejista responsabilidade solidária em relação ao combustível adquirido de remetente submetido a regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do comprovante de arrecadação.

Ressalvam que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS normal e por ST é da distribuidora (art. 512-A, I, “b”, do RICMS-BA) e que o autuado confunde a antecipação total, que encerra a fase de tributação com a antecipação parcial, a que estão submetidas as operações com etanol provenientes de outras unidades da Federação (Protocolo ICMS 17/04 e o art. 352-A, § 1º, III, do RICMS-BA).

Aduzem que a antecipação parcial do ICMS nas operações interestaduais é de responsabilidade do estabelecimento remetente, e se dá na saída da mercadoria, em relação aos estados signatários do protocolo. Nas operações com contribuintes situados em estados não signatários ou em caso de não recolhimento do imposto, a antecipação parcial se verifica na entrada do etanol na Bahia, mas, em ambas as situações, não há o encerramento da tributação decorrente das subseqüentes operações de circulação, visto que o ICMS antecipado se refere à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual. Assim, efetuado o pagamento do imposto por antecipação parcial, essa parcela se torna crédito fiscal do adquirente e a operação subseqüente de saída enseja a obrigação de pagar tributo. Nesse caso, há nova incidência de ICMS normal e por ST até o consumidor final.

Neste caso, como o fornecedor do autuado estava sob regime especial de fiscalização devendo pagar o ICMS normal e por ST em cada operação e no momento da saída da mercadoria, devendo o DAE do recolhimento acompanhar a operação de saída (Lei 7.014/96, art. 6º, XVI), não sendo cumprida essa obrigação, o imposto é devido pelo autuado em face da responsabilidade solidária prevista no dispositivo legal citado. Portanto, alegam sem amparo legal as alegações defensivas.

Da infração 03

Observam que no demonstrativo da infração (fls. 7 a 17, com cópia entregue ao contribuinte) exige ICMS por NF-e do autuado em face de sua responsabilidade solidária. Exemplifica o cálculo do imposto exigido com relação às NF's-e 22.262 e 22.263 para provar que apenas exige a diferença entre o valor correto devido e o retido e recolhido pelo distribuidor, uma vez que abateu do devido o valor recolhido.

Da multa agravada

Dizem que estão em conformidade com a Lei do ICMS e, por isso, discordam do argumento defensivo.

Transcrevem ementa do Acórdão JF N° 0320-01/11 que trata de caso semelhante e concluem mantendo a autuação.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS por três infrações, conforme acima relatado.

Sem objetar os dados e valores do imposto exigido, o autuado impugnou o auto de infração suscitando: a) improcedência por falta de fundamento jurídico tendo em vista as liminares obtidas em Mandados de Segurança excluindo os fornecedores remetentes do Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do imposto; b) cobrança em duplicidade do ICMS; c) exclusão da infração 03 por entender que o remetente recolheu todo o imposto devido como substituto tributário; d) exclusão ou redução da multa de 60%, por ser confiscatória, ferir os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da inexistência de dolo.

Analisemos, então, tais argumentos.

A despeito de não constarem dos autos documentos probatórios das Medidas Liminares Judiciais que o impugnante diz ter a eles anexados, considerando que as operações objeto da autuação ocorreram no período de plena produção de efeitos do Regime Especial de Fiscalização e Pagamento a que estavam submetidos os fornecedores remetentes do autuado (19/01 a 30/06/2011), não há falar em carência de fundamento jurídico para este auto de infração por incidência de efeitos de possíveis decisões liminares obtidas em Mandados de Segurança. Ademais, mesmo que houvera as Medidas Liminares citadas, ainda com improváveis efeitos retroativos ao período fiscalizado, tais medidas apenas suspenderiam a exigibilidade do crédito tributário em via judicial (CTN: art. 151, IV), mas não impediria a Fazenda Pública de proceder à regular constituição do mesmo para prevenir a decadência do direito de lançar seu crédito tributário. Portanto, sem direta repercussão neste caso.

Como se vê nas planilhas de cálculo do ICMS apurado (fls. 07 a 17), em face da solidariedade tributária imposta pelo art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96, neste auto de infração exige-se apenas o ICMS normal e por substituição tributária decorrente apenas das operações de aquisição de mercadoria por parte do contribuinte autuado às empresas distribuidoras de combustível enquadradas em Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS, não havendo, portanto, a duplicidade tributária suscitada.

Também nas planilhas de cálculo do valor exigido se vê a dedução de todo o imposto decorrente das operações, em especial, do devido por substituição tributária e que foram pagos antes da lavratura do presente auto de infração não havendo o *bis in idem* propalado pelo impugnante e configurado que nem todo o imposto devido, inclusive o relativo à substituição tributária, foi

recolhido, não houve o integral cumprimento da solidariedade imposta pelo art. 6º, XVI, da Lei 7.014/96, como alga o impugnante. Portanto, não tem pertinência o argumento de ser indevida a exigência fiscal relativa à infração 03 nem necessidade de refazimento dos cálculos como pleiteia o impugnante, pois o que nela se cobra é apenas a diferença que resta devida em função do ICMS retido e recolhido menor que o devido. Assim, com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF, oportunamente indefiro este indireto pedido de diligência, pois os elementos contidos nos autos são suficientes para formar minha convicção sobre essa lide.

As descrições das infrações não deixam dúvida quanto aos fatos geradores nem ao que objetivamente se referem. São corretas e claras.

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, se vê nos demonstrativos citados, tratar-se, este caso, de exigência fiscal por responsabilidade solidária: a infração 01 exige a diferença do ICMS normal incidente sobre operações de venda das distribuidoras submetidas ao Regime Especial de Fiscalização e obrigadas ao pagamento no momento da saída; a infração 02 exige o ICMS retido pelas distribuidoras submetidas ao Regime Especial de Fiscalização e obrigada ao pagamento desse ICMS no momento da saída da mercadoria para o autuado, mas não recolhido, tendo em vista o recebimento da mercadoria por nota fiscal não acompanhada do DAE relativo ao pagamento do ICMS substituído; a infração 03 exige o ICMS devido por substituição, porém não retido, relativo a 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, desacompanhadas dos respectivos documentos de arrecadação.

Quanto a eventuais recolhimentos efetuados a título de antecipação tributária, o regime especial de fiscalização e pagamento não alcança essas anteriores operações, posto que o regime se constitui na obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria pela empresa sujeita a essa condição. Portanto, não abrange as operações de compra ou quaisquer pagamentos efetuados que não se refiram às operações de saídas para postos revendedores. Os documentos fiscais relativos às operações entre usina e distribuidor não vinculam as notas fiscais de aquisição da mercadoria pelo autuado. No caso, as operações se tornam independentes por força do regime especial, devendo efetuar-se o pagamento do imposto relativo ao posto revendedor por cada operação, nota a nota.

Entendo descabido o argumento defensivo de que o Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS ao explicitar sua responsabilidade solidária de fato e de direito (que não comporta benefício de ordem) prevista no art. 124 do CTN lhe impõe uma obrigação impossível de ser cumprida, pois tal regime apenas lhe alerta que para eximir-se da sua responsabilidade deve realizar a compra mediante comprovação do pagamento de todo ICMS (normal e por substituição) devido sobre a operação que realizar e cujos valores devem constar corretamente destacados em cada documento fiscal correspondente, uma vez que é indispensável para tanto, que o DAE devidamente quitado, juntamente com o respectivo documento fiscal, acompanhe a circulação da mercadoria que adquirir. Portanto, isto, simples assim, não consiste na atribuição legal de fiscalizar seu distribuidor quanto ao cumprimento de suas obrigações tributárias, como alega.

Em face do impedimento previsto no art. 167, I, do RPAF, deixo de apreciar a arguição de inconstitucionalidade da multa pelo descumprimento das obrigações principais constante do auto de infração, sob a alegação de exagero e natureza de confisco.

Por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal cuja competência para dispensa ou redução é da Câmara Superior do CONSEF (RPAF: art. 159), a apreciação do pedido de exclusão ou redução da multa fica prejudicado nesta Instância de Julgamento.

Considerando que: a) o procedimento fiscal atendeu às 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; b) os demonstrativos e documentos que suportam a autuação constam dos autos, inclusive o demonstrativo de apuração do valor exigido (fls. 07 a 17); c) 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, delas se defendendo sem qualquer dificuldade imposta pela parte contrária, afastando as questões preliminares de nulidade suscitadas por não encontrar no PAF vício que se enquadre nas hipóteses do art. 18 do RPAF.

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 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;

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).

Tratando-se de questão de fato, vejo que no curso do procedimento fiscal, o autuado foi intimado (fls. 18 e 19) para apresentar comprovação de recolhimento do ICMS normal e por substituição tributária destacado nos DANFE's relacionados na intimação.

Atendendo a intimação fiscal para comprovar o recolhimento do ICMS acima descrito, o contribuinte apresentou os documentos de fls. 21 a 148, cujos recolhimentos comprovados e pertinentes às NF's e relacionadas a esse auto de infração, foram deduzidos na apuração do valor aqui exigido.

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 relacionados no demonstrativo de fls. 5 a 16, somando R\$ 35.449,17, 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 o ICMS destacado por substituição nos DANFE's relacionados no demonstrativo da infração, 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, sem que os documentos fiscais estivessem acompanhados dos DAE's devidamente quitados, totalizando R\$ 3.079,41.

A infração 03 exige o ICMS-ST, devido, porém não retido, incidente sobre operações de aquisição de combustível junto às distribuidoras submetidas ao Regime Especial de Fiscalização e obrigadas ao pagamento no momento da saída da mercadoria, somando R\$ 464,57.

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 alegou as questões já acima rebatidas (i. improcedência por falta de fundamento jurídico tendo em vista as liminares obtidas em Mandados de Segurança excluindo os fornecedores remetentes do Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do imposto; ii. cobrança em duplicidade do ICMS; iii. exclusão da infração 03 por entender que o remetente recolheu todo o imposto devido como substituto tributário; iv. exclusão ou redução da multa de 60%, por ser confiscatória, ferir os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da inexistência de dolo).

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 da constante do auto de infração, re-enquadro a multa proposta para a tipificada no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, por ser a específica para as infrações constatadas.

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206985.0004/11-8**, lavrado contra **RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 38.993,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR