

A. I. Nº - 206985.0003/12-0
AUTUADO - ACF COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTES - MARCO ANTÔNIO DE SOUZA FORTES e JOSÉ AUGUSTO MARTINS VICENTE
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET 17.10.2012

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0260-04/12

EMENTA: ICMS. 1. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. COMBUSTÍVEIS ADQUIRIDOS DE FORNECEDORES SUJEITOS A REGIMES ESPECIAIS SEM OS RESPECTIVOS COMPROVANTES DE RECOLHIMENTO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Ficaram comprovadas as aquisições de combustíveis de fornecedores sujeitos a regimes especiais de fiscalização e pagamento sem o acompanhamento dos documentos de arrecadação correspondentes. Assim ocorrendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu ilegalmente, sem prova de que a obrigação tributária foi adimplida, nos termos do art. 6º, XVI da Lei 7.014/96. Infração 1 parcialmente elidida, após a retirada dos levantamentos fiscais das operações albergadas por medida liminar. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS ADQUIRIDOS DE FORNECEDORES SUJEITOS A REGIMES ESPECIAIS SEM OS RESPECTIVOS COMPROVANTES DE RECOLHIMENTO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. O autuado adquiriu combustíveis de fornecedores sujeitos a regimes especiais de fiscalização e pagamento sem o acompanhamento os documentos de arrecadação correspondentes, sendo, portanto, devida a exação sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de produtos enquadrados no regime de substituição. Infrações 2 e 3 caracterizadas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Diligência indeferida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 20/01/2012 e exige ICMS no valor histórico de R\$ 15.776,07, sob a acusação do cometimento das irregularidades abaixo transcritas, nos exatos termos consignados às fls. 1 e 2.

Infração 1 – 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 de pagamento do ICMS no momento da saída, em vista do recebimento da mercadoria através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação. Valor exigido de R\$ 14.513,69 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Infração 2 – 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. Valor exigido de R\$ 1.083,70 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Infração 3 - Deixou o adquirente de recolher por responsabilidade solidária o valor do ICMS Substituído, devido, porém não retido, em operação de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria. Verificado através de Nota Fiscal sem retenção de ICMS substituído e consequentemente desacompanhada do respectivo documento de arrecadação. Valor exigido de R\$ 178,68 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressa com impugnação às fls. 43 a 47, onde assevera que não se pode falar em responsabilidade solidária, uma vez que seu fornecedor não estava sujeito a Regime Especial, por força do mandado de segurança número 0008245-18.2011.805.0001 (fls. 52 a 54). À época das compras, segundo aduz, esta Secretaria informou que o mencionado Regime encontrava-se “*suspensão por liminar*”.

Em seguida, com fundamento no princípio da não cumulatividade, suscita direito a crédito concernente às operações anteriores, na hipótese de a responsabilidade ser mantida. Por não ter agido de má fé, pede o afastamento da multa e dos juros e conclui pleiteando a improcedência do lançamento de ofício.

Por intermédio de advogado regularmente constituído (fl. 77), manifesta-se às fls. 58 a 70.

Em preliminar de nulidade, transcreve as imputações, juntamente com o art. 47 da Lei nº 7.014/1996, asseverando que o regime especial nele previsto deve ser amplamente divulgado pela Secretaria da Fazenda, fato que não teria ocorrido na presente situação, o que fere os princípios encartados no caput do art. 37 da CF/1988, em especial o da publicidade, conforme doutrina que cita.

Entende que o lançamento de ofício padece do vício de não obedecer ao princípio da não cumulatividade, já que toda entrada, independentemente de sua destinação, havendo destaque do tributo em comento, enseja direito a crédito, nos termos dos ensinamentos doutrinários que traz à baila.

Segundo argumenta, a forma como se exige o imposto da operação própria devido pelas distribuidoras remetentes está gravada de constitucionalidade, em virtude de agressão ao mencionado princípio.

A multa cominada, a seu ver, é genérica e inexistente (art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996), do que pleiteia sua nulidade. A lei penal deve ser precisa, “uma vez que o fato só será considerado criminoso se houver perfeita correspondência entre a lei e a norma que o descreve”. A generalidade da descrição típica elimina a sua própria razão de existir, criando insegurança no meio social e violando o princípio da reserva legal.

Aduz que as multas são confiscatórias e pede a nulidade da autuação.

Na informação fiscal, de fls. 83 a 90, os autuantes assinalam que as pretensões defensivas não devem ser acatadas, visto que o regime especial de que trata a presente exigência foi formalizado no Comunicado SAT 001/2011, publicado no Diário Oficial do Estado de 19/01/2011, com efeitos entre 19/01/2011 e 30/06/2011. Tal ato administrativo tornou público o regime jurídico tributário ao qual estavam submetidos os contribuintes ali designados.

Quanto à não cumulatividade, pontuam que a exigência está lastreada no art. 6º, XVI da Lei 7.014/1996, que dispõe sobre a responsabilidade solidária entre postos revendedores de combustíveis e remetentes sujeitos a regimes especiais de fiscalização e pagamento, no que diz respeito ao imposto e demais acréscimos legais devidos por estes últimos nas aquisições desacompanhadas dos respectivos documentos de arrecadação.

Prosseguem afirmando que o defendantе confunde antecipação tributária com parcial e que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS normal ou por substituição é da distribuidora, consoante norma do art. 512-A, I, “b”, RICMS/1997. No caso em exame, como o estabelecimento que distribui, o que vendeu ao impugnante, encontrava-se em regime especial, o pagamento foi antecipado para o momento da saída, ou das saídas, sujeitando-se o posto de combustíveis à solidariedade estabelecida no art. 6º, XVI da Lei 7.014/1996.

Conforme alegam à fl. 87, de acordo com o que pode ser observado nos levantamentos de fls. 07 a 09, foi cobrada a diferença entre o imposto por substituição tributária correto e aquele retido e efetivamente recolhido.

Em relação à multa, dizem que está prevista em lei e que a argumentação do contribuinte não procede.

Finalizam colacionando decisão deste Conselho de Fazenda e mantendo na íntegra a cobrança.

VOTO

Não possuem amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento administrativo em enfoque, pois os auditores fiscais expuseram com clareza o embasamento de fato e de direito, descreveram os ilícitos tributários, indicando os documentos e demonstrativos, bem como seus dados, cálculos e fundamentos legais.

Igualmente, não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os da não cumulatividade, da vedação à cobrança em duplidade (“*ne bis in idem*”) e os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

A Lei nº 7.014/96, no seu art. 6º, XVI, cuja constitucionalidade não pode ser apreciada neste Conselho (art. 167, I, RPAF/1999), dispõe sobre a responsabilidade solidária entre postos revendedores de combustíveis e remetentes sujeitos a regimes especiais de fiscalização e pagamento, quanto ao imposto e demais acréscimos legais devidos por estes últimos nas aquisições desacompanhadas dos respectivos documentos de arrecadação. O referido inciso XVI foi acrescentado ao caput do art. 6º pela Lei nº 12.040, de 28/12/2010, publicada no Diário Oficial do Estado no dia 29/12/2010, com efeitos a partir de 29/12/2010.

A solidariedade tributária ocorre quando duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, estiverem no mesmo polo da obrigação perante o fisco. O vínculo abrange, além do débito referente à obrigação principal, também os deveres relativos às acessórias.

A multa proposta (60%) encontra amparo no art. 42, II, “e” e “f” da Lei nº 7.014/96 e, no que pertine ao alegado efeito confiscatório, não está incluída na competência deste órgão a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I do RPAF/1999. Igualmente, esta instância não tem competência para apreciar pedido de cancelamento e / ou redução das penalidades, por decorrerem de descumprimento de obrigações principais, e não há previsão normativa para julgar requerimento de modificação ou afastamento dos acréscimos legais (chamados de juros pelo defendantе).

Com relação ao alegado direito a crédito, caso o sujeito passivo – no bojo da relação jurídica de direito privado que mantém com os seus fornecedores – tenha pago aos mesmos valores nos quais estão inclusos o tributo ora exigido, tal fato não reveste de improcedência a exigência em análise. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes (art. 123, CTN).

Quanto aos levantamentos do débito, observo que o contribuinte foi intimado, através do

documento de fls. 10/11, a comprovar pagamentos referentes a operações especificamente designadas. Às fls. 04 e 05 e 07 a 09 foram colacionados os quadros denominados “DEMONSTRATIVO DE DÉBITO” e “DEMONSTRATIVO DOS VALORES A PAGAR POR NF-e PELO POSTO REVENDEDOR POR RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – LEI 7.014/96, INC XVI DO ART. 6º”. Assinale-se que nas mencionadas folhas há um campo de nome “Descrição dos Produtos”, do qual, a título ilustrativo, vejo que constam etanol hidratado e álcool etanol hidratado comum 1170.

Fica, portanto, rejeitada a preliminar de nulidade.

O impugnante referiu-se ao mandado de segurança número 0008245-18.2011.805.0001 (fls. 52 a 54), cujo trânsito em julgado não comprovou.

A ação constitucional foi impetrada por apenas um dos fornecedores objeto da autuação, a Petróleo do Valle. Por outro lado, consoante já decidiu o STJ, ainda que as aquisições tenham sido realizadas com amparo em liminar, o Estado está impedido apenas de exigir o crédito tributário, não de constituí-lo. Aliás, os prepostos da Administração Fazendária, tendo em vista a sua atividade vinculada, têm obrigação de lançar, principalmente para evitar os efeitos da decadência.

“A suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial impede o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à regular constituição do crédito tributário para prevenir a decadência do direito de lançar (STJ, 1ª S, REsp 572603/PR, Rel. Min. Castro Meira, j. em 08/06/2005, DJ de 05/09/2005, p. 109)”.

Entretanto, por consectário lógico e de segurança jurídica, concluo que na hipótese de revogação da liminar, os negócios ocorridos durante sua vigência continuarão a ser regulados por suas determinações, tendo em vista a impossibilidade material de dar eficácia “ex tunc” a uma eventual decisão, posterior, que lhe fulmine os efeitos, pois esta teria aplicabilidade meramente futura, não retroativa.

Por isso, cumpre retirar dos demonstrativos as notas fiscais – emitidas pela pessoa jurídica imetrante - relativas a fatos ocorridos após a data em que a autoridade coatora tomou ciência da tutela de urgência, no caso, dia 03/02/2011 (fl. 54). Tais documentos são os de números 45.618, de 24/02/2011, e 46.125, de 18/03/2011 (levantamentos de fls. 08/09).

Não há necessidade de diligência ou perícia, pois são suficientes para a formação da convicção dos julgadores os elementos já contidos nos autos.

No mérito, esta SEFAZ, através da autoridade competente, qual seja, o superintendente de administração tributária, publica no Diário Oficial do Estado os nomes dos estabelecimentos sujeitos a regimes especiais de fiscalização e pagamento, em estrita observância ao princípio da publicidade e às normas do art. 47 da Lei nº 7.014/1996, e mantém esta informação acessível na página da Internet do sítio da Secretaria, cujo “caminho” é: Inspetoria Eletrônica, Processos, Regime Especial, Comunicado. Além disso, ao contribuinte é fornecida a opção de buscar esclarecimentos nas inspetorias ou por telefone, através dos serviços de plantão fiscal.

O regime especial de que trata este Auto de Infração foi formalizado no Comunicado SAT 001/2011, publicado no Diário Oficial do Estado de 19/01/2011, com efeitos entre 19/01/2011 e 30/06/2011. A razão assiste aos autuantes, pois esse ato administrativo, de fato, tornou público o regime jurídico tributário ao qual restaram submetidos os contribuintes ali designados.

Ao compulsar os autos, em especial os demonstrativos de fls. 07 a 09, verifico que foi cobrada tão somente a diferença entre o imposto por substituição tributária correto e aquele retido e efetivamente recolhido na origem.

De acordo com os mencionados levantamentos, a primeira infração trata do ICMS normal, devido por solidariedade, e as duas últimas do tributo de responsabilidade também solidária do posto revendedor, sujeito ao regime de substituição.

Não é pertinente, portanto, cogitar duplicidade de cobrança ou agressão ao princípio da não cumulatividade.

Ficaram comprovadas as aquisições de combustíveis de remetentes sujeitos a regimes especiais de fiscalização e pagamento sem o acompanhamento dos documentos de arrecadação correspondentes. Assim ocorrendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu ilegalmente, sem prova de que a obrigação tributária foi adimplida, nos termos do art. 6º, XVI da Lei nº 7.014/96.

De acordo com as considerações acima expendidas, relativas ao mandado de segurança, excluo da planilha de fl. 01 os créditos tributários com as datas de ocorrência de 24/02/2011 (R\$ 1.539,38) e 18/03/2011 (R\$ 1.675,61), posto que concernentes às Notas Fiscais nº^{os} 45.618 e 46.125, emitidas por distribuidor de combustíveis que se achava sob o abrigo de medida judicial liminar.

Infração 1 parcialmente elidida, de R\$ 14.513,69 para R\$ 11.298,70.

O autuado adquiriu combustíveis de fornecedores sujeitos a regimes especiais de fiscalização e pagamento sem o acompanhamento dos documentos de arrecadação correspondentes, sendo, portanto, devida a exação sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de produtos enquadrados no regime de substituição tributária.

Infrações 2 e 3 caracterizadas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206985.0003/12-0**, lavrado contra **ACF COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 12.561,08**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de outubro de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA