

A. I. Nº - 022078.0002/11-0
AUTUADO - POSTO DE COMBUSTÍVEIS TÂNIA LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO LUIZ DO CARMO
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET 25.09.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0265-05/12

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. Itens subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/09/2011, exige o débito no valor histórico de R\$ 17.008,33, consoante documentos às fls. 6 a 50 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou, o adquirente, de recolher o ICMS normal, no valor de R\$ 14.269,15, 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, nos meses de janeiro a abril de 2011, relativo às notas fiscais nº: 22400, 22595 e 23151, da Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda., e nº 12495 da Petromotor D. de Petróleo Ltda;
2. Procedeu a retenção a menor do ICMS e o conseqüente recolhimento, no valor de R\$ 405,07, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes para contribuintes localizados neste Estado, relativos à substituição tributária solidária das notas fiscais de aquisição nº 22400, 22595 e 23151 da Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda..
3. Deixou, o adquirente, de recolher ICMS retido, no valor de R\$ 2.334,11, 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, nos meses de março e abril de 2011, relativo às notas fiscais nº: 12495, 22595 da Petromotor D. de Petróleo Ltda, e de nº 23151, da Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda.

O autuado, em sua impugnação, às fls. 56 a 68 dos autos, aduz que o autuante impôs o ao Auto de Infração imputando a responsabilidade com a aplicação do instituto jurídico da solidariedade, quando sequer existiria multa formal por descumprimento de obrigação acessória, já que o imposto foi recolhido pela fonte que forneceu o combustível, tanto que foram encaminhados os comprovantes de pagamento, conforme documentos às fls. 69 a 80 dos autos.

Alega, ainda, que a norma modificativa da Lei nº 7.014/96, que institui a possibilidade da 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, do que afirma que não ocorreu a necessária publicidade, prevista no art. 37 da Constituição Federal,

somente se tendo notícia através do site da SEFAZ, o que restringiu o direito do contribuinte a ampla defesa e do contraditório.

Em seguida, alega que o Auto de Infração traz o imposto cheio de 60% 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. Assim, concluiu que, mesmo que o imposto fosse devido, ter-se-ia que deduzir os valores pagos ao Estado, mesmo que parcial, feitos pela distribuidora que estaria sob regime especial de fiscalização, sob pena de “bitributação”.

Aduz ser 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, e como existe fiscalização em postos fiscais quando do trânsito da mercadoria, se conclui que não tinha qualquer irregularidade, senão o veículo transportador ficaria retido.

Destaca que a SEFAZ não informa se existiria algum processo entre a distribuidora e o Estado para o pagamento de ICMS a menor, pois, existindo liminar ou tutela antecipada (art. 151, IV, do CTN), os efeitos de uma ou de outra permaneceriam até que fosse revogada, entretanto teriam valor as operações realizadas durante a vigência da liminar ou tutela antecipada. Aduz que tal fato, também, prejudica o seu direito de defesa.

Assim, entende que o pagamento do imposto e multa seria de responsabilidade da distribuidora, pois esta é que deve responder pelo tributo a ser arrecadado e não recolhido, bem como deve ser considerado o pagamento do imposto antecipado, pois o Estado tem instrumentos jurídicos para alcançar quem realmente deixou de cumprir a obrigação tributária, não podendo agir de forma a fazer verdadeiro confisco contra o autuado, que pagou pelo produto à distribuidora, havendo somente mera presunção de responsabilidade para cobrar do posto revendedor o que é devido pela distribuidora. Logo, não se pode impor a 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.

Salienta que a substituição tributária deve ser situada pelo legislador dentro de uma realidade do sistema jurídico, permeada pelos princípios da segurança, certeza e do direito de propriedade, por isso mesmo é imprescindível o atendimento do princípio da publicidade, uma vez que o patrimônio das pessoas só pode ser agredido ou desfalcado por fatos realizados e que contenham ínsita a capacidade contributiva, já que o pagamento houve depois do fornecimento e o preço pago foi justo, sem vantagem, não podendo o Estado se locupletar com a cobrança de imposto já cumprido pelo revendedor quando pagou a nota fiscal de aquisição junto à distribuidora, em decorrência da substituição tributária, visto que o adquirente agiu de boa-fé e não contribuiu para que a suposta infração pudesse acontecer.

Por fim, aduz que a Constituição Federal exige que se observe à antecedência mínima de noventa dias entre a data de publicação da lei que institui um imposto ou aumenta uma alíquota, e a data em que a promulgada lei passaria a vigorar, conforme o princípio da anterioridade nonagésima.

Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente e, caso não seja assim considerado, que se descaracterize a penalidade aplicada para a multa acessória, como ainda, no caso de manutenção do lançamento, se considere que já se pagou parte do imposto, para não ocorrer “bitributação”.

Em sua informação fiscal, às fls. 95 a 97 dos autos, o autuante aduz que o autuado apresenta defesa com uma série de alegações se não descabidas, eivadas de inveracidades, tentando, apenas, confundir a ação fiscal que fora sujeito pelo descumprimento do quanto prevê os artigos 6º, XVI, e 47, incisos I e II, da Lei nº 7.014/96, relativos à responsabilidade por solidariedade na aquisição de álcool etanol hidratado, pela falta de comprovação que o remetente do combustível, contribuinte de direito, sujeito ao regime especial de fiscalização, não havia realizado o pagamento do ICMS normal e da substituição tributária.

Salienta que, na lavratura do Auto de Infração, foram considerados todos os documentos fiscais e de arrecadação do ICMS apresentados pelo contribuinte, conforme demonstrativos analíticos de débito às fls. 7 a 10 dos autos, cuja cópia foi fornecida ao autuado.

Diz que verificou no sistema da SEFAZ que o autuado apresentou alguns documentos adulterados, calçados, conforme a seguir:

- a) Consta à fl. 47 o DAE nº 1101061127 consignando NF 12495. Já no sistema da SEFAZ, à fl. 49, o mesmo DAE consta a NF 12428 (nota fiscal diferente). O mesmo DAE apresenta também cópia de recolhimento calçado (adulterado) – outro código de barra – se comparar a folha 48 com a folha 49 dos autos;
- b) Se comparar o DAE (fl. 43) consignando a nota fiscal nº 23151 (fl. 42), apresentado pelo contribuinte, com o documento à fl. 44, anexado pelo autuante, verifica-se que o dígito verificador é diferente, portanto não procede também o DAE;
- c) Se compararmos o recolhimento de fl. 28 da NF 22595 (fl. 27), apresentado pelo autuado, com o documento de fl. 29, verifica-se que o código de barra (dígito verificador) está errado e foi adulterado.

Afirma que o autuado demonstra que conhece a responsabilidade solidária pelo que foi sujeito, falta de comprovação de documento de arrecadação do imposto, mesmo assim requer a anulação do Auto de Infração. Defende que o autuado não apresenta elementos de comprovação do documento de arrecadação relativo ao imposto. Diz que, em relação à alegada falta de conhecimento, o art. 40, §§ 1º e 2º, da citada lei, consigna que constitui infração relativa ao ICMS à inobservância de qualquer disposição contida na legislação e que respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todos que tenham concorrido, de qualquer forma, para sua prática ou dela se beneficiada, ainda mais que a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. Ressalta que não há cumulatividade se não houve comprovação do recolhimento do imposto em duplicidade. Registra que na defesa não encontra qualquer elemento que contraria o Auto de Infração, do que ressalta a existência de decisões do CONSEF. Assim, requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o valor de R\$ 17.008,33, relativo a três infrações, tendo o contribuinte apresentado impugnação, conforme acima relatado.

Inicialmente, deve-se registrar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, visto que inexistiu qualquer ofensa aos princípios constitucionais ou erro de direito, sendo a multa aplicada conforme os ditames legais. Ressalte-se, também, que a finalidade de medida liminar é apenas de *acautelar direito ameaçado por risco de dano* do remetente, não tendo o condão de impedir a lavratura de auto de infração a contribuintes com quem faça negócios. Ainda porque, juridicamente, possui natureza antecipatória, logo, não constitui prejulgamento da causa, não afirma ou retira direito algum, nem produz efeitos jurídicos definitivos.

Por sua vez, as infrações estão cristalinamente consignadas nas três acusações fiscais e previstas no art. 6º, XVI, c/c o art. 47 da Lei nº 7.014/96, tendo o adquirente de combustível à responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto, total ou parcial, devido pelo remetente, o qual estava sujeito ao Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do imposto próprio e/ou substituído no momento da saída da mercadoria.

Logo, configuradas as infrações, teve o autuado a oportunidade de apresentar DAE não identificados nas operações, inerentes às notas fiscais analisadas, o que fez de forma parcial, consoante documentos às fls. 70, 71, 72 v, 74 v, 76 v e 80 dos autos, cujos valores não devem ser deduzidos do imposto apurado em razão das seguintes situações:

- a) Os DAE de fls. 70 e 71 dos autos, relativos ao DANFE nº 22400, nos valores recolhidos de R\$ 16,89 e R\$ 827,55, no total de R\$ 844,44, já haviam sido considerados pelo autuante, conforme demonstrativo à fl. 7 dos autos;
- b) O DAE de fl. 72 (verso), no valor de R\$ 438,06, sob nº 1100323341, relativo ao ICMS regime normal do DANFE 22400, emitido pela GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA, inscrição estadual nº 26.732.766, não consta tal recolhimento no Sistema de Arrecadação da SEFAZ;

- c) O DAE de fl. 74 (verso), no valor de R\$ 926,70, sob nº 1101061127, relativo ao ICMS-ST do DANFE 12495, emitido pela PETROMOTOR D. DE PETRÓLEO LTDA, inscrição estadual nº 78.027.360, não consta tal recolhimento da Relação de DAES do Sistema de Arrecadação da SEFAZ;
- d) O DAE de fl. 76 (verso), no valor de R\$ 486,73, sob nº 1100480808, relativo ao ICMS regime normal do DANFE 22595, emitido pela GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA, inscrição estadual nº 26.732.766, não consta tal recolhimento no Sistema de Arrecadação da SEFAZ;
- e) O DAE de fl. 80, no valor de R\$ 1.407,41, sob nº 1101328247, relativo ao ICMS-ST do DANFE 23151, emitido pela GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA, inscrição estadual nº 26.732.766, não consta tal recolhimento da Relação de DAES do no Sistema de Arrecadação da SEFAZ.

Sendo assim, descabe a alegada “bitributação”, aqui entendida como exigência em duplicidade.

Impõe esclarecer que a responsabilidade solidária tributária é tratada no artigo 124 do Código Tributário Nacional (CTN) e ocorre entre pessoas que (i) tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal ou (ii) estejam, expressamente, designadas por lei. Assim, com o advento da Lei 12.040, de 28.09.10, que deu redação ao artigo 6º, inciso XVI, da Lei do ICMS, os postos revendedores varejista 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, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação, na sua totalidade. Portanto, nas exigências relativas a 27 de janeiro de 2011 a 19 de abril de 2011, foi observado o princípio da anterioridade nonagésima.

No caso em exame, por exigência legal, o adquirente autuado está obrigado ao pagamento do ICMS tanto o normal quanto por substituição tributária, por responsabilidade solidária, decorrente da aquisição do combustível “etanol hidratado” junto às sociedades empresárias distribuidoras, constantes do Comunicado SAT nº 001/2011, publicado no DOE, de 19/01/11, o qual produziu efeitos no período de 19/01/11 a 30/06/11, tornando-se público para todos os contribuintes do Estado da Bahia o regime jurídico tributário a que passaram a estar submetida às empresas ali listadas.

Portanto, o autuado é, dessa forma, responsável legal pelo recolhimento do ICMS, da forma como consta no demonstrativo fiscal, cujos pagamentos efetivamente efetuados pelo distribuidor foram devidamente considerados no levantamento fiscal.

Do exposto, como as razões de defesa não conseguiram elidir as imputações, voto PROCEDENTE o 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 **022078.0002/11-0**, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS TÂNIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$17.008,33**, 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, 18 de Setembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR