

PROCESSO - A. I. Nº 299689.0015/11-5
RECORRENTE - COMERCIAL ITAMARATY DE PRODUTOS DO PETRÓLEO LTDA. (POSTO NOVA GRAPIÚNA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0015-04/12
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 02/05/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0094-12/13

EMENTA: ICMS. 1. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. a) IMPOSTO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA. a.1) FALTA DE PAGAMENTO. a.2) RECOLHIMENTO A MENOS. b) IMPOSTO DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO. 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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infrações caracterizadas. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 11/08/2011 para cobrar ICMS no valor de R\$11.492,45, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01 – Deixou de recolher ICMS por solidariedade 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, estando a nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação. Valor: R\$2.257,35. Período: janeiro e abril 2011. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 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 estadual – DAE. Valor: R\$9.011,31. Período: fevereiro e março 2011. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 03 - 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 ao pagamento do ICMS 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: R\$223,79. Período: abril 2011. Multa de 60%.

Foram apresentadas defesa tempestiva às fls. 49 a 57, e informação fiscal às fls. 135 a 143.

Após concluída a instrução, a 4ª JJF julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, conforme o entendimento abaixo transcrito:

VOTO

O Auto de Infração contém as formalidades dos arts. 15, 16, 19, 22, 26, 28, 39, 41, 42, 44, 45 e 46 do 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 do 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. 05 a 07), assinados pelo contribuinte autuado. 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.

Não acolho as preliminares suscitadas porque o Auto de Infração exige apenas um mesmo tributo por diferentes infrações, sem repetição de incidência, nem tampouco faz sentido o pedido para exclusão das notas fiscais relativas às operações de aquisição de combustível com a empresa Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda em face de Medida Liminar que suspendia o Regime Especial de Fiscalização, pois que além da suspensão da exigibilidade do crédito tributário em via judicial não impedir a Fazenda Pública de proceder à regular constituição do crédito tributário para prevenir a decadência do direito de lançar, os efeitos da Decisão judicial foram oportunamente suspensos, restabelecendo o Regime Especial de Fiscalização que obriga a antecipação nas operações de saída de combustível para os postos de revenda do produto, como é o caso em lide. Ademais, as operações acobertadas pelas notas fiscais 12160 e 12162, foram emitidas antes da Decisão liminar provisória, cujos efeitos foram posteriormente suspensos.

Quanto ao mérito, o impugnante alegou: a) cobrança de impostos em duplicidade; b) que o ICMS devido por substituição foi recolhido pelo remetente e seu comprovante acompanhava a mercadoria, cumprindo o dever que lhe impôs o art. 6º, XVI, do RICMS; c) que não há descrição clara e correta do fato gerador da obrigação de pagamento da diferença do tributo; d) que o imposto devido por antecipação tributária na forma disposta na lei foi recolhido pelo remetente da mercadoria quando da compra do etanol nas usinas.

Com relação a essas questões, constato o seguinte.

Como se vê nas planilhas de cálculo do ICMS apurado (fls. 05, 06 e 07), em face da solidariedade tributária imposta pelo art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96, neste Auto de Infração exige-se 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 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 nº 7.014/96, como alega o impugnante.

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, como também se vê nos demonstrativos citados, a infração 01 exige ICMS incidente sobre operações com as notas fiscais 44760, 6240, 12160 e 12162, em que não houve recolhimento do ICMS normal. A infração 02 se refere a recolhimento a menos de imposto relativo às operações acobertadas pelas notas fiscais 22910, 45505, 45748 e 45893, e a infração 03 exige o ICMS retido na NF 6240 e não recolhido, pois o comprovante de pagamento apresentado não se refere à operação listada, tendo em vista o código de barra divergente do respectivo DAE, conforme as provas autuadas às fls. 39 e 40.

Quanto a eventuais recolhimentos efetuados a título de antecipação tributária, como bem anotam os autuantes, 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.

Com relação às provas de que não houve pagamento do ICMS objeto do Auto de Infração, a falta de apresentação, antes ou depois da lavratura do Auto de Infração, de comprovante do pagamento oportuno do ICMS que deveria acompanhar a circulação da mercadoria como previsto no dispositivo legal já citado, é o bastante para atestar o não cumprimento da obrigação tributária principal por parte do remetente e tendo em vista que a solidariedade pelo seu cumprimento imposta legalmente ao autuado não admite benefício de ordem, razão não há para o inconformismo do impugnante.

Repito, a solidariedade do contribuinte autuado é prevista no art. 6º, XVI da Lei nº 7.014/96, e o próprio impugnante o vê como concernente ao caso, apenas pugna pela inclusão dos remetentes no pólo passivo desta lide, o que, como já vimos, se faz despiendo.

A Lei Complementar 87/96 ao dispor sobre as regras gerais do ICMS 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 nº 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.”

Após o julgamento de Primeira Instância, houve a tentativa de intimação da empresa no seu endereço comercial (Av. Inácio Tosta Filho, nr. 923, Térreo - Bairro do Centro, Itabuna - BA) constante no cadastro da Secretaria de Fazenda, conforme se vê a fl. 171. Entretanto, segundo e AR de fl. 172, a intimação não logrou êxito, pois, a empresa mudou sua sede, sem informar o novo endereço a SEFAZ.

Diante dessa situação, a secretaria deste CONSEF, intimou o Sr. Edercley Soares Silva, suposto sócio, no endereço constante no seu cadastro junto a SEFAZ (travessa Pedro Américo de Brito, nº 33, Torre B, Apt 202, Bairro Ponto Central, Feira de Santana - BA), conforme se tem no AR de fl 176 do autos.

Em resposta, o Sr. Edercley Soares Silva atravessa manifestação intitulada ação anulatória de débito fiscal, fls 178 a 183 alegando a sua ilegitimidade passiva e a invalidade do lançamento.

Em termos, os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS para análise.

As fls 199 a 201, a n. procuradora Maria José Coelho Sento-Sé, após breve histórico da autuação das infrações lançadas e do suposto Recurso Voluntário, fala que não estão presentes argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão ora recorrido. Entende que não há nulidade no lançamento de ofício, que a autuante indicou como sujeito passivo a Comercial Itamaraty de Produtos de Petróleo Ltda e não o sócio Edercley Soares Silva, e que aquele apresentou a defesa inicial. Quanto a questão da responsabilidade do sócio Edercley Soares e de sua inclusão na Certidão de Dívida ativa poderá ser questionada após o encerramento da constituição válida do crédito tributário com a inscrição do débito na Dívida Ativa do Estado.

Entende que o Recorrente não contestou o cerne das infrações, limitando-se a aduzir de forma genérica, a ilegalidade da autuação e a ausência de provas capazes de caracterizar as infrações, devendo as mesmas, serem mantidas.

Ao final, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de manifestação recebida como Recurso Voluntário em face da Decisão da 4ª JF, que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe.

Compulsando os autos vejo que não houve a correta intimação do Sujeito Passivo para interposição do pertinente Recurso. Consoante documento da própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, demonstrativo INC de fl. 174, o Sr. Edercley Soares Silva não é mais sócio da empresa Comercial Itamaraty de Produtos de Petróleo Ltda desde 26/07/2006 (segundo a informação intitulada "Fim Gestão"). Dessa forma, vejo que não houve a intimação de qualquer representante do pólo passivo desta lide, em relação ao resultado do julgamento de piso exarada pelo 4ª JJF. Consequentemente, entendo que deva ser refeita a intimação em nome dos atuais sócios da empresa, constantes no cadastros da SEFAZ, para dar ciência da Decisão de primeiro grau, com a reabertura dos prazos regulamentares para eventual interposição de Recurso Voluntário.

Assim sendo, considero PREJUDICADO o presente julgamento, devendo os autos serem remetidos à Secretaria deste CONSEF, com o objetivo da regular intimação da empresa na pessoa de um de seus representantes legais.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado referente ao Auto de Infração nº **299689.0015/11-5**, lavrado contra **COMERCIAL ITAMARATY DE PRODUTOS DO PETRÓLEO LTDA. (POSTO NOVA GRAPÍUNA)**, devendo os autos serem devolvidos à Secretaria deste CONSEF, para que seja intimado os representantes legais do autuado sobre a Decisão da 4ª JJF que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS