

PROCESSO - A. I. N° 20778.0801/11-3
RECORRENTE - AUTO POSTO MILÃO LTDA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n.º0004-01/12
ORIGEM - INFAC – TEXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 06/12/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0361-11/13

EMENTA: ICMS. INFRAÇÃO 1 – Falta de recolhimento do ICMS. Responsabilidade Solidária. Inciso XVI, artigo 6º da lei n.º 7.014/96. Comprovada a falta de recolhimento do imposto normal no momento da saída das mercadorias. Decisão recorrida mantida em todos os seus termos. Infração parcialmente caracterizada. Decisão recorrida mantida. INFRAÇÃO 2 – Recolhimento a menor de ICMS substituído, exigido do responsável solidário. Não houve prova do recolhimento integral do imposto. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 1ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 10/02/2012 (Acórdão de fls. 70 a 75) que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 02/08/2011, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 17.220,90, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

1. *Falta de recolhimento do ICMS normal devido por responsabilidade solidária, nos meses janeiro, fevereiro e março de 2011, relativamente à aquisição de combustível junto a remetentes sujeitos ao Regime Especial de fiscalização com obrigatoriedade de pagamento no momento da saída da mercadoria, valor R\$ 17.175,35;*
2. *Falta de recolhimento do ICMS retido a menor, devido por responsabilidade solidária nos meses de fevereiro e março de 2011, relativamente à aquisição de combustível junto a remetentes sujeitos ao Regime Especial de fiscalização com obrigatoriedade de pagamento no momento da saída da mercadoria, no valor R\$ 45,55.*

De acordo com os demonstrativos acostados ao Auto de Infração, no período autuado, o ora recorrente adquiriu combustível das empresas Petróleo do Vale Ltda., Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda. e Petromotor Distribuidora de Petróleo, todas sujeitas ao Regime Especial de Fiscalização, veiculados através do Comunicado SAT 001/2011, sem a comprovação do recolhimento integral do ICMS normal e substituído devidos nas operações.

Após a apresentação da defesa e da correspondente informação fiscal, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 1ª JJF que entendeu por bem, à unanimidade, julgar parcialmente procedente o Auto de Infração o que fez nos seguintes termos:

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, está sendo exigido do autuado, na condição de responsável por solidariedade, crédito tributário decorrente da falta de recolhimento do ICMS normal (Infração 1), bem como da falta de recolhimento do ICMS, que fora retido e recolhido a menos (Infração 2), nas aquisições de álcool carburante, efetuadas junto a remetentes sujeitos ao regime especial de fiscalização, com a obrigatoriedade do pagamento do imposto quando da saída do combustível.

Preliminarmente, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, argumentando que a falta de assinatura de dois auditores fiscais configura vício formal insanável que acarreta a nulidade do lançamento tributário de ofício.

Afasto essa preliminar de nulidade, pois a legislação tributária estadual não traz essa exigência da assinatura de dois auditores fiscais para a validade do Auto de Infração. No caso em tela, a ação fiscal desenvolvida por apenas um auditor fiscal, o qual assinou o Auto de Infração.

O autuado sustenta que o Auto de Infração é nulo porque nele foram exigidos tributos diversos, violando, assim, o disposto no art. 43 do RPAF/99.

Efetivamente, o disposto no art. 43 do RPAF/99 veda a lavratura de um mesmo Auto de Infração relativo a tributos diversos. Todavia, tal hipótese não ocorreu no Auto de Infração em comento, uma vez que o único tributo exigido foi o ICMS. O fato de ter sido exigido no presente Auto de Infração ICMS normal e ICMS devido por substituição tributária não afronta o disposto no art. 43 do RPAF/99, pois não se trata de tributos diversos, mas apenas de ICMS. Dessa forma, ultrapassou essa preliminar de nulidade.

Ainda em preliminar de nulidade, o autuado suscita a nulidade do Auto de Infração, argumentando que a Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., quando da publicação do comunicado SAT Nº 01/2011 (18/01/2011), estava com o regime de fiscalização suspenso por liminar em mandado de segurança.

Conforme os documentos de fls. 56 a 58, em 28/02/2011, a Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda. impetrhou mandado de segurança e obteve liminar, determinando a exclusão da impetrante do regime especial de fiscalização e pagamento antecipado do ICMS, que este imposto seja pago no mês posterior ao fato gerador e que não seja praticado qualquer ato contra a impetrante referente aos fatos do “mandamus”.

Considerando que o Auto de Infração em comento foi lavrado em 01/08/11, quando já tinha sido concedida a citada liminar que excluía a Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda. do regime especial de fiscalização e pagamento antecipado do ICMS, a autuação não pode ser mantida quanto às operações realizadas entre o autuado e a Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda. Dessa forma, fica excluído da Infração 1, no mês de fevereiro de 2011, o valor de R\$ 2.984,90, conforme demonstrado abaixo:

Nota Fiscal	Data Emissão	Débito a Excluir
12219	23/02/11	R\$ 1.492,45
12224	23/02/11	R\$ 1.492,45
SOMA	--	R\$ 2.984,90

No mérito, observo que os autos comprovam que o defensor adquiriu álcool hidratado carburante junto aos remetentes Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda. e Petróleo do Valle Ltda., por meio das Notas Fiscais Eletrônicas representadas nos Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica (DANFEs) acostados aos autos, sendo que esses remetentes, no período de 18 de janeiro a 31 de dezembro de 2011, se encontravam sob “regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria,” consoante previsto no art. 47 da Lei 7.014/96.

A Lei nº 7.014/96, em seu art. 6º, inc. XVI, prevê o seguinte:

Art. 6º 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.

Por sua vez o disposto no art. 47, inc. I, da Lei nº 7.014/96, assim dispõe:

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;

Pelo disposto nas normas transcritas acima, o autuado na condição de posto revendedor varejista de combustíveis é responsável por solidariedade pelo pagamento do ICMS normal e do ICMS devido por substituição tributária, decorrente da aquisição do combustível álcool hidratado carburante junto às distribuidoras Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda. e Petróleo do Valle Ltda., as quais se encontravam, quando emitiram as notas fiscais relacionadas na autuação, sob regime especial de fiscalização com obrigatoriedade de pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, e não o fizeram ou fizeram a menos que o devido.

Visando elidir as infrações que lhe foram imputadas, o autuado afirma que o ICMS devido por substituição tributária foi recolhido pelo remetente da mercadoria e que o DAE e comprovante acompanhavam a nota fiscal.

Esse argumento defensivo não prospera, pois os recolhimentos efetuados pelo remetente da mercadoria foram considerados pelo autuante, conforme se pode observar nos demonstrativos que embasam a autuação. A comprovação de que o remetente da mercadoria não efetuou o recolhimento do imposto que está sendo cobrado reside no fato de que a mercadoria não estava acompanhada de documento que atestasse o pagamento do imposto, como exige a legislação, estando, assim, provada a acusação imputada ao autuado. É importante

observar que a solidariedade prevista no art. 6º da Lei nº 7.014/96 não admite benefício de ordem, o imposto pode ser cobrado do contribuinte, do responsável por solidariedade ou de ambos.

Ressalto que nos demonstrativos acostados ao processo, dos quais o autuado recebeu cópia, está demonstrada a apuração do imposto de forma detalhada. Ademais, ao contrário do afirmado pelo impugnante, o autuante descreveu as infrações de forma clara e precisa, permitindo, assim, o pleno exercício do direito de defesa.

O defendente sustenta que a exigência fiscal é ilegal, porém essa tese defensiva não merece acolhimento, uma vez que a autuação está respaldada no art. 6º, inc. XVI, combinado com o art. 47, inc. I, ambos da Lei nº 7.014/96, não havendo, assim, a citada ilegalidade.

No que tange ao conhecimento da situação que se encontrava o remetente da mercadoria, saliento que 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, no Diário Oficial do Estado. Além disso, essa situação dos fornecedores acha-se no site da SEFAZ, página Inspetoria Eletrônica>processos>Regime Especial>Comunicado.

Em face ao acima exposto, do valor cobrado na Infração 1, fica excluído o montante de R\$ 2.984,90, referente às operações originadas da Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., e ficam mantidos os demais valores exigidos nesse item do lançamento. Dessa forma, a Infração 1 subsiste parcialmente no valor de R\$ 14.190,45.

No que tange à Infração 2, os argumentos defensivos não elidem a autuação e, portanto, esse item do lançamento é procedente.

Pelo exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$ 14.236,00, para julgar a Infração 1 parcialmente procedente e a Infração 2 procedente

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 1ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- (a) Afastou as preliminares de nulidade suscitadas sustentando que: (i) o Auto de Infração não foi lavrado por vários autuantes conforme asseverou o autuado e sim por apenas um preposto que o subscreveu; (ii) que o lançamento se refere ao mesmo tributo, qual seja o ICMS (normal e substituído) não se configurando, pois, desobediência ao disposto no artigo 43 do RPAF, conforme aduziu o autuado;
- (b) No mérito, acatou a alegação em relação às aquisições efetuadas junto à Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda. por entender que a existência de medida liminar concedida em favor desta afasta a responsabilidade solidária no período fiscalizado;
- (c) Após fazer um arrazoado acerca do arcabouço legislativo que ampara a atribuição da responsabilidade solidária dos postos de gasolina em relação às distribuidoras insertas no regime especial de fiscalização, assegurou que é da responsabilidade do posto revendedor a verificação quanto à situação destas últimas, o que pode ser efetivado via INTERNET, no sítio da SEFAZ, ou nos terminais de atendimento da Secretaria da Fazenda e, uma vez constatada a inclusão no regime especial, caber-lhe-ia exigir daquelas os documentos de arrecadação correspondentes a cada aquisição;
- (d) No tocante à infração 02, ratificou o cálculo elaborado pela fiscalização, constantes nos demonstrativos de fls. 04 e 10, esclarecendo que a exigência refere-se a valores retidos e recolhidos a menor pelas distribuidoras. Informou que o autuado não trouxe aos autos provas capazes de comprovar o recolhimento das parcelas exigidas, afastando assim a razões por esta aduzidas.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário sustentando a nulidade do Auto de Infração em face de sua improriedade e inexistência de justa causa para sua lavratura.

Sustenta que não praticou nenhum ato ilícito que justifique a lavratura do Auto de Infração, argumentando que o ICMS lhe está sendo exigido é o normal quando, nos termos da legislação que lhe atribuiu responsabilidade, só poderia corresponder ao substituído.

No mérito, aduz em apertada síntese que o lançamento é improcedente por que: (a) nenhum procedimento de fiscalização foi realizado nos estabelecimentos das empresas distribuidoras com vistas a averiguar se o ICMS normal que lhe está sendo exigido de fato foi recolhido em montante inferior ao que seria devido; e (b) o lançamento da forma em que foi constituído fere o princípio da não cumulatividade inerente ao ICMS, uma vez que não foram levados na devida conta os créditos decorrentes das aquisições dos combustíveis das usinas por parte das distribuidoras.

Após fazer um arrazoado acerca da legislação que rege a cobrança do imposto, bem assim da interpretação a ela conferida pela doutrina, pugna pela reforma da Decisão de piso para que seja reconhecida a nulidade suscitada ou pela improcedência do Auto de Infração.

VOTO

O Recurso é tempestivo merecendo ser acolhido, pelo que passo a análise das razões de apelo na ordem em que foram suscitadas.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada por entender ter restado comprovada a conduta infracional autorizativa do lançamento. De fato, através do item 01 do Auto de Infração está sendo exigido do Recorrente o ICMS normal incidente sobre as operações de compra de combustíveis, cuja comprovação do recolhimento não foi efetuada no momento da saída da mercadoria.

Apesar de se tratar de tributo originalmente devido por terceiro – remetente – a exigência dirigida ao Recorrente – adquirente – tem fulcro no quanto previsto no inciso VXI do artigo 6º da Lei nº 7.014/96, com as modificações que lhe foram introduzidas pela Lei nº 12.040/2010, o qual atribui responsabilidade solidária aos postos de gasolina em relação às distribuidoras que lhe vendam combustível e que estejam sob o regime especial de fiscalização como ocorreu no presente caso.

Diante disto, não vejo como ser acolhida a alegação do Recorrente no sentido de que não incorreu na infração apontada, razão pela qual rejeito a prejudicial suscitada.

Quanto ao mérito, não procede a alegação do Recorrente no sentido da obrigatoriedade de fiscalização nos estabelecimentos das distribuidoras, uma vez que, a solidariedade a que se refere o artigo 6º da Lei nº 7.014/96 não comporta benefício de ordem, vale dizer, se o Recorrente, ao adquirir combustível das empresas Petróleo do Valle Ltda. e da Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda., não verificou se as mesmas estavam incursas no regime especial de fiscalização de que trata o artigo 47 da mesma Lei, tem o fisco a prerrogativa para exigir o imposto tanto do contribuinte quanto do devedor solidário. No presente caso, optou por exigir o tributo do responsável solidário.

Em razão disto, não há o que se cogitar de abatimento dos créditos decorrentes da entrada do combustível no estabelecimento remetente, cujo direito de apropriação é exclusivo das distribuidoras.

Se o Recorrente houvesse carreado ao PAF prova do recolhimento, por parte das distribuidoras, do imposto que lhe está sendo exigido, certamente estes haveriam de ser aproveitados, tal como disciplina o inciso I do artigo 125 da Lei nº 5.172/66 – Código Tributário Nacional, contudo, não é esta a situação dos autos.

Em vista do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo a Decisão proferida pela 1ª JJF em todos os seus termos, para julgar Parcialmente Procedente o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE Auto de Infração nº 20778.0801/11-3 lavrado contra o AUTO POSTO MILÃO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$14.236,00, acrescido das multas de 60% previstas no art. 42, II, alíneas “f” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA

ROSANA JEZLER GALVÃO – REPR. DA PGE/PROFIS