

A. I. Nº - 088444.0004/13-8
AUTUADO - AUTO POSTO BORDA DA MATA LTDA.
AUTUANTE - DERNIVAL BERTOLDO SANTOS
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 18/12/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0218-05/13

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE. ETANOL HIDRATADO. **a)** ICMS NORMAL. RECOLHIMENTO A MENOS. **b)** ICMS DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. No caso de constatação de nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, ou acompanhada com o imposto recolhido a menos, junto ao posto revendedor varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido de remetente com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, na condição de contribuinte de direito, em razão de regime especial de fiscalização, o posto revendedor varejista é o responsável pelo pagamento total ou da diferença recolhida a menos do imposto, tanto o normal quanto o por substituição tributária. Caracterizada a responsabilidade solidária do sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 01/08/2013, apura os seguintes fatos:

Infração 1 – deixou o adquirente de recolher o ICMS retido por responsabilidade solidariedade, junto ao remetente, sujeito ao Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS no momento da saída, em vista do recebimento das mercadorias, através de nota fiscal não acompanhada do documento de arrecadação do ICMS devido por substituição tributária. ICMS no valor de R\$ 106.077,48. Multa de 60%; II, "f";

Infração 2 - Deixou, o adquirente, de recolher o ICMS normal, 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. ICMS no valor de R\$ 34.997,52 com multa de 60%; II, "f";

O autuado, às fls. 52 a 65 dos autos, apresenta a impugnação, afirmando a presente exigência tributária se transfere aos pequenos postos de gasolina, que passam a ter a missão estatal de fiscalizar as distribuidoras, atravancando as operações comerciais, já que a transferência de um imposto não pago gera repercussão econômica no preço final das mercadorias.

Em suma, entende que, na verdade, o Fisco está a cobrar do Autuado um tributo devido pela distribuidora, ou seja, por quem lhe antecede a cadeia, sem qualquer razão jurídica convencedora, ao arrepio das normas igualmente econômicas, pois pode gerar pagamento em duplicidade, já que, se o Autuado pagar o tributo de quem lhe antecede, ele nunca saberá se houve pagamento ou não do dito tributo.

Entende que o Auto de Infração não pode prosperar, pois, confrontando-se com as normas jurídicas em vigor, ficará nítida a incompatibilidade das mesmas com o abuso fiscalizatório aqui impugnado.

Procura explicar o Regime de Substituição para em seguida se insurgir em relação à tal sistemática.

Em relação à ao art. 6º, inciso XVI da Lei n. 7.014/96, art. 6º, afirma que a aludida lei tem o cunho meramente de transferir ao posto de gasolina o dever de pagar o tributo da distribuidora, sem qualquer razão de ser, muito embora tenha elencado um requisito, descumprindo no caso concreto, qual seja, a ciência do comprador de que o remetente esteja sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, o que não é o caso.

Entende que a condicionante não foi cumprindo no caso concreto, o que fere de morte a aludida autuação, pois não há de se imputar à Autuada o dever de saber do regime especial de fiscalização, que, diga-se, ora nenhuma foi notificada à mesma, tornando a responsabilidade inválida.

Afirma que o auto de infração deveria ser da distribuidora e não do autuado, pois não haveria qualquer diferença em ter autuado a distribuidora em relação ao seu ICMS normal, numa ação de clara omissão e de busca do mais frágil na operação mencionada. Mas, ao contrário, o Estado prefere tributar o mais frágil.

Afirma que cobrar o ICMS do Auto Posto Borda da Mata Ltda., significaria duplamente penalizar a Autuada, pois já suportou o ICMS anterior via custo e agora obrigada a pagar o tributo mais uma vez.

Alinha que da análise da documentação trazida ao processo, bem como da lei que instituiu a responsabilidade solidária, nota-se que, como fundamento da cobrança do tributo ao Autuado, a lei criou importante condição que deve ser observada pelo Fisco, qual seja, a sujeição do remetente a um regime especial de fiscalização, que se trata, na verdade, de uma penalidade imposta a alguns contribuintes, que não se presume existir, mas deve ser comunicado a todos a sua ciência. A redação do art. 914 é convincente:

Art. 914. Pelas infrações à legislação do ICMS serão aplicadas as seguintes penalidades, isoladas ou cumulativamente (Lei nº 7667/00):

I - multa;

II - sujeição a regime especial de fiscalização e pagamento;

III - cancelamento de benefícios fiscais;

IV - cassação de regime especial para pagamento, emissão de documentos fiscais ou escrituração de livros fiscais.

V - suspensão do credenciamento para intervir em ECF, pelo prazo de até 90 (noventa) dias, ao contribuinte que:

Consigna que não há de se invocar o princípio que ninguém poderia alegar o desconhecimentodesse regime para imiscuir-se do pagamento do tributo. É que, no caso, o Regime Especial de Fiscalização é um ato formal da administração tributária, específico, eventual, temporário, personalíssimo, que objetiva constranger apenas e exclusivamente o contribuinte que não atenda às regras fiscais previstas para suas operações. E ninguém tem o dever de saber quem está ou não sob o Regime Especial de Fiscalização, pois não é dado ao contribuinte fazer às vezes do Estado, sendo seu fiscal, mormente em casos como o ora epigrafoado, em que a lei determina a necessidade de ciência do procedimento especial. O art. 47, incisos I e II da Lei nº 7.014, revelam o quanto aqui descrito:

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;

II - na obrigatoriedade do pagamento do imposto, devido por antecipação tributária, na entrada no território deste Estado, relativamente às mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação; (grifamos)

Nessa linha, argui que qualquer sujeito distinto que venha a sofrer sujeição passiva do imposto por solidariedade em decorrência daquele dispositivo, também tem de ser cientificado do início e do destinatário do procedimento especial para que não labore em engano.

Considera que imputar a responsabilidade solidária sem o conhecimento do Regime Especial de Especialização é ir de encontro ao sentido da substituição tributária, pois, normalmente, todos os contribuintes submetidos ao polo passivo da ST dispõem da ciência do momento a que vão se submeter ao pagamento do ICMS-ST, qual seja: o momento da compra do produto. E esse momento pertence ao seu alvitre.

Assim, como o autuado não teve a oportunidade de conhecer o momento a partir do qual a distribuidora estava sujeita ao novo regime, não poderá, portanto, ser responsabilizado.

Que nem se afirme que há publicação no sítio eletrônico da SEFAZ informando que a distribuidora está no Regime Especial de Fiscalização, uma vez que não compete ao contribuinte estar a par dos procedimentos administrativos individualizados deflagrado contra outros contribuintes no momento da realização das transações.

Pensar o contrário, em seu entendimento, é transferir outro ônus não obrigatório por lei, pois a ninguém é dado fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude da lei, devendo, antes de tudo, esta ser clara e objetiva.

Alega que, se por um lado a Autuada não tinha conhecimento do Regime Especial de Fiscalização que a aludida empresa estava submetido, por outro, cumpre saber se havia ou não alguma medida diferenciada em relação à distribuidora, o que traz reflexos diretos no tema em análise.

Assim é que, conforme o Processo nº00988720118, que trata do Pagamento Especial da Empresa Arogas Comércio de Combustível Ltda., na conformidade do art. 515-B, § 2º do RICMS-BA, na linha do Parecer 1392/2011, a aludida empresa recebeu “*Autorização para recolher o ICMS relativo à operação nas saídas internas ou interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel, no dia 09 do mês subsequente à saída do produto, na hipótese de substituição tributária e recolher no dia 25 do mês subsequente o ICMS devido por antecipação parcial nas entradas interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel*”.

Alude que tal autorização significou o privilégio dado à Empresa Arogas Comércio de Combustível Ltda. e, ao mesmo tempo, o dever, de ela mesma pagar o seu ICMS em prazos diferenciados. Essa autorização, por si, retira o dever da Autuada de recolher tributo devido pela distribuidora.

Por outro lado, argumenta que cabe analisar se a mesma estava ou não dentro de algum benefício dado por decisão judicial quanto à suspensão do pagamento do ICMS.

Pelas razões acima expendidas, percebe-se claramente inexistir razão para a manutenção do Auto de Infração ora objurgado, requerendo:

A nulidade do Auto de Infração n. 088444.0004/13-8;

A atribuição da responsabilidade inteira pelo ICMS aqui cobrado para a Empresa Arogas Comércio de Combustível Ltda.;

Que sejam trazidos aos Autos os comprovantes de pagamento do ICMS (DAES) devidos pela distribuidora acima responsabilizada, a serem colacionados os mesmos a fim de se demonstrar a inexistência de lesão ao Erário, ou, do contrário, a impossibilidade de fazê-lo;

O reconhecimento de tratamento diferenciado dado à Empresa Arogas Comércio de Combustível Ltda. através do Processo n. 00988720118, de modo a inexistir responsabilidade da Autuada;

E, no caso de a nulidade não ser reconhecida, que se contemple o auto de infração com a IMPROCEDÊNCIA, para que o verdadeiro contribuinte tenha o direito de efetuar os recolhimentos da suposta solidariedade, se e somente se o remetente não já tiver recolhido o ICMS destacado em suas notas fiscais, até aquela data, para não provocar duplicidade de recolhimentos.

O autuante, às fls.71 dos autos, apresenta informação fiscal, afirmando que consta à fl. 46, o pedido de parcelamento de débito referente ao crédito aqui discutido, datado de 15/09/2013 e assinado pelo titular da autuada, requerendo que seja concedido o parcelamento em 60 vezes.

Afirma que tal pedido implica em confissão da dívida objeto do pedido, nos termos do art. 1º, §1º inciso I do Decreto nº 8047/2001, a qual aderiu a autuada no momento do requerimento.

Alude que a confissão por se tratar de ato declaratório unilateral do contribuinte, se dá com o pedido de parcelamento, não sendo necessário o acatamento por parte da administração para que esta surta seus efeitos, tornando constituído o crédito tributário aqui exigido.

Entende que não é mais cabível o recebimento da peça defensiva após o pedido de parcelamento da mesma forma que é incabível que seja prestadas as informações fiscais, vez que encontra-se encerrado o procedimento administrativo fiscal ao teor do que dispõe o art. 27, II do RPAF.

Afirma que a peça deve ser arquivada conforme dispõe o art. 112 do RPAF/BA.

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla a exigência de duas infrações, já devidamente relatadas, e ora resumidamente reproduzidas: INFRAÇÃO 1-deixou o adquirente de recolher o ICMS retido por responsabilidade solidariedade, junto ao remetente, sujeito ao Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS retido no momento da saída, em vista do recebimento das mercadorias, através de nota fiscal não acompanhada do documento de arrecadação do ICMS devido por substituição tributária; INFRAÇÃO 2-falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por aquisição junto ao remetente sujeito ao regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, estando à nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação.

Preliminarmente, verifico que, apesar de o autuado ter pedido parcelamento, o que precede à confissão da dívida, o mesmo não foi deferido e o sujeito passivo não desistiu da defesa apresentada, não cabendo a extinção do processo entre as previsões constantes do art. 122 do RPAF/BA.

No tocante ao argumento defensivo de inexistência de comunicação formal da aplicação do Regime Especial de Fiscalização sobre o remetente, em obediência ao princípio da publicidade, tal alagação não pode ser acolhida, pois o autuado tem obrigação de conhecer a sujeição da empresa fornecedora ao regime especial de fiscalização através de consulta ao sistema da SEFAZ, e, portanto, a obrigação de exigir do fornecedor o comprovante do pagamento do ICMS normal e substituído, apresentando a devida comprovação, sob pena de ser o responsável solidário dos valores exigidos na autuação.

Consoante o disposto nos artigos 178 combinado com o artigo 181, ambos do RICMS/BA, o contribuinte é responsável pela verificação, via INTERNET ou nos terminais de auto atendimento da Secretaria da Fazenda, dos regimes especiais concedidos aos contribuintes, bem como, no Site da SEFAZ, em sua página de Inspeção Eletrônica, que tem repercussão no campo da responsabilidade solidária dos adquirentes, nos termos do art. 47 incisos I e II da Lei nº 7.014/96, através do site da SEFAZ.

Não há o que se falar, portanto, em nulidade do Auto de Infração.

A presente autuação foi amparada no art. 6º da Lei nº 7.014/96, que no inciso XVI, que atribui ao posto revendedor varejista de combustíveis, responsabilidade solidária em relação ao combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação e no § 3º faculta ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos. Assim, o imposto está sendo exigido do sujeito passivo e não do remetente.

Não acolho os argumentos do autuado sobre a violação do princípio da não-cumulatividade, pois relação ao imposto devido por substituição tributária não há o que se aproveitar de crédito fiscal, já que encerrou a fase de tributação, bem como o imposto normal devido pelo remetente, cuja responsabilidade solidária foi atribuída ao autuado, já foi compensado para cálculo do imposto devido por substituição tributária, não havendo, portanto, o que se falar em violação ao princípio da não cumulatividade.

Quanto à arguição de pagamento em duplicidade, o que ficou constatado é que o seu fornecedor, submetido ao regime especial de fiscalização, não efetuou o recolhimento do imposto no momento fixado para a satisfação da exigência tributária que lhe era devida e da qual o sujeito passivo é responsável solidário, bem como a autorização para pagamento do tributo no dia 25 foi modificada pelo regime especial que obrigou o distribuidor a recolher o imposto nas saídas dos produtos em lume.

É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA, bem como as decisões dos Tribunais apontados pelo autuando não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa.

Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA do 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 **088444.0004/13-8**, lavrado contra **AUTO POSTO BORDA DA MATA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 141.075,00**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR