

A. I. N° - 088444.0005/13-4
AUTUADO - BARBOSA TORRES COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - DERNIVAL BERTOLDO SANTOS
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ
INTERNET - 19/12/2013

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0227-05/13

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **a)** ATRIBUIÇÃO, AO ADQUIRENTE, DA RESPONSABILIDADE PELO “ICMS NORMAL” DEVIDO PELO REMETENTE DA MERCADORIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** ATRIBUIDA RESPONSABILIDADE AO ADQUIRENTE PELO IMPOSTO RETIDO PELO REMETENTE DA MERCADORIA, NA AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL EFETUADA A REMETENTE SUJEITO A REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. PAGAMENTO DO ICMS-ST NO MOMENTO DA SAÍDA DA MERCADORIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. O art. 6º, XVI da Lei nº 7.014/96 contempla a atribuição da responsabilidade por solidariedade ao contribuinte que adquire combustível de remetente sujeito a regime especial de fiscalização sem efetuar a retenção do imposto. Infração totalmente subsistente. Rejeitados os pedidos de nulidade e de conversão do processo em diligência fiscal. Indeferido o pedido de afastamento da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração 01/08/2013, para exigir ICMS, no valor total de R\$ 56.002,50, com as seguintes imputações:

INFRAÇÃO 1 – Deixou, o adquirente, de recolher o 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 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. Fatos geradores ocorridos nos meses de jun, jul, ago, set, out e nov de 2012. Valor total da infração: R\$ 20.179,66. Multa aplicada: 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96.

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 não acompanhada do documento de arrecadação. Fatos geradores ocorridos nos meses de jun, jul, ago, set, out e nov de 2012. Valor total da infração: R\$ 35.822,84. Multa aplicada: 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96.

Subsidiam o Auto de Infração o demonstrativo e as cópias das notas fiscais juntados às fls. 06 a 26 do presente PAF. O contribuinte foi intimado via AR (aviso de recebimento) em 14/08/2013, ingressando com defesa, 02/09/2013, subscrita por advogadas, habilitadas a atuar no processo através de procuração juntada à fl. 48.

Na peça impugnatória o contribuinte, de início, disse ser de fundamental importância descrever as etapas de comercialização com o produto etanol hidratado para melhor demonstrar que não houve falta de recolhimento do ICMS pela empresa, conforme abaixo:

a) Usina: comercializa o produto com destaque do imposto próprio (ICMS próprio);

- b) Distribuidores: apropriam o crédito fiscal das usinas fornecedoras e procedem a retenção do imposto devido nas operações subsequentes;
- c) Postos Revendedores - comercializam os combustíveis para o consumidor final sem tributação, vez que a distribuidora já retém e recolhem o imposto devido por eles.

Enfatizou que a sistemática de tributação adotada pelos Estados para a cobrança do ICMS devido nas operações com álcool hidratado estabelece que as Distribuidoras de combustíveis são responsáveis, na qualidade de sujeito passivo por substituição, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes praticadas pelos adquirentes (postos revendedores), que configura a chamada “substituição tributária para frente ou progressiva”.

Que o referido instituto para ser implementado, pressupõe na apuração da base de cálculo do ICMS correspondente às operações subsequentes, a aplicação de MVA (Margem de Valor Agregado) ou da PMPF (preço médio ponderado final) sobre os preços praticados pelas Distribuidoras. Feito isso, o imposto devido em todas as operações subsequentes da circulação econômica do álcool, estaria definitivamente retido e recolhido pelo contribuinte substituto, no caso a Distribuidora.

No caso em exame o contribuinte foi autuado por responsabilidade solidária. Na elaboração do Auto de infração foi aplicado sobre o preço praticado pela Distribuidora (base de cálculo) a alíquota de 19% e então, encontrou-se a suposta exação fiscal devida pelo adquirente na qualidade de responsável solidário.

Pontuou que no momento da aquisição do produto pelo posto revendedor, o valor do ICMS normal (ICMS da distribuidora) já está embutido no preço da venda praticado pela distribuidora.

A título de exemplo descreveu a seguinte situação:

Preço do álcool praticado pela Distribuidora:	R\$ 81,00/litro
Valor do ICMS embutido:	R\$ 19,00/litro
Valor de venda para posto revendedor:	R\$ 100,00/litro

Através dessa metodologia, o valor do ICMS próprio está pago no momento da venda da mercadoria ao adquirente. Para a defesa seria lógico imputar tal exação à autuada, pois o tributo estaria sendo exigido em duplicidade.

Sustenta a mesma tese em relação à infração 1, cuja descrição traz em seu bojo que o adquirente deixou de recolher o ICMS retido, porém não recolhido, por responsabilidade solidária na operação de aquisição de combustível.

Argumenta que tanto na infração 01 (ICMS retido) quanto na infração 2 (ICMS normal) o imposto já fez parte do preço praticado pela distribuidora. Logo, quando o posto varejista adquire o produto, o ICMS faz parte do preço, já está embutido no preço da mercadoria por ser um tributo calculado “por dentro”. Que a Administração Pública não pode punir o autuado por meio de conjecturas de que o imposto não foi pago, sob risco de cometer injustiças, preterindo assim o Princípio da Verdade Material.

Citou o Parecer Tributário, datado de 24/01/2011, que sustenta não haver responsabilidade do contribuinte de fato em provar se o ICMS normal foi realmente satisfeito ou não. Tal parecer, determina que o adquirente não é responsável pela comprovação do recolhimento do ICMS normal. Transcreveu na peça defensiva o Parecer relacionado ao Processo de Consulta de nº 00743720110, Consulente Posto de Combustíveis Sete Portas Ltda., Parecerista Cesar Augusto da Silva Fonseca, “in verbis”:

“Observe-se, também, que o cálculo do ICMS substituído se submete ao regime sumário de apuração, que se perfaz pela subtração do valor do crédito fiscal decorrente do imposto normal devido, do valor do imposto incidente na operação de saída, ou seja, o cálculo do imposto substituído inclui a dedução do imposto normal. Assim, o adquirente de mercadoria sujeita a circular com o comprovante do recolhimento antecipado do imposto, não está obrigada a exigir a comprovação do imposto normal e sim, apenas do imposto substituído, o que pressupõe o pagamento anterior do imposto normal.”

Ponderou que se a própria SEFAZ através do seu Órgão Consultor (DITRI) admite em consulta que não é possível a cobrança do imposto normal relativo às operações praticadas pelas

Distribuidoras por responsabilidade solidária. Pede que este item do Auto de Infração seja anulado pois o RPAF-BA determina no seu artigo 62 que a consulta eficaz suspende a exigência de tributo indevido.

Em seguida teceu considerações em torno do bis in idem Afirma, que a *priori*, o “*bis in idem*” significa imposto repetido sobre a mesma coisa ou matéria já tributada (bis = repetição; idem = sobre o mesmo).

Citou Roque Antonio Carrazza que descreve de modo simples que "...em matéria tributária, dá-se o bis in idem quando o mesmo fato jurídico é tributado duas ou mais vezes, pela mesma pessoa política.” No caso em apreço sustenta que há o bis in idem do ICMS, uma vez que o tributo já tinha composto o preço tomado como base de cálculo – preço bruto médio do fornecedor da Autuada.

Reitera que a autuação está claramente inflada com o ICMS embutido pela distribuidora no preço de venda do álcool, e ao adotar a base de cálculo praticada pela distribuidora, incorreu o fiscal em “*bis in idem*”, vedado pelo nosso ordenamento jurídico. Estaria, no caso, se cobrando 2 (duas) vezes o ICMS do adquirente.

Fez referência também a doutrinas do direito penal, que proíbe a duplicidade de sanções.

Para a defesa a empresa autuada estaria sendo penalizada duas vezes: quando pagou a mercadoria somado com o imposto retido que não foi recolhido pelo sujeito passivo original (Distribuidora), e quando pela segunda vez está sendo exigido o recolhimento através de Auto de Infração.

Mais à frente discorreu acerca do princípio da não cumulatividade do ICMS. Destacou também que padece de segurança este Auto de Infração, por não atender ao princípio constitucional que trata da regra matriz do ICMS que é a não cumulatividade.

Transcreveu as disposições da Constituição Federal contidas no art. 155, § 2º, inc. I, letras “a” e “b”.

Da exegese da norma constitucional assevera que o legislador constitucional foi exaustivo e minucioso ao disciplinar o ICMS, determinando sua competência, fixando o fato gerador e estabelecendo a regra da não-cumulatividade, e, desde já, as exceções a esta regra. Assim, a regra constitucional da não-cumulatividade, somente encontra limitação no próprio texto constitucional (art. 155, §2º, II, *a* e *b*). A regra da não-cumulatividade trazida pela Constituição da República não consubstancia “*mera sugestão, que o legislador ou a Fazenda Pública poderão, ou não, acatar*”, mas um princípio constitucional de eficácia plena, devendo ser observado, indistintamente, pelo contribuinte, pelo legislador e pela Fazenda Pública Estadual.

Por esse mecanismo sustenta que toda entrada, independente da sua destinação [seja de bens de uso e consumo ou matérias primas, ou ainda de bens destinados ao ativo permanente], havendo destaque do ICMS, gera, em favor do adquirente, um crédito fiscal de natureza mista, que deverá ser compensado nas operações de saídas posteriores.

Para melhor entendimento da regra, citou lições doutrinárias dos profs. Sacha Calmom, Roque Carraza, Mizabel Derzi e Aliomar Baleiro.

Realçou que o princípio da não-cumulatividade, quer no Imposto sobre Produtos Industrializados, quer no Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias e Serviços, atribui ao produtor ou ao promotor da operação tributada o direito-dever de compensar o crédito gerado pelo imposto incidente na matéria-prima OU NA OPERAÇÃO ANTERIOR, recolhendo o contribuinte aos cofres públicos apenas a diferença. É o que se depreende nitidamente do dito constitucional.

Entende que a forma que está sendo exigido o imposto da operação própria devido pelas Distribuidoras de Combustíveis remetentes do álcool etanol hidratado, por solidariedade dos Postos Revendedores de Combustíveis, está gravado de inconstitucionalidade, pois não está sendo obedecido o princípio da não cumulatividade.

Quanto a multa aplicada NO PERCENTUAL DE 60%, sustenta que a mesma POR SER GENÉRICA, conforme redação do dispositivo (artigo 42, II, “f”, da Lei 7.014/96), não se aplica ao caso em exame. A defesa argumenta que a lei penal deve ser precisa, uma vez que um fato só será considerado criminoso se houver perfeita correspondência entre a lei e a norma que o descreve. A lei penal delimita uma conduta lesiva, apta a pôr em perigo um bem jurídico relevante, e prescreve-lhe uma consequência punitiva. Ao fazê-lo, não permite que o tratamento punitivo cominado possa ser estendido a uma conduta que se mostre aproximada ou assemelhada.

Transcreveu lições de SILVA FRANCO: “*cada figura típica constitui, em verdade, uma ilha no mar geral do ilícito e todo o sistema punitivo se traduz num arquipélago de ilicitudes. Daí a impossibilidade do Direito Penal atingir a ilicitude na sua totalidade e de preencher, através do processo integrativo da analogia, eventuais lacunas*”.

Frisou que o princípio da taxatividade e descrição genérica, impõe, também, que a descrição da conduta criminosa seja detalhada e específica, não se coadunando com tipos genéricos, demasiadamente abrangentes. Que de nada adiantaria exigir a prévia definição da conduta na lei se fosse permitida a utilização de termos muito amplos e genéricos.

Em face do exposto, requereu a anulação da multa aplicada no percentual de 60%, prevista no artigo 42, II, alínea “f”, pela impossibilidade da adoção de penalidade genérica, entendimento já pacificado na doutrina e jurisprudência pátria.

Sustentou em seguida o caráter confiscatório da penalidade aplicada no Auto de Infração. Que no presente caso, estaria sendo aplicada multa em valor nitidamente confiscatório, em afronta direta às garantias constitucionais do cidadão contribuinte; configurando-se, com esta atuação, típica violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal.

Disse que atualmente já é reconhecida a ilegitimidade de multas absurdamente elevadas e as decisões do Poder Judiciário as tem reduzido, corrigindo esta distorção confiscatória imputadas pela Administração.

Frisou que o STF entendeu que há de se estender o Princípio da não-confiscabilidade a multas confiscatórias, conforme ADI 551/RJ.

Fez menção às disposições da Carta Magna, em seus artigos 145, § 1º, e 150, IV, prescreve a vedação do confisco que, embora dirigidos literalmente aos impostos, se espalham por todo o sistema tributário, atingindo por inteiro o crédito tributário na sua acepção mais lata, vinculando, por isso, inclusive a seara previdenciária.

Ao finalizar a peça impugnatória formulou os seguintes pedidos:

1. Seja anulado o Auto de Infração com base nos fundamentos apresentados: cobrança em duplicidade do ICMS próprio e ICMS retido por substituição tributária;
2. Pelo reconhecimento do Parecer da DITRI;
3. Pela falta de aproveitamento dos créditos fiscais no cálculo do ICMS próprio da Distribuidora de Combustíveis remetente, em obediência ao princípio da não cumulatividade;
4. Pelo cancelamento da multa por ser genérica;
5. Pelo cancelamento da multa em face do seu caráter confiscatório;
6. Pediu ainda que o processo seja convertido em diligência para apuração dos créditos fiscais próprios da(s) Distribuidora(s) de Combustíveis.

Prestada informação fiscal às fls. 59/61 do PAF. O autuante ressaltou, de início, que o crédito tributário exigido é decorrente de suas infrações originadas na aquisição de combustível por posto revendedor varejista junto a fornecedor sujeito a regime especial de fiscalização que está previsto no art. 47. inc. I, da Lei nº 7.014/96 e que a responsabilidade da autuada advém da aplicação do disposto no art. 6º, inc. XVI, da mesma lei retro-citada.

Ao adquirir as mercadorias de contribuinte submetido ao regime especial de fiscalização, sem exigência do DAE comprovando o pagamento do ICMS incidente nas operações (normal e substituído), a empresa autuada atraiu para si a responsabilidade pelo recolhimento do imposto

devido, não havendo que se falar em tributação sobre preço com a inclusão do ICMS, ou seja, o alegado “*bis in idem*”.

Frisou quer o caso envolve responsabilidade tributária por solidariedade, prevista no art. 125 do CTN. Que a Fazenda Pública do Estado da Bahia, sem benefício de ordem, imputa ao autuado, conforme expresso no art. 6º, inc. XVI, da Lei nº 7.014/96, por interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária, responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto incidente sobre suas operações de aquisição de combustíveis junto a fornecedores submetidos a Regime Especial de Fiscalização e Pagamento, quando não houver comprovação, por meio de documento de arrecadação (DAE), de todo o ICMS devido por ocasião da saída dos produtos dos estabelecimentos dos referidos fornecedores.

Destacou o art. 124, do CTN e afirmou que o caso não envolve a ocorrência de “*bis in idem*”, pois o fisco está exigindo do destinatário da mercadoria o ICMS que deixou de ser pago pelo remetente, como permite a lei vigente. Disse o único meio eficaz de elidir a responsabilidade solidária á a apresentação dos DAE's com a comprovação do pagamento.

Argumentou também que não encontra guardada o argumento da falta de respeito ao princípio da não cumulatividade, pois o que se pretendeu com a instituição do regime especial de fiscalização é que as distribuidoras comprovassem o recolhimento do imposto incidente na operação, que em tese estaria lançado no livro fiscal próprio, em atendimento a uma sistemática de pagamento do ICMS diferenciada e transitória. As compensações relacionadas ao princípio da não cumulatividade foram efetivadas, pois o que se está cobrando na autuação são os valores do ICMS normal destacados nas notas fiscais e lançados no livro, porém não recolhido aos cofres públicos ou recolhido a menor pelo fornecedor da mercadoria.

Somente por força do disposto no art. 6º, inc. XVI, da Lei nº 7.014/96 se transferiu a responsabilidade do pagamento do ICMS normal não recolhido ou recolhido a menor, para o posto revendedor varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não se encontrava acompanhada do respectivo documento de arrecadação , que deveria acompanhar a saída dos produtos nas operações de saída promovida pelo distribuidor do etanol.

Quanto à multa aplicada, o autuante discorreu que não há dúvidas quanto ao acerto da penalidade capitulada no Auto de Infração, sendo o dispositivo aplicável à espécie. O efeito confiscatório alegado na defesa também não foi acolhido, visto que o percentual da penalidade decorreu de disposição expressa da lei, que se encontra em plena vigência, não cabendo à instância administrativa discutir a validade da norma posta no ordenamento.

Ao finalizar a peça informativa pediu pela procedência integral do Auto de Infração em lide.

VOTO

Versa o presente Auto de Infração sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado. A infração 01 cuida da exigência do ICMS devido por responsabilidade solidária, retido e não recolhido, na operação de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização. A infração 02 diz respeito à exigência de crédito tributário em razão da falta de recolhimento do ICMS devido pelo regime normal de apuração.

O autuado formulou pedido de diligência na inicial para fins de apuração dos créditos tributários próprios da distribuidora de combustíveis. Não acolho a pretensão empresarial, pois se encontram presentes neste PAF todos os elementos de prova necessários a solução da lide, em especial as cópias das notas fiscais de remessa de etanol hidratado combustível para o estabelecimento da empresa autuada.

O contribuinte pediu, em seguida, nulidade do auto de infração ao argumento que houve cobrança em duplicidade do ICMS próprio e do ICMS devido por substituição tributária.

Observo que o crédito tributário exigido resulta de responsabilidade solidária, prevista no art. 6º, inc. I, da Lei nº 7.014/96, visto que o autuado adquiriu etanol combustível hidratado junto a

fornecedor/contribuinte submetido a regime especial de fiscalização, que se encontra previsto no art. 47, I, da lei já mencionada.

Neste caso não há que se falar em duplicidade de exigência de imposto ou “*bis in idem*”. O autuado ao adquirir mercadoria de contribuinte submetido a regime especial de fiscalização, sem comprovação de pagamento do imposto através da juntada de documento de arrecadação (DAE) ao documento fiscal que acobertou as operações de circulação, atraiu para si a responsabilidade de recolhimento do imposto. Não há que se falar, nesta situação, em tributação com a inclusão do ICMS sobre o preço.

A prova idônea para afastar a exigência tributária em lide seria a juntada, nos autos, do documento que atestasse o pagamento do ICMS – normal e substituído -, das operações objeto da autuação, mesmo que a quitação do imposto tivesse sido efetuada pelo fornecedor da mercadoria, no caso, a empresa Arogás Comércio de Combustíveis Ltda.

A argüição de não-cumulatividade do ICMS (art. 155, §2º, I, CF 88) não cabe, igualmente, no caso concreto, pois o regime especial trata da exigência fiscal do imposto normal e da substituição tributária, relativo às diretas transações entre o contribuinte autuado e seu fornecedor, referentes à aquisição de etanol hidratado, operação por operação. Estando essa mercadoria sujeita à antecipação tributária com fase de tributação encerrada, mas cujo montante não foi recolhido totalmente ao Erário, não há crédito fiscal que possa ser apropriado pelo autuado.

Reitero que as infrações imputadas ao autuado estão previstas no art. 6º, XVI, c/c o art. 47 da Lei nº 7.014/96, tendo o adquirente de combustível a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto, total ou parcial, devido pelo remetente, sujeito ao regime especial de fiscalização que o obriga no pagamento do imposto próprio e/ou substituído, no momento da saída da mercadoria.

Impõe esclarecer que a responsabilidade solidária tributária, com esteio no art. 124 do CTN, no presente caso, está amparada na hipótese de o posto revendedor varejista adquirir combustível junto ao remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, na ausência da prova desse recolhimento. Sabendo-se que a solidariedade não comporta benefício de ordem, a legislação alcança quaisquer das pessoas que tenham interesse comum na situação (distribuidor e posto revendedor), não se admitindo a escusa no cumprimento da obrigação tributária.

Convém detalhar que com o advento da Lei nº 12.040, de 28.09.10, que deu redação ao artigo 6º, inciso XVI, da Lei do ICMS, os postos revendedores varejistas 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 integralidade.

Assim, 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 à sociedade empresária distribuidora (Arogás), inserida em regime especial de fiscalização e pagamento do imposto em ato administrativo próprio.

Por fim, é importante ressaltar, que os tribunais superiores no Brasil, vêm se posicionando pela legalidade da adoção dos Regimes Especiais de Fiscalização. Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça, de forma reiterada, tem se pronunciado pela legalidade dessa medida administrativa, conforme se observa do voto exarado pelo Ministro José Delgado, quando do julgamento do Embargo Declaratório, em Recurso Ordinário relativo ao Mandado de Segurança nº 16.098-SE (2003/0045042-2):

“Constata-se, portanto, que a sujeição da empresa a regime especial de fiscalização é ato legal e legítimo, e não afronta os princípios constitucionais invocados, pois a recorrente não cumpriu as suas obrigações fiscais. Essa orientação emana desse Colendo Tribunal Superior, consoante os seguintes julgados:

Tributário – ICMS – Cobrança Antecipada – Regime Especial de Fiscalização – Legalidade – Precedentes. É legítima a cobrança antecipada do ICMS, sob o pátio da Constituição Federal (art. 146, II, b), Lei Complementar nº 87/96 (art. 26, II) e Lei Estadual nº 3.796/96 (art. 28, I, b, 8). Não padece de ilegalidade a

sujeição do contribuinte ao regime especial de fiscalização, se este deixou de cumprir com as suas obrigações tributárias (...).

Nesse mesmo sentido tem se manifestado o Supremo Tribunal Federal, através do seu Ministro Sepúlveda pertence, quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 474.241-1, Minas Gerais, a saber:

“Ementa: 1. Recurso extraordinário: descabimento (...) 2. ICMS: regime especial de fiscalização: ausência de ofensa ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, II) e à garantia constitucional da liberdade de trabalho (CF, art. 5º, XIII): não incidência, no caso da Súmulas 70, 323 e 547, que versam sobre a proibição de restrições à atividade econômica como meio coercitivo de pagamento de tributos”.

Em relação Parecer Tributário da DITRI citado na peça defensiva e vinculado ao processo de consulta nº 00743720110, há dois aspectos a serem observados. 1) o parecer só produz efeitos entre as partes envolvidas; 2) o parecer não pode prevalecer sobre disposição expressa da legislação. Logo, ineficazes os argumentos defensivos para invalidar o lançamento fiscal.

O contribuinte alegou ainda ilegalidade da multa aplicada, por estar contida em disposição normativa de conteúdo genérico e em face do seu caráter confiscatório.

Não acatamos os argumentos defensivos. Isto porque as multas previstas no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, vinculadas ao descumprimento de obrigação tributária principal refere-se, também à falta de pagamento do ICMS, por antecipação e decorrente de apuração normal. Reproduzo o conteúdo da norma apenadora:

Art. 42 (...)

f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal;

Ademais, a referida penalidade está sujeita às reduções estabelecidas no art. 45 da mesma norma legal, desde que o contribuinte efetue o recolhimento ou parcele débito apurado e lançado, via Auto de Infração, nos prazos ali previstos.

Por sua vez, o exame da constitucionalidade ou a decorrente avaliação da desproporcionalidade da multa prevista na legislação estadual é matéria que não pode ser apreciada por este Conselho de Fazenda, pois à instância administrativa não é conferida esta competência, conforme regra estabelecida no art. 167, I do RPAF/BA.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **088444.0005/13-4**, lavrado contra **BARBOSA TORRES COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$56.002,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2013.

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR