

PROCESSO - A. I. Nº 129106.1214/12-6
RECORRENTE - USINA TERMO ELÉTRICA IOLANDO LEITE LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0314-03/13
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET - 14/03/2014

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0041-12/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ÁLCOOL ETÍLICO CARBURANTE. FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS E O CONSEQUENTE RECOLHIMENTO AO ESTADO DA BAHIA, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Comprovado nos autos que autuado na data do fato gerador encontrava-se obrigado a fazer a retenção e o consequente recolhimento nas remessas para esse Estado de álcool etílico carburante na condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao ICMS, consoante teor expresso do §6º do art. 289 do RICMS-BA/97, decorrente da vigência da Lei nº 12.605/12 de 14/12/2012 que recepcionou na legislação baiana a previsão contida no inciso I da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 110/07. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que confirmou integralmente o lançamento fiscal, condenando o autuado ao pagamento de ICMS no valor histórico total de R\$54.106,91.

O Auto de Infração lavrado em 19/12/2012, decorre da infração que acusa o ora recorrente de haver deixado de proceder à retenção do ICMS, e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Lê-se no campo descrição dos fatos:

"FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS E CONSEQUENTE RECOLHIMENTO NA CONDIÇÃO DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, RELATIVO A OPERAÇÕES SUBSEQUENTES, NAS VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADO NO ESTADO DA BAHIA. A SUJEIÇÃO PASSIVA PARA AS OPERAÇÕES COM ÁLCOOL ETÍLICO CARBURANTE, FOI ALTERADA COM A PUBLICAÇÃO DA LEI 12.605/12, DATADO DE 14/12/2012, QUE RETIROU A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DAS DISTRIBUIDORAS DE COMBUSTÍVEIS PARA PROCEDER A RETENÇÃO E O RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA COM NOVA REDAÇÃO, O RESPONSÁVEL POR SUBSTITUIÇÃO NAS OPERAÇÕES COM ÁLCOOL HIDRATADO PASSA A SER O REMETENTE NOS TERMOS DA CLÁUSULA PRIMEIRA DO CONVÊNIO 110/07, RECEPCIONADO PELA LEGISLAÇÃO BAIANA PELO ARTIGO 289, PARÁGRAFO 6º DO RICMS-BA, REFERENTE AOS DANFES 2391, 2393, 2390 E 2392 DE 17/12/2012."

Da apreciação das razões de defesa e das informações fiscais, os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, à unanimidade, decidiram pela procedência do Auto de Infração, julgando integralmente subsistentes a infração acima descrita, tudo com fundamento nas razões expostas no voto do Relator da Decisão recorrida, cuja transcrição se faz, como segue:

VOTO

O presente lançamento de ofício traz a exigência fiscal da falta de retenção do ICMS e do consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de Álcool Hidratado realizadas para contribuinte no Estado da Bahia.

O autuado, localizado no Estado de Sergipe, vendeu Álcool Hidratado para o contribuinte baiano FIX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA., consoante Danfes nºs 2392, 2392, 2391e 2390, fls. 07 a 10, no dia 17/12/2012 sem efetuar a retenção e o consequente recolhimento, tendo sido a carga apreendida no Posto Fiscal “Francisco Hereda”, consoante Termo de Ocorrência Fiscal nº 129106.0842/12-3, fl. 04.

Em sede de defesa, o impugnante refutou a acusação fiscal aduzindo que seu cliente, destinatário da mercadoria apreendida, é beneficiário com autorização para dilação do prazo de pagamento do ICMS por Substituição Tributária, consoante Parecer nº 28730.2012, fl. 65, emitido pela Gerência de Fiscalização da SAT/COPEC/GEFIS e datado de 05 de dezembro de 2012. Sustentou que a fiscalização não pode simplesmente desconsiderar os efeitos do aludido Parecer que se encontra em pleno vigor.

O autuante sustentou a autuação esclarecendo que as operações com Álcool Etílico Carburante foi alterada com a publicação da Lei nº 12.605/12 de 14/12/2012 que alterou a Lei 7.014/96, retirando a responsabilidade tributária das Distribuidoras de Combustíveis para proceder à retenção e ao recolhimento do imposto devido por substituição tributária.

Ao compulsar as peças que compõem os autos verifico que, a Lei nº 12.605/12 de 14/12/2012, publicada no DOE de 15 e 16/12/12, com efeitos a partir de 15/12/12, efetivamente, alterou a Lei 7.014/96, excluindo o produto álcool carburante do inciso III do art. 8º, in verbis:

“Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

[...]

III - o distribuidor de energia elétrica, gás natural, lubrificantes derivados ou não de petróleo e outros produtos da indústria química,”

Por seu turno, o §6º do art. 289 do RICMS-BA/12, a seguir reproduzido, também alterado com o advento da Lei nº 12.605/12, e em consonância com o inciso I da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 110/07, estatui a obrigação da antecipação por parte dos remetentes.

“Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

[...]

§ 6º Os contribuintes que realizarem operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e com os demais produtos tratados no Convênio ICMS 110/07, deverão cumprir as obrigações principais e acessórias previstas no referido convênio.”

Desse modo, a presente autuação afigura-se lastreada nos dispositivos legais acima enunciados, exigindo o imposto do sujeito passivo que é o remetente do Álcool Hidratado apreendido, adquirido por contribuinte localizado neste Estado.

Nestas circunstâncias, não resta dúvida que o autuante agiu acertadamente, visto que, na data da apreensão do Álcool Etílico Carburante, objeto do Auto de Infração cabia ao remetente, ora autuado, ter procedido à retenção e o recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas realizadas à contribuinte localizado no Estado da Bahia. Obrigaçao expressamente determinada no §6º do art. 289 do RICMS-BA/97 com respaldo na Lei 7.014/96.

Quanto ao Parecer nº 28730.2012 que concedeu a autorização para dilação do prazo de pagamento do imposto para o estabelecimento destinatário, FIX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA., convém salientar que esse benefício em nada afeta a condição de remetente do autuado, responsável legal pela retenção do imposto.

Logo, concluo pela subsistência da autuação.

Constatou que a multa indicada no Auto de Infração foi corretamente tipificada e em total consonância com a previsão expressa na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Quanto à alegação do impugnante de que o percentual de 60% é excessivo, desproporcional e tem caráter confiscatório, saliento que, conforme disposto no art. 167, inciso I do RPAF-BA/99, não figura nas atribuições deste órgão julgador, apreciar a legalidade ou constitucionalidade do direito posto, deve, portanto, ser mantida a multa indicada.

No que pertine, especificamente, ao pedido de afastamento ou redução da multa, também não acolho o pleito do autuado por falecer competência

a esta Junta, uma vez que, de acordo com o art. 159 do RPAF-BA/99, a atribuição regimental para dispensar ou reduzir multa por descumprimento de obrigação principal é da Câmara Superior do CONSEF.

Diante do exposto, voto pela PROCEDENCIA do Auto de Infração.

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, colacionado às fl. 117 a 130, o contribuinte, de plano, afirma que merece reforma a Decisão recorrida aduzindo que não cometeu nenhuma irregularidade digna de autuação.

Diz que tem como atividade a destilação, fabricação, retificação, homogeneização, mistura e engarrafamento de aguardentes e outras bebidas destiladas, fabricação de álcool etílico de cana de açúcar. Também dizendo da autuação, que reputa improcedente, destacando que sua conduta não pode ser considerada ato que constitua fraude, sonegação ou outra conduta ilícita, na operação tributária em apreço.

Registra que o autuante deixou de considerar que a própria SEFAZ-BA concedeu à Fix Distribuidora de Petróleo Ltda. – ME (Parecer nº 28730.2012, de 05/12/2012) “*autorização para dilação do prazo de pagamento do ICMS por substituição tributária nas aquisições de AEHC transportado a granel*”, o que tornaria improcedente o lançamento fiscal.

Com fundamento no Parecer acima citado, evoca o art. 332, XIII, do RICMS (transcrito), aduzindo que no caso dos autos, mantida a autuação, estar-se-ia a observar a anulação ou a simples “... *Revogação Tácita da autorização para dilação de prazo de recolhimento do ICMS retido por substituição tributária concedida pela própria SEFAZ/BA a Impugnante através do Parecer nº 28730.2012*”. Nessa senda, registra que o autuante não pode desconsiderar os efeitos do Parecer nº 28730.2012, para lavrar o Auto de Infração em discussão, em flagrante desconsideração à possibilidade de aplicação de um benefício fiscal concedido pela SEFAZ e que se encontra em pleno vigor. Registra que tem situação regular junto à SEFAZ da Bahia, o que atende aos requisitos dispostos no art. 332, do RICMS/2012.

Chamando à baila o Parecer retro citado, conclui que é vedado à administração anular benefício fiscal ou a prática nele baseada de recolher o ICMS retido por Substituição Tributária no dia 15 do mês subsequente ao do fato gerador. Citando trechos de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e dizendo do seu direito adquirido, afirma que o “*benefício fiscal do recorrente, também não pode ser anulado, ou revogado, quando deu causa a situações que já se estabilizaram e se consolidaram no tempo*”.

Quanto à multa, diz que a sua aplicação atende aos objetivos da sanção tributária, contudo, o percentual fixado em 60% é excessivo, desproporcional e confiscatório, aduzindo que extrapola os limites da razoabilidade e desvirtua sua finalidade. Cita o art. 150 da Constituição Federal/88, a jurisprudência e a doutrina, pugnando pela redução.

Discorre derredor da multa punitiva, lembrando que o valor máximo para o consumidor é de 2% (art. 52, § 1º, da Lei 8.078/90), aduzindo que não pode o fisco exigir multas em percentuais tão elevados, sob pena de violação a preceitos constitucionais.

Transcreve os artigos 106 e 112, do CTN, aduzindo que muito embora a falta de recolhimento do tributo mereça reprovação, o que não aconteceu na espécie, deve ser aplicada a orientação mais benéfica por se tratar de penalidade.

Pugna pela declaração de insubsistência do Auto de Infração.

Por derradeiro, requer acolhimento ao seu Recurso Voluntário, para que seja declarado insubsistente o Auto de Infração em apreço.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 2ª JJF deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente

Auto de Infração.

Cinge-se o Recurso Voluntário a combater a Decisão que julgou procedente a infração que acusa a oro recorrente de haver deixado de proceder a retenção do ICMS, e consequente recolhimento, na qualidade de Sujeito Passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia.

Registro que não há no Recurso em apreço qualquer referência a eventuais nulidades do lançamento ou mesmo da Decisão recorrida. Nessa direção, apenas por cautela, verifico que foram atendidos os comandos do art. 39 do RPAF/BA, o que afasta as possibilidades de nulidade do lançamento e do *decisum* de primo grau previstas no art. 18 do mesmo diploma legal.

No mérito, aduz o recorrente que é improcedente a autuação, pois, o autuante deixou de considerar que a própria SEFAZ-BA concedeu à Fix Distribuidora de Petróleo Ltda. autorização para dilação do prazo de pagamento do ICMS por substituição tributária nas aquisições de AEHC transportado a granel, conforme Parecer nº 28730.2012, de 05/12/2012.

Entendo que as razões recursais, *in fine*, não têm o condão de elidir a acusação fiscal. O fato é que a acusação fiscal tem substância na legislação, o que impõe à análise do caso a estrita aplicação da norma à conduta típica.

Por primeiro, com relação ao Parecer nº 28730.2012, de 05/12/2012, de plano, tudo o quanto dito no referido Parecer vincula apenas a parte consulente e a SEFAZ/Ba, inadmitido, portanto, a transposição de tais limites. Por segundo, há que se estabelecer que o recorrente é remetente das mercadorias e, nesta condição, os termos do Parecer retro citado em nada interfere ou afeta a condição de responsável pela retenção do imposto correspondente às operações que deram azo à autuação.

Quanto aos fundamentos da autuação, como dito alhures, remete à legislação, aí entendido que a Lei nº 12.605/12 de 14/12/2012, alterou a Lei 7.014/96, estabelecendo que as operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, estariam sujeitas à retenção e ao recolhimento do imposto devido por substituição tributária. Como o foco da autuação e o seu deslinde tem esteio na legislação, entendo conveniente trazer à coloção, mesmo que já tenha sido transcrita ao longo deste PAF, como segue:

Diz a Lei nº 12.605/12 de 14/12/2012, com efeitos a partir de 15/12/2012, que alterou a Lei 7.014/96:

“Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

[...]

III - o distribuidor de energia elétrica, gás natural, lubrificantes derivados ou não de petróleo e outros produtos da indústria química;”

Também como efeito da alteração acima referida, trago à coloção o art. 289, §6º, do RICMS/Ba, também alinhado à cláusula primeira, inciso I, do Convenio ICMS 110/07:

“Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

[...]

§ 6º Os contribuintes que realizarem operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e com os demais produtos tratados no Convênio ICMS 110/07, deverão cumprir as obrigações principais e acessórias previstas no referido convênio.”

À luz dos elementos acima, considerando a condição de remetente da oro recorrente, não restam duvidas quanto ao fato de que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto, nas operações em apreço, recai sobre o autuado, tudo porque é, de fato, Sujeito Passivo por substituição, no que concerne a operações subsequentes nas vendas realizadas à contribuinte localizado no Estado da Bahia, o que torna as razões recursais carentes de esteio jurídico e fático.

Com respeito à multa aplicada e considerando que a súplica recursal é no sentido de reduzi-la,

destaco que a redução ou exclusão da referida penalidade, à luz do art. 159, do RPAF/99, se mostra obstada, pois, a infração tem caráter de obrigação principal, e para esses casos, a análise de eventual redução ou exclusão da multa é de competência exclusiva da Câmara Superior, que o poderá fazer mediante provoção do Sujeito Passivo, atendidos os requisitos contidos na legislação.

Ante a tudo o quanto exposto, VOTO no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 129106.1214/12-6, lavrado contra **USINA TERMO ELÉTRICA IOLANDO LEITE LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$54.106,91**, 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, 25 de fevereiro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS