

PROCESSO	- A. I. Nº 088444.0005/13-4
RECORRENTE	- BARBOSA TORRES COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO ARARÁ)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0227-05/13
ORIGEM	- INFAS JEQUIÉ
INTERNET	- 16/05/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0118-11/14

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. EM SEDE DE RECURSO VOLUNTÁRIO, FOI APENSADO MANDADO DE SEGURANÇA ATRAVÉS DO qual o fornecedor não estava submisso ao regime especial de fiscalização. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário à Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração lavrado em 01/08/2013, exigindo 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.

Presente aos autos a 5ª JJF julga pela Procedência do Auto de Infração em tela, mediante afastamento das razões apresentadas pela defesa inicial, dentre as quais;

Não acolhimento do pedido de diligencia, por se encontrarem 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 autuado;

Em seguida ao pedido de nulidade do Auto de Infração ao argumento que houve cobrança em duplidade do ICMS próprio e do ICMS devido por substituição tributária, ressaltam que o crédito tributário exigido resulta de responsabilidade solidária, prevista no art. 6º, inc. I, da Lei nº 7.014/96, pela aquisição de etanol combustível hidratado junto a fornecedor/contribuinte Arogás Comercio de Combustíveis Ltda. submetido a regime especial de fiscalização, conforme previsto no art. 47, I, da lei já mencionada. Aduz não haver que se falar em duplidade de exigência de imposto ou “bis in idem”, pois no caso posto, sem juntar comprovação de

pagamento do imposto tornou-se responsável pelo mesmo, descabendo se falar, nesta situação, em tributação com a inclusão do ICMS sobre o preço.

Quanto à argüição de não-cumulatividade do ICMS (art. 155, §2º, I, CF 88) citam que também não cabe no caso concreto, pois o regime especial trata da exigência fiscal do imposto normal e da substituição tributária, relativo às diretas transações entre o autuado e seu fornecedor, e pertinentes à aquisição de etanol hidratado, operação por operação. Firmam que estando essa mercadoria sujeita à antecipação tributária com fase de tributação encerrada, sem pagamento do total do imposto, não lhe socorre crédito fiscal para ser apropriado;

Apontam as previsões do art. 6º, XVI, c/c o art. 47 da Lei nº 7.014/96, nas quais tendo o adquirente de combustível a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto, total ou parcial, devido pelo remetente sujeito que está ao regime especial de fiscalização, resulta obrigado pelo pagamento do imposto próprio e/ou substituído, que não foi recolhido no momento da saída da mercadoria. E que a responsabilidade solidária tributária, com esteio no art. 124 do CTN, aplicável ao presente caso, resulta da 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, e faltar prova desse recolhimento. Como 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;

Mencionam mais 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 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, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação, na sua integralidade;

Ressaltam que os tribunais superiores no Brasil, vêm se posicionando pela legalidade da adoção dos Regimes Especiais de Fiscalização.

E relatam que “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 o 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”.

-Não acatam argumentos acerca da ilegalidade da multa aplicada a qual estaria contida em disposição normativa de conteúdo genérico e em face do seu caráter confiscatório, dado que as multas, previstas no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, vinculadas tanto ao descumprimento de obrigação tributária principal como também à falta de pagamento do ICMS, por antecipação e decorrente de apuração normal. Reproduzem texto da Norma; “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”.

Finalizam seu julgamento citando, que 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, e que o exame da constitucionalidade ou a avaliação da desproporcionalidade da multa prevista na legislação estadual são matérias que não podem ser apreciadas por extrapolarem o limite de competência deste Conselho de Fazenda, conforme regra estabelecida no art. 167, I do

RPAF/BA.

E julgam pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em lide.

Recurso Voluntário tempestivamente apresentado, reprisa integralmente as razões de defesa apreciadas e combatidas na Instância Primeira.

Entretanto, fato novo apresentado pelo recorrente na oportunidade do Recurso Voluntário e apensado às fls. 105/6/7 do PAF, tratou-se de Liminar de Mandado de Segurança, deferido em nome do fornecedor/distribuidor Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., o excluindo do Regime Especial de Fiscalização e pagamento do ICMS, Processo nº 0341915.21.2012.8.05.0001, tramitado na 2ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, Bahia, em data de 23 de maio de 2012.

Em seu Recurso diz da imprecisão da aplicação da multa de 60%, por genérica, citando lições de Silva Franco, Cernicchiaro, realçando que a generalidade é mais perigosa que a analogia por ensejar ao interprete liberdade maior, flagrantemente contraria à CF/88, aduzindo ao caráter confiscatório da mesma.

Em seu pedido requer a nulidade do Auto de Infração em espeque, cancelamento da multa por genérica e confiscatória, e a falta de requisito essencial que permitisse a transferência do pólo passivo dessa relação tributária.

VOTO

A imposição fiscal presente nos autos, originou-se da previsão dada pelo art. 6º, incisos XVI da Lei nº 7014/96, mediante a qual 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 etanol adquirido junto a remetente/distribuidor (sujeito a Regime Especial de Fiscalização e pagamento), nas situações em que as notas fiscais não se encontravam acompanhadas do respectivo documento de arrecadação.

A acusação foi consubstanciada nos períodos de 30/06 a 30/11/2012, tanto para as ocorrências nas quais se cobrou o imposto normal, quanto para as cobranças do imposto retido, ambas por responsabilidade solidária.

No entanto a medida acautelatória tomada pela Distribuidora Arogás Comercio de Combustíveis Ltda., sob a égide da Liminar de Mandado de Segurança nº 0341915.21.2012.8.05.0001 trazida aos autos em sede de Recurso Voluntário, fulminou com a sujeição passiva dos atos e fatos acusados e posteriores à concessão da mesma, sejam, a partir de 23/05/2012, como o foram as ocorrências compreendidas no presente Auto de Infração.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado para julgar Improcedente o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **088444.0005/13-4**, lavrado contra **BARBOSA TORRES COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO ARARÁ)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2014.

RUBENS DE SOUZA BEZERRA - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

ROSANA JEZLER GALVÃO -REPR. DA PGE/PROFIS