

A. I. N° - 088444.0051/13-6
AUTUADO - POSTO BELO JARDIM LTDA.
AUTUANTES - DERNIVAL BERTOLDO SANTOS e JOSÉ SILVIO DE OLIVEIRA PINTO
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 21/07/2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0108-05/14

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE. ICMS NORMAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DESTACADO. A autuação está amparada no art. 6º da Lei nº 7.014/96, que no inciso XVI, 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. Há comprovação de recolhimento relativo às operações com substituição tributária, mas não o ICMS normal da operação, motivo da autuação. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No Auto de Infração lavrado em 04/09/2013, foi efetuado lançamento de imposto no valor total de R\$83.641,56, acrescido da multa de 60% em razão não ter recolhido o ICMS normal devido por responsabilidade solidária, nas aquisições de combustível, junto a empresa remetente sujeita ao regime especial de fiscalização com obrigatoriedade de pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento da mercadoria por meio de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação. Os valores lançados se reportam ao período de junho a novembro de 2012 conforme cópias de DANFE, entre as folhas 26 e 129, da AROGÁS COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS.

A impugnante apresenta defesa à fls. 138/142, onde inicialmente argui que o Auto de Infração impugnado é nulo de pleno direito, por falta de embasamento legal do mesmo. Que a suposta infração cometida pela Autuada, feriu aos artigos 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96. Ocorre que inexistente na mencionada Lei, o dispositivo que foi considerado pelo Autuante, como infringido.

Acrescenta que o artigo 32 da Lei em apreço, trata sobre recolhimento do Imposto e o artigo 47, I e II da mencionada Lei nº 7.014/96, diz respeito ao regime especial de fiscalização e pagamento do ICMS, como se depreende da transcrição a seguir:

“Art. 47 - O regime especial de fiscalização e pagamento será determinado por ato do Diretor do Departamento de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda, por solicitação do Diretor de Fiscalização, e consistirá, segundo as situações enumeradas no artigo anterior, isolada ou cumulativamente:

I - na obrigatoriedade do pagamento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias ou prestações de serviços, diariamente, inclusive do imposto devido por substituição tributária;

II - na obrigatoriedade do recolhimento do ICMS apurado por quaisquer dos métodos de arbitramento previstos no § 1º do art. 22, cujo total será dividido por 12 (doze), encontrando-se, dessa forma, o valor a ser recolhido no primeiro mês da implantação do regime, devendo o valor relativo a cada mês subsequente ser atualizado monetariamente;”.

Que constata-se, portanto, que o Autuante atirou a esmo, visto que o ICMS que por força de lei é realmente devido pela Autuada, resultante da substituição tributária, foi recolhido pela mesma, na sua totalidade, conforme demonstrativo acostado. Alega que para existência de qualquer imposição tributária, deverá haver um ‘FATO’. Que não se pode, arbitrariamente, notificar um ato distinto daquele qualificado pela lei que serviu de enquadramento para a suposta infração, como ocorre no caso do Auto de Infração impugnado.

Que por isso, a cobrança de Imposto como consta do presente Auto de Infração, não deve subsistir de forma alguma, pela absoluta falta de certeza da infração; que não existe amparo legal

para a tributação de um fato gerador inexistente. Os próprios documentos utilizados pelo Autuante para a lavratura do Auto de Infração combatido, comprova uma nítida inexistência de fato gerador da obrigação tributária. Assim, diante dos fatos expostos, requer pela NULIDADE da autuação, face a ausência de embasamento legal para dar sustentação à pretensão do Autuante.

O autuante presta informação fiscal às fls. 150/153, e afirma que o crédito tributário aqui exigido é decorrente da aquisição de combustível por posto revendedor varejista junto a fornecedor sujeito ao Regime Especial de Fiscalização que está previsto o artigo 47, inciso I da Lei nº 7.014/96, o qual reza:

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;

A responsabilidade da autuada advém da aplicação do disposto art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96:

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 à remetente sujeito ao regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, quando nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação.

Que assim, ao adquirir as mercadorias de contribuinte sob regime especial de fiscalização, sem a exigência do DAE de pagamento do ICMS incidente sobre a operação, o defendente atrai para si a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido, não havendo que se falar em tributação incidente no preço.

Que trata-se de responsabilidade tributária por solidariedade prevista no art. 124 do CTN. A Fazenda Pública do Estado da Bahia, sem benefício de ordem, imputa ao Autuado, conforme expresso no art. 6º inciso XVI da Lei nº 7.014/96, por interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária do Auto de Infração em tela, a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto incidente sobre suas operações de aquisição de combustível, junto a fornecedores submetidos ao Regime Especial de Fiscalização e Pagamento, quando não se puder comprovar, por meio de documento de arrecadação, todo o ICMS devido no momento da saída dos produtos dos referidos fornecedores para seu estabelecimento. Destaca o artigo 124 do CTN.

Alega que o Fisco está exigindo do destinatário da mercadoria o imposto que deixou de ser pago pelo remetente, como permite a Lei vigente, o que não se confunde com substituição tributária. Demais disso, o Auto de Infração questiona unicamente a falta de pagamento do imposto devido nas operações, que deveriam estar comprovados mediante DAE anexo às notas fiscais, único meio capaz de elidir a responsabilidade solidária.

Somente por força do disposto no art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96 se transferiu à 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 à remetente sujeito ao regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação, decorrente da operação de saída do distribuidor.

Diz que a argumentação defensiva se limita a apontar os valores recolhidos por substituição tributária, o que em momento nenhum foi exigido no presente PAF, estando explicitado que a exigência recai sobre o ICMS normal, que deixou de ser comprovado o recolhimento pelo remetente, pelo acompanhamento do DANFE do comprovante de pagamento. Que assim, é a presente para impugnar a peça defensiva em todos os seus termos, requerendo a PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

VOTO

Trata o presente processo, de lançamento tributário de ofício, decorrente de responsabilidade solidária na aquisição de combustível sem o recolhimento do ICMS normal, de fornecedor submetido a regime especial de fiscalização.

Em preliminar de nulidade, o impugnante arguiu a inexistência de mandamento normativo apontado pelo autuante como sendo art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96. No entanto, pelo art. 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição. Assim, mesmo que a indicação do dispositivo legal fosse equivocada, não implicaria nulidade, vez que a descrição da infração está com a devida clareza.

Entretanto, constato que a alegação não condiz com a realidade, vez que consultando a Lei nº 7.014/06, constata-se a existência do art. 6º, XVI, com o seguinte teor:

Do Responsável por Solidariedade

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;

Pelo exposto, denego a preliminar de nulidade, e continuo com a apreciação de defesa de mérito. O impugnante alega que “o Autuante atirou a esmo, visto que o ICMS que por força de lei é realmente devido pela Autuada, resultante da substituição tributária, e foi recolhido pela mesma, na sua totalidade, conforme demonstrativo acostado”.

De fato, constata-se nos anexos, que há comprovação de recolhimento relativo às operações com substituição tributária, mas não o ICMS normal da operação. Isto porque nas operações com combustíveis, o imposto desdobra-se em duas partes, o imposto incidente sobre o preço praticado pela distribuidora com o posto de combustíveis e o imposto devido por substituição tributária, pela margem de valor agregado (MVA) nas operações do posto de combustíveis com o consumidor final, já que ao vender o combustível no posto, a operação já se encontra com tributação encerrada e nenhum imposto é lançado no momento da venda.

No entanto, conforme relatado pelo autuante na informação fiscal, o lançamento deveu-se à falta de recolhimento do ICMS normal e não o da substituição tributária. É devida a comprovação de ambos, o normal e o substituído. Conforme está a infração, o lançamento devido pelo ICMS normal não foi comprovado. A autuação está amparada no art. 6º da Lei nº 7.014/96, 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.

Face ao exposto, considero 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 **088444.0051/13-6**, lavrado contra **POSTO BELO JARDIM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto de **R\$83.641,56**, 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, 03 de junho de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR