

A. I. N° - 232892.0028/12-8
AUTUADO - MÁRCIO PINHEIRO DUARTE - EPP
AUTUANTE - HELENA DOS REIS REGO SANTOS
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 11.11.2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0207-05/14

EMENTA: ICMS. 1. 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. O demonstrativo de fls. 26/29 traz o cálculo do ICMS normal e do ICMS retido por substituição tributária, cuja responsabilidade de pagamento, por força do art. 47 da Lei nº 7.014/96 obriga o adquirente, solidariamente, ao pagamento do imposto devido. Assim, do ponto de vista legal, o lançamento encontra-se embasado em dispositivo que autoriza a fazenda pública à cobrança do imposto. Admitida a comprovação parcial do pagamento do imposto devido nas operações, por conta das provas apresentadas às fls. 61/80, comprovando-se o pagamento com apresentação de recibos de pagamento bancário dos documentos de arrecadação - DAE. Infrações 1 e 2, subsistem em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No auto de infração lavrado em 21/12/2012, foi efetuado lançamento de imposto no valor total de R\$10.687,50 em razão das seguintes infrações

- 1- Deixou 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 das mercadorias, em vista do recebimento da mercadoria através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação, sendo lançado o valor de R\$8.054,47, acrescido da multa de 60%.
- 2- Deixou o adquirente, de recolher o ICMS retido por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustível junto a remetente sujeito a Regime Especial e obrigado do 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, sendo lançado o valor de R\$2.633,03, acrescido da multa de 60%.

A impugnante apresenta defesa às fls. 49/59, quando aduz que os produtos comercializados pela autuada foram adquiridos junto a fornecedores regulares, com inscrição no CNPJ, inscrição estadual e autorização da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP e que foram contabilizados e escriturados na forma legal, inclusive no livro de movimentação de combustíveis, LMC, de exigência da ANP e que serve também para a análise da fiscalização do Estado, em face do convênio que existe entre este e a ANP e que o autuante, imputou a responsabilidade do adquirente com a aplicação do instituto jurídico da solidariedade, quando sequer existiria multa formal por descumprimento de obrigação acessória, já que o imposto foi

recolhido pela fonte que forneceu o combustível, tanto que foram encaminhados os comprovantes de pagamento que ora são anexados.

Aduz que não se deu publicidade necessária ao fato, somente se tendo notícia através do site da SEFAZ. Ora, a própria lei que determina a publicidade pra validade da norma não estabelece a possibilidade de que se cumpra o mandamento tão somente através do site na internet. Restringiu-se o direito do contribuinte, já que sem as informações necessárias adquiriu o produto de distribuidora no regime especial, todavia esta tinha inscrição estadual regular, inscrição no CNPJ e autorização da ANP. Que não há dúvida, de que a SEFAZ não pode obrigar ao contribuinte a buscar no seu site notícias acerca do regime especial, furtando-se em cumprir o determinado pelo princípio constitucional que impõe que todos os atos administrativos sejam publicados e, como se sabe, para alcançar a todos e não uma pequena parte como se alcança com a publicação somente através da internet.

Diz que é indiscutível que a finalidade da publicidade dos atos oficiais não está cingida pela letra da lei, mas norteia-se pelo dever de transparência e informação da Administração perante o cidadão, ou então, pelo próprio interesse do cidadão pela notícia ou ato administrativo publicado. Esta é a essência do princípio da publicidade administrativa. Não há dúvida de que houve violação do direito.

Que como se não bastasse, o auto de infração traz o imposto cheio de 19% sobre o valor constante da nota fiscal, sem considerar que houve pagamento parcial do imposto devido e que seria objeto do ICMS substituído, pago comprovadamente pela distribuidora fornecedora, tanto que junto com as notas fiscais (DANFE) se encaminhava-se boletos de pagamentos onde se destaca o número da nota e o quanto foi pago. Ora, mesmo que imposto fosse devido, ter-se-ia que deduzir os valores pagos ao Estado, mesmo que parcial, feitos pela distribuidora que estaria sob o regime especial de fiscalização. A bitributação é inconstitucional e não pode ser acolhida, ferindo-se com o ato princípios constitucionais e de leis ordinárias, com o Código Tributário Nacional.

Alega que o posto adquiriu produtos de distribuidora que tinha regular funcionamento e teve o cuidado de solicitar que fosse encaminhado o comprovante de pagamento do ICMS por substituição devida, e, como existe fiscalização em postos quando do trânsito da mercadoria, não se tinha qualquer irregularidade, senão o veículo transportador ficaria retido na barreira fiscal. Tal fato pressupõe que toda a operação envolvendo a aquisição de combustíveis junto a distribuidora que estaria sob regime especial de fiscalização estaria dentro da legalidade. Para comprovação do arguido, traz para apreciação cópias dos DANFE's e dos pagamentos efetivados pertinentes ao ICMS devido.

Protesta que a Administração Pública e o próprio Órgão Julgador não podem atropelar as normas legais e fincar a sua vontade, não dando a publicidade necessária aos atos. Não se pode usar de “dois pesos e duas medidas”, dando-se publicidade a alguns atos, e a outros não, fazendo-se constar na internet a passagem das distribuidoras para o regime especial de fiscalização e mesmo com a previsão na norma, esta seria ilegal pela restrição de direito, porque nem todos têm acesso à internet e ao site da SEFAZ, ferindo-se o princípio da igualdade de tratamento.

Que não se pode conceber que o Estado venha a se locupletar com a cobrança de imposto já cumprido pelo revendedor quando pagou a nota fiscal de aquisição junto a distribuidora, em decorrência da substituição tributária, acrescendo multa, não havendo qualquer nova operação para de ter a incidência do ICMS. Que o posto revendedor agiu de boa-fé e não contribuiu para que a suposta infração pudesse acontecer. Os dispositivos do RICMS mencionados no auto de infração não foram violados e a aplicação resultará em letra morta, quando da apreciação do caso pela Justiça, porque a intenção de cobrar imposto pago por substituição, por considerar como devido venda inexistente de gasolina, não poderá ser tolerada. Que o posto revendedor agiu de boa-fé e não contribuiu para que a suposta infração pudesse acontecer, daí a presente defesa como meio próprio da Administração Tributária, através do Conselho de Contribuintes, reparar o erro.

Em vista do exposto, requer lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, indicando, de logo, a juntada posterior de documentos, além dos aqui anexados, e outros que se fizerem necessários, tudo para que, afinal, seja o Auto de Infração nº 232892.0028/12-8, lavrado em 21 de dezembro de 2012, ora impugnado, julgado IMPROCEDENTE, como efetivamente o é, fazendo-se justiça e aplicando-se melhor as normas constantes do RICMS, por ser de direito.

Requer, ainda, acaso não for considerado o auto improcedente, por cautela, que se descaracterize a multa aplicada, pois que o correto seria a aplicação do disposto do RICMS, que prevê a multa assessoria e ainda teria de considerar que já se pagou parte do imposto, para não ocorrer bitributação, por ser de direito. Esclarece que os livros contábeis e as notas fiscais de entrada, bem como as saídas, estarão à disposição do Fisco Estadual para conferência e constatação do engano quando da lavratura do auto de infração.

Requer, mais, que para o caso de manutenção do auto seja determinado a compensação sobre os valores já pago regularmente pela distribuidora e como comprovado pelos documentos anexados, porquê se acaso for mantida a imputação dos valores constantes do auto de infração, restará evidente que o Estado pretende cobrar duas vezes por uma só operação de circulação de mercadorias, ocorrendo bitributação. A distribuidora praticamente pagou todos os valores do ICMS substituição, ficando quitado um terço do valor devido. Requer, por fim, o direito de ser intimada de todos os atos do procedimento administrativo, em especial a impugnação a ser apresentada pelo autuante, sob pena de nulidade processual.

À fl. 86, a autuante apresentou informação fiscal e diz que o autuado foi sujeito à ação fiscal que trata de ICMS - Regime especial de fiscalização, responsabilidade por solidariedade na aquisição de álcool etanol hidratado, pela falta de comprovação pelo remetente do combustível, do recolhimento do ICMS normal e substituído, tendo em vista que o remetente submetido ao Regime Especial de Fiscalização.

Que no artigo 47 inciso I da Lei nº 7.014/96. Diz a obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, inclusive o relativo ao imposto devido por substituição tributária.

a) A solidariedade artigo 6º inciso XVI combinado com o artigo 47 inciso I e II. Diz “são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito: o Posto revendedor varejista de combustíveis, em relação, ao combustível, adquirido junto à 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.”

Alega que o autuado demonstra que conhece a responsabilidade solidária pela qual foi autuado, no caso a falta de comprovação da arrecadação do imposto e mesmo assim requer a improcedência do auto de infração. Que a falta de conhecimento não descaracteriza a ação fiscal, reza o artigo 40 parágrafo 1º e 2º da Lei nº 7.014/96, Constitui infração relativa ao ICMS à inobservância de qualquer disposição contida na legislação: “respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todo o que tenha concorrido de qualquer forma, para a sua prática, ou dela se beneficiada,” ainda mais “que a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Verifica que em sua defesa, o autuado apresentou parte do recolhimento do imposto, motivo pelo qual foi emitido outro Demonstrativo Analítico de Débito. Que estes valores não foram computados quando da elaboração do Auto de Infração porque o autuado não atendeu à intimação. Os novos valores que comporão o Auto de Infração conforme estão discriminados no novo Demonstrativo são: R\$7.940,12 (sete mil, novecentos e quarenta reais e doze centavos), para a infração 02.14.01 e R\$1.559,88 (hum mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e oitenta e oito centavos) para a infração 07.10.04. Que visto e analisado a inconsistência da defesa anexada do autuado, sem qualquer elemento que contraria as partes reclamadas, apresenta o nosso pedido de Julgamento totalmente PROCEDENTE (sic), porque é de Justiça.

À fl. 107, o processo foi convertido em diligência para dar ciência ao impugnante dos novos demonstrativos e não sendo encontrado o destinatário foi publicado no diário oficial o edital de intimação conforme fls. 115.

VOTO

Inicialmente, constato que embora a autuante tenha pedido pela procedência total do auto de infração, em verdade, admitiu a comprovação parcial do pagamento do imposto devido nas operações, por conta das provas apresentadas às fls. 61/80, comprovando-se o pagamento com apresentação de recibos de pagamento bancário dos documentos de arrecadação - DAE.

Constato também que foi feita tentativa de se dar ciência ao impugnante da alteração dos cálculos, resultando em publicação no Diário Oficial, conforme fls. 1159 (edital nº 7), não podendo assim, alegar eventual cerceamento de defesa, por não ter tomado conhecimento dos novos cálculos.

A defesa se baseia em duas premissas: uma de Direito, a de que não houve a devida publicidade para o fato, uma vez que apenas foi publicado em Diário Oficial e disponibilizado no sítio da Secretaria da Fazenda. Tal situação já foi colocada anteriormente, sendo que a jurisprudência deste Conselho da Fazenda, por unanimidade considera válida e com efeitos legais, a publicação em Diário Oficial e também na internet, sendo dever dos contribuintes acompanhar os fatos inerentes à sua atividade. Em verdade, o Diário Oficial não é uma peça decorativa, inútil, pois serve para que a Administração Pública torne público os seus atos.

A outra defesa, de fato, decorre do suposto cálculo com alíquota cheia de 19% sem levar em conta o valor pago pela distribuidora, arguindo neste caso, duplicidade da tributação. Ora, se observamos o demonstrativo, veremos que o cálculo não poderia ser feito de outra forma, visto que os 19% são lançados por conta do ICMS normal, sem a margem de valor agregado, e o ICMS SUBSTITUIÇÃO, considera para efeitos de resultado, o abatimento do valor do ICMS normal. Já o cálculo deste, não pode levar em conta o valor do imposto deduzido na operação anterior, pois o posto de combustível situa-se na ponta da cadeia de distribuição, não podendo se falar aqui em conta-corrente de ICMS, visto que a tributação se encerra nesta fase, não havendo revenda com tributação normal.

Tal situação só é possível quando na operação entre contribuintes, o adquirente pode valer-se do crédito fiscal pelas aquisições, quando necessariamente tem que se debitar pelas saídas, o que não é o caso em lide, pois as operações tributárias se encerram, não havendo débito de ICMS nas saídas.

O demonstrativo de fls. 26/29 traz o cálculo do ICMS normal e do ICMS retido por substituição tributária, cuja responsabilidade de pagamento, por força do art. 47 da Lei nº 7.014/96 obriga o adquirente, solidariamente, ao pagamento do imposto devido. Assim, do ponto de vista legal, o lançamento encontra-se embasado em dispositivo que autoriza a fazenda pública à cobrança do imposto.

INFRAÇÃO 1			INFRAÇÃO 2		
DATA OCORR.	DATA VENCTO	VALOR	DATA OCORR.	DATA VENCTO	VALOR
19/01/2011	19/01/2011	1.662,50	19/01/2011	19/01/2011	0,00
02/02/2011	02/02/2011	1.425,00	02/02/2011	02/02/2011	0,00
18/02/2011	18/02/2011	1.551,08	18/02/2011	18/02/2011	586,42
02/03/2011	02/03/2011	1.609,72	02/03/2011	02/03/2011	527,78
25/03/2011	25/03/2011	1.691,82	25/03/2011	25/03/2011	445,68
TOTAL		7.940,12	TOTAL		1.559,88

Quanto ao pedido de redução ou desconstituição de multa, por se tratar de descumprimento da obrigação principal, esta junta não tem competência para julgar tal pedido, devendo tal pleito ser encaminhado à Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do art. 159 do RPAF.

Face ao exposto, considero voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **232892.0028/12-8**, lavrado contra **MÁRCIO PINHEIRO DUARTE - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.500,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", do da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO- JULGADOR