

A. I. Nº - 278937.2001/14-6
AUTUADO - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S. A.
AUTUANTE - WILDE RABELO DIAS FILHO
ORIGEM - SAT/ COPEC
INTERNET - 19/10/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0212-03/15

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO PELO REMETENTE. A legislação prevê a exigência do imposto por solidariedade, em decorrência da falta de comprovação do recolhimento do valor do ICMS relativo à substituição tributária, não retido ou retido a menos, em operação de aquisição de mercadoria sujeita à substituição tributária. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/12/2014, refere-se à exigência de R\$266.413,03 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da infração - 08.25.02. Falta de recolhimento do ICMS devido em razão de responsabilidade solidária, referente às aquisições interestadual de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária, em virtude de Convênio ou Protocolo, não tendo sido feita a retenção, nos meses de janeiro a abril, julho a outubro e dezembro de 2012, janeiro e abril a novembro de 2013. Demonstrativo à fl. 05.

O autuado, por meio de advogados, com procuração à fl. 51, apresenta impugnação às fls. 34 a 50, depois de destacar a tempestividade da defesa, reproduzir o teor da autuação e o enquadramento legal da irregularidade apontada no Auto de Infração, articula os seguintes argumentos.

Afirma que o Auto de Infração se configura instrumento de cobrança com vistas a suprir omissão relativa a recolhimentos não efetuados pelos contribuintes legalmente obrigados pretendendo lhe atribuir responsabilidade supletiva com relação ao imposto devido por substituição tributária pelos remetentes das mercadorias.

Observa que a responsabilização como pretende a fiscalização é ilegal conforme as normas que disciplinam a cobrança.

Destaca que as mercadorias envolvidas nas operações têm substituição tributária por conta do remetente na forma prevista pela Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 110/2007, §1º, inciso I, alínea “a”, cujo teor reproduz. Frisa que o dispositivo normativo relativo a substituição tributária com relação às mercadorias relacionadas com as operações arroladas não autoriza a responsabilização pretendida pela fiscalização.

Registra que o Fisco exige ICMS devido por substituição tributária na forma prevista pelo referido Convênio que legalmente não lhe obriga ao recolhimento. Revela que mesmo obrigando a substituição tributária pelo remetente das mercadorias, não autoriza responsabilização ao adquirente por falta pelo remetente.

Depois de transcrever o art. 295 do RICMS-BA/12, assevera que, como o Convênio ICMS nº 110/07 não autoriza a atribuição solidária ao adquirente pretendida pela fiscalização, nesse aspecto, afronta os artigos 128, 134 e 138 do Código Tributário Nacional - CTN. Sustenta que o CTN não autoriza a atribuição de responsabilidade tributária pelo tributo devido pelo responsável eleito

pela legislação a terceiro na hipótese dos fatos correspondentes ao Auto de Infração ora impugnado.

Reproduz o §1º art. 125 do RICMS-BA/97 com o intuito de demonstrar que a legislação prevê um rito, o qual foi seguido pela fiscalização.

Menciona que o inciso I do art. 372 do RICMS-BA/97 foi esquecido pela fiscalização ao lavrar o Auto de Infração que impõe caso não haja retenção do imposto, lhe seja exigido do remetente quando a mercadoria chegasse ao Estado da Bahia.

Indaga como poderia ter deixado de proceder ao recolhimento se, previamente à lavratura do Auto de Infração - que somente é justificado em função de infração cometida pelo contribuinte - não foi regularmente notificada a recolher o imposto, mormente por não ser o contribuinte eleito pela legislação a proceder ao recolhimento.

Assinala que se não ocorrera qualquer descumprimento, não houve infração e não poderia ser lavrado o Auto de Infração. Diz entender que seria legalmente cabível ser notificada a recolher o imposto espontaneamente, depois de esgotadas todas as formas possíveis de cobrança pelo Fisco, administrativa e judicial pelo Estado, junto ao remetente.

Sustenta a existência de vício material, uma vez que a fiscalização não obedeceu ao devido processo legal concernente a constituição do crédito tributário, não podendo agregar ao valor lançado valores a título de multa e de encargos moratórios.

Aduz que ocorrera cobrança indevida a mais na medida em que se tratando de operações interestaduais a fiscalização cobra sobre as operações ICMS próprio e devido por substituição tributária. Frisa que envolvendo mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária não houve aproveitamento dos créditos destacados nas notas fiscais, haja vista que na demonstração da composição do crédito tributário percebe-se claramente que a fiscalização aplica a alíquota de 17% sobre o valor total das mercadorias não deduzindo a parcela correspondente ao ICMS próprio.

Explica que o processo administrativo é regido pelo princípio da verdade material obrigando a autoridade fiscalizadora buscar a verdade material dos fatos e apurar e lançar os tributos a partir dessa realidade.

Depois de reproduzir ensinamentos do Prof. Aurélio Pitanga Seixas Filho acerca do princípio da verdade material, frisa que se, por qualquer motivo a fase do lançamento não exteriorizou de forma conveniente e adequada a verdade objetiva, pode e devem as parte interessadas demonstrar os fatos em torno da questão, deve a autoridade julgadora permitir que essa verdade aflore, seja solicitando procedimentos investigativos, seja autorizando os requeridos pelas partes.

Pondera que, tendo a fiscalização claramente exigido tributação em montante excedente que supostamente poderia ser exigido e em desconformidade à forma prescrita na legislação, o lançamento merece ser desconstituído.

Diz restar claro faltar legalidade ao lançamento razão pela qual deve ser cancelado. Invoca o princípio da autotutela para observar que a Administração Pública está obrigada a se policiar em relação ao mérito e à legalidade dos atos administrativos que pratica e anular os atos tidos como ilegítimos ou ilegais. Para corroborar seu entendimento, reproduz sobre o tema ensinamento do administrativista pátrio, Hely Lopes Meireles e trecho da Súmula nº 473 do STF.

Lembra que, segundo ditame do próprio CTN, a cobrança de tributos é ato vinculado não comportando qualquer discricionariedade por parte da autoridade lançadora.

Arremata sustentando que diante da demonstração de ausência de vínculo legal para embasar a cobrança impugnada, por meio da autotutela, deve a SEFAZ anular o lançamento, ora impugnado.

Conclui pugnando pela suspensão da exigibilidade do crédito tributário na forma do art. 151, inciso III do CTN e no mérito requer a improcedência do Auto de infração.

O autuante presta informação fiscal, fls. 59 a 61, destacando inicialmente que o impugnante insurge-se contra o auto de infração, sem contestar o mérito da autuação, mas suscitando descumprimento do devido processo legal. Assinala que o entendimento da defesa é de que, antes da lavratura contra o destinatário, o Auto de Infração deveria ser lavrado contra o remetente das mercadorias, inscrito o débito tributário na dívida ativa, ajuizado ação de execução fiscal, citação do contribuinte e todas as demais tramitações perante o poder judiciário. Destaca que o impugnante sustenta que, somente posteriormente a tudo isto, apenas no caso de um eventual não atendimento a uma notificação fiscal é que deveria ser lavrado contra o destinatário, ora autuado, sem valores de multa ou encargos moratórios.

Observa que as alegações do autuado fogem a competência do CONSEF, pois se limitam a questionar a constitucionalidade de dispositivos legais e a proposição de negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, possibilidades vedadas pelo art. 167 do RPAF-BA/99.

Afirma, analisando as alegações do autuado, verifica que não assiste razão ao mesmo, pois o §1º do art. 125 foi revogado pela alteração nº 139 (Dec. nº 12444, de 26/10/10. DOE de 27/10/10), efeitos a partir de 27/10/10.), passando a vigor sobre a matéria o inciso XV que foi acrescentado ao caput do art. 6º da Lei 7.014/96, pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, cujo teor reproduz.

Conclui pugnano pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O autuado apresentou preliminar de nulidade, alegando a ilegalidade da exigência objeto da autuação, por restar configurado ofensa ao devido processo legal. Entendo que não deve prosperar a pretensão do defendente, uma vez que o Auto de Infração afigura-se devidamente lastreado na legislação de regência. Ao contrário do que aduziu em suas razões de defesa, precipuamente em sede de preliminar de nulidade, o Convênio ICMS 110/07 prevê expressamente a responsabilidade solidária do destinatário nas aquisições interestaduais nos casos em que o remetente não proceda a retenção ou recolhimento do imposto devido, in verbis:

“Cláusula trigésima O contribuinte substituído que realizar operação interestadual com combustíveis derivados de petróleo, com AEAC e com B100 será responsável solidário pelo recolhimento do imposto devido, inclusive seus acréscimos legais, se este, por qualquer motivo, não tiver sido objeto de retenção ou recolhimento, ou se a operação não tiver sido informada ao responsável pelo repasse, nas formas e prazos definidos nos Capítulos III a VI.”

Fica rejeitada a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e da ampla defesa, bem como não se verifica qualquer ofensa aos princípios da busca da verdade material e da autotutela, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados corretamente conforme se constata no “Demonstrativo do ICMS ST Devido”, fl. 05, e nos documentos acostados aos autos, fls. 07 a 26, cujas cópias foram devidamente entregues ao autuado por ocasião da intimação da lavratura do Auto de Infração, fls. 30 e 31. Ademais, inexistem nos autos os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

Ao tratar da aplicação do princípio da busca da verdade material o defendente aduziu que a autoridade julgadora deve solicitar procedimentos investigativos para que a verdade aflore, o que se depreende seu entendimento de que no presente caso seria necessária a solicitação de diligência. Nestes termos, rejeito o pedido de diligência solicitado, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a apreciação e deslinde da questão, nos termos do art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF-BA/99, o qual estabelece que deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos.

No mérito, a autuação versa sobre a imputação da falta de recolhimento do ICMS devido por responsabilidade solidária, referente à aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária, em virtude de Convênio ou Protocolo, em que não houve retenção nem recolhimento do imposto pelo remetente.

Conforme previsto no art. 6º, inciso XV, da Lei 7.014/96, “são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais, o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário”.

Vale salientar, que o art. 128 do CTN, estabelece que a lei pode atribuir a responsabilidade solidária a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação tributária, atribuindo ao contribuinte, em caráter supletivo, a responsabilidade pelo cumprimento total ou parcial da obrigação tributária.

O sujeito passivo em sede de defesa, depois de reproduzir o teor da Cláusula primeira, fls. 37 e 38, sustentou ser a cobrança ilegal aduzindo que no Convênio ICMS nº 110/07 não veicula e nem determina responsabilidade solidária do destinatário nas operações interestaduais com as mercadorias elencadas no aludido convênio. Não assiste razão ao autuado, por ser indubitosa a interpretação equivocada do defendente, haja vista que, tanto o inciso XV do art. 6º da Lei 7.014/06, quanto na Cláusula trinta do Convênio ICMS nº 110/07, estatuem expressamente, nos casos de falta de retenção pelo remetente, a responsabilidade solidária dos adquirentes pelo pagamento do imposto relativo às operações interestaduais com as mercadorias elencadas no Convênio.

Depois de examinar o “Demonstrativo do ICMS devido” elaborado pelo autuante para lastrear a exigência fiscal, acostados aos autos às fls. 05, cuja cópia foi entregue ao autuado, constato que nele se encontra discriminado individualizadamente por nota fiscal e de forma clara todos os elementos utilizados para a obtenção da base de cálculo e do valor exigido. Não procede a alegação defensiva de que não foi considerado o imposto destacado nas notas fiscais arroladas no levantamento fiscal.

Nestes termos, resta patente nos autos a caracterização da infração objeto do Auto de Infração.

Em relação à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei 7.014/96.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278937.2001/14-6**, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$266.413,03**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA