

AL. Nº - 299689.0011/11-0
AUTUADO - COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS NUNES LTDA.
AUTUANTES - ROBERTO BASTOS OLIVEIRA e ALBA MAGALHÃES DAVID KLINSIEK
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 17. 11. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0290-01/11

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE. (ETANOL HIDRATADO). ICMS NORMAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. No caso de constatação de nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, ou acompanhada com o imposto recolhido a menos, junto ao posto revendedor varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido de remetente com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, na condição de contribuinte de direito, em razão de regime especial de fiscalização, o posto revendedor varejista é o responsável pelo pagamento total ou da diferença recolhida a menos do imposto, tanto o normal quanto o por substituição tributária. No caso em exame, restou comprovado que o remetente do combustível (álcool hidratado), contribuinte de direito, não havia realizado o pagamento do ICMS normal, portanto estão corretos os lançamentos consubstanciados por solidariedade no Auto de Infração. **c)** ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não contestada. Superada a questão de publicidade do remetente. Mantidas as imputações. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 10/08/2011, lança crédito tributário no valor de R\$ 24.588,47, em razão do cometimento das seguintes infrações:

01. Deixou o adquirente autuado, de recolher 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 desacompanhada do documento de arrecadação, em janeiro de 2011. Sendo lançado o valor de R\$ 4.641,22, mais multa de 60%.

02. Deixou o adquirente autuado, de recolher a diferença do ICMS normal, recolhido a menos, devido por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída, em vista do recebimento da mercadoria, através de nota fiscal com o ICMS destacado a menos e acompanhada de do documento de arrecadação correspondente, nos meses de fevereiro a abril de 2011. Sendo lançado o valor de R\$ 19.314,07, mais multa de 60%.

03. Deixou o adquirente autuado, de recolher ICMS Retido, por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade 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 substituto, no mês de fevereiro de 2011. Sendo lançado o valor de R\$ 633,18, mais multa de 60%.

O Autuado apresenta defesa, às fls. 89 a 94, transcreve os termos das infrações e os dispositivos legais relativos ao enquadramento e a multa aplicada, em relação à Infração 01, transcrevendo o art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96, aduz que os autuantes não atentaram para o fato de que, quando o distribuidor de combustíveis vende tais mercadorias para um posto revendedor varejista, esse distribuidor, na condição de sujeito passivo, assume, ao mesmo tempo, duas condições: I. a de contribuinte, de fato - com relação ao ICMS normal; e II. a de responsável, contribuinte “de direito,” com relação ao ICMS substituído que seria devido pelo contribuinte de fato, que seria o varejista, por ocasião da revenda do produto.

Sustenta que a solidariedade do autuado somente ocorreria em relação ao ICMS substituído não recolhido pela distribuidora. Transcrevendo o Parecer GECOT/DITRI nº 01622/2011 de 24.01.2011, às fls. 46 e 47, “*resultante de uma consulta realizada,*” entende que não é responsável solidário pelo ICMS normal, não recolhido ou recolhido a menos.

Quanto a Infração 02, entende que se não está obrigado a recolher o ICMS normal devido pelo remetente, também não está obrigado a fazê-lo pela diferença de recolhimento a menos do ICMS normal por esse mesmo remetente, com o fulcro do Parecer mencionado acima, entendendo assim, que a imputação é totalmente improcedente.

Assevera que, ainda que fosse solidário pelo ICMS normal não recolhido pelo remetente, não estaria obrigado a fazer o recolhimento do imposto porque não tomara conhecimento de que o fornecedor do combustível estaria sujeito a regime especial de fiscalização, porque no sítio, indicado no Parecer, de Consultas Públicas ao Cadastro do Estado da Bahia, relativas aos remetentes arrolados no Auto de Infração, mesmo tendo sido feitas posterior à ação fiscal, não apresentam informação a esse respeito.

No que se refere à Infração 03, aduz que não resta dúvida de que seria solidariamente responsável pelo pagamento do ICMS não substituído e demais acréscimos legais, nas aquisições de combustíveis junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade de pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria. Alegando apenas que não tomou conhecimento de que o contribuinte fornecedor do combustível está sujeito a “regime especial de fiscalização”.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente.

Os autuantes prestam informação fiscal, às fls. 105 a 108, discorrem sobre as alegações defensivas, tratando das Infrações 01 e 02, transcrevem o art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96 aduzindo que não há restrição na norma da sujeição do posto revendedor ao pagamento por solidariedade apenas do ICMS substituído, mas por todo o imposto que o contribuinte de direito teria que recolher no momento da saída da mercadoria.

Sustentam que estando a empresa distribuidora, em razão do regime especial de fiscalização e pagamento, obrigada ao recolhimento antecipado do imposto normal e substituído, e sendo o posto distribuidor solidariamente responsável pelo cumprimento dessa obrigação, a sua responsabilidade se estende à totalidade do ICMS exigido na operação.

Frisam que a fundamentação legal para cobrança junto ao posto revendedor, do ICMS normal e o substituído, está inserida no Sistema de Emissão de Auto de Infração, mediante análises técnicas do regulamento, pela DITRI.

Salientam que em relação à Infração 03, no que se refere ao argumento invocado pelo autuado, não lhe cabe discutir as condições oferecidas pelo site da SEFAZ para informações cadastrais de contribuintes. Assegura que a SEFAZ publicou em Diário Oficial do Estado a relação de contribuintes que se encontram em Regimes Especiais de Fiscalização e Pagamento, conforme

apresenta no corpo da defesa, através de Comunicados da DITRI, mantendo em seu site essa informação acessível ao autuado na página da Inspeção Eletrônica => Processos => Regime Especial => Comunicado. Garante que além desse meio, ainda é possível consultar a situação de credenciamento da empresa distribuidora no mesmo site da SEFAZ, podendo obter esclarecimentos também através do plantão fiscal. Sustenta que desse modo, não assiste razão ao autuado a alegação de impossibilidade de conhecer a sujeição da empresa fornecedora ao regime especial de fiscalização através de consulta ao sistema da SEFAZ.

Ressalta que ao não exigir o recolhimento do ICMS por parte da distribuidora na aquisição do combustível, assumiu o autuado o risco de ser ele mesmo cobrado daquele imposto.

Conclui sugerindo que Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para lançar crédito tributário em razão de o contribuinte ter deixado de recolher e por ter recolhido a menos o ICMS normal, e por ter deixado de recolher o ICMS retido, devidos por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de “etanol hidratado,” junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do imposto no momento da saída do citado combustível, em vista do seu recebimento através de notas fiscais desacompanhadas do documento de arrecadação, nos casos da primeira e terceira infrações e com documento com recolhimento a menos, em relação à segunda imputação.

O sujeito passivo rechaçou a acusação, alegando que da leitura do disposto no art. 6º, inciso XVI da Lei 7.014 de 04 de dezembro de 1996 e da interpretação feita ao Parecer GECOT/DITRI nº 01622/2011 de 24.01.2011, concluiu que a exigência do pagamento de ICMS concernente às Infrações 01 e 02 é totalmente improcedente.

Acrescentou que, ainda que fosse responsável pelo pagamento do ICMS por solidariedade, a fiscalização não poderia ter exigido o pagamento do imposto, sustentando que a Secretaria da Fazenda não disponibiliza em seu sítio indicado no Parecer mencionado acima, a informação necessária para o fiel cumprimento da legislação.

Examinando as peças do processo, verifica-se que o contribuinte adquiriu “etanol hidratado” junto aos remetentes Petróleo do Valle Ltda., inscrição estadual nº 76.325.343, através de Notas Fiscais-eletrônicas, representadas nos “Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica-DANFE”, às fls. 19, 24, 28, 33, 38, 43, 48, 53 e 58, e Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., inscrições estaduais nº 77.804.511 e nº 78.027.360, através de Notas Fiscais-eletrônicas, representadas nos “Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica-DANFE”, às fls. 63, 66, 69, 72, 75, 78 e 81, cujas sociedades empresárias no período de 18 de janeiro a 31 de dezembro de 2011 se encontravam sob “regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria,” consoante previsto no art. 47 da Lei 7.014/96.

A mencionada Lei 7.014/96 em seu art. 6º inciso XVI reza o seguinte:

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.

Portanto, pela dicção da norma citada acima, ratificada na resposta à consulta mencionada anteriormente, não resta qualquer dúvida de que o contribuinte autuado na condição de posto revendedor varejista de combustíveis é responsável por solidariedade, pelo pagamento do ICMS tanto o normal quanto por substituição tributária, decorrente da aquisição do combustível “etanol hidratado” junto às citadas sociedades empresárias distribuidoras de combustíveis Petróleo do Valle Ltda e Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., por se encontrarem à época da emissão das notas fiscais alvo da autuação, sob regime especial de fiscalização com obrigatoriedade de pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, e não o fizeram.

Quanto à alegação de que não é responsável legal pelo recolhimento do ICMS normal, fundado na sua interpretação conclusiva à resposta da consulta à fl. 47, não assiste razão ao sujeito passivo, posto que, ao contrário da sua conclusão, pela resposta da referida consulta, tal entendimento diz respeito a certas mercadorias oriundas de outras unidades da federação se acompanhadas do respectivo comprovante de recolhimento do ICMS substituto, por pressupor o pagamento anterior, no estado de origem, do imposto normal. Restando claro que no presente caso não se aplica tal entendimento, tendo em vista que tanto o remetente quanto o destinatário autuado adquirente do combustível alvo das infrações, estão localizados dentro do Estado da Bahia, sendo que, no caso em exame, por exigência legal, o sujeito passivo adquirente, está obrigado ao pagamento do ICMS tanto o normal quanto por substituição tributária, decorrente da aquisição do combustível “etanol hidratado” junto às citadas sociedades empresárias distribuidoras, por responsabilidade solidária. Portanto está correto o procedimento fiscal que lançou o crédito tributário contextualizado nas duas infrações.

No caso da primeira infração verifica-se que o remetente do citado combustível recolheu o ICMS da substituição tributária, mas não realizou o pagamento do imposto destacado na Nota Fiscal-e, representada pelo DANFE nº 5976-fl. 63, 12137-fl. 66 e 12144-fl. 69, estando assim correta a exigência do crédito tributário do contribuinte autuado, atinente a esta Infração 01, consubstanciada no Auto de Infração, restando subsistente tal imputação.

Em relação ao segundo item, constata-se que os remetentes Petróleo do Valle Ltda e Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., recolheram o ICMS substituição destacado nas notas fiscais de sua emissão - exceto o referente à Nota Fiscal nº 12170 do segundo remetente, objeto da Infração 03, e no que se refere ao ICMS normal pagaram parte dos seus valores, por este motivo está correta a fiscalização que verificando no bojo da infração que o sujeito passivo na qualidade de revendedor varejista de combustíveis - responsável solidário, deixou de recolher a diferença do ICMS normal não recolhido pelos remetentes do combustível - etanol hidratado, atinentes às Notas Fiscais *eletrônicas* – DANFE nº 45568-fl. 19, 45665-fl.24, 45933-fl. 28, 46049-fl. 33, 46304-fl. 38, 46376-fl. 43, 46498-fl. 48, 46703-fl. 5346768-fl. 58, 12163-fl. 72, 12164-fl. 75, 12170-fl. 78 e 12226-fl. 81, lançou o crédito tributário não recolhido, sendo totalmente subsistente a Infração 02.

A Infração 03 diz respeito à falta de recolhimento do ICMS substituição tributária destacado na Nota Fiscal *eletrônica* –DANFE nº 12170 não pago pelo remetente Petromotor, que não fora recolhido pelo autuado, o sujeito passivo não contestou especificamente a imputação. Portanto como não mais existe controvérsia em relação a este item, considero subsistente esta infração.

Ressalto ainda que o argumento de que a Secretaria da Fazenda não disponibiliza em seu sítio indicado no Parecer à fl. 91, a informação necessária para o fiel cumprimento da legislação, não faz qualquer sentido, uma vez que, ao contrário do que alegou, dentre às informações postas à consultas públicas pela Secretaria da Fazenda, ao se acessar a página: *Inspetoria Eletrônica=> Processos => Regime Especial => Comunicado*, constam os registros dos comunicados SAT Nº 001 e 003/2011 que tornam público que a Petróleo do Valle Ltda., inscrição estadual nº 76.325.343, bem como a Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., inscrições estaduais nº 77.804.511 e nº 78.027.360, remetentes das mercadorias alvo da presente autuação, se encontram sob o mencionado regime

especial de fiscalização, desde 18 de janeiro até 31 de dezembro de 2011, compreendendo os meses de janeiro a abril do referido ano, de ocorrências do fato gerador das três infrações.

Saliento que os cálculos constantes dos demonstrativos que serviram de base à apuração do imposto atinente às três imputações estão corretos, não sendo inclusive contestados os seus valores pelo sujeito passivo, o que denota o acerto da autuação.

Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299689.0011/11-0**, lavrado contra **COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS NUNES LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.588,47**, 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, 07 de novembro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR