

A. I. N° - 299689.0014/11-9
AUTUADO - PATE – DERIVADO DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - ROBERTO BASTOS OLIVEIRA e ALBA MAGALHÃES DAVID KLINSIEK
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 02.12.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0300-02/11

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL, JUNTO A REMETENTE SUJEITO A REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO E OBRIGADO AO PAGAMENTO DO ICMS NO MOMENTO DA SAÍDA. **a)** Constatado recebimento da mercadoria, através de nota fiscal com o ICMS a menos. **b)** Constatado recebimento da mercadoria, através de nota fiscal não acompanhada do documento de arrecadação do ICMS substituído. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/08/2011, exige ICMS, no valor histórico de R\$10.974,27, acrescido da multa de 60%, decorrente de:

Infração 01 – Deixou 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 e obrigado ao pagamento do ICMS no momento da saída, em vista do recebimento da mercadoria, através de nota fiscal com o ICMS a menos e acompanhada do documento de arrecadação correspondente. Imposto devido no valor de R\$10.341,09.

Infração 02 – Deixou de recolher ICMS Retido, no valor de R\$ 633,18, por solidariedade solidária, na operação de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao 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 do ICMS substituído.

O autuado, fls. 47 a 51, impugnou o lançamento tributário asseverando que é posto revendedor varejista de combustíveis e está sendo acusada de cometer as irregularidades apontadas na autuação, que poderia ter sido evitada se os prepostos fiscais tivessem atentado para os aspectos previstos no art. 6º da Lei 7.014 de 04 de dezembro de 1996, o qual transcreveu.

Observa que os prepostos fiscais não se atentaram para o fato de que, quando o distribuidor de combustíveis vende combustíveis para um posto revendedor varejista, esse distribuidor, na condição de sujeito passivo, assume, ao mesmo tempo, duas condições: a de contribuinte, de fato: com relação ao ICMS normal e 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.

Assim, a solidariedade da autuada somente ocorreria relativa ao ICMS que deixaria de ser recolhido pela distribuidora, na sua condição de contribuinte de direito, que, no presente caso, seria apenas o ICMS substituído. Para embasar sua alegação transcreveu trechos do PARECER GECOT/DITRI nº 01622/2011 de 24.01.2011, o qual concluiu que o adquirente de mercadoria sujeita a circular com o comprovante do recolhimento antecipado do imposto, não está obrigada a exigir a comprovação do imposto normal e sim, apenas do imposto substituído, o que pressupõe o pagamento anterior do imposto normal, transcrevendo, ainda, o artigo 67 do Regulamento do

Processo Administrativo Fiscal – RPAF, para demonstrar a competência da Diretoria de Tributação em responder consultas.

Frisa que nesta infração os prepostos fiscais acusam que a autuada deixou de recolher a diferença do ICMS normal, recolhido a menos devido por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustíveis, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização, argumentando que, se o autuado (adquirente) não está obrigado a recolher o ICMS normal devido pela remetente, também não está obrigada pela diferença de recolhimento a menos do ICMS normal pela remetente, conforme já elucidado no Parecer supra. Assim, entende a autuada ser totalmente improcedente o valor exigido nesta suposta infração.

Quanto a infração 02, aduz que não resta dúvida para a autuada que ela seria solidariamente responsável pelo pagamento do ICMS não substituído e demais acréscimos legais, nas aquisições combustíveis junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade de pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria. Acontece, porém, conforme questiona o consultante no parecer supracitado, “como pode tomar conhecimento de que o contribuinte fornecedor do combustível está sujeito a regime especial de fiscalização”. Embora os pareceristas tenham orientado que “*O contribuinte pode informar-se perante a repartição fazendária se os seus fornecedores estão obrigados ao recolhimento antecipado do imposto, ou de modo mais prático, através da Consulta Pública ao Cadastro do Estado da Bahia, na internet, no site www.sefaz.ba.gov.br*”, a autuada ressalta que:

1- O Art. 914 do RICMS em vigor assim dispõe:

Art. 914. Pelas infrações à legislação do ICMS serão aplicadas as seguintes penalidades, isoladas ou cumulativamente (Lei nº 7667/00):

I - multa;

II - sujeição a regime especial de fiscalização e pagamento;

III - cancelamento de benefícios fiscais;

Como se vê, a sujeição a regime especial de fiscalização e pagamento do ICMS no momento da saída constitui-se numa penalidade e, portanto, informação sujeita a sigilo fiscal, da qual a autuada não teve conhecimento, conforme se descreve no item 2 a seguir.

2- A prova de que a autuada não teria e não tem acesso a informação de que o remetente estaria ou está sujeito a regime especial de fiscalização é que as 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, ainda que constando, no campo Data desta Situação Cadastral, data anterior ao fato gerador, conforme de verifica no quadro a seguir, elaborado a partir das Consultas Públicas, cujas cópias estão em anexo.

Distribuidora	Data da Inscrição	Situação Cadastral Atual	Data desta Situação Cadastral	Observações
Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda	28/072008	Habilitado	27/08/2009	Inexistentes
Petroleo do Valle Ltda	30/01/2008	Habilitado	29/07/2011	Inexistentes

Alega não poderia ter exigido o comprovante de pagamento do ICMS substituído, já que a Secretaria da Fazenda não disponibiliza, no sítio indicado no Parecer, a informação necessária, para o fiel cumprimento da legislação por parte da autuada. Por esses motivos, a exigência do ICMS substituído relativa à infração 02 – 07.10.04, torna-se totalmente improcedente.

Ao final, requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Um dos autuantes, fls. 61 a 64, ao prestar a informação fiscal, em relação a infração 01, aduz que o artigo 47 da Lei nº 7.014/96 define que o regime especial de fiscalização e pagamento consiste na obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria ou da prestação do serviço, inclusive o relativo ao imposto devido pro substituição tributária. Ou seja, além do imposto próprio, inclui também o substituído.

Transcreve o caput do artigo 6º e o inciso XVI da Lei acima citada, argumentado que não há restrição 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.

Argumenta que 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, está claro que sua responsabilidade se estende à totalidade do ICMS exigido na operação.

Acrescenta que a fundamentação legal para a cobrança junto ao posto revendedor dos dois impostos exigidos na operação, o normal e o substituído, está inserta no Sistema de Emissão de Auto de Infração, cujos textos transcreveu, ressaltando que não são de redação do autuante, mas do próprio SEAI, que por sua vez só recebe infrações com o crivo da DITRI, respaldadas em análise técnicas do regulamento.

No tocante a infração 02, aduz que não lhe cabe discutir a condição do site da SEFAZ para informações cadastrais de contribuintes, cumprindo-lhe apenas considerar que essa Secretaria publicou em Diário Oficial do Estado os Regimes Especiais de Fiscalização e Pagamento, através de Comunicados da DITRI, e mantém em seu site essa informação acessível do autuado na página da *Inspetoria Eletrônica/Processos/Regime Especial/Comunicado*. Além desse meio, ainda é possível consultar a situação de descredenciamento da empresa distribuidora ao mesmo site e neste caso buscar maiores esclarecimentos junto as inspetorias ou mesmo pelos telefones de plantão fiscal.

Prosseguindo, transcreveu os Comunicados SAT Nºs 001/2011 e 003/20411.

Ao finalizar opina pela manutenção da autuação.

VOTO

Na infração 01 é imputado ao autuado deixar 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 e obrigado ao pagamento do ICMS no momento da saída, em vista do recebimento da mercadoria, através de nota fiscal com o ICMS a menos e acompanhada do documento de arrecadação correspondente.

Em sua defesa o sujeito passivo reconhece que não efetuou o recolhimento do ICMS, entretanto aduz que seu procedimento encontra-se amparado em consulta tributária.

Entendo que o argumento defensivo não pode ser acolhido, pois o contribuinte autuado não formalizou nenhuma consulta sobre o tema.

Devo esclarecer que a consulta, formulada por escrito, é o instrumento que o contribuinte possui para esclarecer dúvidas quanto a determinado dispositivo da legislação tributária relacionado com sua atividade. O Art. 55 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), assegura ao sujeito passivo ou entidade representativa de classe de contribuintes ou responsáveis o direito de formular consulta sobre a interpretação e aplicação da legislação tributária, em relação a fato determinado e de seu interesse. Quando a consulta for formulada por entidade representativa de classe de contribuintes ou responsáveis, deverá constar no pedido a relação das empresas a ela vinculadas, com especificação, em relação a cada uma, dos respectivos estabelecimentos.

Entretanto, os efeitos da consulta somente amparam o contribuinte que a formulou, regularmente, ou, no caso de ser elaborada por entidade de classe, os efeitos amparam todas as

empresas relacionadas na própria consulta.

No caso em tela, a consulta citada pela defesa, PARECER GECOT/DITRI nº 01622/2011 de 24.01.2011, não foi formulada por entidade de classe e nem pelo contribuinte autuado. A mesma foi formulado por outra empresa, ou seja, pelo Posto de Combustíveis Sete Portas Ltda. Logo, o contribuinte autuado não se encontra amparado do referido parecer.

Ademais, o artigo 6º da Lei 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 12.040, de 28/12/10, ao tratar da responsabilidade tributária, determina que são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, entre outros, no inciso XVI, o posto revendedor varejista de combustíveis, *in verbis*:

Art. 6º ...

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; Grifei.

Como se observa do dispositivo acima transcrito, que foi introduzido pela Lei nº 12.040/10, trata especificamente da comercialização de combustível realizado por remetente sujeito ao regime especial de fiscalização, atribuindo ao posto revendedor varejista de combustíveis adquirente (contribuinte autuado) a obrigatoriedade do pagamento do ICMS quando a nota fiscal não estiver acompanhada do DAE, sem fazer qualquer restrição ao imposto normal ou substituído.

Por fim, como bem ressaltou um dos autuantes em sua informação fiscal, a fundamentação legal para a cobrança junto ao posto revendedor dos dois impostos exigidos na operação, o normal e o substituído, está inserta no Sistema de Emissão de Auto de Infração, cujos textos transcreveu, ressaltando que não são de redação do autuante, mas do próprio SEAI, que por sua vez só recebe infrações com o crivo da DITRI, respaldadas em análises técnicas do regulamento.

Logo, entendo que a infração 01 restou caracterizada.

Na infração 02 é imputado ao autuado deixar de recolher ICMS Retido, por solidariedade solidária, na operação de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao 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 do ICMS substituído.

Em sua defesa o autuado aduz que não resta dúvida que seria solidariamente responsável pelo pagamento do ICMS não substituído e demais acréscimos legais, nas aquisições combustíveis junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade de pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, ressaltando, porém, conforme questiona o consulente no parecer supracitado, “como pode tomar conhecimento de que o contribuinte fornecedor do combustível está sujeito a regime especial de fiscalização”, pois não consta do site da SEFAZ tal informação.

Quanto a consulta, conforme já analisado na infração 01, o autuado não estava sob o efeito de nenhuma consulta.

No tocante a alegação de desconhecimento de que o remetente estava sob efeito Regimes Especiais de Fiscalização e Pagamento, a mesma não pode ser acolhida, pois os Comunicados SAT nºs 001/2011 e 003/2011 foram publicados no Diário Oficial do Estado. Ademais, a SEFAZ mantém em seu site essa informação acessível do autuado na página da *Inspetoria Eletrônica/Processos/Regime Especial/Comunicado*. Além desse meio, ainda é possível consultar a situação de credenciamento da empresa distribuidora ao mesmo site e neste caso buscar maiores esclarecimentos junto as inspetorias ou mesmo pelos telefones de plantão fiscal.

Portanto, entendo que a infração 02 restou caracterizada.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299689.0014/11-9**, lavrado contra **PATE – DERIVADO DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.974,27**, 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, 22 de novembro de 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR