

**A. I. Nº** - 020778.0807/11-1  
**AUTUADO** - AUTO POSTO SKALLA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.  
**AUTUANTE** - MANOEL MESSIAS SANTOS DA HORA  
**ORIGEM** - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
**INTERNET** 27.12.2011

### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0320-05/11**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO OU RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS PRÓPRIO E/OU DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. É solidariamente responsável, pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, o posto revendedor varejista de combustível, adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS próprio e/ou substituído, no momento da saída da mercadoria, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação. Exigências subsistentes. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 02/08/2011, exige o débito no valor histórico de R\$ 22.119,68, consoante documentos às fls. 04 a 67 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou o adquirente de recolher a diferença do ICMS normal, no valor de R\$ 21.536,27, recolhido a menor, devido por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustível, junto ao 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 destacado a menor e acompanhada do documento de arrecadação correspondente, nos meses de janeiro a março de 2011;
2. Deixou o adquirente de recolher o ICMS retido, no valor de R\$ 159,78, por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustível, junto ao remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao 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, nos meses de janeiro a março de 2011;
3. Deixou o adquirente de recolher, por responsabilidade solidária, o valor do ICMS substituído, no valor de R\$ 423,63, por responsabilidade solidária, devido, porém não retido, em operação de aquisição de combustível, junto ao remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, conforme verificado através de nota fiscal sem retenção de ICMS substituído e consequentemente desacompanhada do respectivo documento de arrecadação.

O autuado, em sua impugnação ao Auto de Infração, às fls. 71 a 77 dos autos, preliminarmente, arguiu a nulidade da notificação fiscal, sob a alegação de que a lei que cria ou aumenta tributos só pode entrar em vigor no 1º dia do exercício financeiro seguinte ao que ocorreu a publicação (art. 150, III, “b”, da CF). Diz que a Emenda Constitucional nº 42/2003 trouxe mais uma limitação ao poder de tributar, ao dispor que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios não podem cobrar tributos antes de 90 dias da publicação da lei que os criou ou aumentou (art. 150, III, “c”, da

CF). Assim, além de só poderem ser cobrados no exercício financeiro seguinte ao da publicação, deve existir um intervalo de 90 dias entre a publicação e a entrada em vigor da lei. Aduz que, como se pode constatar no demonstrativo de débito inserto na notificação fiscal, as datas das ocorrências se deram durante o período de 90 dias, não podendo o fisco imputar ao notificado infração não autorizada ainda por lei. Requer que seja a notificação fiscal considerada insubsistente.

Diz, ainda, que o agente fiscalizador também nos atos de seus levantamentos não se preocupa em distinguir qual o ICMS que está colocando o contribuinte como solidário, pois, não informa se é o próprio ou o substituído. Sustenta ser legal somente o ICMS substituto, pois, na própria lei estadual está definido o que é próprio e o que é de responsabilidade do remetente, não procedendo à cobrança ao destinatário matéria já definida nos tribunais.

Afirma que no levantamento feito está bem caracterizado pelos valores e pelos anexos juntados, sendo colocada à pauta fiscal de R\$ 1,50 que é justamente o valor atribuído para antecipação parcial das distribuidoras (remetentes), quando adquire produto em outras unidades da Federação, portanto, não havendo com a matéria que foi abordada na notificação fiscal.

Alega que o agente também, em momento algum, buscou saber se o remetente pagou o tributo cobrado na notificação, haja vista que esse tributo é feito através de conta corrente de crédito e débito, sendo que as operações dentro do Estado o crédito é destacado pela própria usina e nas operações interestaduais elas são cobradas através do Protocolo ICMS 17/04, instituído pelo próprio Estado da Bahia, conforme notas anexas à sua defesa. Vislumbra que o agente partiu do princípio que todos envolvidos nessas operações não recolheram nenhum valor ao Estado e que de forma ilegal, bem mais fácil cobrar do contribuinte final. Assim, se a acusação não se ajusta ao fato considerado irregular, não existe a subsunção do conceito de fato ao conceito da norma legal, deixando de conter uma das regras essenciais da infração tributária que é sua tipicidade.

Assevera que a Fazenda bem sabe que o DAE do substituto foi devidamente recolhido pelo contribuinte principal, ou seja, a distribuidora, conforme determina a lei, do que como prova de sua alegação, junta cópia dos DAE, onde se pode constatar que houve o devido recolhimento, e das notas fiscais, onde está grafada a consulta de autenticidade da nota fiscal emitida. Requer a nulidade da exação, já que entende que não houve recolhimento a menor e muito menos falta de arrecadação.

Aduz ser a acusação fiscal fictícia, imaginária da fiscalização, eis que não foi procedido o levantamento no próprio site da Fazenda, para dar sustentação de validade (prova material) aos demonstrativos que acompanharam a notificação fiscal. Requer o que a notificação fiscal seja considerada nula ou insubsistente.

Em sua informação fiscal, às fls. 183 a 186 dos autos, o autuante aduz que o Estado da Bahia não instituiu ou aumentou tributo, visto que o ICMS foi estabelecido pela Lei nº 7.014/96, publicada no Diário Oficial de 05/12/1996, calçada constitucionalmente através do inciso I do art. 150 da Constituição Federal, sendo imprópria a alegação de que houve afrontamento no que diz respeito ao prazo legal para a cobrança do ICMS, em face do imposto ter sido instituído há mais de 10 anos.

Afirma, ainda, que, ao imputar ao posto revendedor de combustível pelo pagamento do imposto, ora reclamado, relativo às aquisições de álcool hidratado carburante junto ao remetente sujeito ao Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do imposto próprio e/ou substituído no momento da saída da mercadoria, está respaldado no art. 6º, inc. XVI, c/c o art. 47 da Lei nº 7.014/96. Aduz que os documentos fiscais e DAE juntados aos autos são provas documentais que houve pagamento a menor efetuado pelo remetente, cuja diferença coube ao posto arcar solidariamente pelo pagamento na totalidade do ICMS exigido na operação, conforme expresso em lei.

Quanto à alegação de que a acusação não se preocupou em distinguir qual o ICMS que o contribuinte é responsável solidário, não informando se o próprio ou substituto, o autuante aduz não proceder, pois no Demonstrativo dos Valores a Pagar o imposto próprio e substituído estão separadamente

destacados em **negrito** e no Auto de Infração os valores do imposto próprio encontram-se demonstrados na infração 1 e os valores do imposto substituído, na infração 2.

Também diz não proceder a alegação defensiva de que em momento algum o autuante buscou se o remetente pagou o tributo cobrado na notificação, visto que a intimação, constante à fl. 12 dos autos, pedia que fossem apresentados os DAE referentes às notas fiscais ali relacionadas, tendo todos os DAE apresentados sido copiados (fls. 17 a 67), conferidos, e os valores recolhidos foram devidamente lançados no Demonstrativo dos Valores a Pagar (fls. 04 a 11).

Concernente à alegação de que a Fazenda bem sabe que o DAE do substituto foi devidamente recolhido pelo contribuinte principal, ou seja, a Distribuidora, o autuante destaca que todos os pagamentos efetuados no período fiscalizado (18/01 a 30/04/2011) foram considerados e deduzidos do imposto devido. Por conseguinte, em momento algum ficou caracterizada a presença de “bitributação”, pois o valor do imposto reclamado é o resultado do valor de débito do imposto destacado na respectiva NF-e, menos o valor pago, conforme os DAE apresentados.

Quanto às cópias dos DAE juntadas aos autos como prova do recolhimento, salienta que o autuado não apresentou qualquer documento de arrecadação que não tivesse sido apreciado e considerado na ação fiscal, cujas cópias foram previamente juntadas ao presente PAF pelo autuante.

Por fim, informa que o Auto de Infração em lide decorreu dos trabalhos executados por conta de uma operação planejada e estabelecida pela DPF, SAT e COPEC, com o aval do Sr. Secretário da Fazenda e padronizada para todo o Estado da Bahia. Pede a procedência do Auto de Infração.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o valor de R\$ 22.119,68, relativo a três infrações, tendo o contribuinte apresentado impugnação, conforme acima relatado.

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração, arguida pelo autuado, sob a alegação do princípio da anterioridade da lei em relação a criar ou aumentar tributos, além de não poder cobrar tributos antes de 90 dias da publicação da lei que os criou ou aumentou (art. 150, III, “c”, da Constituição Federal). E rejeito a preliminar de nulidade arguida uma vez que o enquadramento legal para as três infrações está previsto no artigo 6º, inciso XVI, combinado com o artigo 47, incisos I e II da Lei nº 7.014/96, cujo inciso XVI foi acrescentado ao caput do art. 6º pela Lei nº 12.040, de 28/12/10, DOE de 29/12/10, com efeitos a partir de 29/12/10, enquanto a redação atual do art. 47 foi dada pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10, sendo que ambas as alterações não criam ou aumentam tributos, como afirma o apelante.

Igualmente, rejeito a preliminar de nulidade arguida pelo autuado sob a alegação de inexistência de infração ou de qualquer ilicitude, visto que as infrações estão cristalinamente consignadas nas três acusações fiscais e previstas no art. 6º, XVI, c/c o art. 47 da Lei nº 7.014/96, tendo o adquirente de combustível a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto, total ou parcial, devido pelo remetente, o qual estava sujeito ao Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do imposto próprio e/ou substituído no momento da saída da mercadoria, cujos valores arrecadados, através de DAE, foram deduzidos do imposto apurado, conforme demonstrado às fls. 4 a 11 do PAF, cuja planilha destaca o imposto próprio e o ICM-ST.

Assim, configurada a infração, teve o autuado a oportunidade de apresentar os DAE identificados nas operações, referentes às notas fiscais analisadas, conforme prova o documento à fl. 12 dos autos, sendo impertinente a alegação do apelante de que o autuante não investigou se o remetente havia recolhido o imposto, cabendo salientar que todos os documentos, apensados aos autos pelo defendente, foram considerados e anexados aos autos quando da ação fiscal.

Do exposto, como as razões de defesa não conseguiram elidir as imputações, voto pela PROCEDÊNCIA o 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 **020778.0807/11-1**, lavrado contra **AUTO POSTO SKALLA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$22.119,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA