

AI. Nº - 019144.0010/11-0
AUTUADO - POSTO DE COMBUSTÍVEIS IPIAÚ LTDA.
AUTUANTES - RAFAEL ALCÂNTARA DE ANDRADE E DERNIVAL BERTOLDO SANTOS
ORIGEM - INFAC JEQUIÉ
INTERNET 29.02.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0045-05/12

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE. (ETANOL HIDRATADO) **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. Superada a questão de publicidade do remetente. Mantidas as imputações. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/07/2011, lança crédito tributário no valor de R\$ 19.344,16, em razão do cometimento das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1. 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, no mês de janeiro e fevereiro 2011. Lançado ICMS de R\$ 9.153,23, mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 2. Deixou o adquirente autuado, de recolher a diferença do ICMS normal, recolhido a menos, devido por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustível, adquirido junto à 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 do documento de arrecadação correspondente, nos meses de fevereiro a abril de 2011. Sendo lançado o valor de R\$ 10.190,93, mais multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, às fls. 74 a 78, reproduz os termos da infração e os dispositivos legais relativos ao enquadramento e a multa aplicada. Em relação à Infração 1, transcreve 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. Transcreve o Parecer GECOT/DITRI nº 01622/2011 de 24.01.2011, para concluir que não é responsável solidário pelo ICMS normal e apenas pelo imposto substituído.

Observa ainda que, nos termos do art. 67 do RPAF, tal entendimento advém de uma autoridade da Secretaria da Fazenda com competência para interpretar sobre a legislação tributária deste Estado.

Quanto à Infração 2, sustenta 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. Aduz que, apesar da indicação no parecer para busca de informações, através de Consulta Pública ao Cadastro do Estado da Bahia, no sitio www.sefaz.ba.gov.br (art. 914, RICMS BA), relativas aos remetentes arrolados no Auto de Infração e mesmo tendo sido feitas consultas posteriores à ação fiscal, nenhuma informação apresenta a esse respeito.

Apresenta quadro com as empresas arroladas no presente Auto de Infração, sem constar qualquer observação e conclui pela improcedência da ação fiscal.

Os autuantes prestam informação fiscal, às fls. 88 a 90, discorrem sobre o inconformismo do sujeito passivo e dizem que o art. 47 da Lei nº 7.014/96 define sobre Regime Especial de Fiscalização e a obrigatoriedade do pagamento antecipado do imposto próprio e o substituído. Transcreve ainda o art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96 e aduzem 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 – SEAI.

Salientam que não lhe cabe discutir as condições oferecidas pelo site da SEFAZ para informações cadastrais de contribuintes. Asseguram 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 Inspetoria Eletrônica => Processos => Regime Especial => Comunicado. Garantem que, além desse meio, ainda é possível consultar a situação de descredenciamento da empresa distribuidora no mesmo site da SEFAZ, podendo obter esclarecimentos também através do plantão fiscal, as inspetorias. Sustentam 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.

Ressaltam 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.

Concluem que o crédito tributário decorre de exigência legal e o Auto de Infração é 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, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de “etanol hidratado”, adquirido 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 nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação, no caso da primeira infração 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 nº 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 o distribuidor de combustíveis ao vendê-lo para um posto revendedor varejista, assume ao mesmo tempo a condições de contribuinte de fato (em relação ao ICMS normal) e de responsável, contribuinte de direito (em relação ao ICMS substituto).

Acrescentou que, nos termos do parecer supramencionado, o adquirente de mercadorias junto a contribuinte sujeito a regime especial de fiscalização não é solidário pelo ICMS normal não recolhido ou recolhido a menos. Aduzindo que esse é o entendimento de autoridade da Secretaria da Fazenda com competência para interpretar a legislação tributária (art. 67, RPAF BA).

Examinando as peças do processo, verifica-se, através de demonstrativo fiscal elaborado, às fls. 05/13, que o contribuinte adquiriu “etanol hidratado” junto aos remetentes: PETRÓLEO DO VALE LTDA., inscrição estadual nº 76.325.343; PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA., inscrição estadual nº 78.027.360 e de GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA, inscrição estadual 36.732.766, com respectivas notas fiscais - *eletrônicas* representadas nos “Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica - DANFE” discriminados no aludido relatório fiscal e 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*”, previsto no art. 47 da Lei 7.014/96.

A mencionada Lei nº 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 há 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 sociedades empresárias distribuidoras de combustíveis, antes mencionadas, 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 no o fizeram.

Quanto à alegação de que não é responsável legal pelo recolhimento do ICMS normal, fundada na sua interpretação à resposta da consulta formulada por outro contribuinte, não assiste razão ao sujeito passivo, posto que, inicialmente, 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. No caso em exame, por exigência legal, o adquirente autuado 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.

Em seguida, o direito não assiste ao autuado também porque a consulta apresentada é considerada ineficaz, nos termos do art. 61, § 1º, inciso II, alínea “c”, do RPAF BA, ao estabelecer: “*o ato ou fato estiverem disciplinados em ato normativo publicado antes de sua apresentação, ou estiverem definidos expressamente em disposição literal de lei*”.

No caso específico 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, conforme demonstrativo antes mencionado, 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 da infração, constata-se que o remetente PETRÓLEO DO VALLE recolheu o ICMS substituição destacado nas notas fiscais de sua emissão, e no que se refere ao ICMS normal pagou apenas parte dos valores; correta a fiscalização ao verificar 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 (DANFES) relacionados no demonstrativo fiscal, lançou o crédito tributário não recolhido, sendo igualmente subsistente a infração 2.

Incabível ainda o argumento de que a Secretaria da Fazenda não disponibiliza em seu sitio a informação necessária para o fiel cumprimento da legislação, posto que, ao contrário da alegação defensiva, dentre às informações postas à consultas públicas pela Secretaria da Fazenda, ao se acessar a página: *Inspeção Eletrônica=> Processos => Regime Especial => Comunicado*, constam os registros dos comunicados SAT Nº 001 e 003/2011 que tornam público que os 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 o período de ocorrências do fato gerador das duas infrações.

Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA do 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 **019144.0010/11-0**, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS IPIAÚ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.344,16**, 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, 09 de fevereiro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA