

A. I. Nº - 20778.0811/11-9
AUTUADO - SANTA CLARA ABASTECIMENTO LTDA.
AUTUANTE - MANOEL MESSIAS SANTOS DA HORA
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 11.04.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0050-02/12

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AQUISIÇÕES DE COMBUSTÍVEIS. REMETENTE SUJEITO A REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. **a)** ICMS NÃO RECOLHIDO NA SAÍDA DA MERCADORIA; **b)** ICMS RECOLHIDO A MENOS. O art. 6º inciso XVI da Lei 7014/96, atribui a solidariedade ao 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. Não comprovado o recolhimento no momento da saída da mercadoria, para a infração 01 e comprovado o recolhimento a menos no momento da saída da mercadoria para a infração 02. Infrações subsistentes. Não acolhidas as arguições de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 02/08/2011, para exigir ICMS no valor de R\$16.927,25, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” e “f” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher a diferença do ICMS normal, recolhido a menos devido por responsabilidade solidária, no valor de R\$16.813,36, 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, nos meses de janeiro, fevereiro e abril de 2011, conforme demonstrativos às fls.04 a 09.
2. Falta de recolhimento do ICMS retido por responsabilidade solidária, no total de R\$54,33, na operação de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS retido no momento da saída da mercadoria, com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento da mercadoria através de nota fiscal não acompanhada de Documento de Arrecadação Estadual (DAE-Substituto), no mês de fevereiro de 2011, conforme demonstrativos às fls. 04 a 09.
3. Falta de recolhimento do ICMS substituído, por responsabilidade solidária, no total de R\$59,56, não retido nas operações de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, estando a nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, no mês de janeiro de 2011, conforme demonstrativo à fl. 04 a 09.

O sujeito passivo ingressa com defesa tempestiva, fls.54 a 73, onde preliminarmente invocou o art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA, para suscitar a nulidade da autuação, com base nas seguintes preliminares.

- a) Falta de assinatura de dois fiscais no auto de infração.

- b) Lavratura de um mesmo auto de infração para exigência de tributos diversos (ICMS NORMAL, “ICMS RETIDO” e ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA), por entender em desacordo com o artigo 43, do RPAF/99.

Em seguida, alega a existência de erro de direito do ato administrativo, sob alegação de que um dos remetentes da mercadoria citada no auto de infração, a Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., quando da publicação do comunicado SAF nº 001/2011 em 18/01/2011, estava sob regime de fiscalização suspenso em razão da existência de Medida Liminar (doc.fl. 80 a 82).

Assim, sustenta que, de acordo com o artigo 151, inciso IV, do CTN, não deve ser considerado responsável tributário em relação às Notas Fiscais nº 12.185 e 12.186, não sendo devido o lançamento do débito que totaliza R\$6.297,26. Entendendo ter ocorrido erro de direito, fundamenta sua arguição na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), e no entendimento de ilustres juristas do direito tributário, que a transcreveu.

Prossegue comentando que o erro de direito afronta o princípio da legalidade previsto no caput do artigo 37 da CF/88.

No mérito, alega que o ICMS devido por substituição tributária foi devidamente recolhido conforme determina a Lei, pelo remetente da mercadoria, e o DAE e seu comprovante acompanhavam a nota fiscal, cumprindo com seu dever legal, estabelecido no art. 6º, inciso XVI da Lei do ICMS, sendo indevida as espécies tributárias lançadas, sem competência para tal, referente às infrações 02 e 03, nos valores de R\$ 61,47 e R\$ 145,59, respectivamente.

Quanto ao pagamento do imposto devido por antecipação tributária na forma disposta na Lei, diz que este também foi recolhido pelo remetente da mercadoria quando da compra do Etanol na Usina/Destilaria, e que não há nos autos a prova de que o remetente da mercadoria não tenha pago este tributo, não lhe cabendo fazer esta prova, pois o ônus da prova cabe a quem alega, conforme art. 333 inciso I do CPC.

Comenta sobre a obrigação tributária; definição de sujeito passivo e as limitações constitucionais no trato da matéria de responsabilidade tributária, inclusive na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para argüir inconstitucionalidade da Lei Ordinária do Estado da Bahia nº 12.040, de 28/12/2010, que instituiu a solidariedade do posto de combustível, por ofensa ao artigo 146, inciso III, alínea “b” da CF/88, por entender que a responsabilidade só pode ser criada mediante lei complementar.

Invoca o princípio da pessoalidade da pena, dizendo ter havido ausência de culpa de sua parte, para argumentar que a multa deve ser aplicada apenas à Distribuidora, citando a jurisprudência do STJ e de lição de renomado professor de direito tributário.

Ao final, requer sejam acatadas as preliminares de nulidade, e que caso ultrapassadas, no mérito, seja julgado improcedente o auto de infração tendo em vista a inconstitucionalidade da Lei Ordinária nº 12.040 de 28.12.2010; pela ausência de provas para embasar a cobrança da infração 01, no valor de R\$ 16.813,36; e no que diz respeito às cobranças oriundas das infrações 02 e 03, pelo fato de as mesmas não se embasarem em nenhuma previsão legal, com total de R\$113,89.

Protesta, por fim, provar o alegado por todos os meios de provas admitidas em Direito.

Na informação fiscal às fls. 111 a 115, o autuante rebateu a arguição preliminar de nulidade, dizendo que não há necessidade de assinatura de dois fiscais no auto de infração, transcrevendo o artigo 18, seus incisos e parágrafos, do RPAF/99.

Quanto a alegação de que foi exigida mais de uma espécie tributária (ICMS normal; retido; e por substituição tributária), o autuante argumenta que somente foi exigido o ICMS incidente nas operações, e que não há impedimento legal para a lavratura de mais de uma infração cometida pelo contribuinte.

No que concerne aos argumentos da existência de liminar, o preposto fiscal diz que de acordo com a decisão do STJ, que foi transcrita, as liminares têm caráter provisório, sujeita a cassação, e não há impedimento judicial para que o Estado reclame através de lavratura de auto de Infração, os créditos tributários incidentes nas operações realizadas, para prevenir a decadência do direito

de lançamento do imposto correspondente.

Sobre a alegação de que o imposto era de responsabilidade do remetente, o preposto fiscal sustenta que o seu procedimento fiscal está respaldado no inciso XVI do art. 6º da Lei 7.014/96, cujos documentos fiscais e DAE's apresentados na defesa são provas documentais que ocorreu o pagamento a menor do imposto pelos remetentes, cabendo ao autuado arcar solidariamente pelo recolhimento do ICMS normal e/ou substituído exigidos nas operações em questão.

Com relação à alegação de que o ICMS devido por substituição tributária foi devidamente recolhido pelo remetente da mercadoria, e o DAE e seu comprovante acompanhavam as notas fiscais, esclarece que no Demonstrativo às fls.04 e 10 todos os pagamentos efetuados no período fiscalizado (18/01 a 30/04/2011), foram considerados e deduzidos do débito. Diz que o imposto reclamado é o resultado do valor do débito do imposto destacado nas respectivas NFe, menos o valor pago, conforme cópias dos DAE's apresentadas e juntadas ao processo.

Prosseguindo, argumenta que a origem do fato gerador foi descrita de forma clara, diante da constatação da inobservância, pelo autuado, do disposto no artigo 47, da Lei nº 7.014/96.

Sobre a alegação de inconstitucionalidade da legislação estadual, o autuante se abstém de apreciar tal questão, e diz que cabe a outras instâncias jurídicas.

Salienta que a fundamentação legal para cobrança junto ao revendedor varejista do imposto normal e/ou substituição tributária na operação, está inserta no sistema de Emissão de Auto de Infração da SEFAZ, cujas redações que constam no auto de infração, são textos padrão do próprio SEAI, que por sua vez recebe enquadramento das infrações com o crivo da DITRI e da GETRI.

Para mostrar a existência de regime especial de fiscalização e obrigatoriedade de pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria do distribuidor, transcreveu o inciso XVI do artigo 6º, da Lei nº 7.014/96.

Além disso, para sustentar que não assiste razão ao autuado na alegação de impossibilidade de conhecer a sujeição da empresa fornecedora ao regime especial de fiscalização através de consulta ao sistema da SEFAZ, transcreveu os Comunicados SAT nº 001/2011 e 003/2011, *in verbis*:

COMUNICADO SAT Nº 001/2011

O SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, no uso de suas atribuições e considerando o disposto no inciso XVI do art. 6º da Lei 7.014/96, torna público que os contribuintes a seguir indicados estão sujeitos ao regime especial de fiscalização e pagamento, nos termos do art.47 incisos I e II da Lei 7.014/96, até 30/06/2011.

RAZÃO SOCIAL	I. ESTADUAL	MUNICIPIO	Nº DO PROCESSO	SITUAÇÃO
GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA	36732766	Jequié	000404/2011+6	DEFERIDO
GASFORTE COMB. E DERIVADOS LTDA	72315339	A.Rodrigues	000459/2011-4	DEFERIDO
PETROMOTOR DIST. PETRÓLEO LTDA	77804511	C. do Jacuipe	723418/2010-0	SUSP.P/LIMINAR
PETROMOTOR DIST.DE PETRÓLEO LTDA	78027360	Itabuna	000081/2011-2	SUSP.P/LIMINAR
PETROLEO DO VALLE LTDA	76325343	F. de Santana	000341/2011-8	DEFERIDO
			019017/2011-1	

COMUNICADO SAT Nº 003/2011

O SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, no uso de suas atribuições e considerando o disposto no inciso XVI do art. 6º da Lei 7.014/96, torna público que os contribuintes a seguir indicados estão sujeitos ao regime especial de fiscalização e pagamento, nos termos do art. 47 incisos I e II da Lei 7.014/96, até 31/12/2011.

RAZÃO SOCIAL INSCRIÇÃO ESTADUAL

MUNICÍPIO Nº DO PROCESSO

PETROMOTOR DISTRIBUIDORA

DE PETRÓLEO LTDA.

078027360 ITABUNA 122666/2011-8

PETROMOTOR DISTRIBUIDORA
DE PETRÓLEO LTDA.

077804511 CONCEIÇÃO DO
JACUIPE

122665/2011-1

PETROLEO DO VALLE LTDA
076325343 FEIRA DE SANTANA

122669/2011-7

GASFORTE COMBUSTÍVEIS E
DERIVADOS LTDA

036732766 JEQUIÉ

122636/2011-6 GASFORTE
COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS
LTDA

072315339 AMÉLIA RODRIGUES

122662/2011-2

GAB / SAT, 30 de junho de 2011. Jorge
Luiz Santos Gonzaga

Superintendente de Administração Tributária em exercício

Ressaltando que as justificativas do autuado não elidem a infração, cujo crédito tributário decorre de exigência legal, sem que o mesmo tenha trazido nenhum fato novo capaz de mudar os fatos, pugna pela procedência de sua ação fiscal.

VOTO

Analisando a preliminar de nulidade relativa a falta assinatura de dois fiscais no auto de infração, verifico não assistir razão ao defendente, uma vez que a autuação foi desenvolvida no estabelecimento do autuado por apenas um preposto fiscal, no caso o autuante, em cumprimento à Ordem de Serviço nº 35/96, e foram atendidas as exigências da Portaria nº 35/96, conforme atesta o funcionário fiscal que subscreve o Termo de Saneamento à fl.52.

Quanto a alegação de que o auto de infração foi lavrado contemplando tributos diversos, também não há como prosperar tal assertiva, uma vez que, embora o auto de infração contemple três infrações, a exigência fiscal diz respeito a um único tributo, (ICMS NORMAL, “ICMS RETIDO” e ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA), não ocorrendo, assim, desobediência ao disposto no artigo 43, do RPAF/99.

Portanto, a acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem da cada infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal.

Além disso, foi informado na defesa que um dos remetentes da mercadoria citado no auto de infração, a Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda, quando da publicação do comunicado SAF nº 001/2011 em 18/01/2011, estava sob regime de fiscalização suspenso em razão da existência de Medida Liminar (docs.fl.80 a 82), e por isso, que não deve ser considerado responsável tributário em relação às Notas Fiscais nº 12.185 e 12.186, não sendo devido o lançamento do débito que totalizam R\$6.297,26.

Saliento que em conformidade com o disposto no caput do art. 117 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, “*a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto*”. Ocorre que as alegações do contribuinte quanto à existência de ação judicial de caráter mandamental e a decorrente concessão de medida liminar não tem o condão de, neste processo, impedir que o Estado reclame o imposto lançado, para prevenir a decadência do crédito tributário em questão.

Apreciando a alegação defensiva de confiscatoriedade da exigência fiscal, observo que a sua exigência neste processo está prevista na legislação tributária, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada legislação que será apreciada por ocasião do mérito, e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Quanto a alegação de inconstitucionalidade da Lei Ordinária nº 12.040 de 28/12/2010 do Estado da Bahia, por entender o defendente que ocorreu por grave violação do artigo 146, III, b, da Constituição da República, que impõe tão-somente a possibilidade de criação de um novo responsável tributário por meio de Lei Complementar, me abstenho de analisar tal alegação, tendo em vista que, acorde o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Por estas razões, ficam rejeitadas as arguições de nulidade, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, não havendo qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie o RPAF/BA aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/1999.

No mérito, na análise das peças processuais, verifico que todas as três infrações imputadas ao sujeito passivo dizem respeito a exigência de ICMS por solidariedade (ICMS normal e retido), não recolhido ou recolhido a menor, nas operações de aquisição de combustível (Álcool Etanol Hidratado), pelo remetente sujeito ao Regime Especial de Fiscalização, com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria.

A infração 01 exige o imposto normal no valor de R\$ 16.813,36; a infração 02 exige o ICMS normal recolhido a menor no valor de R\$54,33; e a infração 03 exige o ICMS retido destacado no documento fiscal e recolhido a menor no valor de R\$59,56, tudo conforme cópias de NF-e e DAES às fls. 04 a 50, cujos valores lançados no Demonstrativo de Débito não foram contestados pelo autuado.

Analisando as questões discutidas neste processo, verifico que segue:

No tocante a alegação de que o imposto foi recolhido pelo remetente da mercadoria quando da compra do Etanol na Usina/Destilaria, e que não há nos autos a prova de que o remetente da mercadoria não tenha pago este tributo, não lhe cabendo fazer esta prova, o autuado tem obrigação de conhecer a sujeição da empresa fornecedora ao regime especial de fiscalização através de consulta ao sistema da SEFAZ, e portanto, a obrigação de exigir do fornecedor o comprovante do pagamento do ICMS substituído, apresentando a devida comprovação, sob pena de ser o responsável solidário dos valores exigidos na autuação.

Por outro lado, consoante o disposto nos artigos 178 combinado com o artigo 181, ambos do RICMS/BA, o contribuinte é responsável pela verificação, via INTERNET ou nos terminais de auto atendimento da Secretaria da Fazenda, dos regimes especiais concedidos aos contribuintes, bem como, no Site da SEFAZ, em sua página de Inspeção Eletrônica, que tem repercussão no campo da responsabilidade solidária dos adquirentes, nos termos do art. 47 incisos I e II da Lei 7.014/96, através do site da SEFAZ.

Quanto à arguição de que não cabe a exigência do imposto ao posto revendedor, deixando a entender que pagou pelo produto à distribuidora já com todo o imposto agregado, podendo o Estado alcançar quem realmente deixou de cumprir a obrigação tributária, cabe consignar que o art. 6º inciso XVI da Lei 7.014/96, não alberga qualquer dúvida quando atribui a solidariedade ao 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.

Assim, a elucidação das questões argüidas na peça defensiva passa, necessariamente, pela análise da legislação que serve de referência à matéria, cumprindo-nos transcrever, para melhor visualização, os dispositivos legais respectivos.

Artigo 6º, inciso da Lei nº 7.014/96

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;

Artigo 47, da Lei nº 7.014/96

Art. 47. O regime especial de fiscalização e pagamento será determinado por ato do Titular da Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda e consistirá, isolada ou cumulativamente:

I - na obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria ou da prestação do serviço, inclusive o relativo ao imposto devido por substituição tributária;

II - na obrigatoriedade do pagamento do imposto, devido por antecipação tributária, na entrada no território deste Estado, relativamente às mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação;

Artigo 914 do RICMS/97

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;

Além disso, cumpre observar que o instituto da solidariedade tributária não comporta o benefício de ordem, conforme alinha parágrafo único do artigo 124, do CTN.

Desta forma, ante a legislação acima citada, é de responsabilidade do autuado na condição de adquirente da mercadoria objeto da autuação, pelo pagamento do imposto normal e do imposto retido não recolhido ou recolhido a menor pelo remetente sujeito a regime especial de fiscalização.

No tocante às infrações 02 e 03, foi alegado na defesa que o ICMS devido por substituição tributária, nos valores de R\$54,33 e R\$59,56, respectivamente, foi devidamente recolhido conforme determina a Lei, pelo remetente da mercadoria, e o DAE e seu comprovante acompanhavam a nota fiscal, cumprindo com seu dever legal. Nestes itens não se discute se o contribuinte recolheu o tributo em questão. Verificando as cópias dos documentos fiscais constantes nos autos, constato que conforme demonstrado pelo autuante, a exigência fiscal se refere exclusivamente ao valor que foi recolhido a menor nas notas fiscais especificadas nos demonstrativos às fls.04 a 09.

Mantenho também estes itens da autuação, uma vez que o autuado, na condição de responsável solidário não comprovou ter ocorrido o recolhimento das parcelas que foram lançadas no auto de infração.

Nestas circunstâncias, não resta dúvida que os autuantes agiram de forma correta, visto que efetivamente os documentos fiscais que instruem o auto de infração, por estarem desacompanhados dos comprovantes de recolhimentos do ICMS NORMAL e do RETIDO, conforme determina a legislação acima transcrita, o autuado é o responsável por solidariedade pelo pagamento dos mesmos.

Ante o exposto, 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 020778.0811/11-9**, lavrado contra **SANTA CLARA ABASTECIMENTO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$16.927,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR