

A. I. Nº - 020778.0809/11-4
AUTUADO - AUTO POSTO MADRI LTDA.
AUTUANTE - MANOEL MESSIAS SANTOS DA HORA
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET 02.03.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0054-05/12

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. Rejeitada a preliminar de nulidade arguida. Superada a questão de publicidade do remetente. Mantidas as imputações. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 02/08/2011, lança crédito tributário no valor de R\$ 12.206,01, em razão do cometimento das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1. Deixou o adquirente 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 2011. Lançado ICMS de R\$ 3.078,76, mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 2. Deixou o adquirente de recolher a diferença do ICMS normal, recolhido a menos, devido por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustível junto à 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 menos e acompanhada do documento de arrecadação correspondente, nos meses de fevereiro a abril de 2011. Sendo lançado o valor de R\$ 8.777,67, mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 3. Deixou o adquirente de recolher ICMS retido por responsabilidade solidária, 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, em vista do recebimento da mercadoria, através de nota fiscal não acompanhada do documento de arrecadação do ICMS substituto, no período de fevereiro a abril 2011. Lançado ICMS de R\$ 27,44, mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 4. Deixou o adquirente de recolher por responsabilidade solidária o valor do ICMS substituído devido, porém, não retido, 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. Verificado através da nota fiscal sem retenção do ICMS substituído e consequentemente desacompanhada do respectivo documento de arrecadação. Período abril 2011. ICMS R\$ 322,13, mais multa de 60%.

O autuado apresenta defesa às fls. 42 a 51, reproduz os termos da infração, faz um breve resumo e descreve dispositivos legais relativos ao enquadramento e a multa aplicada.

Preliminarmente, diz que a falta de assinatura de dois fiscais é vício formal que acarreta a nulidade do Auto de Infração (art. 18, IV, alínea “a”, RPAF-BA); que o art. 43, RPAF é claro ao preceituar que é vedada a lavratura de um mesmo Auto de Infração relativo a tributos diversos; no Auto de Infração em tela, lavrou-se mais de uma espécie tributária: ICMS NORMAL, ICMS RETIDO e ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (, o que é vedado por Lei, conforme citado. Nulidade com base no art. 18, IV alínea “a” do RPAF-BA, com a extinção sem julgamento do mérito e posterior arquivamento.

Diz que houve erro de direito, tendo em vista a existência de medida liminar que suspende a exigibilidade de crédito tributário, conforme art. 151, V, CTN. A distribuidora PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA., quando da publicação do comunicado SAT Nº 001/2011 em 18/01/2011, estava com regime de fiscalização suspenso por liminar, conforme documentação em anexo.

Entende que suspenso estava o regime de fiscalização de recolhimento antecipado para essa distribuidora, que remeteu etanol para a Impugnante nas datas de 23/02/2011 – Nota Fiscal nº 12220, não se poderia lançar de ofício os impostos destas operações que totalizam R\$ 1.492,45.

Discorre sobre erro de direito; que existe afronta ao princípio da legalidade, da motivação.

No mérito, diz que existe cobrança de impostos em duplicidade, fere o princípio da capacidade contributiva, aduzindo que pagar por imposto que está pago, tem efeito confiscatório, vedado por lei, conforme art. 150, IV, CF/88.

Diz que o imposto é exigido por coerção; lembra que a solidariedade, também implica em cobrança do remetente da mercadoria, o que ainda não foi feito; Defende que deve ser incluído no polo passivo do presente Auto de Infração, os remetentes da mercadoria.

Diz que substancialmente o Auto de Infração epigrafado consiste na solidariedade do autuado ao pagamento de impostos que era de responsabilidade do remetente da mercadoria, que ao tempo da operação estava sob regime especial de fiscalização.

Diz que o ICMS devido por substituição tributária foi devidamente recolhido pelo remetente da mercadoria, e o DAE e seu comprovante acompanhavam a nota fiscal, conforme art. 6º, XVI da Lei do ICMS. Com a espécie paga criou-se outras espécies tributárias, sem competência para tal, e lavra ainda as infrações 3 e 4, nos valores de R\$ 27,44 e R\$ 322,14, respectivamente.

Afirma que nas notas fiscais só existem duas espécies tributárias. O ICMS normal e o ST, que foi pago conforme consta dos autos. Diz que pagar por ICMS normal e diferença de ICMS normal, conforme pleiteia a ação fiscal é arbitrário e ilegal.

Aduz que não se descreve de forma correta a origem do fato gerador da obrigação de pagar esses tributos, e ainda, se deve ser pago porque o remetente da mercadoria está sob regime de fiscalização. Insiste que não se faz prova que o remetente não pagou o ICMS normal quando da compra do Etanol por ela na Usina/Destilaria. Diz que em outros estados, o remetente é obrigado a sair com a antecipação para a Bahia já feita. Lembrando que o ônus da prova cabe a quem alega (art. 333, I, CPC).

Diz que pagar os impostos dos itens 1 e 2, que já estão pagos, é *bis in idem*, o que é proibido.

Finaliza resumindo os pedidos feitos no curso da peça defensiva com extinção da exigência e arquivamento dos autos.

O autuante presta Informação Fiscal, às fls. 61 a 66, resume as alegações defensivas e informa que é gritante o equívoco defensivo, em face da falta de assinatura dos fiscais; diz não existir óbice à exigência diversa do mesmo imposto no Auto de Infração; quanto às decisões liminares, aduz que têm caráter provisório, podem ser cassadas e não podem impedir a exigência de crédito tributária a fim de evitar, inclusive, a decadência. Transcreve, nesse sentido, RESP 1168226, relatoria da Ministra Eliana Calmon (STJ – 2ª. Turma).

Diz ainda que, através do demonstrativo de fls. 04/10, resta provado que não houve BIS IN IDEM, posto que todos os pagamentos efetuados foram deduzidos do valor exigido. Completa que por força da Lei, imposto revendedor tornou-se responsável solidário pelo pagamento do imposto, ora reclamado e oriundo da aquisição do álcool hidratado; os documentos fiscais e os DAES juntados aos PAF provam que houve pagamento a menos efetuado pelo remetente.

Combate a alegação da falta de clareza na descrição dos fatos, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado dentro das normas legais e que o autuado não observou o constante no art. 47, Lei 7.014/96. O demonstrativo fiscal destaca separadamente os valores de ICMS próprio e substituto das infrações 1, 2, 3 e 4.

Frisa 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, com crivo da DITRI e da GETRI.

Diz que o artigo 47 da Lei nº 7.014/96 define o regime especial de fiscalização e o pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, inclusive o imposto devido por substituição tributária. Transcreve o art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96, os comunicados SAT 001/2011 e o 003/2011.

Conclui 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 das infrações descritas e relatadas na inicial para exigir a ICMS normal não recolhido, diferença de recolhimento a menor de ICMS normal; ICMS-ST retido, ICMS-ST não retido, todos devidos 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 acompanhada do documento de arrecadação, também a menos.

Preliminarmente, o sujeito passivo requer a declaração de nulidade do Auto de Infração, sob a arguição da falta de assinatura dos dois fiscais (art. 18, IV, “a”, RPAF BA); da lavratura concomitante do ICMS normal, o retido e o ICMS relativo à substituição tributária; por erro de direito, tendo em vista a existência de medida liminar que suspende a exigibilidade de crédito tributário da aquisição feita a PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA (art. 151, inciso V, CTN).

Nenhuma das situações retro anunciadas presta-se a anular a autuação procedida no presente Auto de Infração. Em contrário à pretensão autuada, o lançamento de ofício que se combate contém os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator; o Auto de Infração foi lavrado por um só preposto fiscal, competente para tal ato. Não existe nenhum óbice na lavratura das infrações mencionadas pelo sujeito passivo, nos termos do art. 38, RPAF/BA, cujo Auto de Infração é lavrado para exigência de tributos, acréscimos tributários e multas, sempre que, mediante ação fiscal for constatada infração à legislação tributária.

Não existe qualquer erro de direito na concessão da medida liminar à remetente PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA, considerando que sua finalidade é apenas de *acautelar*

direito ameaçado por risco de dano do remetente, não tendo o condão de impedir a lavratura de Auto de Infração em contribuintes com quem faça negócios. Ainda porque, juridicamente, possui natureza antecipatória, não constitui prejulgamento da causa, não afirma ou retira direito algum, nem produz efeitos jurídicos definitivos.

Dessa forma, tendo apresentado defesa dentro dos prazos regulamentares, a exigibilidade do crédito tributário constituído, através do presente Auto de Infração, encontra-se suspensa, até o seu julgamento definitivo, nos termos do art. 964, RICMS BA; nunca em função da medida liminar em mandado de segurança concedida à PETROMOTOR, cuja suspensão judicial não impossibilita a Fazenda Pública de proceder à regular constituição do crédito tributário.

O Auto de Infração foi lavrado em obediência aos elementos fundamentais constantes no art. 39, RPAF BA, sem agressão aos princípios da legalidade, da motivação, da capacidade contributiva ou vedação ao confisco, conforme é a alegação do sujeito passivo.

No mérito, examinando as peças do processo, verifica-se, através de demonstrativo fiscal elaborado, às fls. 04/10, 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 nº 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, percebe-se 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 não o fizeram.

Incabível é a alegação defensiva de que não pode ser responsável solidária pelo recolhimento de tributos da nota fiscal 12220 emitida pela PETROMOTOR, pelos motivos já apreciados anteriormente; não houve também nenhuma cobrança em duplicidade, uma vez que a exigência foi elaborada com a subtração dos valores efetivamente pagos pelo remetente.

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.

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 integral do imposto devido 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 do Auto de Infração, constata-se que os remetentes PETRÓLEO DO VALLE, GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA e PETROMOTOR recolheram a menor o

ICMS normal destacado respectivamente nas Notas Fiscais nºs 44.912, 22.626 e 12.220, somando R\$ 4.421,68, em fevereiro 11; em março, Notas Fiscais nºs 22.962, 46.072, informam ICMS recolhido a menor R\$ 2.930,99; em abril 11, Nota Fiscal nº 23.157 e ICMS R\$ 1.425,00, conforme demonstrativo fiscal de fls. 04/10, totalizando a ICMS normal recolhido a menos no valor de R\$ 8.777,67, sendo igualmente subsistente a infração 2.

Estas mesmas notas fiscais totalizaram ICMS ST recolhido a menos, após o confronto com os valores do ICMS ST constantes dos DAES, importando diferença de R\$ 10,80, R\$ 11,25 e R\$ 5,39, totalizando R\$ 27,44, na infração 3, que apurou a retenção e recolhimento a menor, relativo às operações internas subsequentes. .

Na infração 4, apurou-se ainda que o autuado deixou de reter e, conseqüentemente, de recolher o ICMS substituído relativamente à nota fiscal eletrônica representada pelo DANFE nº 23.157 (fl. 19), no valor de R\$ 322,14.

A princípio, o distribuidor de combustíveis é o responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes com AEHC, na condição de sujeito passivo por substituição (art. 512-A, I, “b”, RICMS BA).

No entanto, a nova redação do art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96 impõe norma da sujeição ao posto revendedor para o pagamento por solidariedade, além do ICMS substituído, mas por todo o imposto que o contribuinte de direito teria que recolher no momento da saída da mercadoria.

No caso concreto, 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.

Posto isso, restam caracterizadas as exigências contidas nas infrações 3 e 4, nos valores de R\$ 27,44 e R\$ 322,14, conforme consta no demonstrativo fiscal supra referenciado.

Observe, ainda, que constam os registros dos comunicados SAT Nº 001 e 003/2011, tornando 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 três 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 **020778.0809/11-4**, lavrado contra **AUTO POSTO MADRI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 12.206,01**, 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, 14 de fevereiro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA