

A. I. Nº - 022078.0009/12-3
AUTUADO - M&C PORTAL DO RECÔNCAVO DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - ANTONIO LUIZ DO CARMO
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET - 09. 08. 2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0184-01/12

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **a)** IMPOSTO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** IMPOSTO DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b.1)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. **b.2)** IMPOSTO RETIDO A MENOS E NÃO RECOLHIDO. O art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96, atribui ao posto revendedor varejista a responsabilidade pelo pagamento do ICMS, em relação ao combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do imposto no momento da saída da mercadoria, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação. Sujeição ao Regime Especial de Fiscalização e Pagamento dos remetentes publicada no DOE e constante do site da SEFAZ. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 13/04/12 para exigir ICMS em decorrência das seguintes infrações:

01. Deixou o adquirente, de recolher ICMS normal, devido por solidariedade, nas operações 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 desacompanhada do documento de arrecadação. Valor exigido: R\$10.118,62. Período: março e maio de 2011. Multa sugerida de 60%;

Em complemento à acusação, consta: “Relativo às notas fiscais de aquisição a) de nºs. 12341, 12409, 12471, 12491, 12567 e 12624, provenientes da Petromotor Derivados de Petróleo Ltda. de inscrição estadual 78.027.360. b) de nº 3150 adquirida da Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda., inscrição estadual 36.732.766.”

02. Deixou o adquirente, de recolher ICMS Retido, por solidariedade, 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, em vista do recebimento da mercadoria, através de nota fiscal não acompanhada do documento de arrecadação do ICMS substituído. Valor exigido: R\$3.170,86. Período: março e abril de 2011. Multa sugerida de 60%;

Em complemento à acusação, consta: “Relativo às notas fiscais de aquisição a) de nºs 12341, 12409, 12471, 12491, 12567 e 12624, provenientes da Petromotor Derivados de Petróleo Ltda. de inscrição estadual 78.027.360. b) de nº 23150 adquirida da Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda., inscrição estadual 36.732.766.

03. Procedeu a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de combustíveis e

lubrificantes para contribuintes localizados neste Estado. Valor exigido: R\$35,74. Período: março de 2011. Multa sugerida de 60%.

O autuado apresenta defesa, fls. 50 a 54, na qual depois de transcrever as infrações e asseverar que não cometera qualquer infração à legislação tributária, alinha as seguintes ponderações.

No tocante a responsabilidade solidária em virtude de ter, supostamente, adquirido combustível de distribuidora sujeita a Regime Especial de Fiscalização em relação ao montante devido à título de ICMS, diz que não procede, uma vez que a distribuidora não se encontrava enquadrada no referido Regime Especial de Fiscalização, por força de decisão judicial exarada no Mandado de Segurança nº 0108656-53.2011.805.0001, cópias anexadas às fls. 55 a 58.

Destaca ainda que à época das compras realizadas, o Comunicado nº 001/2011, fl. 58, constante no site da SEFAZ/BA informava que o Regime Especial de Fiscalização e Pagamento aplicado à distribuidora de combustíveis estava “Suspendido por Liminar”. Acrescenta observando que como a distribuidora da qual adquiriu os produtos objeto do Auto de Infração não estava sujeita ao Regime Especial, por força de medida liminar, não há que se falar na cobrança do ICMS diretamente do posto de combustível, conforme determinação do art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96, que reproduz.

Ressalta que, caso a responsabilidade solidária seja efetivamente mantida, o que não espera, declara que possui direito a crédito de ICMS, aspecto esse que foi ignorado pela autuação.

Diz que apresentou prova de que o ICMS da substituição da Nota Fiscal nº 12471 foi pago através do DAE de seq. 1101110263, Nota Fiscal nº 12341 de DAE seq. 1100864151, Nota Fiscal nº 12491 de DAE seq. 1101111153, Nota Fiscal nº 12409 de DAE seq. 1100981754. Arremata afirmando que está sendo exigido o valor total referente ao ICMS supostamente devido, sem abater os créditos fiscais do ICMS que já foram pagos nas operações anteriores, uma vez que por ocasião da aquisição da mercadoria pela distribuidora de combustíveis, fazia jus ao crédito relativo às operações anteriores, incluindo o tributo recolhido na própria operação de venda da Usina para a Distribuidora.

Depois de citar e reproduzir parcialmente o art. 155, §2º da CF/88, os artigos 28 e 29 da Lei 7.014/96 e o art. 114 do RICMS-BA/97, invoca o direito à não-cumulatividade, aduzindo que está sendo responsabilizado, solidariamente, por um débito de terceiros, e que por sua vez faz jus aos créditos fiscais a que a distribuidora tem direito. Arremata asseverando que, se seu fornecedor tem créditos fiscais não considerados, também tem direito de vê-los abatidos do suposto débito.

Por fim, redargui que, mesmo se fosse o caso de responsabilidade solidária, o que não é, deveria a autuação ter considerado o valor referente ao creditamento do ICMS em seu favor para que fosse calculado o tributo supostamente devido (encontro débitos-créditos), o que não foi feito.

Transcreve o art. 159, §1º, II e III, RPAF-BA/99 para aduzir que, caso se entenda pela manutenção da autuação, o que não espera, requer seja afastada a aplicação de multa e dos juros, uma vez que em nenhum momento agiu de má-fé nem praticou qualquer infração que merecesse ser penalizada.

Conclui afirmando que, diante da ausência de responsabilidade solidária, requer a improcedência do Auto de Infração.

Acrescenta subsidiariamente que, caso se entenda pela existência de responsabilidade solidária, o que não crê, requer seja considerado o creditamento referente ao ICMS que acompanhou todo o processo de circulação da mercadoria, desde o momento de sua entrada no território baiano, até a sua aquisição pelo posto de combustível.

Requer ainda, se mantida a infração, o afastamento da aplicação de multa e juros, à luz do quanto dito no tópico anterior.

O autuante presta informação fiscal, fls. 63 a 64, destacando que na lavratura do Auto de Infração foram considerados todos os documentos fiscais e de arrecadação do ICMS apresentados pelo contribuinte, conforme demonstrativos analíticos de débito acostados aos autos, fl. 08 a 12, cópias fornecidas ao autuado.

Esclarece que o autuado foi submetido à ação fiscal que trata de Regime especial de fiscalização responsabilidade por solidariedade na aquisição de álcool etanol hidratado, pela falta de comprovação do remetente do combustível, contribuinte de direito, da realização do pagamento do ICMS normal e o do ICMS substituição tributária.

Informa que o autuado demonstra em sua defesa, fl. 50 a 54, que conhece a responsabilidade solidária e alega que não é responsável solidário referindo-se às Notas Fiscais nºs 12471, 12341 e 12392, e em último caso requer o direito amparado pela não cumulatividade.

Salienta que quando intimado o contribuinte apresentou cópias das referidas notas fiscais arguidas: a) Nota Fiscal nº 12341 - apresentou a cópia do DAE, com valor do imposto e o número da nota fiscal divergente, fls. 16 e 19; b) Nota Fiscal nº 12492 - apresentou a cópia do DAE e o número da nota fiscal não divergente, fls. 28 a 30 e c) Nota Fiscal nº 12471 – apresentou cópia do DAE e o número da nota fiscal divergente, fls. 24 a 26.

Assinala que não há fundamentação da defesa ou falta de conhecimento dos fatos arrolados na ação fiscal.

Diz que o art. 40, §1º e §2º, da Lei 7.014/96 reza que constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação: “respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todo o que tenha concorrido de qualquer forma, para sua prática, ou dela tenha se beneficiado,” ainda mais “que a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.”

Observa que a defesa apresentada não encontra elemento que contraria o Auto de Infração lavrado.

Ressalta que já há decisões favoráveis do CONSF em julgados conforme Resoluções Nºs 0054-05/12 e 0055-05/12, cópias de ementas que anexa às fl. 65.

Conclui requerendo a procedência da autuação.

VOTO

Cuida o Auto de Infração do lançamento de ofício de crédito tributário em razão das infrações descritas e relatadas na inicial para exigir ICMS normal não recolhido - infração 01, ICMS-ST retido – infração 02 e ICMS-ST retido a menos – infração 03, 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.

Ressalto que o Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS obriga a circulação da mercadoria acompanhada de comprovante de pagamento do ICMS dela decorrente, este lançamento fiscal, cujas descrições das infrações não deixam dúvidas quanto aos fatos geradores, nem ao que objetivamente se referem, exige apenas a parte do ICMS acima especificado, deduzido dos valores recolhidos.

No que diz respeito a não-cumulatividade do ICMS arguida pelo impugnante no presente caso é descabida, uma vez que o Regime Especial trata da exigência fiscal do imposto normal e da substituição tributária relativa às diretas transações entre o contribuinte autuado e seu fornecedor, referentes à aquisição de Etanol Hidratado, operação por operação. Estando essa mercadoria sujeita à antecipação tributária com fase de tributação encerrada, mas cujo montante não foi recolhido totalmente ao Erário, não há crédito fiscal apropriável pelo autuado e isto não fere a não-cumulatividade do ICMS, entendimento esse já pacificado nos nossos Tribunais de Justiça (STF, *RE 190317/SP*, DJU 01/10/99, p. 49, STJ, *ROMS 8773/GO*, DJ 02/08/99, p.137).

Quanto à alegação defensiva do não enquadramento da empresa Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda. no Regime Especial de Fiscalização e Pagamento, portanto, cessando a sua responsabilidade solidária, por força de decisão judicial emanada do Mandado de Segurança com liminar concedida em 07/11/2011, fls. 55 a 57, cuja ciência da autoridade coatora fora tomada em 08/11/2011, fl. 55, constato que a decisão é inaplicável ao presente caso, uma vez que os fatos geradores, objeto do Auto de Infração, ocorreram entre março e maio de 2011, ou seja, foram perpetrados em datas pretéritas à vigência da decisão judicial. Assim, não resta dúvida alguma que a distribuidora remetente encontrava-se, nessa ocasião, plenamente enquadrada no Regime Especial de Fiscalização e Pagamento, portanto, o autuado estava submetido à responsabilidade solidária.

No mérito, examinando as peças do processo, verifica-se, através de demonstrativo fiscal elaborado, às fls. 08 a 12, que o contribuinte adquiriu “etanol hidratado” junto aos remetentes: 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 (COMUNICADO SAT nºs 001/2011 e 003/2011) 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 Lei nº 7.014/96 em seu art. 6º inciso XVI estatui que:

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.

Pelo que nitidamente se depreende, 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.

É inequívoco que o caso sob comento trata de responsabilidade tributária por solidariedade de fato e de direito, prevista no art. 124, I e II, do CTN. Solidariedade decorrente de lei (arts. 5º da Lei Complementar 87/96 e 6º, XVI, e 47, I da Lei 7.014/96) e, por ter o autuado interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal, na condição de posto revendedor varejista, está obrigado ao pagamento do imposto incidente sobre suas operações de aquisição de combustível com fornecedores submetidos ao Regime Especial de Fiscalização e Pagamento, quando elas não estiverem acompanhadas do Documento de Arrecadação – DAE, devidamente quitado.

A Lei Complementar 87/96, ao dispor sobre as regras gerais do ICMS, dispõe em seu art. 5º que “A Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo”.

Já o art. 47, I, da Lei 7.014/96, expressa a obrigatoriedade do pagamento do ICMS da operação, inclusive o devido por substituição tributária:

Art. 47. O regime especial de fiscalização e pagamento será determinado por ato o 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;

Desse modo, resta evidenciado que no ordenamento legal citado inexistia qualquer distinção de obrigatoriedade quanto ao pagamento do ICMS normal (aqui entendido o imposto incidente sobre a operação de saída da mercadoria do estabelecimento distribuidor ao autuado) e o ICMS substituído (aqui entendido o imposto antecipado *incidente* sobre as operações de revenda do autuado ao consumidor final).

Assim, por todo o exposto, concluo que as infrações 01, 02 e 03 são integralmente subsistentes.

Quanto à multa indicada na infração 02 verifico que deve ser retificada, pois restou comprovado que a distribuidora, sujeito passivo por substituição tributária não efetuou o recolhimento do imposto retido. Neste caso, é cabível a multa indicada no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 150%, prevista para a hipótese de não recolhimento tempestivo do imposto retido. Considerando que o autuado é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto, da multa e dos acréscimos legais devidos pelo contribuinte, a multa indicada na infração 02 fica retificada, passando de 60%, para 150%.

Quanto ao pedido pela exclusão da multa, não pode ser acatado por esta Junta de Julgamento Fiscal, ante a falta de previsão legal, tendo em vista que o art. 159, do RPAF/99 atribui expressamente à Câmara Superior do CONSEF competência para esse fim.

Ressalto ainda, a impossibilidade legal para atendimento do pleito do autuado em relação ao afastamento dos juros e acréscimos moratórios incidentes sobre o débito e utilização da taxa SELIC, tendo em vista que obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mas especificamente no Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e no Art. 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **022078.0009/12-3**, lavrado contra **M&C PORTAL DO RECÔNCAVO DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.325,22**, acrescido das multas de 60% sobre R\$10.154,36 e de 150% sobre R\$3.170,86, previstas no art. 42, II, “f”, “e”, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2012.

RÚBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR