

A. I. Nº - 206985.0016/11-6
AUTUADO - RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - MARCO ANTÔNIO DE SOUZA FORTES e JOSÉ AUGUSTO MARTINS VICENTE
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET 11.07.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0190-05/12

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. Itens subsistentes. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/12/2011, exige o débito no valor histórico de R\$ 52.862,79, consoante documentos às fls. 8 a 169 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou, o adquirente, de recolher o ICMS normal, no valor de R\$ 49.116,45, 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, nos meses de janeiro a março de 2011;
2. Deixou, o adquirente, de recolher ICMS retido, no valor de R\$ 3.267,44, 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 fevereiro e março de 2011;
3. Deixou, o adquirente, de recolher por responsabilidade solidária o valor do ICMS Substituído de R\$ 478,90, 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. Verificado através de nota fiscal sem retenção de ICMS substituído e consequentemente desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, nos meses de janeiro a março de 2011.

O autuado, em sua impugnação ao Auto de Infração, às fls. 176 a 189 dos autos, aduz que tal Regime Especial de Fiscalização aplicado sobre a empresa fornecedora do produto deve ser amplamente divulgado pela Secretaria da Fazenda da Bahia, para que haja a necessária publicidade do ato, fato que não ocorreu no presente caso, eis que o impugnante desconhecia que as Distribuidoras de Combustíveis Petróleo do Valle, Petromotor e Gasforte, estavam submetidas ao citado regime especial de fiscalização. Cita dispositivo constitucional e doutrina sobre o princípio da publicidade dos atos administrativos para que tenham eficácia e moralidade, de forma que possam ser convalidados. Afirma que, no caso em apreço, esta exigência não foi atendida, até mesmo para que possam atingir a terceiros. Assim, entende que está eivado de nulidade o lançamento de ofício.

Em seguida, invoca o princípio da não-cumulatividade que disciplina o ICMS, consoante art. 155, § 2º, II, “a” e “b”, da Constituição Federal, o qual há de ser observado, fazendo nascer para o

contribuinte, toda vez que adquire uma mercadoria ou um serviço com incidência do imposto, um crédito fiscal, independentemente de sua destinação, que deverá ser compensado nas operações de saídas posteriores com débito do imposto. Cita doutrina.

Aduz que a forma pela qual está sendo exigido o imposto da operação própria devido pelas Distribuidoras de Combustíveis remetentes do álcool etanol hidratado, por solidariedade dos Postos Revendedores de Combustíveis está gravado de inconstitucionalidade, pois não está sendo obedecido o princípio da não-cumulatividade, do que indaga:

Qual a destinação se dará aos créditos fiscais gerados para a comercialização do álcool etanol hidratado pelas Distribuidoras de Combustíveis, que resulta no pagamento do ICMS sobre operações próprias?

A empresa remetente ficará acumulando os créditos fiscais no seu livro fiscal, gerando um passivo meramente escritural?

O Estado autorizará a transferências dos referidos créditos fiscais sem criar qualquer obstáculo?

Aduz que essas questões relevantes estão sendo colocadas na defesa da autuada tendo em vista que o valor a ser exigido neste Auto de Infração terá que ser reduzido em relação ao ICMS próprio devido pela Distribuidora de Combustível em respeito ao princípio da não-cumulatividade.

Sustenta que o processo deve ser convertido em diligência para se apurar, no mínimo, o valor dos créditos relativos à operação própria da Distribuidora remetente para que seja deduzido do imposto exigido no presente Auto de Infração, o qual entende que deve ser julgado nulo.

Quanto às infrações 2 e 3, as quais tratam da cobrança do ICMS retido, por responsabilidade solidária, aduz existir coincidência entre as datas de ocorrência dos fatos geradores do ICMS de ambas as infrações, bem como se referem a idênticas descrições. Assim, para que não se prejudique a defesa do autuado, requer a realização de diligência para que se esclareça tal questão.

Salienta, ainda, ser inexistente a multa, no percentual de 60%, por ser genérica, uma vez que foi capitulada no art. 42, II, "F", da Lei nº 7.014/96. Destaca que a lei penal deve ser precisa, visto que um fato só será considerado criminoso se houver perfeita correspondência entre a lei e a norma que o descreve. Requer a anulação da multa aplicada, por ser genérica, como, também, por ter caráter confiscatório e afrontar às garantias constitucionais. Cita doutrina e decisões judiciais.

Ressalta a existência de Mandado de Segurança impetrado pela Distribuidora remetente do álcool hidratado, PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA, de forma a excluí-la do Regime Especial de Fiscalização. Em consequência, a autuada aduz que não estaria obrigada a recolher o ICMS exigido, por ausência de requisito formal essencial à modificação do polo passivo desta relação jurídica tributária.

Diante de tais considerações, requer que seja anulado o Auto de Infração.

Em sua informação fiscal, às fls. 206 a 217 dos autos, os autuantes aduzem que este Regime Especial foi formalizado através do Comunicado SAT nº 001/2011, publicado no DOE, de 19/01/11, e produziu efeitos no lapso temporal compreendido entre os dias 19/01/11 e 30/06/11, sendo que este ato administrativo tornou público, para todos os contribuintes do Estado da Bahia, o regime jurídico tributário a que passaram a estar submetidas às empresas ali listadas. Portanto, não cabe as argumentações do contribuinte.

Sobre a alegação relativa ao princípio da não-cumulatividade, os autuantes aduzem que a cobrança do tributo de que trata o presente auto de infração está amparada no art. 6º, XVI, da Lei 7.014/96, que atribui ao posto revendedor varejista de combustíveis, responsabilidade solidária em relação ao combustível adquirido junto ao remetente sujeito a regime especial de fiscalização, quando a Nota Fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação. Já no § 3º, do citado dispositivo, faculta ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos. Registram que a própria autuada informa não ter ocorrido a inclusão do remetente das mercadorias no polo passivo, o que demonstra não ter havido cumulatividade de cobrança do imposto.

Ressalvam que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS normal e por substituição tributária é da empresa distribuidora, conforme estabelece o art. 512-A, I, "b", do RICMS. Contudo, no caso em exame, como a distribuidora que vendeu à autuada se encontrava no regime especial de fiscalização, o pagamento dessas parcelas foi antecipado para o momento da saída do produto, conforme estabelece o citado dispositivo legal, sujeitando-se o posto revendedor à solidariedade pela obrigação tributária que não foi voluntária e corretamente cumprida pela distribuidora do etanol, no tocante ao ICMS normal. Frente ao exposto, ficam sem amparo as alegações defensivas de que houve no procedimento fiscal afronta ao princípio da não-cumulatividade do ICMS e exigência de tributo em duplicidade.

Em seguida, citam exemplos sobre as exigências efetivadas no sentido de demonstrar que foi cobrada a diferença entre o ICMS-ST correto e o retido e recolhido, ou seja, de que não procede a alegação da autuada, pois restou comprovado que abateram o valor do ICMS-ST destacado na Nota Fiscal, razão de não caber a diligência requerida.

Inerente às alegações de que a multa é inexistente, por ser genérica, e de que tem caráter confiscatório, aduzem os autuantes que a legislação em questão é tributária e não penal, estando a penalidade de acordo com o art. 42 da Lei nº 7.014/96, não procedendo a argumentação da autuada.

Acerca da alegação da existência de medida liminar com suspensão da exigibilidade do crédito tributário, obtido através de mandado de segurança impetrado pela distribuidora remetente, aduzem que este fato não impede a exigência fiscal mediante lançamento de ofício, apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário até a decisão final. Cita decisões e doutrina.

Por fim, mantêm integralmente o Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado para exigir o valor de R\$ 52.862,79, relativo a três infrações, tendo o contribuinte apresentado impugnação, conforme acima relatado.

Inicialmente, rejeito as preliminares de nulidade do Auto de Infração, arguidas pelo autuado, sob as diversas alegações consignadas às suas razões defensivas, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, visto que inexistiu qualquer ofensa aos princípios constitucionais ou erro de direito, sendo a multa aplicada conforme os ditames legais.

Há de se ressaltar que a finalidade de medida liminar 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, logo, não constitui prejulgamento da causa, não afirma ou retira direito algum, nem produz efeitos jurídicos definitivos.

Há de se ressaltar 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 quando arrecadados, através de DAE, foram deduzidos do imposto apurado, conforme demonstrado nos autos, cujas planilhas destacam o imposto próprio e o ICM-ST, não tendo o autuado se insurgido contra os números apurados.

Registre-se que a segunda e terceira infrações são distintas entre si, tanto nos valores, nas datas de ocorrência e, principalmente, no teor da acusação fiscal, pois a segunda infração se reporta a falta de recolhimento do *ICMS retido*, enquanto a terceira irregularidade à falta de recolhimento do *ICMS substituído, devido, porém não retido*. Logo, trata-se de operações distintas, relativas a documentos fiscais distintos, conforme se pode observar às fls. 8, 10 e 11 dos autos, razão para não acolher o pedido de diligência fiscal, neste sentido.

Logo, configuradas as infrações, teve o autuado a oportunidade de apresentar DAE não identificados nas operações, inerentes às notas fiscais analisadas, sendo impertinente a sua alegação sobre o princípio da não cumulatividade do ICMS, visto que o mesmo foi respeitado à medida que o imposto, quando recolhido, foi compensado com valor exigido. Assim, indefiro o pedido de diligência.

Impõe esclarecer que a responsabilidade solidária tributária é tratada no artigo 124 do Código Tributário Nacional (CTN) e ocorre entre pessoas que (i) *“tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”* ou (ii) estejam, expressamente, designadas por lei. A solidariedade tratada, no presente caso, está amparada na hipótese de o posto revendedor varejista adquirir combustível junto ao remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, na ausência da prova desse recolhimento.

Deve-se ressaltar que a solidariedade pelo recolhimento do imposto, fixada pelas normas do instituto da substituição tributária, não comporta benefício de ordem, art. 124, parágrafo único, CTN, significando que a legislação não permite a escolha de quem irá cumprir a obrigação. No caso concreto, todas as pessoas que tenham interesse comum na situação (distribuidor e posto revendedor) encontram-se vinculados na solidariedade, não se admitindo a escusa no cumprimento da obrigação tributária. Assim, rejeito o pedido de nulidade relativo à terceira infração.

Com o advento da Lei nº 12.040, de 28.09.10, que deu redação ao artigo 6º, inciso XVI, da Lei do ICMS, os postos revendedores varejista de combustíveis, passaram a responder, solidariamente, pelo pagamento do ICMS devido na aquisição do 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, na sua totalidade.

Assim, no caso em exame, por exigência legal, o adquirente autuado está obrigado ao pagamento do ICMS tanto o normal quanto por substituição tributária, por responsabilidade solidária, decorrente da aquisição do combustível “etanol hidratado” junto às sociedades empresárias distribuidoras, constantes do Comunicado SAT nº 001/2011, publicado no DOE, de 19/01/11, o qual produziu efeitos no período de 19/01/11 a 30/06/11, tornando-se público para todos os contribuintes do Estado da Bahia o regime jurídico tributário a que passaram a estar submetidas às empresas ali listadas.

Portanto, o autuado é, dessa forma, responsável legal pelo recolhimento do ICMS, da forma como consta no demonstrativo fiscal, cujos pagamentos efetuados pelo distribuidor foram considerados corretamente, conforme DAES acostados nos autos, estando correta a exigência do crédito tributário do contribuinte autuado, consubstanciada no Auto de Infração.

Do exposto, como as razões de defesa não conseguiram elidir as imputações, voto PROCEDENTE 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 **206985.0016/11-6**, lavrado contra **RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$52.862,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de junho de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR