

A. I. N° - 022078.0002/12-9
AUTUADO - LIMA AUTO POSTO LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO LUIZ DO CARMO
ORIGEM - IFMT NORTE
INTERNET - 20/09/2012

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0202-03/12

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS JUNTO A REMETENTE SUJEITO A REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NORMAL. b) IMPOSTO RETIDO NÃO RECOLHIDO. No caso de constatação de nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, relativamente ao combustível adquirido de remetente com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria em razão de Regime Especial de Fiscalização, o posto revendedor varejista é o responsável, por solidariedade, pelo pagamento do imposto. Excluídos da exigência fiscal os valores relativos ao período em que os fornecedores encontravam-se amparados por decisão judicial. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 06/03/2012, refere-se à exigência de R\$24.076,96 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Na condição de adquirente, deixou de recolher o 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, nos meses de janeiro a abril de 2011. Valor do débito: R\$23.756,05. Multa de 60%.

Infração 02: Na condição de adquirente, deixou de recolher o 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 no momento da saída, em vista do recebimento da mercadoria através de nota fiscal não acompanhada de documento de arrecadação do ICMS substituído, nos meses de fevereiro e abril de 2011. Valor do débito: R\$320,91. Multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação (fls. 58 a 62), alegando que não há que se falar em responsabilidade solidária do impugnante, uma vez que as distribuidoras que lhe venderam os combustíveis não estavam enquadradas no referido Regime Especial de Fiscalização, por força de decisões judiciais exaradas nos Mandados de Segurança de números 0008425-18.2011.805.0001, 0108656-53.2011.805.0001 e 0015805-92.2011.805.0001. Entende que não há que se falar em cobrança do ICMS diretamente do posto de combustível. O defendant transcreve o art. 6º, inciso XVI da Lei 7.014/96 e diz que o Fisco está cobrando o imposto sem abater os créditos fiscais de ICMS que já foram pagos em operações anteriores. Se o defendant está sendo responsabilizado solidariamente por um débito de terceiro, ele também faz jus aos créditos fiscais a que este tem

direito. Se a distribuidora tem créditos fiscais não considerados, o autuado tem direito de vê-los abatidos do suposto débito, e tal procedimento está amparado pela não cumulatividade do ICMS.. Sobre a não cumulatividade, reproduz os arts. 28 e 29 da Lei 7.014/96 e o art.114 do RICMS/BA. Afirma que, ainda que fosse o caso de responsabilidade solidária, deveria a autuação ter considerado o valor referente ao creditamento do ICMS em favor do impugnante para que fosse calculado o tributo devido.

O defensor contesta a multa e encargos, salientando, que no caso de manutenção da autuação, deve ser afastada a aplicação de multa e dos juros, afirmando que em momento algum agiu de má-fé. Pede a improcedência do Auto de Infração e, subsidiariamente, caso se entenda pela existência de responsabilidade solidária, 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.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 100/101 dos autos, dizendo que foram considerados todos os documentos fiscais e de arrecadação do ICMS apresentados pelo contribuinte, conforme demonstrativos analíticos acostados ao PAF. Diz que o autuado demonstra que conhece a responsabilidade solidária e apresentou alegações de que a empresa é pequena e nenhum proveito tira a SEFAZ desta situação. O autuante entende que não há fundamentação na defesa do autuado. Cita o art. 40, parágrafos 1º e 2º da Lei 7.014/96, e diz que na impugnação apresentada não há qualquer elemento que contrarie o Auto de Infração, salientando que há decisões do CONSEF pela procedência de Autos de Infração anteriormente lavrados sobre a mesma matéria.

VOTO

O presente Auto de Infração trata da exigência de ICMS sob a acusação de que, o autuado, na condição de adquirente, deixou de recolher o 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 (infração 01).

Na infração 02, foi exigido o imposto do autuado por responsabilidade solidária, na condição de adquirente, relativamente ao ICMS 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, em vista do recebimento da mercadoria através de nota fiscal não acompanhada de documento de arrecadação do ICMS substituído, nos meses de fevereiro e abril de 2011.

Observo que foi exigido do adquirente (posto de combustíveis), ICMS normal não recolhido, imposto relativo à operação própria devido pelo remetente (o distribuidor), bem como do ICMS retido não recolhido pelo remetente.

De acordo com o art. 6º, XVI, da Lei 7.014/96, “são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, 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”.

Por outro lado, conforme estabelece o art. 128 do CTN, a lei pode atribuir a responsabilidade solidária a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação tributária, atribuindo ao contribuinte, em caráter supletivo, a responsabilidade pelo cumprimento total ou parcial da obrigação tributária.

No caso em exame, o autuado, na condição de adquirente de combustível, mercadoria enquadrada por lei no regime de substituição tributária, é considerado contribuinte substituído,

haja vista que no caso de combustíveis, a Lei 7.014/96, no art. 8º atribui ao distribuidor e ao industrial ou extrator a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, com a obrigatoriedade de fazer a retenção do imposto na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes.

Em julgamentos anteriores sobre a matéria tratada nesse PAF, esta Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela improcedência da autuação com base no PARECER GETRI/GECOT Nº 01622/2011, com a informação de que o adquirente de mercadoria sujeita a circular com o comprovante de recolhimento antecipado do ICMS não está obrigado a exigir a comprovação do imposto normal, e sim, apenas do imposto substituído.

Entretanto, foi exarado o Parecer Reti-ratificador pela DITRI/GECOT Nº 18617/2011, com novo entendimento sobre a atribuição de responsabilidade solidária ao Posto Revendedor, nas operações com combustível, com a conclusão de que “Cabe aos postos revendedores varejistas de combustíveis, em relação ao combustível por eles adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização, com obrigatoriedade de pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, exigir a comprovação do pagamento do ICMS normal e do ICMS pago por antecipação”, de forma que fique comprovado que ambas já foram recolhidas.

Neste caso, tendo sido constatada nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, relativamente ao combustível adquirido de remetente com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria em razão de Regime Especial de Fiscalização, o autuado, que é um posto revendedor varejista, é o responsável por solidariedade, pelo pagamento do imposto.

Considerando a resposta apresentada pela GECOT/DITRI, órgão desta SEFAZ que tem competência legal para responder a consultas referentes à interpretação da legislação estadual, com base no Parecer Reti-ratificador mencionado neste voto, concluo que as infrações imputadas ao autuado estão de acordo com o previsto no art. 6º, inciso XVI da Lei 7.014/96.

O defensor alegou que as distribuidoras que realizaram as vendas dos combustíveis não estão enquadradas no Regime Especial de Fiscalização, por força de decisões judiciais exaradas nos Mandados de Segurança de números 0008425-18.2011.805.0001, 0108656-53.2011.805.0001 e 0015805-92.2011.805.0001,

Observo que o autuado juntou aos autos cópias das decisões judiciais que suspenderam o Regime Especial dos seus fornecedores, as empresas Petróleo do Valle Ltda. e Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., ficando comprovado que as referidas decisões judiciais determinam a suspensão da aplicação do regime especial de fiscalização e pagamento, até ulterior deliberação, estando comprovado, também, que o Superintendente da SAT desta SEFAZ tomou conhecimento das referidas decisões, em 03/02/2011, relativamente à Petróleo do Valle, e em 01/03/2011, em relação à Petromotor, conforme documentos de fls. 78 e 82 do PAF.

Considerando a vigência imediata das decisões judiciais, constato que as ocorrências datadas de 18/01/2011, 22/01/2011 e 26/01/2011 (Petróleo do Valle Ltda.); 08/02/2011, 12/02/2011, 16/02/2011 e 22/02/2011 (Petromotor), constantes do demonstrativo de débito, não foram alcançadas pelas mencionadas decisões judiciais, sendo devido o imposto lançado no primeiro item deste Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
18/01/2011	18/01/2011	1.624,50
22/01/2011	22/01/2011	1.624,50
26/01/2011	26/01/2011	4.873,50
08/02/2011	08/02/2011	2.274,30
12/02/2011	12/02/2011	2.274,30
16/02/2011	16/02/2011	2.274,30
22/02/2011	22/02/2011	2.274,30

TOTAL	-	17.219,70
--------------	---	------------------

Quanto às demais ocorrências constantes do demonstrativo de débito da infração 01 e as duas ocorrências da infração 02, entendo que é improcedente a exigência fiscal no presente Auto de Infração, em decorrência das liminares concedidas, considerando que os fornecedores estavam amparados por decisões judiciais, estando suspensa a aplicação do Regime Especial de Fiscalização, devendo ser apurado junto a estes fornecedores (Petróleo do Valle Ltda. e Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda.) se o imposto foi recolhido.

Mesmo que as referidas decisões judiciais sejam cassadas por outras decisões judiciais, no período de sua vigência está suspensa a aplicação do Regime Especial de Fiscalização atribuído aos remetentes das mercadorias (Petróleo do Valle Ltda. e Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda.), por isso, não pode ser exigido do destinatário o pagamento do ICMS relativo ao regime normal.

Quanto ao argumento do autuado de que teria direito a créditos fiscais em razão da não-cumulatividade do ICMS, observo a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS normal e por substituição tributária é da empresa distribuidora, conforme estabelece o art. 512-A, inciso I, alínea “b”, do RICMS/BA, mas a lei atribui a responsabilidade por solidariedade ao posto de revendedor no art. 6º, inciso XVI da Lei 7.014/96, e devido ao fato de se tratar de mercadoria da substituição com encerramento da fase de tributação, não há crédito fiscal a ser apropriado após o pagamento do imposto.

Em relação à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$17.219,70.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **022078.0002/12-9**, lavrado contra **LIMA AUTO PEÇAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$17.219,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA