

A. I. Nº - 206985.0004/12-6
AUTUADO - TORRES BARBOSA COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - MARCO ANTONIO DE SOUZA FORTE e JOSÉ AUGUSTO MARTINS VICENTE
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 19. 09. 2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0203-01/12

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL EFETUADA A REMETENTE SUJEITO A REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO, COM OBRIGATORIEDADE DO PAGAMENTO DO IMPOSTO NO MOMENTO DA SAÍDA DA MERCADORIA. **a)** ATRIBUIÇÃO, AO ADQUIRENTE, DA RESPONSABILIDADE PELO “ICMS NORMAL” DEVIDO PELO REMETENTE DA MERCADORIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** ATRIBUIÇÃO, AO ADQUIRENTE, DA RESPONSABILIDADE PELA RETENÇÃO DO IMPOSTO PELO REMETENTE DA MERCADORIA. **c)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. De acordo com o art. 6º, XVI, da Lei 7014/96, fica atribuída a responsabilidade solidária pelo pagamento do ICMS normal e do devido por substituição tributária ao contribuinte que adquire combustível de remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização sem efetuar a retenção do imposto. Infrações caracterizadas. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada para a infração 2, para a prevista no art. 42, V, da Lei nº 7.014/96, por se tratar de imposto retido e não recolhido. Infrações caracterizadas. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/01/2012, constitui crédito tributário no valor de R\$15.354,71, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

Infração 01 – 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, nos meses de fevereiro e março de 2011. Exigido ICMS no valor de R\$14.403,05, acrescido da multa de 60%.

Infração 02 – 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 do 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 no mês de fevereiro de 2011. Exigido ICMS no valor de R\$844,45, acrescido da multa de 60%.

Infração 03 – 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 de nota fiscal sem retenção de ICMS substituído, e consequentemente, desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, no mês de fevereiro de 2011. Exigido ICMS no valor de R\$107,21, acrescido da multa de 60%.

O autuado, por meio de advogada legalmente constituída, apresenta defesa administrativa, fls. 85 a 99, com documentos anexos acostados aos autos, contestando o Auto em tela, pelas razões que passo de forma resumida a expor.

Depois de sintetizar as infrações que compõem o Auto de Infração, destaca que está inserida no rol de tradição no ramo em que atua, sempre diligenciando no cumprimento das obrigações fiscais junto ao poder público, notadamente as concernentes ao imposto de competência estadual que pertence o ICMS.

Discorre amplamente acerca da sistemática de tributação adotada pelos Estados para a cobrança do ICMS devido nas operações com álcool hidratado, para destacar que as Distribuidoras de combustíveis são responsáveis, na qualidade de sujeito passivo por substituição, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes praticadas pelos postos de combustíveis.

Observa que na apuração da base de cálculo do ICMS correspondente às operações subsequentes, a aplicação da Margem de Valor Agregado ou do preço médio ponderado final sobre os preços praticados pelas Distribuidoras, estando, assim, o imposto devido em todas as operações subsequentes da circulação econômica do álcool retido e recolhido pelas Distribuidoras.

Afirma em relação à infração 01 que foi autuado por responsabilidade solidária, tendo sido aplicado sobre o preço praticado pela Distribuidora (base de cálculo) a alíquota de 19% e então, encontrada a exação fiscal devida pelo adquirente na qualidade de responsável solidário. Prossegue frisando que não pode a Administração Pública punir por meio de conjecturas de que o imposto não foi pago, sob risco de cometer injustiças, preterindo assim o Princípio da Verdade Material, uma vez que no momento da aquisição do produto o valor do ICMS normal já está embutido no preço da venda praticado pela distribuidora, sendo exigido em duplicidade.

Cita e transcreve trecho do Parecer emitido pela DITRI no Processo de Consulta nº 00743720110 para corroborar sua tese de que o adquirente não está obrigado a comprovar o recolhimento do imposto normal, em razão disso não pode ser responsabilizado.

Sustenta que este item do Auto de Infração deve ser anulado tendo em vista que a própria SEFAZ através do seu Órgão Consultor (DITRI) admite em consulta que não é possível a cobrança do imposto normal relativo às operações praticadas pelas Distribuidoras por responsabilidade solidária, e o RPAF-BA determina no seu artigo 62 que a consulta eficaz suspende a exigência de tributo indevido.

Recorre aos ensinamentos dos juristas, Roque Antonio Carrazza, Paulo Queiroz, Silva Franco e Berluzo Gomes de la Torre para aduzir que a fiscalização ao adotar a base de cálculo praticada pela distribuidora, incorreu em “*bis in idem*”, vedado pelo nosso ordenamento jurídico. Arremata asseverando que salta aos olhos a total inaplicabilidade do procedimento utilizado para encontrar o valor do imposto, utilizando como base de cálculo os preços praticados nas aquisições, já impregnados com a carga tributária calculada, em razão do imposto “por dentro”.

Diz que sob o mesmo enfoque destaca-se a Infração 02, cuja acusação lhe impõe responsabilidade solidária em relação ao recolhimento do ICMS Retido, asseverando que o imposto foi retido e destacado pela distribuidora e, cobrado do posto revendedor, na nota fiscal de aquisição.

Sustenta que os mesmos argumentos colocados para a infração 01 se amoldam à infração 02, pois o imposto já foi pago pelo adquirente, quando a distribuidora reteve o valor da exação, e cobrou ao somar o imposto retido com o total da nota fiscal, ressaltando que está sendo penalizado duas vezes:

quando pagou a mercadoria somado com o imposto retido que não foi recolhido pelo sujeito passivo original (Distribuidora), e quando, pela segunda vez, está sendo exigido o recolhimento através de Auto de Infração.

Em relação à infração 03, requer a anulação por inexistência de previsão legal que estipule responsabilidade pelo crédito tributário ao contribuinte/posto revendedor. Destaca, depois de transcrever o art. 128 do Código Tributário Nacional – CTN e o art. 512-A do RICMS-BA/97, que a responsabilidade do contribuinte/substituído pode ser excluída ou supletiva, desde que exista lei para moldar tal situação, e no presente caso, a norma atribui a responsabilidade integral pelo crédito tributário ao Distribuidor de combustíveis e silencia quanto à responsabilidade supletiva do posto revendedor.

Aborda o princípio da não cumulatividade do ICMS reproduzindo o art. 155 da Constituição Federal – CF/88, e carreando aos autos o entendimento dos professores Sacha Calmon, Misabel Abreu Machado Derzi, Roque Antônio Carraza e Aliomar Baleeiro com o propósito de demonstrar que o legislador constitucional foi exaustivo e minucioso ao disciplinar o ICMS, determinando sua competência, fixando o fato gerador, estabelecendo a regra da não-cumulatividade e as exceções a esta regra, para não se configurar *“mera sugestão, que o legislador ou a Fazenda Pública poderão, ou não, acatar”*, mas um princípio constitucional de eficácia plena, devendo ser observado, indistintamente, pelo contribuinte, pelo legislador e pela Fazenda Pública Estadual. Ressalta a impossibilidade do legislador infraconstitucional ou o Administrador Público pretender impingir novos contornos, aumentando ou diminuindo sua eficácia. Arremata asseverando que a dicção constitucional não encerra mera sugestão, que o legislador ou a Fazenda Pública poderão, ou não, acatar, eis que impõe uma diretriz imperativa, que dá ao contribuinte o direito de ver observado, em cada caso concreto, o princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Afirma que da forma como 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.

Indaga sobre 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.

Assevera que 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.

Assinala que diante das questões relevantes que não estão respondidas no texto do parecer que determinou o Regime Especial de Fiscalização, e, por ferir o princípio da não cumulatividade deve resultar em anulação deste Auto de Infração pelo Órgão Julgador.

Requer a anulação da multa indicada para as infrações 01 e 02 no percentual de 60%, prevista no artigo 42, II, alínea “F”, da Lei 7.014/96, pela impossibilidade da adoção de penalidade genérica, uma vez que a lei penal, por delimitar uma conduta lesiva, apta a pôr em perigo um bem jurídico relevante, e prescrever-lhe uma consequência punitiva, deve ser precisa, uma vez que um fato só será considerado criminoso se houver perfeita correspondência entre a lei e a norma que o descreve. Alinhava mencionando ser este o entendimento já pacificado na doutrina e jurisprudência pátria.

Adverte de que está sendo aplicada multa em valor nitidamente confiscatório, em afronta direta às garantias constitucionais do cidadão contribuinte, configurando-se, com esta atuação, típica violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal.

Destacar que as autoridades públicas brasileiras, durante muito tempo, habituaram-se a praticar atos

e mais atos em absoluto desacordo com o ordenamento jurídico vigente, em especial em desrespeito às garantias individuais dos cidadãos.

Afirma que as multas são tão elevadas que assumem o caráter confiscatório, a não ser que se considere absolutamente normal a aplicação de multas que ultrapassem os parâmetros de uma economia cuja variação monetária anual não ultrapassa a casa de um único dígito.

Frisa que, conforme ADI 551/RJ, cuja ementa transcreve, o entendimento do STF é de que deve estender o Princípio da não-confiscabilidade às multas confiscatórias.

Diz ser nítido o caráter confiscatório da presente multa, ficando latente a inconstitucionalidade de tal exigência, por afronta direta ao artigo 150, inc. IV da CF/88.

Observa que, por assumir caráter punitivo, a multa não pode gerar a incapacidade de agir economicamente, devendo ela ser antes proporcional e corresponder a um valor compatível com a realidade dos fatos.

Destaca que a CF/88, em seus artigos 145, §1º, e 150, IV, prescreve a vedação do confisco que, embora dirigidos literalmente aos impostos, se espalham por todo o sistema tributário, atingindo por inteiro o crédito tributário na sua acepção mais lata, vinculando, por isso, inclusive a seara previdenciária.

Por fim, assevera que resta claro e explicitamente configurado o caráter confiscatório e abusivo da aplicação da multa que chega a valores exorbitantes, motivo pelo qual o Auto de Infração deve ser anulado.

Conclui requerendo:

1. A anulação o Auto de Infração com base nos fundamentos apresentados e pela cobrança em duplicidade do ICMS próprio e ICMS retido por substituição tributária;
2. O reconhecimento do Parecer da DITRI;
3. O aproveitamento dos créditos fiscais no cálculo do ICMS próprio da distribuidora de combustíveis remetente, em obediência ao princípio da não cumulatividade;
4. A anulação da infração 03;
5. O cancelamento da multa por ser genérica;
6. O cancelamento da multa em face do seu caráter confiscatório;
7. O reconhecimento da falta de requisito essencial para transferência do polo passivo desta relação jurídica tributária; e
8. A conversão do processo em diligência.

Os fiscais autuantes ao prestar informação fiscal, fl. 109 a 125, inicialmente reproduz as infrações e transcreve as razões de defesa para em seguida alinhar as seguintes ponderações.

Dizem que a tese defensiva é toda construída sob o argumento de que a solidariedade da autuada somente ocorreria em relação ao ICMS-ST e fundamenta este entendimento no Parecer GECOT/DITRI nº 01622, de 24/01/2011. Acrescentam asseverando que não procedem as alegações do contribuinte tendo em vista que o referido Parecer foi revisto pela Administração, com a publicação do Parecer DITRI/GECOT nº 18617/2011, cujo teor transcreve.

Destacam que com a revisão do Parecer GECOT/DITRI, o fato gerador do ICMS normal se concretizou perante os contribuintes responsáveis por solidariedade, alcançando tanto o contribuinte remetente como o contribuinte destinatário do etanol, tendo o Estado optado, em lançar o tributo, via Notificação, junto ao destinatário da mercadoria, no caso, o posto revendedor varejista, conforme lhe facultava a norma legal.

Apresentam algumas considerações em torno do Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS com o objetivo de esclarecer que a inserção das empresas Distribuidoras de Alcool ao contribuinte em questão, no citado Regime foi formalizado através dos Comunicados SAT nº

001/2011 e nº 003/2011, publicados no DOE, dos dias 19 de janeiro de 2011 e 1º de julho de 2011, respectivamente. Relatam que o primeiro ato produziu efeitos no lapso temporal compreendido entre os dias 18/01/11 e 30/06/11, e que a operação objeto do lançamento tributário foi realizada no período de 18 de janeiro de 2011 a 23 de março de 2011, quando já se encontrava em vigor e produzindo efeitos o Comunicado SAT nº 001/2011, tendo este ato administrativo tornado público, para todos os contribuintes do Estado da Bahia, o regime jurídico tributário a que passaram a estar submetidas as empresas ali listadas.

Em relação à alegada cobrança em duplicidade do ICMS, afirmam que a cobrança do tributo de que trata o presente auto de infração está amparada no art. 6º da Lei 7.014/96, que no inciso XVI atribui ao posto revendedor varejista de combustíveis, responsabilidade solidária em relação ao combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação e no §3º 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 duplicidade 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, inc. I, “b”, do RICMS, que reproduz.

Assinalam que o autuado confunde a antecipação total, que encerra as fases subsequentes de tributação do ICMS, prevista na norma acima reproduzida, com a antecipação parcial, a que estão submetidas às operações com etanol provenientes de outras unidades da federação, conforme determina o Protocolo ICMS nº 17/04 e o art. 352-A, §1º, inc. III, do RICMS-BA/97.

Sustentam que a antecipação parcial do ICMS, nas operações interestaduais é de responsabilidade do estabelecimento remetente, e se dá na saída da mercadoria, em relação aos Estados signatários do Protocolo ICMS nº 17/04. Acrescentam afirmando que em relação às operações com contribuintes localizados em Estados não signatários ou em caso de não recolhimento do imposto, quando o produto for originário de Estado signatário, a antecipação parcial se verifica na entrada do etanol na Bahia, mas, em ambas as situações, não há o encerramento das fases subsequentes de tributação do álcool, visto que o ICMS antecipado se refere à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual. Arrematam asseverando que, neste caso, efetuado o pagamento da antecipação parcial, esta parcela torna-se crédito fiscal do adquirente e a operação subsequente de saída, por ele promovida no território baiano, enseja a obrigação de pagar tributo, ocorrendo uma nova incidência, abarcando o ICMS normal, sobre o valor que for agregado e mais o ICMS-ST das operações subsequentes, até o consumidor final.

Esclarecem que, como a distribuidora encontrava-se sob regime especial de fiscalização, o pagamento dessas parcelas foi antecipado para o momento da saída do produto, conforme estabelece o art. 6º, inc. XVI, da Lei nº 7.014/96, 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.

Destacam, por fim que mantêm a acusação fiscal por restar demonstrado que 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.

No tocante à responsabilidade do substituído reafirma que a cobrança do tributo de que trata o presente auto de infração está amparada no art. 6º da Lei 7.014/96, que no inciso XVI, que atribui ao posto revendedor varejista de combustíveis, responsabilidade solidária em relação ao combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização.

Observam que os Demonstrativos dos Valores a Pagar por NF-e pelo Posto Revendedor por Responsabilidade Solidária nota a nota, encontram-se anexado ao auto de infração e entregue cópias

ao contribuinte, fls. 07 a 12. Ressaltam que também estão anexos ao Auto de Infração: DAE com valor de ICMS; Comprovante de Pagamento do DAE; NF-e 22.648 de 11/02/2011 – fl. 21; DAE com valor de ICMS-ST e Comprovantes de Pagamentos dos DAE.

Asseveram que foi cobrado a diferença entre o ICMS-ST correto e o retido e recolhido, ou seja, não procede a alegação da autuada, pois conforme comprovado abatemos o valor do ICMS ST destacado na nota fiscal.

Ressaltam que não há no que se falar em diligência para *refazimento* de cálculos, mas sim em julgamento sobre a procedência ou não do mérito, bem como também não cabe a este Conselho julgar inconstitucionalidade de Leis.

Quanto à alegação de multa inexistente no percentual de 60% por ser genérica asseveram que não procede a argumentação do contribuinte que as multas foram aplicadas de caráter genérico, uma vez que a legislação em questão é a tributária do Estado da Bahia e não Penal, sendo que as multas sugeridas estão de acordo com o art. 42 da Lei 7.014/96.

Em relação ao caráter confiscatório das multas sob a alegação de que afrontam as garantias constitucionais esclarecem que as multas do presente auto de infração estão de acordo com a Lei 7.014/96, e não procede a argumentação do contribuinte de multa confiscatória, visto que: 1) a previsão na lei e a ela devemos seguir (a lei deve ser usada de forma impessoal e na forma nela descrita); 2) a multa de 60% em questão é uma das menores da lei do ICMS; e 3) esta multa de 60% pode ter redução de até 80%, reduzindo a 12%.

Por fim, asseveram que em virtude das razões por eles expostas, o contribuinte jamais alcançará a sua pretensão, frisando que outros autos semelhantes já foram julgados procedentes transcrevendo a ementa de diversos julgados do CONSEF.

Concluem mantendo a autuação.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa quanto à infração 03, sob a alegação da falta de previsão legal para a imposição de responsabilidade solidária que lhe fora atribuída. Não há que se falar em ausência de previsão diante da expressa determinação contida no art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96. Ademais, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Rejeito também o pedido de diligência fiscal revisora do lançamento, formulado pelo patrono do autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea “a” e inciso II, alínea “b”, do RPAF/99. Ademais, acorde o artigo 145, do RPAF/99, “o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade”, o que não foi feito pelo contribuinte em sua peça de defesa.

No mérito foi imputado ao contribuinte autuado o cometimento de três infrações, todas combatidas. Trata-se de operações de aquisição de combustível por posto revendedor varejista junto a fornecedor sujeito ao Regime Especial de Fiscalização consoante previsão expressa no artigo 47, inciso I e II da Lei nº 7.014/96 o qual reza:

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;

Combinado com o art. 6º, inciso XVI do mesmo diploma legal, os autuantes imputaram as 03 três infrações, ora em lide, por entenderem que o autuado, é responsável solidariamente pelo cumprimento da obrigação do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria e demais acréscimos legais, de competência do contribuinte direto, em vista de operações de aquisições de combustíveis, junto a sujeito passivo integrante do regime especial de fiscalização. Diz o art. 6º, inciso XVI 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 à remetente sujeito ao regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, quando nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação.

Afiguram-se as três infrações da autuação como um caso típico de responsabilidade tributária por solidariedade prevista no art. 124 do CTN. A Fazenda Pública do Estado da Bahia, sem benefício de ordem, imputa ao autuado, conforme expresso no art. 6º inciso XVI da Lei nº 7.014/96, por interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária do Auto de Infração em tela, a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto incidente sobre suas operações de aquisição de combustível, junto a fornecedores submetidos ao Regime Especial de Tributação, quando não se puder comprovar, por meio de documento de arrecadação, todo o ICMS devido no momento da saída dos produtos dos referidos fornecedores para seu estabelecimento. Destaca o artigo 124 do CTN:

Art. 124 São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

A infração 01 da autuação diz respeito à falta de recolhimento do ICMS Normal pelo remetente, referente às operações de aquisições de combustível pelo autuado Torres Barbosa Comércio de Derivados de Petróleo Ltda., junto aos fornecedores Petróleo do Valle Ltda. e Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda., submetidas ao Regime Especial de Fiscalização, cujas notas fiscais constam discriminadas no demonstrativo de apuração às fls. 07 a 14.

Já a infração 02 da autuação relaciona a falta de recolhimento do ICMS Retido por responsabilidade solidária na operação de aquisição de combustível pelo Contribuinte Autuado Torres Barbosa Comércio de Derivados de Petróleo Ltda. junto a fornecedor integrante do Regime Especial de Fiscalização.

Por fim, a infração 03 da autuação, refere-se à falta de recolhimento por responsabilidade solidária do ICMS substituído devido porém não retido, referente as operações de aquisições de combustível pelo autuado, junto a remetentes sujeitos ao Regime Especial de Fiscalização.

O sujeito passivo em toda sua manifestação de defesa não questionou o montante do débito tributário, nem tampouco o demonstrativo de apuração débito constituído, acostados aos autos às folhas 7 a 14. Questiona a exigência em duplicidade pelo fato do ICMS normal já ter feito parte do preço praticado pela distribuidora e, de que o adquirente não é responsável pela comprovação do recolhimento do ICMS normal, com base em parece da DITRI, emitido na Consulta de nº 00743720110. Ademais, a defesa atem-se a questões de nulidade da autuação pela desobediência ao princípio da não cumulatividade, dado a falta de aproveitamento dos créditos fiscais no cálculo do ICMS próprio do fornecedor do combustível.

Afasto os argumentos do autuado em relação à desobediência ao princípio da não cumulatividade, *que consiste em compensar o valor do imposto devido em cada operação com o montante do imposto incidente nas operações anteriores*, à luz do entendimento do autuado, por falta de

aproveitamento dos créditos fiscais no cálculo do ICMS próprio do fornecedor do combustível, não acolho os argumentos suscitado, já que em nenhum momento a Fazenda Pública do Estado da Bahia, com a instituição do Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS, objetiva tirar o direito da compensação do imposto incidente nas operações anteriores. Na realidade o que se pretende com a instituição do regime, é de que o fornecedor do produto, no caso as distribuidoras, comprovem efetivamente o recolhimento do imposto lançado no livro fiscal competente, conforme cada operação de venda de combustível dentro de uma política de ação fiscal transitória.

Certamente todas as operações objeto da autuação foram lançadas nos livros fiscais competentes. Desta forma, as compensações relacionadas ao princípio da não cumulatividade foram efetivadas. Inexistindo, portanto, qualquer ofensa ao citado princípio. O que se está cobrando na autuação são valores de ICMS próprio destacado na Nota Fiscal e, por conseguinte lançado no livro fiscal devido, porém não recolhido pelo fornecedor da mercadoria. Assim, como o ICMS próprio destacado na Nota Fiscal e, por conseguinte lançado no livro fiscal devido, porém não recolhido ou recolhido a menos pelo fornecedor da mercadoria.

Por força do art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96 transferiu-se a responsabilidade do pagamento do ICMS próprio não pago ou recolhido a menos para o posto revendedor varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido junto à remetente sujeito ao regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação, decorrente da operação de saída do distribuidor. É o que ocorreu. Operação de aquisição de mercadoria pelo autuado, junto aos fornecedores Petróleo do Valle Ltda. e Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda., no ano de 2011, sem a comprovação do recolhimento do ICMS Próprio pago pelos fornecedores, ou com recolhimento do ICMS próprio pago a menor, relacionada às referidas operações de aquisições.

Constato que assiste razão aos autuantes em relação ao parecer da DITRI quando asseveram que as alegações da defesa, com fundamento no aludido parecer, tendo em vista que, efetivamente, ocorrera uma revisão da matéria e o Parecer DITRI nº 18617/2011 acrescentando ao teor do anterior o seguinte: “No entanto, esta Administração Tributária entende que o adquirente de combustível de fornecedor sujeito a regime especial de fiscalização, para precaver-se quanto à responsabilidade solidária de pagamento do imposto normal e do imposto sujeito ao regime antecipado, deve exigir a apresentação dos comprovantes do recolhimento do ICMS, tanto do imposto normal, quanto do imposto substituído, de forma que fique comprovado de que ambas as parcelas já foram recolhidas ao Tesouro Estadual.”

Em todos os três itens da autuação, autuado não comprovou o pagamento dos impostos lançados devidos pelos citados fornecedores decorrentes das saídas dos produtos de seus estabelecimentos, através documento de arrecadação. Assim, consubstanciado no art. 6º, inciso XVI, combinado com o artigo 47, inciso I e II da Lei nº 7.014/96, as infrações 01, 02 e 03 do Auto de Infração integralmente são procedentes.

Por fim, quanto a generalização da multa e seu caráter confiscatório aplicado, no caso em análise, não vejo sua aplicação como uma ação de arrecadação em proveito do fisco do Estado da Bahia como sugere o Contribuinte Autuado, e sim como uma sanção aplicada ao autuado por não cumprir a determinação do art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96, em que obriga o posto revendedor varejista de combustível, no caso específico o autuado, em relação ao combustível adquirido junto à remetente sujeito ao regime especial de fiscalização, a obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, quando nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação.

Ademais, não vislumbro generalização da multa aplicada, já que a multa estipulada na alínea “F”, inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, ao contrário do aduzido pelo autuado, teve sua tipificação estatuída especificamente para os casos de descumprimento de obrigação tributária principal diversa das previstas, em que não haja dolo. No caso presente, a infração 01, não há dolo, e sim um

descumprimento de obrigação tributária principal por solidariedade no que preceitua o artigo 124 do CTN.

Verifico que a multa sugerida na infração 02, no percentual de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, foi equivocadamente tipificada no Auto de Infração, haja vista que a multa correta é de 150%, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, uma vez que a infração diz respeito a imposto retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente, cuja responsabilidade solidária é do autuado. Assim, retifico a multa atinente à infração 02.

Por todo o exposto, 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 **206985.0004/12-6** lavrado contra **TORRES BARBOSA COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.354,71**, acrescido das multas de 60% sobre R\$14.510,26 e de 150% sobre R\$844,45, respectivamente, no art. 42, II, “f”, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR