

A. I. N° - 232892.0003/11-7
AUTUADO - R CATARINO COMERCIAL DE COMBUSTÍVEL LTDA.
AUTUANTE - HELENA DOS REIS REGO SANTOS
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 25/09/2012

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0205-03/12

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) RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. 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 o fornecedor encontrava-se amparado por decisão judicial. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 02/09/2011, refere-se à exigência de R\$14.547,32 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, no mês 02/2011. Valor do débito: R\$1.931,73. Multa de 60%.

Infração 02: Na condição de adquirente, deixou de recolher a diferença do ICMS normal. Recolhimento a menos, devido 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 com o ICMS destacado a menos e acompanhada de documento de arrecadação correspondente, nos meses de fevereiro a abril de 2011. Valor do débito: R\$12.615,59. Multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação às fls. 107 a 111 do PAF, alegando que o presente Auto de Infração não merece prosperar, porque não houve qualquer infração à legislação tributária por parte do defensor. Diz que na descrição dos fatos constante no Auto de Infração, foi relatado que o autuado deixou de recolher o ICMS devido, tendo em vista o recolhimento a menos pela distribuidora de combustíveis, substituta tributária da operação, pois, segundo a notificação, a distribuidora estaria sujeita a Regime Especial de Fiscalização. O defensor entende que não há que se falar em responsabilidade solidária do autuado, uma vez que a distribuidora que vendeu a ele os combustíveis não estava enquadrada no referido Regime Especial de Fiscalização, por força de decisão judicial exarada no Mandado de Segurança nº. 0008425-18.2011.805.0001 (cópias

anexas). Dessa forma, como a distribuidora da qual o autuado adquiriu os produtos por ele comercializados 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. Reproduz o teor do art. 6º, XVI, da Lei nº. 7.014/96 e protesta pela improcedência da autuação fiscal, dizendo que o defendantee não é responsável solidário pelo recolhimento do ICMS lançado no presente Auto de Infração.

O defendantee também alega que não obstante o quanto afirmado no tópico anterior, caso a responsabilidade solidária seja efetivamente mantida, o autuado possui direito a créditos de ICMS, os quais foram ignorados pela autuação. Diz que o Fisco estadual está cobrando do impugnante o valor total referente ao ICMS supostamente devido, sem abater os créditos fiscais do ICMS que já foram pagos nas operações anteriores. Quando da aquisição da mercadoria pela distribuidora de combustíveis, ela fazia jus ao crédito relativo às operações anteriores, incluindo o tributo recolhido na própria operação de venda da Usina para a Distribuidora. Se o autuado 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 impugnante tem direito de vê-los abatidos do suposto débito. Tal procedimento está amparado pela não cumulatividade do ICMS. Transcreve os arts. 28 e 29 da Lei Estadual do ICMS nº 7.014/96, e o art. 114 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, apresentando o entendimento de que, ainda que fosse o caso de responsabilidade solidária, deveria a autuação ter considerado o valor referente ao creditamento do ICMS em favor do autuado para que fosse calculado o tributo supostamente devido (encontro débitos-créditos), o que não foi feito.

Quanto à multa e encargos tributários, o defendantee alega que, se for mantida a autuação, deve ser afastada a aplicação de multa e dos juros, uma vez que em nenhum momento o impugnante agiu de má-fé nem praticou qualquer infração que merecesse ser penalizada, à luz do art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF/BA}}, que transcreveu.

Por fim, o defendantee requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente, diante da ausência de responsabilidade solidária do autuado. 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, até a sua aquisição pelo posto de combustível. Também requer, caso seja mantida a infração, o afastamento da aplicação de multa e juros, à luz do quanto foi dito nas razões de defesa.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 131/132 dos autos, dizendo que na lavratura do presente Auto de Infração foram considerados todos os documentos fiscais e de arrecadação do ICMS, apresentados pelo contribuinte, conforme demonstrativos analíticos acostados aos autos, e as respectivas cópias foram fornecidas ao defendantee. Informa que se trata de álcool etanol hidratado adquirido pelo autuado, inexistindo comprovação pelo remetente do combustível, do recolhimento do ICMS normal, e em algumas aquisições o remetente recolheu parte do imposto. Faz uma síntese das alegações defensivas e diz que o autuado demonstra que conhece a responsabilidade solidária pela qual foi autuado e em nenhum momento apresentou comprovação de recolhimento do imposto apurado neste Auto de Infração. Cita o art. 40, §§ 1º e 2º da Lei 7.014/96, e informa que há decisões anteriores deste Órgão Julgador pela procedência de autuações fiscais, a exemplo dos Acórdãos 0054-05/12 e 0055-05/12. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

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, na condição de adquirente, relativamente à diferença do ICMS normal. Recolhimento a menos do imposto devido 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 com o ICMS destacado a menos e acompanhada de documento de arrecadação correspondente.

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

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 pela legislação, haja vista que no caso de combustíveis, a Lei 7.6014/96, 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 as parcelas já foram recolhidas.

Neste caso, tendo sido constatada nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, além de recolhimento efetuado a menos pelo fornecedor, 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.

Observo que o autuado juntou aos autos (fls. 77/79), cópia da liminar que suspendeu o Regime Especial do seu fornecedor, a empresa Petróleo do Valle Ltda., ficando comprovado que a referida decisão judicial determina a suspensão da aplicação do regime especial de fiscalização e pagamento, até ulterior deliberação, e o Superintendente da SAT desta SEFAZ tomou conhecimento da referida decisão, em 03/02/2011.

Considerando a vigência imediata da decisão judicial, constato que apenas as ocorrências datadas de 01/02/2011 e 02/02/2011 (infração 02), constantes do demonstrativo de débito, não foram alcançadas pela mencionada liminar, sendo devido o imposto lançado neste Auto de Infração.

Quanto às demais ocorrências constantes do demonstrativo de débito, relativamente às infrações 01 e 02, entendo que é improcedente a exigência fiscal no presente lançamento, em decorrência da liminar concedida, considerando que o fornecedor estava amparado por decisão judicial, estando suspensa a aplicação do Regime Especial de Fiscalização, devendo ser apurado junto a este fornecedor (Petróleo do Valle Ltda.) se o imposto foi recolhido.

Mesmo que a referida liminar seja cassada por outra decisão judicial, no período de sua vigência está suspensa a aplicação do Regime Especial de Fiscalização atribuído ao remetente das mercadorias (Petróleo do Valle 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.

Concluo pela insubsistência da infração 01 e subsistência parcial da infração 02, no valor total de R\$1.425,00.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 232892.0003/11-7, lavrado contra **R CATARINO COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.425,00**, 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, 05 de setembro de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA