

A. I. Nº - 206985.0001/12-7
AUTUADO - OITIS COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO DE SOUZA FORTES e JOSÉ AUGUSTO MARTINS VICENTE
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET 25.07.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0211-05/12

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS PRÓPRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. É responsável solidário, pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, o posto revendedor varejista de combustível, adquirido junto à 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. Exigência subsistente. Rejeitado o pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 05/01/2012, exige o débito no valor histórico de R\$ 18.525,00, consoante documentos às fls. 6 a 63 dos autos, em razão de *“Deixou, o adquirente, 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 fevereiro e março de 2011.

O autuado, em sua impugnação ao Auto de Infração, às fls. 69 a 73 dos autos, aduz que não há que se falar em responsabilidade solidária da impugnante, uma vez que a distribuidora que vendeu 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, uma vez que, à época das compras realizadas, o Comunicado constante no site da SEFAZ/BA informava que o Regime Especial de Fiscalização e Pagamento aplicado à distribuidora de combustíveis estava “Suspenso por Liminar”. Dessa forma, como a distribuidora da qual a impugnante adquiriu os produtos por ela comercializados não estava sujeita ao Regime Especial, não há que se falar na cobrança do ICMS diretamente do posto de combustível, sob responsabilidade solidária, do que transcreve o art. 6º, inciso XVI, da Lei nº 7.014/96 e pede a improcedência do Auto de Infração.

Em seguida registra que, caso a responsabilidade solidária seja efetivamente mantida, o que não se espera, a impugnante possui então direito a créditos de ICMS, os quais foram ignorados pela autuação, do que invoca o princípio da não-cumulatividade que disciplina o ICMS, consoante art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal, bem como nos artigos 28 e 29 da Lei do ICMS nº 7.014/96.

Sustenta que, caso se entenda pela manutenção da autuação, o que não se espera, requer seja afastada a aplicação de multa e dos juros, uma vez que em nenhum momento a 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.

Assim, requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente, diante da ausência de responsabilidade solidária da impugnante e, subsidiariamente, se caso se entenda pela existência

de responsabilidade solidária, o que não se 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, como também requer, caso seja mantida a infração, o afastamento da aplicação de multa e juros, conforme abordado.

Em sua informação fiscal, às fls. 84 a 92 dos autos, os autuantes aduzem que as argumentações do contribuinte não têm respaldos nenhum na esfera de julgamento administrativo, pois a competência deste Conselho, não cabe julgar se a lei estadual é justa ou correta, mas sim se é cumprida ou não! E o contribuinte de fato não a cumpriu sob as teses supracitadas, ou seja, confessa as infrações do presente Auto de Infração. Em seguida, transcrevem o art. 6º, inciso XVI e o art. 47, incisos I e II, da Lei nº 7.014/96.

No que se refere ao vício apontado pela autuada por existência de medida liminar com suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, inc. V, do CTN), dizem não vislumbrar também razões jurídicas para o seu acolhimento.

Destacam que a publicação do Comunicado SAT 001/2011 no site da SEFAZ, dando publicidade ao Regime Especial de Fiscalização da Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda. e Petróleo do Valle Ltda ocorreu em 18.01.2011. Por outro lado, o Regime Especial formalizado através do Comunicado SAT nº 001/2011, publicado no DOE, do dia 19 de janeiro de 2011, produziu efeitos no lapso temporal compreendido entre os dias 19/01/11 e 30/06/11. Aduzem que este ato administrativo tornou público, para todos os contribuintes do Estado da Bahia, o regime jurídico tributário a que passaram a estar submetida às empresas ali listadas, entre elas, a Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda.

Registram ainda que, mesmo que estas operações fossem realizadas com amparo de Liminar em Mandado de Segurança, este fato não impediria a exigência fiscal mediante lançamento de ofício, mas apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário até decisão final e que este assunto é pacífico em todas as esferas administrativas e judiciais.

Quanto ao alegado direito ao crédito fiscal de ICMS, dizem que a cobrança do tributo de que trata o presente Auto de Infração está amparada no art. 6º, inciso XVI, da Lei 7.014/96, que 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 pólo passivo, o que demonstra não ter havido duplicidade de cobrança do imposto.

Destacam que, no caso em exame, como a distribuidora que vendeu à autuada se encontrava no regime especial de fiscalização, o pagamento do ICMS normal e o ICMS-ST foram antecipados para o momento da saída do produto, conforme estabelece o art. 6º, XVI, da Lei nº 7014/96, 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. Assim, entendem 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.

Inerente às multas e encargos, afirmam que a multa de 60% do presente Auto de Infração está de acordo com o art. 42, II, “f”, da Lei 7.014/96, logo não procede a argumentação do contribuinte.

Citam decisão administrativa do CONSEF e mantêm, na íntegra, a presente exigência fiscal.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado para exigir o valor de R\$ 18.525,00, relativo à acusação de falta de recolhimento do ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, adquirido junto a remetente sujeito ao 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, ocorrida nos meses de fevereiro e março de 2011, conforme documentos às fls. 6 a 63 dos autos.

Inicialmente, há de se salientar 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.

Deve-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.

Também se deve esclarecer que a infração está cristalinamente consignada na acusação fiscal, a qual se fundamenta na previsão legal contida 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.

Vale frisar que, conforme previsto no art. 167 do RPAF (Decreto nº 7.629/99), não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Logo, configurada a infração, 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-umulatividade do ICMS, visto que o mesmo foi respeitado à medida que o imposto, quando recolhido, foi compensado com valor exigido.

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 normal, 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 estar submetidas as 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 **206985.0001/12-7**, lavrado contra **OITIS COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.525,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR