

A. I. N° - 281394.0907/11-2
AUTUADO - AUTO POSTO LINS LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
INTERNET - 29/10/2012

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0243-03/12

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ATRIBUIÇÃO AO ADQUIRENTE, DA RESPONSABILIDADE PELO “ICMS NORMAL” DEVIDO PELO REMETENTE DA MERCADORIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO “ICMS NORMAL”, NA AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL EFETUADA A REMETENTE SUJEITO A REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO, COM OBRIGATORIEDADE DO PAGAMENTO DO IMPOSTO NO MOMENTO DA SAÍDA DA MERCADORIA. Restou comprovado nos autos que a distribuidora de combustíveis, fornecedora da autuada, se encontrava suspensa do Regime Especial de Fiscalização por força de liminar concedida em Mandado de Segurança, cuja ciência pela Secretaria da Fazenda ocorreu no dia 03 de fevereiro de 2011, momento em que o autuado não mais se submete a responsabilidade solidária invocada na autuação. Ocorrências anteriores a esta data são subsistentes, nos termos do Parecer n.º 18617/11 que reti-ratificou o Parecer GECOT/DITRI n.º 1622/11. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/09/2011, exige ICMS no valor de R\$18.052,99, acrescido da multa de 60% pelo cometimento das seguintes irregularidades:

1. falta de recolhimento do “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 através de notas fiscais desacompanhadas do documento de arrecadação, no valor de R\$3.219,55, no mês de janeiro de 2011;
2. recolhimento a menos do “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 através de notas fiscais com o ICMS destacado a menos no valor de R\$14.833,44, nos meses de janeiro a março de 2011.

O autuado apresentou defesa (fls.16 a 21) alegando que o Auto de Infração não merece subsistir, uma vez que não houve qualquer infração à legislação tributária por parte da Impugnante.

Afirma que as duas infrações que lhe foram imputadas decorrem da aquisição de combustíveis em distribuidora sujeita ao Regime Especial de Fiscalização, logo a adquirente, no caso a Autuada, seria responsável solidária pelo pagamento do imposto.

Assevera que não há que se falar em responsabilidade solidária da Impugnante, uma vez que a distribuidora que vendeu a ela 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 (cópia anexa).

Observa que à época das compras realizadas, o Comunicado (cópia anexada) constante no site da SEFAZ/BA informava que o Regime Especial de Fiscalização e Pagamento aplicado à distribuidora de combustíveis estava “Suspensos por Liminar”.

Aduz que 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. Para reforçar seu entendimento transcreve o art. 6º, XVI da Lei nº. 7.014/96.

Protesta pela improcedência do Auto de Infração, uma vez que não é responsável solidária pelo recolhimento do ICMS, seja integral, seja da diferença, no caso dos autos, tendo em vista que, quando da aquisição da referida mercadoria, a Distribuidora não estava sujeita ao mencionado Regime Especial de Fiscalização, por força de ordem judicial.

Registra que caso a responsabilidade solidária seja efetivamente mantida, o que não espera, a Impugnante possui então direito a créditos de ICMS, os quais foram ignorados pela autuação.

Afirma que se está sendo responsabilizada, solidariamente, por um débito de terceiro, ela também faz jus aos créditos fiscais a que este tem direito. Se a distribuidora tem créditos fiscais não considerados, a Impugnante tem direito de vê-los abatidos do suposto débito. Tal procedimento está amparado pelo princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Sobre a não-cumulatividade cita a Constituição Federal (art. 155, § 2º, I), bem como a Lei estadual do ICMS (7.014/96), arts. 28 e 29.

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 III do RPAF/99, que reproduz.

Requer a improcedência da autuação e subsidiariamente, 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, além do afastamento da aplicação de multa e juros.

O auditor fiscal presta informação fl.67, diz que mantém o auto de infração.

VOTO

Este Auto de Infração cuida da falta de recolhimento do ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, etanol hidratado, adquirido junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização, com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, relativamente aos DANFE's relacionadas às fls. 05/08.

O sujeito passivo, nas razões de defesa, observa que não há que se falar em responsabilidade solidária da Autuada, uma vez que a distribuidora que lhe vendeu os combustíveis não estava enquadrada no referido Regime Especial de Fiscalização, por força de decisão judicial exarada no Mandado de Segurança nº. 008425-18.2011.805.0001, fls. 32/34.

Da análise dos elementos que compõem o PAF, vejo que consta a cópia do mencionado instrumento, em cujo processo impetrado pela empresa PETROVALLE – Petróleo do Valle Ltda., o Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública, prolatou a Decisão nos seguintes termos: “...tenho como presentes os pressupostos autorizadores do deferimento liminar da medida – relevância do pedido e possibilidade de dano irreparável - e, com base no art. 7º, III, da lei nº 12.016/2009, concedo a liminar requerida para determinar a Autoridade apontada como Coatora suspenda a aplicação do regime especial de fiscalização e pagamento, até ulterior deliberação”.

Vejo ainda, que consta cópia de documento à fl. 32, onde foi dada ciência desta Decisão ao Superintendente da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia em 03.02.2011.

A acusação fiscal deve-se ao fato de a distribuidora que vendeu álcool hidratado à autuada se encontrar em Regime Especial de Fiscalização, tendo como consequência o pagamento do ICMS 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 varejista à solidariedade pela obrigação tributária, que não foi corretamente cumprida pela distribuidora do etanol, no tocante ao ICMS normal.

No caso em análise a distribuidora é a empresa Petróleo do Valle Ltda., que por força da mencionada liminar, se encontra suspensa do Regime Especial de Fiscalização. Por consequência, cai por terra a responsabilidade solidária atribuída ao posto revendedor varejista, a partir da data de ciência da autoridade competente na SEFAZ. Ou seja, a partir de 03 de fevereiro de 2011, as empresas revendedoras de combustíveis, clientes da Petróleo do Valle Ltda., não mais se submetem à solidariedade da obrigação tributária, não cumprida pela mencionada distribuidora, enquanto vigente estiver a mencionada liminar.

Como a autuação registra ocorrências de fatos geradores anteriores a 03 de fevereiro de 2011, cabe-me apreciar o mérito relativamente a tais ocorrências.

Preliminarmente, impende esclarecer a respeito de diferentes decisões das quais participei sobre esta matéria, proferidas em julgamento deste CONSEF. De início prosperou o entendimento sobre a procedência da autuação referente a cobrança do ICMS normal (devido pelas operações próprias do contribuinte) e o substituído, em decorrência da solidariedade prevista no art. 6º, XVI e 47 da Lei 7.014/96. Por ter interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, o autuado, na condição de posto revendedor varejista, estaria obrigado ao pagamento do imposto incidente sobre suas operações de aquisições de combustível com fornecedores submetidos ao regime especial de fiscalização, quando elas não estivessem acompanhadas do Documento de Arrecadação (DAE) devidamente quitado.

Posteriormente, com o conhecimento de Consulta específica sobre o teor dessa regra, que resultou no Parecer DITRI/GECOT nº 01622/2011, modificou-se tal interpretação, especificamente sobre a parcela a título de ICMS normal devida pelo contribuinte sob regime especial de Fiscalização. Passou-se a acompanhar interpretação expressa no mencionado Parecer de que o adquirente de mercadoria sujeita a circular com o comprovante do recolhimento antecipado do imposto, não estaria obrigado a exigir a comprovação do imposto normal.

Entretanto, recentemente, veio a lume o Parecer Reti-ratificador produzido pela DITRI/GECOT, de nº 18617/2011, com novo entendimento sobre a atribuição de responsabilidade solidária para o posto revendedor, nas operações com combustível, relativo ao ICMS próprio. Este Parecer intitulado de “Reti-ratificador” registra o seguinte:

“No Parecer GECOT nº 1622/2011, foi consignada a seguinte informação: Assim, o adquirente de mercadoria sujeita a circular com o comprovante do recolhimento antecipado do imposto, não está obrigado a exigir a comprovação do imposto normal e sim, apenas do imposto substituído, o que pressupõe o pagamento anterior do imposto normal.

No entanto, esta Administração Tributária entende que o adquirente de combustível de fornecedor sujeito a regime especial de fiscalização, para prever-se quanta 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.”

Considerando-se a competência legal da DITRI/GECOT para responder às Consultas a respeito da interpretação da legislação estadual, alinho meu entendimento ao Parecer exarado por aquele Órgão. Isto posto, passo à análise dos elementos constantes deste processo.

Inicialmente, vejo que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, visto que inexistiu qualquer ofensa aos princípios constitucionais ou erro de direito, sendo a multa aplicada conforme os ditames legais.

Da análise dos elementos que compõem o presente PAF, vejo que o distribuidor remetente das mercadorias objeto deste lançamento tributário de ofício foi legalmente submetido ao regime especial de Fiscalização e pagamento do imposto previsto no art. 47, I e II da Lei 7.014/96, através do Comunicado SAT nº 001/2011, tornado público no DOE de 19/01/2011 e pelo site da SEFAZ, página Inspetoria Eletrônica>processos>regime especial>comunicado. Portanto, não há que se falar em desconhecimento da situação fiscal de sujeição ao regime especial de Fiscalização dos fornecedores do autuado por falta de publicidade.

A não-cumulatividade do ICMS arguida pelo impugnante não vem ao caso, pois o regime Especial trata da exigência fiscal do imposto normal e da substituição tributária, relativo às diretas transações entre o contribuinte autuado e seu fornecedor, referentes à aquisição de etanol hidratado, operação por operação. Estando essa mercadoria sujeita à antecipação tributária com fase de tributação encerrada, mas cujo montante não foi recolhido totalmente ao Erário, não há crédito fiscal apropriável pelo autuado.

Em face do impedimento previsto no art. 167, I, do RPAF/99, deixo de apreciar a arguição de inconstitucionalidade da multa pelo descumprimento das obrigações principais constantes do auto de infração, sob a alegação de exagero e natureza de confisco.

Constatou que a infração imputada ao autuado está prevista 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 ICMS-ST.

Logo, configurada a infração, teve o autuado a oportunidade de apresentar DAES 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 o valor exigido.

Deve-se ressaltar que a solidariedade pelo recolhimento do imposto, 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 vinculadas na solidariedade, não se admitindo a escusa no cumprimento da obrigação tributária.

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 a estar submetida às empresas ali listadas.

Portanto, o autuado é responsável legal pelo recolhimento do ICMS, na forma como consta no demonstrativo fiscal, fls.6 a 8, referente às ocorrências do mês de janeiro de 2011, cujos pagamentos

não foram calculados corretamente pelo distribuidor, conforme DAES acostados nos autos, estando correta a exigência do crédito tributário do contribuinte autuado, consubstanciada no Auto de Infração, que excluídos os valores cujo fato gerador se deu a partir da vigência do mandado de segurança, remanesce em R\$3.219,55, na infração 01 e R\$ 2.850,00 na infração 02.

Voto pelo PROCEDENCIA PARCIAL do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281394.0907/11-2**, lavrado contra **AUTO POSTO LINS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$6.069,55**, 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, 15 de outubro de 2012.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR