

A. I. N° - 232892.0005/11-0
AUTUADO - AUTO POSTO CAMARO LTDA.
AUTUANTES - HELENA DOS REIS REGO SANTOS
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 06/12/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0274-03/12

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE. (ETANOL HIDRATADO) **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. No caso de constatação de nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, ou acompanhada com o imposto recolhido a menos, junto ao posto revendedor varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido de remetente com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, na condição de contribuinte de direito, em razão de regime especial de fiscalização, o posto revendedor varejista é o responsável pelo pagamento total ou da diferença recolhida a menos do imposto, tanto o normal quanto o por substituição tributária. No caso em exame, restou comprovado que o remetente do combustível (álcool hidratado), contribuinte de direito, não havia realizado o pagamento do ICMS normal, portanto está correto o lançamento consubstanciado por solidariedade. Infração caracterizada. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Restou comprovado nos autos que o contribuinte remetente, no período da ocorrência dos fatos geradores, não estava sujeito ao Regime Especial de Fiscalização por força de Medida Liminar. Infração insubsistente. Auto de Infração. **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 02/09/2011, lança crédito tributário no valor de R\$28.501,59, em razão do cometimento das seguintes infrações:

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, no mês de janeiro de 2011. Valor do débito: R\$4.185,41. Multa de 60%.

Infração 02 - deixou, o adquirente, de recolher a diferença do ICMS normal, recolhido 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 do documento de arrecadação correspondente, nos meses de fevereiro a abril de 2011. Valor do débito: R\$24.316,18. Multa de 60%.

Consta na Descrição dos Fatos que “Deixou o contribuinte adquirente de recolher em duas das aquisições o ICMS normal e nas demais a diferença de ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustíveis, adquirido junto à contribuinte remetente sujeito ao Regime Especial de Fiscalização, com a obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída das mercadorias.”

O autuado apresenta defesa, fls. 166 a 170, aduzindo que a ação fiscal não merece subsistir, uma vez que não cometera qualquer infração à legislação tributária, articulando as seguintes argumentações na forma a seguir enunciada.

Inicialmente observa que na descrição dos fatos constante no Auto de Infração, foi relatado que, ora não recolhera o ICMS normal, ora deixou de recolher a diferença devida em virtude de ICMS recolhido a menor, em virtude de sua suposta condição de responsável solidária por ter adquirido combustível de distribuidora sujeita a Regime Especial de Fiscalização.

Assevera que não há que se falar em responsabilidade solidária, uma vez que a distribuidora que lhe vendera os combustíveis, Petróleo do Valle Ltda., não estava enquadrada no referido Regime Especial de Fiscalização, por força de decisão judicial exarada pela 3ª Vara de Fazenda Pública de Salvador, no Mandado de Segurança nº. 0001754-76.2011.805.0001, fls. 171 a 173.

Esclarece que, como a distribuidora da qual 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, consoante o teor do art. 6º, XVI, da Lei nº. 7.014/96, que reproduz, protestando protesta pela improcedência da autuação, uma vez que não é responsável solidária pelo recolhimento do ICMS no caso dos presentes autos.

Registra que, caso a responsabilidade solidária seja mantida, assevera que, possui direito aos créditos de ICMS, os quais foram ignorados pela autuação.

Observa que o Fisco estadual está cobrando o valor total referente ao ICMS devido, sem abater os créditos fiscais do ICMS que já foram pagos nas operações anteriores, por ocasião da aquisição da mercadoria pela distribuidora de combustíveis, que fazia jus ao crédito relativo às operações anteriores, incluindo, aqui, o tributo recolhido na própria operação de venda da Usina para a Distribuidora.

Afirma que está sendo responsabilizada, solidariamente, por um débito de terceiro, também faz jus aos créditos fiscais a que este tem direito. Acrescenta que se a distribuidora tem créditos fiscais não considerados, tem direito de abatê-los do débito, ora exigido, pois, tal procedimento está amparado pela não cumulatividade do ICMS.

Ressalta que o direito à não cumulatividade do ICMS está previsto no art. 155, §2º, I, da Constituição Federal bem como, nos artigos nºs 28 e 29 da Lei Nº 7.014/96 e no art. 114 do RICMS-BA/97, cujo teor reproduz.

Assinala que, mesmo se fosse o caso de responsabilidade solidária, o que não é, deveria a autuação ter considerado o valor referente ao creditamento do ICMS para que fosse calculado o tributo supostamente devido (encontro débitos-créditos), o que não foi feito.

Pugna, caso se entenda pela manutenção da autuação, o que afirma não esperar, que seja afastada a aplicação de multa e dos juros, uma vez que em nenhum momento 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/99:

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado improcedente, diante da ausência de responsabilidade solidária, e no de se entender pela existência de responsabilidade solidária, o que diz não se crer, pleiteia que 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.

Requer, também, caso seja mantida a autuação fiscal, o afastamento da aplicação de multa e juros, à luz do art. 159, do RPAF-BA/99.

A autuante ao prestar informação fiscal, fls. 188 e 189, apresenta as ponderações a seguir sintetizadas.

Esclarece que, na lavratura do auto de infração, foram considerados todos os documentos fiscais e de arrecadação do ICMS apresentados pelo contribuinte, conforme demonstrativos analíticos de débito acostado no Auto de Infração, com cópias fornecidas para o contribuinte, fls. 152 a 160.

Observa que a ação fiscal que trata da exigência de ICMS exigido por responsabilidade por solidaria na aquisição pelo autuado de álcool etanol hidratado junto à remetente sujeito ao Regime Especial de Fiscalização, pela falta de comprovação pelo remetente do combustível, do recolhimento do ICMS normal. Acrescenta que em algumas aquisições o remetente recolheu parte do ICMS normal.

Diz que na defesa o autuado argumenta que não está sujeito à responsabilidade solidária prevista nos dispositivos infringidos e contidos no Auto de Infração, entretanto esclarece que o Regime Especial e a obrigatoriedade expressa no artigo 47 inciso I, combinado com o artigo 6º inciso XVI, ambos da Lei nº 7.014/96, determinam “a obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, inclusive o relativo ao imposto devido por substituição tributária.”;

Destaca que o autuado demonstra que conhece a responsabilidade solidária pela qual foi autuado, ou seja, a falta de comprovação da arrecadação do imposto, e que, mesmo assim requer a improcedência do auto de infração com as alegações de ilegitimidade para figurar no pólo passivo; de falta de aproveitamento dos créditos em obediência ao princípio da não cumulatividade e requer o cancelamento da multa alegando que em nenhum momento agiu de má-fé.

Ressalta que em sua defesa o autuado não apresenta a comprovação da arrecadação relativa ao imposto, a que fora sujeito conforme o auto de infração lavrado.

Esclarece que a falta de conhecimento não descaracteriza a ação fiscal, conforme reza o artigo 40, parágrafos 1º e 2º da Lei nº 7.014/96. Acrescenta que constitui infração relativa ao ICMS à inobservância de qualquer disposição contida na legislação: “respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todo o que tenha concorrido de qualquer forma, para a sua prática, ou dela se beneficiada, “ainda mais” que a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.” Prossegue afirmando que também não há cumulatividade, uma vez que não houve comprovação do recolhimento do imposto em duplicidade.

Observa que na defesa apresentada não contém qualquer elemento capaz de contrariar o Auto de Infração lavrado.

Relata que já existem decisões do CONSEF pela procedência, em julgados sobre essa matéria, a exemplo das Resoluções Nº 0054-05/12 e Nº 0055-05/12, cujas cópias colaciona.

Conclui requerendo a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para lançar crédito tributário em razão de o contribuinte ter deixado de recolher, em janeiro de 2001 - infração 01, e por ter recolhido a menos o ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nos meses de fevereiro a abril de 2011 – infração 02, nas operações de aquisição de “etanol hidratado”, adquirido junto à remetente sujeito a Regime Especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do imposto no momento da saída do citado combustível, em vista do seu recebimento através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação, no caso da primeira infração e com documento com recolhimento a menos, em relação à segunda imputação.

Examinando as peças do processo, verifico que o contribuinte adquiriu “etanol hidratado” junto à empresa, Petróleo do Valle Ltda., conforme demonstrativo elaborado pela autuante, acostados aos autos, às fls. 152 a 160, onde se discriminou as notas fiscais eletrônicas que acobertaram as operações de aquisição do combustível supra mencionado.

Consta na descrição dos fatos no Auto de Infração que o contribuinte remetente encontrava-se submetido ao Regime de Especial de Fiscalização. De fato, o aludido regime obriga o remetente das mercadorias, objeto do presente Auto de Infração, efetuar o pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, consoante previsão expressa no art. 47 da Lei nº 7.014/96, com a redação modificada através da Lei nº 11.899 de 30/03/10, a seguir reproduzido.

“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;”

Com o advento da Lei nº 12.040, de 28 de dezembro de 2010, o artigo 6º, inciso XVI, da Lei nº 7.014/96, passou a vigorar o seguinte:

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 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.

Logo, no Estado da Bahia, 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.

Nestes termos, depois de examinar o teor de ambas as infrações, verifico restar evidente nos autos que a acusação fiscal subsume inteiramente os dispositivos legais supra aludidos.

Entretanto, ao examinar a alegação do autuado de que a empresa remetente, apesar de originariamente está submetida a Regime Especial de Fiscalização, nos termos do art. 47 da Lei nº 7.014/96, teve a exigência imposta pelo regime suspensa por força de Liminar concedida pelo Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública de Salvador, fls. 171 a 173, concomitantemente com o Comunicado SAT Nº 0002/20012, disponibilizado publicamente no sítio da SEFAZ, constato que desde 02/02/2011, a empresa Petróleo do Valle Ltda., IE. Nº 76.325.343, emitente de todas as notas fiscais arroladas no demonstrativo de débito, fls. 152 a 160, se encontra excluída do Regime Especial de Fiscalização, enquanto perdurar a eficácia da aludida decisão judicial.

Assim, considerando que somente a infração 01 contempla fato gerador ocorrido, em 21/01/2011, portanto, em data anterior a vigência da Liminar concedida, deve ser mantida em sua integralidade. Por isso, depois de constar nas peças que compõem os autos a sua devida constituição concluo pela subsistência da infração 01.

A mesma sorte não deve ter a infração 02, cujos fatos geradores ocorreram de 02/02/2011 a 14/04/2011, portanto, após a data da concessão da aludida Liminar, não pode ser mantida quanto às operações realizadas entre o autuado e a Petróleo do Valle Ltda.

Dessa forma, fica excluída do Auto de Infração a Infração 02.

No que diz respeito à multa sugerida verifico que é a prevista no art. 42 II, “f”, da Lei nº 7.014/96 e, quanto a sua exclusão pretendida pelo autuado, esclareço que não pode ser acatada, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF-BA/99.

Diante do 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 232892.0005/11-0**, lavrado contra **AUTO POSTO CAMARO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.185,41**, 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, 26 de novembro de 2012.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS- RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA