

**PROCESSO** - A. I. Nº 022078.0004/12-1  
**RECORRENTE** - TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO GETÚLIO VARGAS)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0142-02/12  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/NORTE  
**INTERNET** - 17/09/2013

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C/JF Nº 0265-12/13

**EMENTA:** ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **a)** IMPOSTO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** IMPOSTO RETIDO POR DISTRIBUIDOR SUBMETIDO A REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO E NÃO RECOLHIDO. **c)** IMPOSTO RETIDO A MENOS. O art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96, atribui ao posto revendedor varejista à responsabilidade pelo pagamento do ICMS, em relação ao 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. Sujeição ao Regime Especial de Fiscalização dos remetentes publicada no DOE e constante do site da SEFAZ. Infrações caracterizadas. Rejeitadas as arguições de nulidade. Não apreciados as alegações de inconstitucionalidade. Excluídas as exigências referentes ao período em que os remetentes não mais se encontravam sob o Regime Especial. Modificada a Decisão recorrida quanto às infrações 1 e 2. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 05/11/2011 para cobrar ICMS e multa no valor de R\$76.730,32, em decorrência do cometimento de 03 (três) infrações, a seguir descritas:

*INFRAÇÃO 01 – 02.14.01 - Deixou o adquirente, de recolher ICMS normal, no valor de R\$67.401,23, devido por solidariedade, nas operações 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 desacompanhada do documento de arrecadação. Multa de 60%;*

*INFRAÇÃO 02 – 07.10.04 – Deixou o adquirente, de recolher ICMS Retido, no valor de R\$8.336,19, por solidariedade, na operação de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS Retido no momento da saída, em vista do recebimento da mercadoria, através de nota fiscal não acompanhada do documento de arrecadação do ICMS substituído. Multa de 60%;*

*INFRAÇÃO 03 – 07.10.02 – Procedeu a retenção a menos do ICMS, no valor de R\$992,90, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de combustíveis e lubrificante para contribuintes localizados neste Estado. Multa de 60%.*

Foram apresentadas Defesa administrativa tempestiva às fls. 194 a 208, contestando todas as infrações e pugnando pelo improcedência das mesmas, bem como Informação Fiscal às fls. 219 a 221, rebatendo as teses recursais e clamando pela procedência do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 2ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

“VOTO

*Em relação as arguições de inconstitucionalidade, por entender a defesa que houve ofensas aos princípios da publicidade, da não-cumulatividade e do não confisco, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.*

*Não podem ser acolhidas as preliminares de nulidade requeridas pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expõe com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.*

*No tocante ao argumento defensivo de a inexistência de comunicação formal da aplicação do Regime Especial de Fiscalização sobre o remetente, em obediência ao princípio da publicidade, tal alagação não pode ser acolhida, pois o autuado tem obrigação de conhecer a sujeição da empresa fornecedora ao regime especial de fiscalização através de consulta ao sistema da SEFAZ, e portanto, a obrigação de exigir do fornecedor o comprovante do pagamento do ICMS substituído, apresentando a devida comprovação, sob pena de ser o responsável solidário dos valores exigidos na autuação. Consoante o disposto nos artigos 178 combinado com o artigo 181, ambos do RICMS/BA, o contribuinte é responsável pela verificação, via INTERNET ou nos terminais de auto atendimento da Secretaria da Fazenda, dos regimes especiais concedidos aos contribuintes, bem como, no Site da SEFAZ, em sua página de Inspeção Eletrônica, que tem repercussão no campo da responsabilidade solidária dos adquirentes, nos termos do art. 47 incisos I e II da Lei 7.014/96, através do site da SEFAZ.*

*Em que pese o sujeito passivo ter arguido nulidade do Auto de Infração por entender que a multa aplicada é genérica, o mesmo não pode ser acolhido, visto que o art. 42, II, "f", da Lei 7.014/96, indica claramente a penalidade por descumprimento de obrigação principal, alcançando exatamente o ocorrido. De igual modo, não acolho do pedido de nulidade com fundamento de que a multa seria confiscatória, alegação que já foi afastado no início do voto, quando tratei da questão de inconstitucionalidade levantada pela defesa com o mesmo fundamento. Cabe ressaltar que este órgão julgador não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual. Como se observa na legislação do ICMS existe uma proporcionalidade nos percentuais das multas previstas, havendo uma graduação em sua função da gravidade praticada pelo contribuinte omissor em obrigações tributária.*

*Relativamente ao argumento do autuado de falta de requisito essencial para transferência do pólo passivo desta relação jurídica tributária, cabe consignar que o art. 6º inciso XVI da Lei 7014/96, não alberga qualquer dúvida quanto atribui a solidariedade ao 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. Assim, a elucidação das questões argüidas na peça defensiva passa, necessariamente, pela análise da legislação que serve de referência à matéria, cumprindo-nos transcrever, para melhor visualização, os dispositivos legais respectivos.*

*Artigo 6º, inciso 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 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;*

*Artigo 47, da Lei nº 7.014/96*

*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;*

*Artigo 914 do RICMS/97*

*Art. 914. Pelas infrações à legislação do ICMS serão aplicadas as seguintes penalidades, isoladas ou cumulativamente (Lei nº 7667/00):*

- I - multa;*
- II - sujeição a regime especial de fiscalização e pagamento;*
- III - cancelamento de benefícios fiscais;*

*Além disso, cumpre observar que o instituto da solidariedade tributária não comporta o benefício de ordem, conforme alinha parágrafo único do artigo 124, do CTN.*

*Desta forma, ante a legislação acima citada, é de responsabilidade do autuado na condição de adquirente da mercadoria objeto da autuação, pelo pagamento do imposto normal e do imposto retido não recolhido ou recolhido a menor pelo remetente sujeito a regime especial de fiscalização.*

*Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.*

*Quanto ao argumento defensivo de existência de ação judicial com concessão de medida liminar, que teria suspenso o Regime Especial, não é capaz de elidir autuação, uma vez que não há nos autos a prova da citada Decisão, a defesa apenas alegou, sem acostar aos autos nenhum documento para comprovar sua alegação. Sem a cópia da Decisão nos autos, conforme já foi decidido pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, mediante Acórdão CJF Nº 0037-11/12, ao analisar idêntica questão, não cabe acolhimento do argumento defensivo. Abaixo reproduzo a ementa do citado acórdão:*

*1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL  
ACÓRDÃO CJF Nº 0037-11/12*

*EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIÇÃO DE ARGUMENTOS DEFENSIVOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. É Nula, por cerceamento de defesa, a Decisão que deixar de apreciar as alegações contidas na impugnação apresentada pelo sujeito passivo, conforme os termos do artigo 18, inciso II, do RPAF/99. Não há no PAF nenhuma prova de que o autuado impetrou mandado de segurança. Recurso NÃO PROVIDO. Decretada, de ofício, a NULIDADE da Decisão recorrida, determinando-se o retorno dos autos à Primeira Instância para novo julgamento. Decisão unânime. (grifei)*

*No tocante a alegação de falta de aproveitamento dos créditos fiscais no cálculo do ICMS próprio da Distribuidora de Combustíveis remetente, em obediência ao princípio da não-cumulatividade, também não pode ser acolhida, pois o tributo ora exigido está amparado 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, 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. Assim, o imposto está sendo exigido do sujeito passivo e não do remetente.*

*Vale destacar que na presente ação fiscal está se exigindo é responsabilidade solidária do 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, responsabilidade essa, que não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos, prevista no art. 6º XVI, § 3º e art. 47, I da Lei 7014/96, não existindo cobrança em duplicidade como alegado pela defesa.*

*Logo, é cabível a exigibilidade do crédito tributário, em relação às notas fiscais objeto da autuação. Portanto, não resta dúvida que o autuante agiu de forma correta, visto que efetivamente os documentos fiscais que instruem o Auto de Infração, por estarem desacompanhados dos comprovantes de recolhimentos do ICMS conforme determina a legislação acima transcrita.*

*Ressalto que os números consignados nos levantamentos não foram questionados pela defesa.*

*Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 245 a 265), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, repisando alguns dos argumentos apresentados na sua defesa inicial.

Inicia o seu arrazoado com um breve relato dos fatos vividos nos autos e das infrações lançadas. Após, passa a discorrer sobre o mérito da autuação. Aponta que o regime especial de Fiscalização está previsto no artigo 47, I, II da Lei nº 7014/96, o qual transcreve. Alega que tal Regime aplicado sobre a empresa fornecedora do produto deveria ser amplamente divulgado pela Secretaria da Fazenda da Bahia, para que se desse à necessária publicidade do ato. Alude, que tal fato que não ocorreu no presente caso, já que não tinha nenhum conhecimento de que as Distribuidoras de Combustíveis Petróleo do Valle, Petromotor e Gasforte, estavam submetidas ao multicitado regime especial de fiscalização. Neste sentido, com base no artigo 37, caput da

Constituição Federal, fala que não houve respeito ao princípio da publicidade que prega a obrigatória divulgação dos atos da Administração Pública, com o objetivo de permitir seu conhecimento e controle pelos órgãos estatais competentes e por toda a sociedade. Tece comentários sobre sua tese, arrimando-se de abalizada doutrina.

Afirma que *“No caso em apreço, esta exigência constitucional não esteve atendida, pois a publicação desse regime foi disponibilizada apenas no site da SEFAZ – BA, o qual não pode ser considerado o veículo adequado para informar que a distribuidora remetente estava submetida ao Regime Especial de Fiscalização, até mesmo para evitar aquisição do produto pelo autuado”*.

Ao final do tópico, diz que o lançamento está eivado de nulidade, pois, ao seu ver, a SEFAZ-BA, não obedeceu a um dos princípios que rege a Administração Pública, o da publicidade, que ampara os contribuintes contra os arbítrios governamentais.

Passa a discorrer sobre a tributação do ICMS normal incidente sobre o álcool etanol hidratado. Faz um resumo da tributação do Etanol Hidratado comercializado pelas Distribuidoras, apontando que a usina comercializa o produto com destaque do imposto próprio (ICMS próprio), os distribuidores apropriam o crédito fiscal das usinas fornecedoras e procedem à retenção do imposto devido nas operações subsequentes e, finalmente, os postos revendedores comercializam os combustíveis para o consumidor final sem tributação, vez que a distribuidora já retém e recolhe o imposto devido por eles. Fala que a sistemática de tributação adotada pelos Estados para a cobrança do ICMS devido nas operações com álcool hidratado, estabelece 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 adquirentes, consubstanciando na chamada *“substituição tributária para frente ou progressiva”*. Aduz que também há aplicação de MVA sobre os preços praticados pelas Distribuidoras, fazendo com que o imposto devido em todas as operações subsequentes da circulação econômica do álcool, ficaria definitivamente retido e recolhido pelo contribuinte substituto, a Distribuidora.

Assevera que no presente PAF, a empresa foro autuado por responsabilidade solidária e que o nobre Autuante, na feitura do Auto de Infração, aplicou sobre o preço praticado pela Distribuidora (base de cálculo) a alíquota de 19%. Entretanto, alega que, no momento da aquisição do produto pelo posto revendedor, o valor do ICMS normal (ICMS da distribuidora) já está embutido no preço da venda praticado pela distribuidora, conforme exemplo que cita. Neste sistema tributário, afirma não ser lógico *“estar imputando tal exação ao Autuado”* pois, segundo narra, *“O tributo estaria sendo exigido em duplicidade”*. Alega que não pode a Administração Pública punir o Autuado por meio de conjecturas de que o imposto não foi pago, sob risco de se cometer injustiças, preterindo assim o Princípio da Verdade Material.

Passa então a dizer que, conforme o Parecer final, datado dia 24/01/2011 (Processo de consulta de nº 00743720110), não há responsabilidade do contribuinte de fato em provar se o ICMS normal foi realmente satisfeito ou não. Segundo informa, tal Parecer determinaria que o adquirente não seria o responsável pela comprovação do recolhimento do ICMS normal.

*Processo de consulta de nº. 00743720110, Consulente Posto de Combustíveis Sete Portas Ltda., Parecerista Cesar Augusto da Silva Fonseca:*

*“Observe-se, também, que o cálculo do ICMS substituído se submete ao regime sumário de apuração, que se perfaz pela subtração do valor do crédito fiscal decorrente do imposto normal devido, do valor do imposto incidente na operação de saída, ou seja, o cálculo do imposto substituído inclui a dedução do imposto normal. Assim, o adquirente de mercadoria sujeita a circular com o comprovante do recolhimento antecipado do imposto, não está obrigada a exigir a comprovação do imposto normal e sim, apenas do imposto substituído, o que pressupõe o pagamento anterior do imposto normal.”*

Atesta novamente que, segundo o referido Parecer, o adquirente não está obrigado a comprovar o recolhimento do imposto normal, não podendo ser responsabilizado pela falta de pagamento da distribuidora. Com essa baliza, entende que, *“se 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, este item do Auto*

*de Infração deve ser anulado*”. Assevera que, consoante o art. 62 do RPAF/BA que transcreve, a consulta eficaz suspende a exigência de tributo indevido.

*Art. 62. A consulta eficaz produz os seguintes efeitos, exclusivamente em relação à matéria consultada:*

*I - suspende o curso do prazo de recolhimento dos tributos não vencidos à data em que for formulada;*

*II - adquire o caráter de denúncia espontânea em relação a débito vencido até a data da formulação da consulta pelo sujeito passivo, não cabendo acréscimos moratórios a partir desta data, desde que, no prazo de 20 (vinte) dias da data da intimação da solução, o sujeito passivo adote as demais providências previstas nos arts. 95 a 99;*

*III - nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o consulente a respeito da matéria consultada, desde a data da entrada da petição até o vigésimo dia após a ciência da Decisão final da consulta.*

Em outro ponto, fala da proibição do *bis in idem* nas infrações 1 e 2. Logo em seguida a sua conceituação da expressão e de lições do professor Roque Antonio Carrazza sobre o tema, diz que no caso em apreço há o *bis in idem* do ICMS, uma vez que o tributo já tinha composto o preço do produto tomado como base de cálculo do imposto.

Apoia-se nos ensinamentos dos mestres em direito penal, Paulo Queiroz e Silva Franco e Berluzo Gomes de la Torre sobre a duplicidade de sanção, para então alegar 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’*”.

Assevera que o imposto foi retido e destacado pela distribuidora e, cobrado do posto revendedor, na nota fiscal de aquisição.

Em outro tópico, alega sua ilegitimidade para figurar como substituto tributário. Conceitua a responsabilidade tributária, para então dizer que ela pode ser atribuída de forma solidária ou substituta ao sujeito passivo responsável. Fala que na responsabilidade solidária, o pagamento do tributo pode ser exigido tanto do contribuinte quanto do responsável, e que na responsabilidade por substituição, o sujeito passivo contribuinte é excluído do dever de cumprimento da obrigação tributária principal, passando a figurar em seu lugar o terceiro responsável.

Alega que no caso em apreço, inexistente base legal para eleger o Autuado como substituto tributário, e, portanto, carece de sustentação jurídica também a infração 3 que imputou ao posto revendedor a responsabilidade pela retenção e recolhimento de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição. Afiança que, ao se fazer uma análise sobre a atividade do Autuado (posto revendedor) em relação à descrição da infração 3 e o enquadramento legal aplicado pelo autuante, nota-se, que a situação do contribuinte não se amolda de maneira alguma à sua previsibilidade como sujeito passivo por substituição.

Neste ponto, traz à baila o artigo 521-A do RICMS-BA, que o autuante enquadrou o contribuinte.

*Art. 512-A. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes com as mercadorias abaixo especificadas, na condição de sujeito passivo por substituição, os contribuintes a seguir indicados;*

*I - nas operações internas:*

*b) o distribuidor de combustíveis, como tal definido e autorizado pelo órgão federal competente, tratando-se de:*

*1 - álcool etílico não desnaturado, com um teor alcoólico em volume igual ou superior a 80% vol. (álcool etílico hidratado combustível) - NCM 2207.10.00;*

*2 - óleos lubrificantes - NCM 2710.19.3;*

*3 - derivados de ácidos graxos (gordos) industriais: preparações contendo álcoois graxos (gordos) ou ácidos carboxílicos ou derivados destes produtos (biodiesel) NCM 3824.90.29;*

Alega que o artigo supramencionado não impõe ao posto revendedor a obrigação de reter e recolher o tributo, pois essa imposição seria direcionada ao distribuidor de combustíveis. Sendo assim, a empresa autuada não se encontraria na condição de sujeito passivo por substituição.

Resume sua tese dizendo que o sujeito passivo por substituição não é o Autuado, o quê consequentemente deriva na sua ilegitimidade na relação jurídico tributária.

Adiante, passa a discorrer sobre o princípio da não-cumulatividade. Afirma que padece de segurança este Auto de Infração, por não atender ao princípio constitucional que trata da regra matriz do ICMS que é a não cumulatividade. Transcreve o art. 155 da CF:

*Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre*

*I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos*

*II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;*

*III - propriedade de veículos automotores.*

*§ 1.º O imposto previsto no inciso I:*

*I - relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal*

*II - relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal;*

*III - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:*

*a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;*

*b) se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;*

*IV - terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal;*

*§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:*

*I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;*

*II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:*

*a- não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;*

*b- acarretará anulação do crédito relativo às operações anteriores.*

Para então afirma que o legislador constitucional foi exaustivo e minucioso ao disciplinar o ICMS, determinando sua competência, fixando o fato gerador e estabelecendo a regra da não-cumulatividade, e as exceções a esta regra. Fala que a regra constitucional da não-cumulatividade somente encontra limitação no próprio texto constitucional, mais precisamente no art. 155, §2º, II, *a* e *b*, pois não consubstancia "mera sugestão, que o legislador ou a Fazenda Pública poderão, ou não, acatar". Diz que o mecanismo da não-cumulatividade há que ser sempre observado, fazendo nascer para o contribuinte, toda vez que este adquire uma mercadoria ou um serviço com incidência do Imposto, um crédito fiscal.

Após citar lições de Sacha Calmom, infere que toda entrada, independente da sua destinação, havendo destaque do ICMS, gera, em favor do adquirente, um crédito fiscal de natureza mista, que deverá ser compensado nas operações de saídas posteriores. Então, vale ressaltar que o creditamento do imposto nas entradas não é somente um direito, mas um dever do contribuinte.

Com base na doutrina de Sacha Calmom, Roque Carrazza e Misabel Derzi sobre a não-cumulatividade, assevera que tal princípio "atribui ao produtor ou ao promotor da operação tributada o direito-dever de compensar o crédito gerado pelo imposto incidente na matéria-prima ou na operação anterior, recolhendo o contribuinte aos cofres públicos apenas a diferença". Com base nesse sistema, propala que nega ao contribuinte o direito ao crédito do ICMS destacado nas notas fiscais de entrada, seja qual for sua procedência ou destinação é uma afronta a Constituição da República.

No caso em apreço, destaca que, da forma como se 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, o lançamento estaria gravado de inconstitucionalidade, pois não está sendo obedecido o princípio da não cumulatividade.

Nesta esteira, questiona qual a destinação destes créditos, como ficará a contabilização destes créditos nos livros fiscais da distribuidora e do posto e se o Estado autorizará a transferência desses créditos. Diz que essas questões foram colocadas pelo autuado tendo em vista que o valor a ser exigido neste Auto de Infração “*terá que ser reduzido em relação ao ICMS próprio devido pela Distribuidora de Combustível em respeito ao princípio da não cumulatividade*”.

Alega neste ponto que para tanto, o processo deveria ser convertido em diligência para se apurar o valor dos créditos relativos à operação própria da Distribuidora remetente para que seja deduzido do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Adiante, fala que não pode ser aplicada a multa lançada pelo autuante, por ser genérica.

Reproduz o artigo 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, lançado nos supostos ilícitos fiscais das infrações 1 e 2.

*II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:*

*(...)*

*f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal;*

Comenta que a lei penal 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. A lei penal delimita uma conduta lesiva, apta a pôr em perigo um bem jurídico relevante, e prescreve-lhe uma consequência punitiva. Diz que ao fazê-lo, não permite que o tratamento punitivo cominado possa ser estendido a uma conduta que se mostre aproximada ou assemelhada.

Socorre-se das lições do professor Silva Franco e Luiz Vicente Cernicchiaro, para afirmar que, devido ao princípio da taxatividade, impõe-se que a descrição da conduta criminosa seja detalhada e específica, não se coadunando com tipos genéricos, demasiadamente abrangentes. Conclui assegurando que em matéria penal – tributária, não há que se cogitar em aplicação de penalidade genérica, pois estará eivada de ilegalidade. Diz que a generalidade da descrição típica elimina a sua própria razão de existir, criando insegurança no meio social e violando o princípio da reserva legal. Com essa perspectiva entende ser necessária a anulação da multa aplicada no percentual de 60%, prevista no artigo 42, II, alínea “f”, pela impossibilidade da adoção de penalidade genérica.

Em outro item, alega que a cobrança de multa com caráter confiscatório afrontaria às garantias constitucionais.

Fala que no presente caso, está sendo aplicada multa em valor nitidamente confiscatório, ou que contrariaria as garantias constitucionais do cidadão contribuinte. Diz que é absolutamente explícito o exagero da multa aplicada, pois, foi utilizado percentual absurdamente elevado e fora da realidade e normalidade prevista pela sistemática legal vigente em nosso país. Nessa toada, alega que o STF entendeu que há de se estender o Princípio da não-confiscabilidade a multas confiscatórias, conforme ADI 551/RJ, cuja ementa transcreve.

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 2.º E 3.º DO ART. 57 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. FIXAÇÃO DE VALORES MÍNIMOS PARA MULTAS PELO NÃO-RECOLHIMENTO E SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO INCISO IV DO ART. 150 DA CARTA DA REPÚBLICA. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente. – STF - ADI 551 / RJ - DJ 14-02-2003 PP-00058.*

Após trilhar ensinamentos do professor Rui Barbosa Nogueira, 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 Constituição Federal, pedindo assim, a anulação do referido Auto de Infração.

Por fim, aborda a existência de mandado de segurança impetrado pela distribuidora remetente do álcool hidratado (PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETROLEO LTDA IE 078027360 e 077804511). Segundo relata, a citada distribuidora foi excluída do Regime Especial de Fiscalização através de Mandado de Segurança que não cita, fazendo com que o recorrente não estivesse obrigada a recolher o ICMS ora exigido.

Diz juntar cópias das medidas liminares concedidas e das movimentações processuais, obtidas no site do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, nas quais constam o deferimento das medidas. Lembra que o Fisco Estadual tem como obter a referida cópia através da Procuradoria Estadual.

Diante desse quadro jurídico, assevera que “*se a empresa remetente não está sujeita ao Regime Especial de Fiscalização, condição essencial prevista no 6º, inciso XVI, da Lei 7014/96, não há que se falar em responsabilidade solidária do Posto Revendedor de Combustíveis destinatário, por conseguinte, cai por terra a pretensão do Erário em exigir o imposto nesta condição*”.

Aponta que a própria SEFAZ/BA reconhece a improcedência da exação quando o remetente da mercadoria está sob o efeito de liminar, conforme os Acórdãos JJF Nº 0097-01/12, JJF Nº 0100-01/12, JJF Nº 0101-02/12, JJF Nº 0100-01/12 cujas ementas colaciona.

*1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL  
ACORDÃO JJF Nº 0097-01/12*

*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. b.1) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. c) FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 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. Efetuadas correções no cálculo do imposto. As Infrações 1 e 2 subsistem em parte, e a Infração 3 subsiste integralmente. 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. Afastadas as arguições de nulidade. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.*

*1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL  
ACÓRDÃO JJF Nº 0100-01/12*

*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. Efetuadas correções no cálculo do imposto. As Infrações 1 e 2 subsistem em parte, e a Infração 3 subsiste integralmente. 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. Afastadas as arguições de nulidade. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.*

*2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL  
ACÓRDÃO JJF Nº 0101-02/12*

*EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. FORNECEDOR COM REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. a) ICMS NÃO RECOLHIDO NA SAÍDA DA MERCADORIA. O art. 6º inciso XVI da Lei 7014/96, atribui a solidariedade ao 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. Não comprovado o recolhimento no momento da saída.*



*Defesa PREJUDICADA quanto à apreciação do mérito de parte dos fatos geradores, ocorridos após a ciência da SEFAZ da concessão da Liminar em Mandado de Segurança ao fornecedor do autuado, o que ocorreu apenas quanto à infração 01, suspendendo o aludido Regime Especial, importando em presunção de legitimidade da Autuação. Exigibilidade do crédito tributário suspensa em relação aos aludidos fatos geradores. Deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de vinte dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra à cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão final de mérito seja desfavorável ao fornecedor do sujeito passivo. Quanto aos demais fatos geradores ocorridos antes da ciência da SEFAZ da mencionada Liminar em Mandado de Segurança, além das multas e os acréscimos moratórios, cabe a PROCEDÊNCIA; b) ICMS RETIDO E RECOLHIDO NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO; c) ICMS NÃO RETIDO NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. Infrações não elididas. Não houve concessão de liminar. Infrações mantidas, cabendo a PROCEDÊNCIA. Decisão unânime.*

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL  
ACÓRDÃO JJF Nº 0100-01112

*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. Efetuadas correções no cálculo do imposto. As Infrações 1 e 2 subsistem em parte, e a Infração 3 subsiste integralmente. 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. Afastadas as arguições de nulidade. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.*

Adiante, pede a anulação do Auto de Infração em face: i) da duplicidade da cobrança, ii) o reconhecimento do Parecer da DITRI, iii) a ilegitimidade passiva na infração 3, iv) a falta de aproveitamento dos créditos fiscais no cálculo do ICMS próprio da Distribuidora de Combustíveis remetente, v) em obediência ao princípio da não cumulatividade, vi) ao cancelamento da multa por ser genérica, vii) ou devido a sua confiscatoriedade, viii) devido a falta de requisito essencial para transferência do pólo passivo desta relação jurídica tributária e que o processo seja convertido em diligência.

Em termos os autos foram remetidos à PGE/PROFIS para análise.

Consoante Parecer de fls 281 a 282, de lavra da i. procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, o Recurso Voluntário deve ser provido.

Posteriormente a uma pequena síntese da lide, a n. Procuradora entende que a exigência fiscal se fundamenta na falta de comprovação do recolhimento do ICMS normal pelo Distribuidor, por responsabilidade solidária, conforma a norma do art. 6º, XVI da Lei nº 7.014/96, que colaciona. Entretanto, com a comprovação por parte do recorrente de que o Distribuidor Petromotor ingressou com Mandado de Segurança contra a SEFAZ e obteve liminar que suspendeu a sua inclusão no Regime Especial de Fiscalização, entende que não cabia ao posto destinatário o recolhimento do ICMS por responsabilidade solidária, durante o período de vigência da liminar, conforme Comunicado da DAT, devendo somente ser expurgados do lançamento aqueles que não estavam sob o amparo da ordem judicial.

Ao final, opina pelo Provimento do Recurso Voluntário.

Em seguida, a Procuradora Assistente Paula Gonçalves Morris Matos, em despacho de fls 285, acompanha integralmente o Parecer elaborado pela Drª Maria Dulce Baleeiro Costa que concluiu pelo Provimento do Recurso Voluntário apresentado.

## VOTO

Temos em análise Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª JJF que julgou procedente o Auto de Infração lançado para cobrar 3 infrações. As infrações 1 e 2 cobram respectivamente os valores do ICMS “normal” e por substituição tributária, por responsabilidade solidária, pelo fato

de o contribuinte autuado (posto revendedor) ter adquirido álcool etílico hidratado combustível (AEHC) a empresa distribuidora sujeita a Regime Especial de Fiscalização.

Primeiramente, aponto que o Recorrente argui inúmeras questões de nulidade. As questões referentes a confiscatoriedade da multa e da inobservância do princípio da não cumulatividade, por ser constitucionais, não serão por mim analisadas, pois, segundo o art. 167, I do RPAF, falta competência a este colegiado para debruçar sobre o tema.

Em relação à falta de publicidade da norma instituidora, vejo que as alterações do art. 6º e 47 da Lei nº 7.014/96 foram realizadas pela Lei nº 11.899/10, publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia no dia 31/03/2010. Deste modo, conforme nosso ordenamento jurídico, houve a devida publicidade quanto à publicidade do ato norma. No que tange a publicidade do ato que instituiu o regime especial de fiscalização sobre os distribuidores, entendo que, como bem apontou os Julgadores de piso, consoante as normas então vigentes no Regulamento do ICMS, nos artigos, 178 a 181, era dever do contribuinte verificar a situação fiscal do seu fornecedor para que não fosse responsabilizado por solidariedade pelo pagamento do imposto ora lançado.

Assim, a princípio, não vejo qualquer afronta ao princípio da publicidade na situação vivida nos autos.

Quanto a ilegitimidade passiva do Recorrente, vejo que a responsabilidade solidária do posto de gasolina encontra-se prevista no artigo 6º, inciso XVI, combinado com o artigo 47, inciso I, da Lei nº 7.014/96, com efeitos a partir de 31/03/10, consoante a Lei nº 11.899/10:

*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;*

*(...)*

*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;”.*

Há, portanto, suporte legal a legitimar a cobrança, por responsabilidade tributária, do ICMS normal e do devido por substituição tributária, da empresa Recorrente, nas aquisições de álcool hidratado carburante junto ao distribuidor que se encontrava, quando emitiu as notas fiscais de saídas, sujeito ao Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade de pagamento do imposto no momento da saída das mercadorias e não o fez ou fez a menos que o devido.

Costumeiramente, este CONSEF vem entendendo que no que se refere aos créditos fiscais que o Autuado quer ver deduzidos da exigência fiscal, saliento que a mercadoria por ele adquirida, e que é objeto do presente Auto de Infração, encontra-se enquadrada no regime da substituição tributária por força do artigo 126 do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores:

*Art. 126. O imposto a ser recolhido pelo responsável em decorrência de substituição tributária por antecipação será pago:*

*(...)*

*IV - nas operações de saída de álcool etílico hidratado combustível (AEHC) e de álcool a granel não destinado ao uso automotivo, no momento da saída das mercadorias.*

Em consequência, o sujeito passivo não possui o direito à apropriação dos créditos relativos ao imposto recolhido pelo remetente, consoante os artigos 96 e 356, do mesmo RICMS/97, a seguir transcritos:

*Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:*

(...)

**IV** - quando a operação de aquisição ou a prestação:

**a)** estiver beneficiada com isenção ou amparada por não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação;

**b)** tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, salvo exceções expressas ( arts. 356 e 359);

(...)

**Art. 356.** Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subseqüentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

Nesse contexto, não deve ser acatado o pedido de consideração dos créditos fiscais, haja vista que os valores de ICMS destacados nas notas fiscais devem ser utilizados para reduzir o imposto devido por substituição tributária.

Não obstante o que foi relatado, constato que a Secretaria da Fazenda, por meio da Superintendência de Administração Tributária, publicou em seu sítio na Internet os Comunicados SAT nº 001/2011, datado de 18/01/11, e SAT nº 002/2012, datado de 14/07/12, informando a situação das referidas distribuidoras quanto ao Regime Especial de Fiscalização.

No Comunicado SAT nº 001/2011, a SEFAZ informa que a PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA, com as i.e. 078027360 (Itabuna) e I.E. 077804511 (Conceição do Jacuípe) foram excluídas do regime especial de fiscalização, conforme se observa abaixo:

**“COMUNICADO SAT 001/2011**

**O SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA**, no uso de suas atribuições e considerando o disposto no inciso XVI do art. 6º da Lei nº 7.014/96, torna público que os contribuintes a seguir indicados estão sujeitos ao regime especial de fiscalização e pagamento, nos termos do art. 47 incisos I e II da Lei nº 7.014/96, até 30/16/2011.

| RAZÃO SOCIAL                            | INSCRIÇÃO ESTADUAL | MUNICÍPIO            | Nº DO PROCESSO                 | SITUAÇÃO             |
|---|--------------------|----------------------|--------------------------------|----------------------|
| GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA. | 036732766          | Jequié               | 000404/2011-6                  | DEFERIDO             |
| GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA. | 072315339          | Amélia Rodrigues     | 000459/2011-4                  | DEFERIDO             |
| PETROMOTOR DIST. DE PETROLEO LTDA       | 077804511          | Conceição do Jacuípe | 723418/2010-0                  | SUSPENSO POR LIMINAR |
| PETROMOTOR DIST. DE PETROLEO LTDA       | 078027360          | Itabuna              | 000081/2011-2                  | SUSPENSO POR LIMINAR |
| PETRÓLEO DO VALLE LTDA.                 | 76.325.343         | Feira de Santana     | 000341/2011-8<br>019017/2011-1 | DEFERIDO             |

GAB / SAT, 18 de janeiro de 2011.

Jorge Luiz Santos Gonzaga

Superintendente de Administração Tributária em exercício”

Por sua vez, no Comunicado SAT nº 002/2012, a SEFAZ informa pelo o site da Secretaria, que a distribuidora PETROLEO DO VALLE Ltda., I.E. nº 76.325.343 (Feira de Santana), também foi excluída do regime especial de fiscalização por força da concessão de medida liminar em ação judicial. Veja-se a seguir o ato administrativo:

**“COMUNICADO SAT 002/2012**

**O SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA**, no uso de suas atribuições e considerando o disposto no inciso XVI do art. 6º da Lei nº 7.014/96, torna público que os contribuintes a seguir indicados estão sujeitos ao Regime Especial de Fiscalização e Pagamento, nos termos do art. 47 incisos I e II da Lei nº 7.014/96, até 30/06/2012.

| RAZÃO SOCIAL            | INSCRIÇÃO ESTADUAL | MUNICÍPIO        | Nº DO PROCESSO | SITUAÇÃO                        |
|-------------------------|--------------------|------------------|----------------|---------------------------------|
| PETRÓLEO DO VALLE LTDA. | 76.325.343         | Feira de Santana | 002179/2012-5  | LIMINAR CONCEDIDA<br>02/02/2011 |

**ATENÇÃO: A SAT ADVERTE QUE AS LIMINARES CONCEDIDAS NÃO EXCLUEM A LAVRATURA DE AUTOS DE INFRAÇÃO POR SOLIDARIEDADE AOS POSTOS VAREJISTAS**

GAB / SAT, 14 DE JUNHO DE 2012.

Cláudio Meirelles Matos

Superintendente de Administração Tributária”

Em consequência, não havendo regime especial de fiscalização para a Petróleo do Valle (IE 76.325.343), a partir de 02/02/2011, e para Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda. (IE's 78027360 e 77804511) a partir de 18/01/2011, não há que se falar em responsabilidade solidária por parte do Recorrente durante a vigência das liminares concedidas.

Em razão do que foi exposto, não entendo correta a decisão de Primeira Instância que manteve totalmente a infração 1, tendo em vista que parte dos fatos geradores ocorreram após os dias 18/01/2011 e 02/02/2011, datas de informação obtidas por comunicados da própria SAT quanto a concessão das medidas liminares em mandado de segurança interposto pelas empresas PETROMOTOR DIST. DE PETROLEO LTDA e PETROVALLE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA, respectivamente.

Assim, devem ser excluídas as operações com estas distribuidoras da infração 1, remanescendo o valor de R\$ 26.941,29, conforme abaixo se demonstra:

| D. DE OCORRÊNCIA | B.CÁLCULO | ALIQ. % | MULTA % | VL.R. EM REAL    | REVISADO         | DISTRIB.    |
|------------------|-----------|---------|---------|------------------|------------------|-------------|
| 18/01/2011       | 8.731,47  | 19%     | 60      | 1.658,98         | 1.658,98         | Gas         |
| 19/01/2011       | 8.700,00  | 19%     | 60      | 1.653,00         | 1.653,00         | Gas         |
| 21/01/2011       | 7.500,00  | 19%     | 60      | 1.425,00         | 0,00             | Valle       |
| 25/01/2011       | 14.901,26 | 19%     | 60      | 2.831,24         | 2.831,24         | Gas         |
| 26/01/2011       | 16.280,84 | 19%     | 60      | 3.093,36         | 1.668,36         | Gas/Valle   |
| 28/01/2011       | 7.444,42  | 19%     | 60      | 1.414,44         | 1.414,44         | Gas         |
| 31/01/2011       | 5.960,47  | 19%     | 60      | 1.132,49         | 1.132,49         | Gas         |
| 01/02/2011       | 7.450,63  | 19%     | 60      | 1.415,62         | 1.415,62         | Gas         |
| 04/02/2011       | 7.450,63  | 19%     | 60      | 1.415,62         | 1.415,62         | Gas         |
| 07/02/2011       | 8.780,84  | 19%     | 60      | 1.668,36         | 1.668,36         | Gas         |
| 10/02/2011       | 7.450,63  | 19%     | 60      | 1.415,62         | 1.415,62         | Gas         |
| 14/02/2011       | 8.780,84  | 19%     | 60      | 1.668,36         | 1.668,36         | Gas         |
| 15/02/2011       | 7.450,63  | 19%     | 60      | 1.415,62         | 1.415,62         | Gas         |
| 17/02/2011       | 7.500,00  | 19%     | 60      | 1.425,00         | 0,00             | Valle       |
| 18/02/2011       | 7.450,63  | 19%     | 60      | 1.415,62         | 1.415,62         | Gas         |
| 21/02/2011       | 8.780,84  | 19%     | 60      | 1.668,36         | 1.668,36         | Gas         |
| 22/02/2011       | 7.450,63  | 19%     | 60      | 1.415,62         | 1.415,62         | Gas         |
| 23/02/2011       | 7.500,00  | 19%     | 60      | 1.425,00         | 0,00             | Valle       |
| 24/02/2011       | 7.500,00  | 19%     | 60      | 1.425,00         | 0,00             | Valle       |
| 02/03/2011       | 6.840,36  | 19%     | 60      | 1.299,67         | 0,00             | Motor       |
| 03/03/2011       | 7.500,00  | 19%     | 60      | 1.425,00         | 0,00             | Valle       |
| 04/03/2011       | 23.550,47 | 19%     | 60      | 4.474,59         | 0,00             | Motor/Valle |
| 11/03/2011       | 24.600,94 | 19%     | 60      | 4.674,18         | 0,00             | Motor/Valle |
| 15/03/2011       | 8.550,47  | 19%     | 60      | 1.624,59         | 0,00             | Motor       |
| 17/03/2011       | 8.550,47  | 19%     | 60      | 1.624,59         | 0,00             | Motor       |
| 21/03/2011       | 15.390,89 | 19%     | 60      | 2.924,27         | 0,00             | Motor       |
| 22/03/2011       | 8.550,47  | 19%     | 60      | 1.624,59         | 0,00             | Motor       |
| 24/03/2011       | 17.100,94 | 19%     | 60      | 3.249,18         | 0,00             | Motor       |
| 28/03/2011       | 8.550,47  | 19%     | 60      | 1.624,59         | 0,00             | Motor       |
| 30/03/2011       | 6.840,36  | 19%     | 60      | 1.299,67         | 0,00             | Motor       |
| 01/04/2011       | 7.739,94  | 19%     | 60      | 1.470,59         | 0,00             | Motor       |
| 04/04/2011       | 6.840,36  | 19%     | 60      | 1.299,67         | 0,00             | Motor       |
| 06/04/2011       | 16.290,36 | 19%     | 60      | 3.095,17         | 0,00             | Motor/Valle |
| 08/04/2011       | 8.550,47  | 19%     | 60      | 1.624,59         | 0,00             | Motor       |
| 14/04/2011       | 7.450,63  | 19%     | 60      | 1.415,62         | 1.415,62         | Gas         |
| 18/04/2011       | 8.780,84  | 19%     | 60      | 1.668,36         | 1.668,36         | Gas         |
| <b>Total</b>     |           |         |         | <b>67.401,23</b> | <b>26.941,29</b> |             |

Remanescem, contudo, as importâncias referentes a operações de saídas promovidas pela empresa Petróleo do Valle Ltda, Inscrição Estadual nº 76.325.343, em datas anteriores a 02/02/2011, e pelas empresas PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETROLEO LTDA com Inscrições Estaduais nºs 078027360 e 077804511 antes de 18.01.11, e as operações realizadas pela empresa Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda., inscrita no Cadastro Estadual sob o nº 36.732.766.

Quanto a infração 2, referente à falta de recolhimento do ICMS Retido devido por solidariedade, afastadas as questões preliminares, entendo que não há nenhuma insurgência específica quanto ao montante lançado, ou seja, inexistente qualquer documento fiscal que elida ou comprove o recolhimento do imposto lançado. Infração procedente, consoante julgamento do piso.

No que tange a infração 3, referente à retenção a menor de ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição nas operações internas subsequentes, consoante os artigos 521-A e 521-B, vejo que só há irresignação quanto a legitimidade passiva, sem enfrentar o aspecto material da exação. Como a ilegitimidade passiva já foi discutida e apontada como correta, a infração deve ser mantida como lançada.

Quanto à multa aplicada, trata-se de penalidade com previsão legal e adequada aos ilícitos atribuídos ao sujeito passivo, não competindo a este Conselho de Fazenda perquirir acerca de sua constitucionalidade nos termos do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Ademais, esta Câmara de Julgamento Fiscal não é competente para cancelar penalidades por descumprimento de obrigação principal, nos termos do artigo 159, § 1º, inciso II e III, do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para julgar parcialmente procedente a infração 1 e procedentes as infrações 2 (R\$8.336,19) e 3 (R\$992,90).

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **022078.0004/12-1**, lavrado contra **TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO GETÚLIO VARGAS)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.270,38**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS