

A. I. Nº - 206985.0010/11-8
AUTUADO - FACTORE E SERVIÇOS DE FINANCIAMENTOS LTDA. (JMSS COMERCIAL TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA).
AUTUANTES - MARCO ANTONIO DE SOUZA FORTES e JOSÉ AUGUSTO MARTINS VICENTE
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 01.02.2013

ACÓRDÃO JJF Nº 0015-01/13

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.
a) ATRIBUIÇÃO, AO ADQUIRENTE, DA RESPONSABILIDADE PELO “ICMS NORMAL” DEVIDO PELO REMETENTE DA MERCADORIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. b) ATRIBUIDA RESPONSABILIDADE AO ADQUIRENTE PELO IMPOSTO RETIDO PELO REMETENTE DA MERCADORIA, NA AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL EFETUADA A REMETENTE SUJEITO A REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. PAGAMENTO DO ICMS-ST NO MOMENTO DA SAÍDA DA MERCADORIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. O art. 6º, XVI da Lei 7014/96 contempla a atribuição da responsabilidade por solidariedade ao contribuinte que adquire combustível de remetente sujeito a regime especial de fiscalização sem efetuar a retenção do imposto. A falta de inscrição da atividade de posto revendedor varejista não o exclui da sujeição passiva; a medida liminar em mandado de segurança determinando a exclusão do distribuidor do regime especial de fiscalização suspende a sujeição ao regime e a autuação não pode ser mantida, a partir da sua concessão. Infração em parte subsistente. Rejeitados os pedidos de nulidade. Indeferido o pedido de afastamento da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/10/2011, para reclamar ICMS no valor total de R\$95.698,23, através da seguinte infração:

1. Deixou o adquirente de recolher ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, adquirido junto à 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, fiscalizado exclusivamente com Roteiros AUDIF (202, 239 e 241), demonstrativos dos valores a pagar por notas fiscais eletrônicas pelo posto revendedor por responsabilidade solidária nota a nota. Valor R\$ 95.028,33 – Multa de 60%;
2. Deixou o adquirente de recolher ICMS retido, por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado do pagamento do ICMS Retido no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento da mercadoria, através de nota fiscal não acompanhada do documento de arrecadação do ICMS substituído, fiscalizado exclusivamente com Roteiros AUDIF (202, 239 e

241), demonstrativos dos valores a pagar por notas fiscais eletrônicas pelo posto revendedor por responsabilidade solidária nota a nota. Valor R\$ 669,90 – Multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, fls. 200/206, impugnando, inicialmente, a aplicabilidade da norma contida no art. 6º, inciso XVI, da Lei nº 7.014/96, aduzindo que as duas infrações que lhe foram imputadas decorrem da responsabilidade tributária destinadas aos postos revendedores varejistas de combustíveis, mas não ao seu estabelecimento que se trata de uma empresa de transporte. Requer, por isso, o reconhecimento da improcedência do auto de infração.

Aduz que além de não ser um posto varejista, a distribuidora que lhe vendeu o combustível não estava enquadrada no referido Regime Especial (RE) de fiscalização, por força de decisão judicial exarada ao Mandado de Segurança nº 0008425-18.2011.805.0001, fls. 208/210, em anexo.

Pontuou que na época das compras realizadas, o comunicado no site da SEFAZ/BA informava que o Regime Especial de Fiscalização aplicado à distribuidora de combustíveis estava “Suspensão por Liminar”. Não estando a distribuidora sujeita ao regime especial e ainda porque o autuado é uma empresa de transporte que compra combustível para consumo próprio; não há que se falar em cobrança de ICMS diretamente do posto de combustível, e ainda mais porque uma empresa de transporte não se enquadra na norma do art. 6º, já citada.

Protesta pela improcedência da autuação, que não está sujeita à norma citada, nem pode o autuado ser responsável solidário pelo recolhimento do ICMS devido pela distribuidora de combustível, em face à suspensão do regime.

Ressalta, caso a solidariedade seja mantida, terá direito ao crédito fiscal. Aduz que o Fisco está cobrando o valor total do imposto supostamente devido, sem abater os créditos de ICMS que já foram pagos nas operações anteriores, incluindo o tributo recolhido na própria operação de venda da Usina para a Distribuidora.

Deduz que, sendo responsabilizada solidariamente por débito de terceiros, fará jus também aos créditos fiscais. Completa, se a distribuidora tem créditos não considerados, a impugnante fará jus ao abatimento do suposto débito. É o princípio da não-cumulatividade do ICMS, previsto no art. 155, CF 88, na Lei 7.014/96, além do art. 114, RICMS BA, dispositivos que foram transcritos.

Pede o afastamento da multa e juros, pois não agiu de má-fé, nem praticou nenhuma infração que merecesse ser penalizado conforme o art. 159, §1º, II e III do RPAF.

Os Auditores Fiscais prestam informação fiscal, fls. 219/230, aduzindo que os argumentos da defesa não procedem. Dizem que a própria alteração nº 02 do Contrato Social do contribuinte, registro JUCEB AB651445, folha 001289, altera o objeto social, citando: “*Posto de abastecimento particular para exploração de grupos fechados ou associados- 47318/00*” (doc. anexo fl. 235).

Dizem que o Relatório COPEC/GERAЕ 0004/2012 (fls. 238 a 246) demonstra de forma clara, em trabalho realizado em Janeiro/2011 que a mesma realizava a atividade de comercialização de etanol combustível para veículos na categoria aluguel como na categoria de outros particulares. Aduzem que também em fevereiro/2011 foi realizada outra operação conjunta SEFAZ X ANP, constante no relatório COPEC/GERAЕ supracitado.

Concluem que a empresa autuada atuou de fato como posto varejista vendendo etanol combustível para particulares, e, portanto deve seguir as regras da solidariedade da Lei nº 7.014/96 que motivaram o presente Auto de Infração.

Dizem que a argüição de ausência de responsabilidade solidária não tem respaldo na esfera de julgamento administrativo, pois o Conselho da Fazenda é apenas competente para julgar se a Lei foi cumprida ou não e jamais para apreciação da qualidade da lei estadual.

Argumentam que também não procedem aos argumentos sobre as decisões do Poder Judiciário e efeitos liminares para suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, inc. V, do CTN). Destacam que a publicação do Comunicado SAT 001/2011, no site da SEFAZ na internet

<http://www.sefaz.ba.gov.br/> dando publicidade ao Regime Especial da PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETROLEO LTDA, GASFORTE E PETRÓLEO DO VALE ocorreu em 18.01.2011.

Asseveram que o Regime Especial formalizado através do Comunicado SAT nº 001/2011, publicado no DOE, do dia 19/01/2011, produziu efeitos no lapso temporal compreendido entre os dias 19/01/11 e 30/06/11. Este ato administrativo tornou público, para todos os contribuintes do Estado da Bahia, o regime jurídico tributário a que se submete às empresas ali listadas, entre elas, a PETROMOTOR. Registraram, ainda que as tais operações fossem realizadas com amparo de Liminar em Mandado de Segurança, o fato não impediria a exigência fiscal mediante lançamento de ofício, suspendendo apenas a exigibilidade do crédito tributário até a decisão final. Cita decisões deste Conselho de Fazenda sobre o tema.

Com relação de direito ao crédito, dizem que a cobrança do tributo de que trata o presente Auto de Infração está amparada no art. 6º, Lei nº 7.014/96, inciso XVI, que atribui ao posto revendedor varejista de combustíveis a responsabilidade solidária em relação ao combustível adquirido junto ao remetente sujeito ao regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação. O Fisco poderá exigir de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos. Observam que a própria autuada destaca não ter ocorrido a inclusão do remetente no pólo passivo, o que demonstra que não houve duplicidade de cobrança do imposto.

Ressalvam que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto normal e por substituição tributária é da distribuidora (art. 512-A, RICMS/BA). Dizem que, nesse ponto, confunde a defesa a antecipação total, que encerra a fase de tributação, prevista na norma retro mencionada, com a antecipação parcial, à qual estão submetidas às operações com etanol provenientes de outras unidades da federação (Protocolo ICMS 17/04 e o art. 352-A, parágrafo 1º, inciso III, RICMS/BA).

Acrescentam que a antecipação parcial do ICMS, nas operações interestaduais é de responsabilidade do estabelecimento remetente, e se dá na saída da mercadoria, em relação aos Estados signatários do Protocolo ICMS 17/04. Em relação às operações com contribuintes localizados em Estados não signatários ou em caso de não recolhimento do imposto, quando o produto for originário de Estado signatário, a antecipação parcial se verifica na entrada do etanol na Bahia, mas, em ambas as situações, não há o encerramento das fases subsequentes de tributação do álcool, visto que o ICMS antecipado se refere à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual.

Neste caso, efetuado o pagamento da antecipação parcial, esta parcela torna-se crédito fiscal do adquirente e a operação subsequente de saída, por ele promovida no território baiano, enseja a obrigação de pagar tributo. Há uma nova incidência, abarcando o ICMS normal, sobre o valor que for agregado e mais o ICMS-ST das operações subsequentes, até o consumidor final. No caso em exame, como a distribuidora que vendeu à autuada se encontrava no regime especial de fiscalização, o pagamento dessas parcelas foi antecipado para o momento da saída do produto, conforme estabelece o art. 6º, inc. XVI, da Lei nº 7014/96 (Lei do ICMS da Bahia), 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. Frente ao exposto, ficam 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. Alegações que não procedem.

Dizem que as multas e encargos estão conforme a Lei do ICMS/BA (Lei nº 7.014/96). Concluem pela Procedência do Auto de Infração, transcrevendo jurisprudências do CONSEF (A-0320-01/11, 0127-05/12, 0121-05/12 E 0120-04/12).

A 5ª Junta de julgamentos Fiscais deliberou por diligência à INFRAZ de origem para que o autuado tomasse ciência dos documentos anexados na Informação Fiscal.

Em nova manifestação do autuado, fls. 263/273, aduz a nulidade da intimação emitida para dar ciência acerca da informação fiscal e seus demonstrativos. Afirma que o endereço da autuada é

Estrada Santo Amaro de Ipitanga, nº 03, Lauro de Freitas-Ba e, somente em caso da sua inexistência, cogitar-se-ia o endereço de possíveis responsáveis.

Argui que a intimação foi designada para a rua da Fauna, nº 226, Condomínio Veredas do Sol, Jaguaribe, Salvador-Ba, endereço residencial do Sr. Érik Cordeiro de Oliveira, que é sócio minoritário, não exercendo qualquer função na sociedade, além de viajar constantemente a trabalho. Define que a intimação é nula por não ter sido entregue no endereço da empresa; poderia até mesmo ser entregue no endereço de um administrador com poderes de gestão.

Reitera a inaplicabilidade do art. 6º, inciso XVI, Lei 7.014/96; argui que a alteração no seu contrato social não intenta ao exercício de operação de revenda de combustíveis, mas sim, um ponto de abastecimento, munido de apenas duas bombas industriais de tancagem reduzida. Abastece apenas um grupo fechado de veículos particulares ou à disposição da transportadora. Diz que as fotos colacionadas nos autos, fls. 240/241, ratificam tal ponto, em vista que as bombas de combustíveis do ponto de abastecimento não possuem marcadores e medidores. Pergunta: como comercializar combustíveis ao consumidor final se não tem instrumento para mensurar o volume vendido?

Explica que as bombas são do tipo industrial, com capacidade de armazenamento inferior a 15 m³ o que reforça o fato de que o intuito do autuado não é comercializar o combustível. Diz que os veículos abastecidos são previamente cadastrados, que não infringiu normas da ANP, posto que sua atividade é de um ponto de abastecimento de veículos de grupos fechados ou associados. Concluindo que a norma se dirige aos postos de combustíveis.

Reitera que não há falar em responsabilidade solidária, uma vez que o autuado não é um posto de combustíveis e, por força da decisão judicial que afastou a distribuidora revendedora de combustível (mandado de Segurança nº 0008425-18.2011.805.0001).

Diz que não se enquadra como sujeito passivo dessa relação tributária. Na construção realizada pelos Auditores Fiscais, no entanto, nada impede que usufrua do crédito fiscal respectivo. Quanto à multa e encargos, resumiu os mesmos argumentos da inicial.

Afirma que o relatório COPEC/GERAЕ 0004/2012 (fls. 238/246) traz informações deturpadas sobre o sócio Marcos Augusto Silva Rocha; que o seu CPF nº 370.887.695-49 foi suspenso pela Receita Federal e que gerou o atual CPF (nº 802.752.575-68), que se encontra e isto não interfere na sociedade da empresa. Pede a improcedência do auto de infração.

VOTO

Versa o presente Auto de Infração sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado. A infração 01 diz respeito à exigência de crédito tributário em razão da falta de recolhimento do ICMS devido pelo regime normal de apuração. A infração 02 cuida da exigência do ICMS devido por responsabilidade solidária, retido e não recolhido, na operação de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização.

Inicialmente, rejeito as questões de nulidade argüidas pelo autuado, sob as diversas razões em sua defesa, uma vez 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 e a questionada aplicação da multa obedeceu aos ditames legais.

O autuado em sua impugnação alega: a falta de publicidade do Regime Especial de Fiscalização dos seus fornecedores remetentes (I); desobediência ao princípio da não-cumulatividade do ICMS (II); o afastamento de multa e juros, por não ter agido de má fé e não ter praticado a infração, argüindo o art. 159, §1º, II e III do RPAF (III); além da nulidade dos autos pela intimação para ciência acerca da informação fiscal e seus demonstrativos, no endereço de sócio minoritário (IV).

Da análise de tais argumentos, juntamente com os elementos que compõem o presente PAF, vejo que o distribuidor remetente das mercadorias (PETROVALE), 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 do fornecedor do autuado, por falta de publicidade.

A argüição de não-cumulatividade do ICMS (art. 155, §2º, I, CF 88) não cabe, igualmente, no caso concreto, 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 que possa ser apropriado pelo autuado. Compete ressalvar que os DAES identificados nas operações, inerentes às notas fiscais analisadas, foram compensados com o valor exigido em cada operação

A aplicação da multa está prevista na Lei 7.014/96 do ICMS do Estado da Bahia. A intenção do agente não tem relevância na atribuição da responsabilidade tributária (art. 136, CTN). A entrega de termos da Informação Fiscal ao sócio do autuado não motiva a nulidade dos autos, em contrário, empresta apego ao devido processo legal.

No mérito, as infrações imputadas ao autuado estão previstas 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, sujeito ao regime especial de fiscalização que o obriga no pagamento do imposto próprio e/ou substituído, no momento da saída da mercadoria, cujos valores, quando provados através de documento de arrecadação estadual (DAE), fls. 32/93, foram deduzidos do imposto apurado, acorde demonstrativos acostados nos autos, com destaque para o imposto próprio e o ICMS-ST, fls. 10/31.

Impõe esclarecer que a responsabilidade solidária tributária, com esteio no art.124 do CTN, 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. Sabendo-se que a solidariedade não comporta benefício de ordem, a legislação alcança quaisquer das pessoas que tenham interesse comum na situação (distribuidor e posto revendedor), não se admitindo a escusa no cumprimento da obrigação tributária.

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 varejistas 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 integralidade.

Assim, no caso em exame, por exigência legal, o adquirente autuado está obrigado ao pagamento do ICMS tanto o normal quanto por substituição tributária, por responsabilidade solidária, decorrente da aquisição do combustível “etanol hidratado” junto à sociedade empresária distribuidora (PETROVALE), constante 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 ficaram sujeitas as empresas ali listadas.

Inaceitáveis os argumentos de que não exerce operação de revenda de combustível, funciona tão somente como um posto de abastecimento para um grupo fechado de veículos particulares, posto que em operação conjunta da Agência Nacional de Petróleo e a unidade especializada em

combustíveis da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, o autuado foi flagrado efetuando revenda de etanol, própria dos postos varejista de combustíveis e em desacordo com as normas que devem ser observadas pelos efetivos postos de abastecimentos. Em função da prática de tal atividade, o estabelecimento autuado foi, inclusive, interditado.

A norma supra referida (art. 6º, inciso XVI, Lei 7.014/96) não se dirige aos postos de combustíveis, apenas formalmente; por isso, irrelevantes são as atividades do autuado constantes no seu Contrato Social, mas, as operações efetivamente praticadas. Não importam para caracterizar a infração a mudança da razão social ou as bombas industriais que exibe em sua defesa. Importa é a comprovação que o autuado exerce a atividade de comercialização de etanol combustível, o que o tornou responsável solidário pelo ICMS devido na aquisição do combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização. Nesse sentido, o relatório COPEC/GERAE 0004/2012 (fls. 238/246).

No entanto, observo que as operações, objeto da presente exação, ocorreram no período 18 de janeiro / 23 de março de 2011, conforme consta no corpo do Auto de Infração e a discriminação das notas fiscais no demonstrativo de débito, fls. 10/31, além de outros documentos acostados aos autos. Ocorre que nesse lapso temporal, a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, na pessoa do titular da Superintendência da Administração Tributária - SAT, estava liminarmente intimada, a partir de 03.02.2011, para suspender a aplicação do regime especial de fiscalização e pagamento em comento, expedida nos autos da ação de Mandado de Segurança proposta pelo contribuinte autuado, Petróleo do Valle Ltda. – PETROVALLE, processo nº 008425-18.2011.805.001, cópia anexa às fls. 208/210.

Desta forma, tendo a PETROVALLE impetrado mandado de segurança e obtido, liminarmente, sua exclusão do regime especial de fiscalização e pagamento antecipado do ICMS, previsto na lei nº 12.040, de 28.09.10, voltando a recolher mencionado imposto no mês subsequente (prazo normal), não podendo praticar quaisquer atos que resultem no descumprimento da medida, entendemos que as operações havidas com o contribuinte autuado, compreendidas no período após a concessão da citada liminar, 02.02.2011, devem ser excluídas, conforme a seguir consignado:

Ocorrência	Vencimento	Valor	Multa
28.02.2011	09.03.2011	36.149,25	60%
23.03.2011	09.04.2011	36.765,00	60%
Total		72.914,25	

Portanto, o autuado é responsável legal pelo recolhimento do ICMS, da forma como consta no demonstrativo fiscal, com relação apenas ao mês de janeiro de 2011, período em que, como posto revendedor varejista de combustível, responde 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 integralidade (artigo 6º, inciso XVI, da Lei 7.014/96). Valor que importa R\$ 22.114,08, em relação à infração 01.

Em consequência, na infração 02, resta excluída a exigência do correspondente ICMS retido, porquanto, no período, em 28 de fevereiro 2011, já vigorava os efeitos da citada liminar em mandado de segurança, determinando a exclusão da impetrante (Petróleo do Valle) do regime especial de fiscalização e pagamento antecipado.

Posto isso, **PROCEDENTE EM PARTE** a exigência do crédito tributário do contribuinte autuado, consubstanciada no presente Auto de Infração, no valor de R\$ 22.114,08.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206985.0010/11-8, lavrado

contra **FACTORE E SERVIÇOS DE FINANCIAMENTOS LTDA. (JMSS COMERCIAL TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$22.114,08**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR