

A. I. Nº - 206985.0003/11-1
AUTUADO - RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - MARCO ANTÔNIO DE SOUZA FORTES e JOSÉ AUGUSTO MARTINS VICENTE
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 18/12/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0322-03/13

EMENTA: ICMS. 1. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS JUNTO A REMETENTE SUJEITO A REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NORMAL. No caso de constatação de nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, relativamente ao combustível adquirido de remetente com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria em razão de Regime Especial de Fiscalização, o posto revendedor varejista é o responsável, por solidariedade, pelo pagamento do imposto. **b) IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO PELO REMETENTE. c) FALTA DE RETENÇÃO PELO REMETENTE.** A legislação prevê a exigência do imposto por solidariedade, em decorrência da falta de comprovação do recolhimento do valor do ICMS relativo à substituição tributária, não retido, retido a menos ou não recolhido, em operação de aquisição de combustível junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/10/2011, refere-se à exigência de R\$50.105,74 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Deixou o adquirente, de recolher ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível junto a remetente sujeito ao Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, em vista do seu recebimento através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação. Período fiscalizado: 18/01/2011 a 23/03/2011. Valor do débito: R\$44.301,53.

Infração 02: Deixou o adquirente, de recolher ICMS retido, por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustível junto a remetente sujeito ao Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS retido no momento da saída da mercadoria, em vista do seu recebimento através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação do “ICMS substituído”. Período fiscalizado: 18/01/2011 a 23/03/2011. Valor do débito: R\$5.205,07.

Infração 03: Deixou o adquirente, de recolher por responsabilidade solidária, o valor do ICMS Substituído, devido, porém não retido, em operação de aquisição de combustível junto a remetente sujeito ao Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria. Verificação efetuada através de Nota Fiscal sem retenção do ICMS Substituído e, conseqüentemente, desacompanhada do respectivo documento de arrecadação. Período fiscalizado: 18/01/2011 a 23/03/2011. Valor do débito: R\$599,14.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 113, apresentou impugnação às fls. 161 a 174 do presente PAF. Preliminarmente, comenta sobre a tempestividade da defesa apresentada e faz uma breve síntese da autuação fiscal. Diz que o Regime Especial de Fiscalização, pressuposto para imputação de responsabilidade tributária ao defendente, foi instituído pela Lei 12.040/2010, que acrescentou o inc. XVI ao art. 6º da Lei 7.014/1996, alterando também a redação do art. 47 desta mesma Lei. Apresenta o entendimento de que os citados dispositivos legais impõem ao revendedor varejista uma obrigação impossível de ser cumprida: a de fiscalizar o recolhimento do imposto pelo distribuidor, de forma fracionada, em relação a cada um dos milhares de litros de combustível que são adquiridos diuturnamente, sob pena de impor-lhe a responsabilização solidária pelo pagamento da exação em relação à totalidade do produto adquirido. Salaria que o comércio de combustíveis é realizado por intermédio de caminhões transportadores, chamados “bi-trens”, alguns deles com capacidade para armazenamento superior a 40.000 litros. Como o distribuidor vende simultaneamente para diversos revendedores em grandes quantidades, afirma que é impossível o adquirente aferir se houve recolhimento integral do imposto na origem, uma vez que não se dispõe de qualquer instrumento de controle para tanto. De igual forma, afirma que é impossível verificar se na saída da mercadoria, quando o autuado vende a mercadoria para o comércio varejista, se o distribuidor cumpriu com a sua obrigação tributária. Assegura que não é preciso maiores ilações para se concluir que este regime obstaculiza o normal desenvolvimento das atividades empresariais dos que nele se encontram envolvidos, principalmente no que toca ao revendedor varejista de combustíveis, inculdo dos deveres de fiscalização – que são próprios e afetos às Autoridades Administrativas – sem dispor dos poderes de que foram investidas estas autoridades. Diz que ao contrário da Administração Fiscal, o contribuinte não se encontra em posição de supremacia, mas sim de paridade em relação aos demais, e assim sendo, a sua possibilidade de “fiscalizar” o cumprimento das obrigações tributárias pelos seus fornecedores é nula. Se a própria autoridade administrativa, revestida do regime jurídico de direito público que a coloca em posição de supremacia em relação ao particular já encontra dificuldade para exercer seu *munus*, é de se reconhecer ao contribuinte uma dificuldade ainda maior, decorrente justamente da ausência de toda uma gama de prerrogativas que não lhe foram outorgadas.

O defendente informa que, eivado de manifesta contrariedade aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, este Regime Especial começou a ser questionado judicialmente pelos contribuintes que nele foram incluídos, e o Poder Judiciário não permaneceu silente aos reclames e, instado a se manifestar, acolheu o pleito daqueles que pugnaram pela sua exclusão. Neste sentido, salienta que, por força de decisão judicial, os fornecedores do combustível adquirido pelo defendente e que constituem o objeto da presente autuação não mais se encontram sujeitos ao Regime Especial de Fiscalização, conforme consta e faz prova documentação que acostou aos autos, juntamente com a impugnação. Esclarece que a empresa Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda. foi excluída em razão de decisão liminar obtida junto ao Juízo de Direito da 4ª Vara de Fazenda Pública da Capital, no Mandado de Segurança de nº. 0015805-92.2011.805.0001, sendo que tal informação já consta do cadastro desta Secretaria da Fazenda. Informa que, de igual modo, a empresa Petrovalle – Petróleo do Valle Ltda. também se encontra fora do referido regime também por força de liminar exarada na Ação Mandamental tombada sob nº. 0008425-18.2011.805.0001, que igualmente tramita junto à 4ª Vara da Fazenda Pública da Capital.

Se a inclusão no Regime Especial de Fiscalização é pressuposto para atribuição de responsabilidade solidária ao defendente, afirma que a saída de seus fornecedores deste regime torna carente de fundamento o auto de infração, impondo-se o reconhecimento de sua manifesta improcedência. Afirma que, enquanto permanecem vigentes as liminares obtidas, legitima-se o recolhimento do tributo de forma mensal pelos distribuidores, sem a obrigação de pagamento imediato em cada operação realizada. Diz que as decisões judiciais obtidas conferem validade às operações de circulação dos combustíveis objeto da autuação, tendo em vista que em todas elas houve o destaque pelo distribuidor do ICMS substituído, nos exatos termos do parecer

016222/20011 da Secretaria da Fazenda do Estado, datado de 24/01/2011, que transcreveu. Diz que não cabe à Administração Pública exercer juízo de valor quanto ao acerto ou desacerto das decisões judiciais, sendo o seu dever cumpri-las integralmente. Por consectário, este Egrégio Conselho também se encontra vinculado ao quanto decidido nas ações judiciais referidas, sendo a decisão pela improcedência da autuação a única que confere efetividade ao provimento jurisdicional.

Também alega que, caso este órgão julgador assim não proceda, existem outros motivos que conduzem à improcedência da autuação. Diz que o Regulamento do ICMS, determina que em relação aos combustíveis o recolhimento do imposto é efetuado em três momentos distintos: nas operações de aquisição do combustível junto à Usina, nas vendas do distribuidor ao revendedor e venda do revendedor varejista ao consumidor final. O ICMS “normal”, de obrigação do distribuidor, é apurado mensalmente através do sistema de débitos e créditos, normalmente chamado de “conta corrente”. Quando a empresa se encontra no Regime Especial de Fiscalização não há este intervalo, de modo que todo o tributo deve ser adimplido quando realizada a operação.

O imposto devido pelo comerciante varejista é recolhido pelo distribuidor, que faz a retenção, por substituição tributária. Em função disto, o combustível chega ao revendedor varejista com todo o ICMS recolhido nas operações anteriores, não restando, portanto, saldo de imposto a pagar. Diz que chama atenção o fato de o sujeito passivo ser autuado com a base de cálculo correspondente ao valor integral da operação, tendo a autoridade fazendária simplesmente desprezado o imposto recolhido por antecipação e que constitui o maior percentual da arrecadação em função da aplicação da alíquota interna. Entende que há existência de cobrança em duplicidade, tendo grande parte dos valores apurados no auto de infração já ingressado nos cofres públicos por força da antecipação tributária parcial quando da aquisição do álcool das usinas dentro ou fora do Estado. Diz que a imposição representa a aceitação de figura repudiada pelo Direito Tributário – o *bis in idem* -, se apresentando indevida, uma vez que a relação fisco – contribuinte se desenvolve sob a mais ampla proteção da segurança jurídica. Assim, entende que se impõe o refazimento dos cálculos, de modo a determinar a exclusão do ICMS já recolhido a título de antecipação.

Quanto à infração 03, o defendente alega que, consoante dispõem as notas fiscais que anexou aos autos, o valor do tributo cobrado pelo Fisco na referida infração está devidamente destacado e recolhido pelo substituto tributário, sendo portanto, absolutamente indevida a cobrança lançada. Alega que, forçar o impugnante a recolher aos cofres públicos quantia já paga é atitude desarrazoada, configurando, inclusive, enriquecimento sem causa, que não é tolerado nem mesmo quando favorece o Estado. Afirma que este item da autuação deve ser julgado improcedente, porque está cabalmente comprovado o equívoco dos autuantes, sendo necessário o refazimento dos cálculos, a fim de se afastar o valor cobrado indevidamente a título de infração por ausência de retenção no ICMS por substituição.

Em seguida, o defendente contesta a aplicação da multa no percentual de 60% do valor do imposto lançado, dizendo que a referida multa representa clara violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. No tocante às multas tributárias, cita o entendimento da doutrina e decisão do Supremo Tribunal Federal reduzindo multa aplicada em descompasso com o critério da razoabilidade. Diz que em situações semelhantes, reconhecendo a inexistência de dolo por parte do contribuinte, este CONSEF excluiu ou reduziu em patamares consideráveis a multa aplicada, conforme pode ser verificado nos Acórdãos CJF Nº 1558/00, JJF Nº 0021-04/02, JJF Nº 0010-01/03 transcrevendo as ementas.

Por fim, o defendente requer seja reconhecida a nulidade da autuação, face à ausência de fundamento legal do auto de infração. Alternativamente, caso não acolhido o pedido de nulidade, requer a exclusão do valor referente à cobrança pela infração nº03, por entender que a omissão constatada não existiu. Também pede a exclusão da penalidade imposta ou a sua redução, em

atenção à ausência de dolo do contribuinte, e aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da equidade, afirmando que não existiu prejuízo ao erário público.

Os autuantes prestam informação fiscal às fls. 320 a 330 dos autos. Rebatem as alegações defensivas argumentando que em relação ao Regime Especial de Fiscalização, as alegações do autuado não têm embasamento e não cabe a este CONSEF julgar se a lei estadual é justa ou correta. Dizem que a lei é clara e o contribuinte confessa as imputações constantes do presente Auto de Infração.

Quanto às decisões do Poder Judiciário de efeito liminar, citadas pelo autuado, que alegou existir medida liminar com suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, inc. V, do CTN), os autuantes dizem que não vislumbra razões jurídicas para o seu acolhimento. Salientam que foi publicado o Comunicado SAT 001/2011 no site da Sefaz na internet <http://www.sefaz.ba.gov.br/> dando publicidade ao Regime Especial de Fiscalização da Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda. e Petróleo do Valle Ltda; o que ocorreu em 18.01.2011. Informam que o Regime Especial formalizado através do Comunicado SAT nº 001/2011, publicado no DOE do dia 19 de janeiro de 2011, produziu efeitos no lapso temporal compreendido entre os dias 19/01/11 e 30/06/11. Este ato administrativo tornou público, para todos os contribuintes do Estado da Bahia, o regime jurídico tributário a que passaram a estar submetidas as empresas ali listadas, entre elas, a Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda. Registram, ainda, que mesmo que estas operações fossem realizadas com amparo de Liminar em Mandado de Segurança, este fato não impede a exigência fiscal mediante lançamento de ofício, mas suspende a exigibilidade do crédito tributário até Decisão final, e que este assunto é pacífico em todas as esferas administrativas e judiciais.

Citam ensinamentos da doutrina sobre o tema e dizem que a medida liminar no mandado de segurança tem seu regramento próprio. A liminar é uma decisão interlocutória judicial que suspende a exigibilidade do crédito tributário. Se de um lado, o contribuinte suspende a exigibilidade do crédito fiscal, de outro o Fisco tem a justa expectativa de ver o depósito convertido em pagamento, caso seja vencedor. A liminar não inibe a Fazenda de constituir o seu crédito pelo lançamento, para evitar a decadência e para torná-lo exigível quando desaparecerem os motivos da suspensão, o que será feito com juros de mora, se o contribuinte não providenciar o depósito. Citam uma decisão proferida pela primeira turma do STJ, para melhor entendimento quanto aos fundamentos da liminar em mandado de segurança. Asseguram que é pacífico que a existência de medida liminar em mandado de segurança apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário, não a sua constituição através do lançamento.

Quanto à alegação de que houve cobrança em duplicidade do ICMS, informam que a cobrança do tributo de que trata o presente auto de infração está amparada no art. 6º da Lei 7.014/96, que no inciso XVI, atribui ao posto revendedor varejista de combustíveis, responsabilidade solidária em relação ao combustível adquirido junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização, quando a Nota Fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação e no § 3º faculta ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos. Registram que o próprio autuado informa não ter ocorrido a inclusão do remetente das mercadorias no pólo passivo, o que demonstra não ter havido duplicidade de cobrança do imposto. Além disso, ressaltam que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS normal e por substituição tributária é da empresa distribuidora, conforme estabelece o art. 512-A, inc. I, “b”, do RICMS, que transcrevem. Dizem que o autuado confunde a antecipação tributária, que encerra as fases subsequentes de tributação do ICMS, prevista na norma citada, com a antecipação parcial, a que estão submetidas as operações com etanol provenientes de outras unidades da Federação, conforme determina o Protocolo ICMS nº 17/04 e o art. 352-A, § 1º, inc. III, do RICMS/BA.

Informam que no presente caso, como a distribuidora que vendeu ao autuado se encontrava no Regime Especial de Fiscalização, o pagamento do imposto 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.

Os autuantes dizem que fica sem amparo a alegação defensiva de que houve no procedimento fiscal afronta ao princípio da não cumulatividade do ICMS e exigência de tributo em duplicidade. Reproduzem o art. 6º, inciso XVI, § 3º da Lei 7.014/96, e concluem que não há necessidade de refazimento dos cálculos, mas sim, o julgamento sobre a procedência ou não do mérito por este Conselho.

Quanto à infração 03, os autuantes dizem que não procedem os argumentos defensivos, e que, apesar da clareza do levantamento fiscal, citam de forma resumida e exemplificativa a NF 22.262, assegurando que os demonstrativos foram acostados aos autos e entregue cópia ao autuado, e que também estão anexos ao Auto de Infração os seguintes documentos:

1. NF-e 22.262 de 18/1/2011 - fl 24 do PAF que demonstra que o valor do ICMS ST destacado na NF é de R\$469,14.
2. DAE com valor de ICMS-ST de R\$459,73 (fl 25 do PAF) e DAE com valor de ICMS-ST Fundo de Pobreza de R\$9,38 (fl 27 do PAF), totalizando R\$469,14.
3. Comprovantes dos DAE's citados no item 2, R\$459,73 fl 26 do PAF) e R\$9,38 (fl 28 do PAF).

Afirmam que está claro que foi cobrada a diferença entre o ICMS-ST correto e o retido e recolhido, ou seja, não procede a alegação do autuado, pois conforme comprovado, foi deduzido o valor do ICMS ST destacado na NF.

Em relação à multa aplicada, (60%) informam que está de acordo com a Lei do ICMS/BA (Lei 7.014/96) art. 42, e que não procede a argumentação do contribuinte de que não deveria ser empregada a letra fria da lei e adequá-la à situação específica de cada contribuinte. A Lei deve ser usada de forma impessoal e na forma nela descrita.

Por fim, citam uma decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal em caso semelhante ao tratado neste Auto de Infração e dizem que mantém integralmente o presente lançamento.

Considerando a alegação do autuado de que os seus fornecedores não se encontram sujeitos ao Regime Especial em razão de decisões judiciais, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à PGE/PROFIS, solicitando que fosse informado se as mencionadas decisões ainda estavam em vigor na data da ação fiscal; qual o estágio atual dos citados processos; se é caso de extinção deste PAF (art. 122, IV do RPAF/BA); ou se o julgamento do PAF por este órgão julgador deve ser suspenso até que o Poder Judiciário decida as questões suscitadas nos processos judiciais.

Em atendimento ao solicitado, foram juntadas aos autos cópias dos Mandados de Segurança tendo como autoras a Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda. e Petrovalle – Petróleo do Valle Ltda. Também foi anexado o Comunicado SAT Nº 04/2011, com a informação de que os contribuintes indicados no mencionado Comunicado (incluindo Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda. e Petrovalle – Petróleo do Valle Ltda.) estão sujeitos ao Regime Especial de Fiscalização e pagamento nos termos do art. 47, incisos I e II da Lei 7.014/96, até 31/12/2011.

De acordo com o Parecer Jurídico PGE à fl. 363, nos termos do art. 118, I do Decreto Estadual 7.629/99 c/c art. 20 da Lei Complementar 34/2009, após análise do Comunicado SAT 04, foi constatado que as distribuidoras que efetivaram operações com o autuado, de fato, não estavam albergados por medidas acautelatórias no momento da lavratura do Auto de Infração. Assim, o presente processo foi devolvido a este órgão para o julgamento de primeira instância.

VOTO

O presente Auto de Infração trata da exigência de ICMS por responsabilidade solidária, constando no primeiro item da autuação a cobrança de diferença do ICMS normal, recolhido a menos, 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 ICMS destacado a menos e desacompanhada do documento de arrecadação correspondente.

Neste item da autuação foi exigido do adquirente (posto de combustíveis), ICMS normal, que é o imposto relativo à operação própria devido pelo remetente (o distribuidor) e a Nota Fiscal não se encontrava acompanhada do documento de arrecadação do ICMS relativo à substituição tributária.

Infração 02: O autuado deixou de recolher ICMS retido, por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustível junto a remetente sujeito ao regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS retido no momento da saída da mercadoria, em vista do seu recebimento através de Nota Fiscal desacompanhada do documento de arrecadação do “ICMS substituído”. Período fiscalizado: 18/01/2011 a 23/03/2011.

Infração 03: O autuado deixou de recolher por responsabilidade solidária, o valor do ICMS Substituído, devido, porém não retido, em operação de aquisição de combustível junto a remetente sujeito ao Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria. Verificação efetuada através de Nota Fiscal sem retenção do ICMS Substituído e, conseqüentemente, desacompanhada do respectivo documento de arrecadação. Período fiscalizado: 18/01/2011 a 23/03/2011.

De acordo com a descrição dos fatos foi exigido do adquirente (posto de combustíveis), ICMS normal não recolhido, imposto relativo à operação própria devido pelo remetente (o distribuidor), bem como do ICMS não retido, além do retido e não recolhido pelo remetente.

Conforme previsto no art. 6º, XVI, da Lei 7.014/96, “são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, o posto revendedor varejista, 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”.

Vale salientar, que o art. 128 do CTN, estabelece que a lei pode atribuir a responsabilidade solidária a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação tributária, atribuindo ao contribuinte, em caráter supletivo, a responsabilidade pelo cumprimento total ou parcial da obrigação tributária.

O defendente não contestou os dados numéricos do levantamento fiscal, e em relação ao argumento de que não foram considerados os pagamentos do imposto, o autuante informou que não houve a inclusão do remetente das mercadorias no pólo passivo, e não houve comprovação do pagamento do ICMS, o que demonstra não ter havido duplicidade de cobrança do imposto.

No caso em exame, o autuado, na condição de adquirente de combustível, mercadoria enquadrada por lei no regime de substituição tributária, é considerado contribuinte substituído, haja vista que no caso de combustíveis, a Lei 7.014/96, no art. 8º atribui ao distribuidor e ao industrial ou extrator a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, com a obrigatoriedade de fazer a retenção do imposto na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes.

Esta Junta de Julgamento Fiscal já decidiu pela improcedência de autuações com base no PARECER GETRI/GECOT Nº 01622/2011 (citado pelo autuado nas razões de defesa), com a informação de que o adquirente de mercadoria sujeita a circular com o comprovante de

recolhimento antecipado do ICMS não está obrigado a exigir a comprovação do imposto normal, e sim, apenas do imposto substituído.

Entretanto, foi exarado o Parecer Reti-ratificador pela DITRI/GECOT Nº 18617/2011, com novo entendimento sobre a atribuição de responsabilidade solidária ao Posto Revendedor, nas operações com combustível, com a conclusão de que “Cabe aos postos revendedores varejistas de combustíveis, em relação ao combustível por eles adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização, com obrigatoriedade de pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, exigir a comprovação do pagamento do ICMS normal e do ICMS pago por antecipação”, de forma que fique comprovado que ambas as parcelas já foram recolhidas.

Neste caso, tendo sido constatada Nota Fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, relativamente ao combustível adquirido de remetente com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria em razão de Regime Especial de Fiscalização, o autuado, que é um posto revendedor varejista, é o responsável por solidariedade, pelo pagamento do imposto.

Considerando a resposta apresentada pela GECOT/DITRI, órgão desta SEFAZ que tem competência legal para responder a consultas referentes à interpretação da legislação estadual, com base no Parecer Reti-ratificador mencionado neste voto, concluo que as infrações imputadas ao autuado estão de acordo com o previsto no art. 6º, inciso XVI da Lei 7.014/96.

O defendente também alegou que as imputações estão equivocadas, porque dificilmente a lei irá prevê que o contribuinte substituído venha pagar o ICMS que foi retido pelo contribuinte substituto, obrigando-o a pagar novamente. Que não tem acesso e nem conhecimento de auditoria fiscal para comprovar se o remetente deixou de recolher ICMS devido pelo regime normal e/ou substituto, bem como, se deixou de recolher a diferença do ICMS devido pelo regime normal e/ou pelo regime da substituição tributária.

Observo que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS normal e por substituição tributária é da empresa distribuidora, conforme estabelece o art. 512-A, inciso I, alínea “b”, do RICMS/BA, mas a lei atribui a responsabilidade por solidariedade ao posto de revendedor no art. 6º, inciso XVI da Lei 7.014/96, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a verificação e declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Em relação à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alíneas “e” e “f” da Lei 7.014/96.

Considerando a alegação do autuado de que os seus fornecedores não se encontram sujeitos ao Regime Especial em razão de decisões judiciais, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à PGE/PROFIS, sendo informado que, após análise do Comunicado SAT 04, foi constatado que as distribuidoras que efetivaram operações com o autuado, de fato, não estavam albergados por medidas acautelatórias no momento da lavratura do Auto de Infração.

No Comunicado SAT Nº 04/2011 (fl. 362), consta a informação de que os contribuintes indicados no mencionado Comunicado (incluindo Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda. e Petrovalle – Petróleo do Valle Ltda.) estão sujeitos ao regime especial de fiscalização e pagamento nos termos do art. 47, incisos I e II da Lei 7.014/96, até 31/12/2011.

Concluo pela subsistência das infrações apuradas, considerando que, no caso de constatação de Nota Fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, relativamente ao combustível adquirido de remetente com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria em razão de Regime Especial de Fiscalização, o posto revendedor varejista é

considerado responsável por solidariedade, em relação ao pagamento do ICMS normal, além do imposto relativo à substituição tributária, não retido ou retido a menos.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 206985.0003/11-1**, lavrado contra **RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$50.105,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA