

A. I. N° - 019043.0901/13-7
AUTUADO - SERRA DO RAMALHO AUTO POSTO LTDA.
AUTUANTE - ROQUE ANTONIO CAMPODONIO ELOY
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 23/04/2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0059-05/14

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE. ETANOL HIDRATADO. ICMS NORMAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. No caso de constatação de nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, ou acompanhada com o imposto recolhido a menos, o posto revendedor varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido de remetente com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, em razão de regime especial de fiscalização, é o responsável pelo pagamento total ou da diferença recolhida a menos do imposto, tanto o normal quanto o por substituição tributária, cabendo a presente exigência relativa ao imposto normal. Caracterizada a responsabilidade solidária do sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 08/11/2013, exige ICMS no valor de R\$ 14.736,73, acrescido da multa de 70%, em razão de o autuado deixar de recolher o ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento da mercadoria através de notas fiscal desacompanhada do documento de arrecadação.

O autuado apresenta defesa, às fls. 19 a 34 dos autos, afirmando que não é responsável solidária pelo recolhimento de ICMS, seja integral, seja da diferença, no caso dos autos, tendo em vista que, quando da aquisição da referida mercadoria a responsável é a distribuidora do combustível que realizou o devido pagamento do ICMS.

Argumenta que, caso a responsabilidade solidária seja efetivamente mantida, o que não se espera, a Impugnante possui então direito a crédito de ICMS, os quais foram ignorados pela autuação. Com efeito, o Fisco estadual está cobrando da Impugnante o valor total referente ao ICMS supostamente devido, sem abater os créditos fiscais do ICMS que já foram pagos nas operações anteriores, incluindo, aqui, o tributo recolhido na própria operação de venda da Usina para a Distribuidora.

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

Afirma que, caso se entenda pela manutenção da autuação, o que não se espera, requer seja afastada a aplicação de multa e dos juros, uma vez que em nenhum momento a Impugnante agiu de má-fé nem praticou qualquer infração que merecesse ser penalizada, à luz do art 159, §1º,

inciso II e/ou III do RPAF.

Pede que seja julgado totalmente procedente, a presente defesa, com o consequente julgamento do Auto de Infração Improcedente, diante da ausência de responsabilidade solidária da impugnante e pelos fatos e argumentos descritos acima.

Subsidiariamente, caso se entenda pela exigência da responsabilidade solidária, requer seja considerado o creditamento referente ao ICMS que acompanhou todo o processo de circulação da mercadoria, desde o momento de sua entrada no território baiano, até a sua aquisição pelo posto de combustível.

O autuante, às fls. 32 a 34, apresenta informação fiscal, afirmando que o crédito tributário aqui exigido é decorrente da aquisição de combustível por posto revendedor varejista junto a fornecedor sujeito ao Regime Especial de Fiscalização que está previsto o artigo 47, inciso I da Lei nº 7.014/96 o qual reza:

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;

Argumenta que a responsabilidade da autuada advém da aplicação do disposto art. 6º, inciso XVI 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 à remetente sujeito ao regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, quando nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação.

Complementa que, ao adquirir as mercadorias de contribuinte sob regime especial de fiscalização, sem a exigência do DAE de pagamento do ICMS incidente sobre a operação, o defendente atrai para si a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido, não havendo que se falar em tributação incidente no preço.

Aduz tratar-se de responsabilidade tributária por solidariedade prevista no art. 124 do CTN. A Fazenda Pública do Estado da Bahia, sem benefício de ordem, imputa ao Autuado, conforme expresso no art. 6º inciso XVI da Lei nº 7.014/96, por interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária do Auto de Infração em tela, a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto incidente sobre suas operações de aquisição de combustível, junto a fornecedores submetidos ao Regime Especial de Fiscalização e Pagamento, quando não se puder comprovar, por meio de documento de arrecadação, todo o ICMS devido no momento da saída dos produtos dos referidos fornecedores para seu estabelecimento. Destaca o artigo 124 do CTN:

Art. 124 São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

O Fisco está exigindo do destinatário da mercadoria o imposto que deixou de ser pago pelo remetente, como permite a Lei vigente, o que não se confunde com substituição tributária. Demais disso, o Auto de Infração questiona unicamente a falta de pagamento do imposto devido nas operações, que deveriam estar comprovados mediante DAE anexo às notas fiscais, único meio capaz de elidir a responsabilidade solidária.

Assegura não encontrar também guarida o argumento da falta de respeito direito do contribuinte ao crédito tributário, em afronta ao princípio da não cumulatividade, pois na realidade o que se pretendeu com a instituição do regime especial de fiscalização, é que o fornecedor do produto, no caso as distribuidoras, comprovem o recolhimento do imposto da operação, que em tese estaria lançado no livro fiscal próprio, em atendimento a uma sistemática de recolhimento diferenciada e transitória.

Destaca que somente por força do disposto no art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96 se transferiu à responsabilidade do pagamento do ICMS normal não recolhido ou recolhido a menor, para o posto revendedor varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido junto à remetente sujeito ao regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação, decorrente da operação de saída do distribuidor.

Quanto à multa aplicada, entende que dúvidas não há de que esta foi corretamente capitulada no auto de infração, sendo o dispositivo aplicável à espécie, não cabendo, nesta instância, a aplicação do art. 159 do RPAF.

Isto posto, rechaçada as alegações defensivas, para requerer que seja o presente PAF julgado Procedente.

VOTO

O crédito tributário exigido através do presente lançamento de ofício, deflui da aquisição de combustível por posto revendedor varejista junto ao seu fornecedor que está sujeito ao Regime Especial de Fiscalização que está previsto o artigo 47, inciso I da Lei nº 7.014/96.

A presente autuação foi amparada no art. 6º da Lei nº 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. Assim, o imposto está sendo exigido do sujeito passivo e não do remetente.

Assim, fica caracterizada a sujeição passiva do autuado na condição de responsável solidário.

Não acolho os argumentos do autuado sobre a violação do princípio da não-cumulatividade, pois os aludidos créditos fiscais são de competência do seu fornecedor, portanto, o que se falar em violação ao princípio da não cumulatividade.

O que ficou constatado é que o seu fornecedor, submetido ao regime especial de fiscalização, não efetuou o recolhimento do imposto no momento fixado para a satisfação da exigência tributária que lhe era devida e da qual o sujeito passivo é responsável solidário, bem como a autorização para pagamento do tributo no dia 25 do mês subsequente foi modificada pelo regime especial que obrigou o distribuidor a recolher o imposto nas saídas dos produtos em lume.

Assim, no caso de constatação de nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, ou acompanhada com o imposto recolhido a menos, o posto revendedor varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido de remetente com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, é o responsável pelo pagamento total ou da diferença recolhida a menos do imposto, tanto o normal quanto o por substituição tributária. Caracterizada a responsabilidade solidária do sujeito passivo.

Quanto às multas por descumprimento de obrigação principal, esse órgão fracionário do CONSEF, não tem competência para afastar tal penalidade.

É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da

Legislação Tributaria Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **019043.0901/13-7**, lavrado contra **SERRA DO RAMALHO AUTO POSTO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.736,73**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR