

PROCESSO - A. I. Nº 206960.0015/23-6
RECORRENTE - ALPES DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0109-03/24-VD
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 24/04/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0101-12/25-VD**

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS NO CADASTRO DE ICMS NO ESTADO DA BAHIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Operações de aquisição de gasolina A, em transferências de sua filial do município de Paulínia no estado de São Paulo, que não possui Inscrição no CAD-ICMS-BA. Rejeitadas as nulidades arguidas. Exigência do imposto por solidariedade. Previsão em Acordo Interestadual. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF/BA, da decisão proferida pela 3ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 17/10/2023, que acusa o cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 002.014.006. Falta de recolhimento do ICMS por solidariedade, referente a aquisição de mercadorias ou serviços de contribuinte não inscrito ou que não esteja com sua inscrição regular no cadastro de ICMS no estado da Bahia, no mês de maio de 2023 – R\$ 1.552.784,09.

Consta na **descrição dos fatos** que a responsabilidade solidária do Autuado está devidamente identificada do inciso XV, do art. 6º, da Lei 7014/96, sendo a fundamentação legal para a lavratura do presente Auto de Infração, o fato de a mesma ter adquirido Gasolina A, em operações de transferências de sua filial do município de Paulínia no estado de São Paulo, ressaltando que esta filial não possui Inscrição no Cadastro de contribuintes do estado da Bahia, conforme estabelece o inciso III, do art. 1º, do RICMS-BA/12, na condição de Substituto/Responsável ICMS destino, ocorrências no mês de maio de 2023. (Infração 002.014.006).

Na decisão proferida (fls. 91/104) foi apreciado que:

De início, em que pese o Autuado ter declarado que a autuação apresentada pela autoridade fiscal baiana possui uma série de vícios que afrontam a jurisprudência estabelecida sobre o tema e não está de acordo com a legislação vigente, verifico que deixou de apontar concretamente, qualquer vício de procedimento da ação fiscal. Quanto à alegação de inconstitucionalidade da legislação baiana, falece competência deste Órgão Julgador a sua apreciação.

Ao examinar as peças que compõem os autos, constato inexistir na descrição da conduta infracional imputada ao Autuado, qualquer óbice para compreensão do teor da acusação fiscal. Eis que, os elementos coligidos pela Fiscalização referentes à ilicitude de que cuida o presente Auto de Infração, afasta qualquer dúvida sobre a conduta infracional imputada ao sujeito passivo. O direito à ampla defesa e ao contraditório foi preservado, inclusive exercido plenamente pelo Autuado conforme se constata na desenvoltura em que articulou suas razões defensivas na Impugnação apresentada.

A autuação fiscal se configura devidamente embasada no demonstrativo elaborado pelos Autuantes e não se constatou prejuízo ao defendente, considerando que a descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não houve violação ao devido processo legal, tendo em vista que o imposto e sua base de cálculo foram apurados consoante o levantamento fiscal. O Autuado tomou conhecimento do lançamento efetuado, conforme se pode constatar nas alegações defensivas, inexistindo cerceamento ao direito de defesa, e tem condições de acompanhar normalmente, o deslinde de todas as questões suscitadas em sua impugnação.

Resta patente que o fato descrito no Auto de Infração está materialmente comprovado no demonstrativo fls. 09 a 14, CD gravado com as planilhas do levantamento fl. 15, cópia do Anexo do SCANC fls. 12. Logo, sobre a

exigência fiscal, a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS-BA/12, com a Lei nº 7.014/96 e com o RPAF-BA/99. Ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art. 39, do RPAF-BA/99, não ocorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18, do RPAF-BA/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício. Portanto, ficam rejeitadas as nulidades apresentadas direta ou indiretamente nas razões de defesa.

No mérito, o Autuado foi acusado de falta de recolhimento do ICMS por solidariedade, referente a aquisição de mercadorias ou serviços de contribuinte não inscrito ou que não esteja com sua inscrição regular no cadastro de ICMS no estado da Bahia. Consta na descrição dos fatos, que a responsabilidade solidária do Autuado está devidamente identificada no inciso XV, do art. 6º, da Lei 7014/96, sendo a fundamentação legal para a lavratura do presente Auto de Infração, o fato de a mesma ter adquirido Gasolina A, em operações de transferências de sua filial do município de Paulínia no estado de São Paulo, ressaltando que esta filial não possui Inscrição no Cadastro de contribuintes do estado da Bahia, conforme estabelece o inciso III, do art. 1º, do RICMS-BA/12, na condição de Substituto/Responsável ICMS destino, ocorrências nos mês de maio de 2023.

Por importante, vale reproduzir trechos da legislação de regência.

O Convênio ICMS nº 15, de 31 de março de 2023, devidamente recepcionado pelo decreto estadual nº 22.056 de 29/05/23, dispõe sobre o regime de tributação monofásica do ICMS a ser aplicado nas operações com gasolina e etanol anidro combustível, nos termos da Lei Complementar nº 192/22, e estabelece procedimentos para o controle, apuração, repasse e dedução do imposto.

Cláusula primeira O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, nas operações, ainda que iniciadas no exterior, com gasolina e etanol anidro combustível.

Parágrafo único. Neste Convênio utilizar-se-ão as seguintes siglas:

I – EAC: Etanol Anidro Combustível;

II – Gasolina A: combustível puro, sem adição de EAC;

Cláusula segunda: Para todos os efeitos deste Convênio, nos termos da Lei Complementar nº 192/22, serão observadas as seguintes disposições:

I - em relação a cada combustível, as alíquotas serão uniformes em todo o território nacional;

II - em relação a cada combustível, as alíquotas serão específicas (“ad rem”) por unidade de medida (litro);

[...]

IV - nas operações com “gasolina A” o imposto caberá à UF onde ocorrer o consumo;

O Ato COTEPE ICMS nº 47/03, aprovou o programa de computador SCANC - Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis - e dispõe sobre sua utilização, conforme reproduzido a seguir:

Cláusula primeira - Fica aprovado o programa de computador previsto no § 2º, da cláusula vigésima terceira do Convênio ICMS 110/07, de 28 de setembro de 2007, denominado “SCANC - Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis” - versão 1.00 e versões seguintes, disponibilizadas no endereço eletrônico “www.scanc.fazenda.mg.gov.br”, destinado à apuração e demonstração dos valores de repasse, dedução, ressarcimento e complemento do ICMS incidente nas operações interestaduais, com combustíveis derivados de petróleo, em que o imposto tenha sido retido anteriormente, e com álcool etílico anidro combustível – AEAC ou Biodiesel – B100, cuja operação tenha ocorrido com diferimento ou suspensão do imposto.

[...]

Cláusula sexta - Para efeito da entrega das informações:

I - o contribuinte que tiver recebido combustível derivado de petróleo diretamente do sujeito passivo por substituição ou de outro contribuinte substituído, em relação às operações internas e interestaduais que realizar, deverá:

a) registrar os dados relativos a cada operação no módulo SCANC-CONTRIBUINTE, bem como os dados fornecidos por seus clientes, recepcionados diretamente pelo sistema, em conformidade com as instruções estabelecidas no menu “ajuda” do programa;

b) transmitir as informações no formato do arquivo gerado pelo programa, por transmissão eletrônica de dados, nos prazos estabelecidos no Convênio ICMS 110/07;

[...]

§ 4º Os contribuintes que tiverem praticado operações com congêneres deverão comunicar-se para tomar

conhecimento das operações interestaduais realizadas pelos seus clientes, com o objetivo de estabelecer prioridade de envio de suas informações.

Compulsando os elementos que compõem o presente Auto de Infração verifico que conforme consta na descrição dos fatos, nos termos do inciso XV, do art. 6º, da Lei nº 7.014/96, ao Autuado foi atribuída a responsabilidade solidária, pelo fato de ter adquirido Gasolina A em operações de transferências de sua filial, CNPJ: 10.354.704/0010-07, domiciliada no município de Paulínia no Estado de São Paulo, ressaltando-se que a referida filial não tem inscrição no Cadastro de Contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, contrariando o inciso III, do art. 1º, do Dec. n.º 13.780/2012-RICMS, na condição de Substituto/Responsável ICMS destino, deixando de recolher individualmente, o ICMS em cada operação, na forma do § 8º, art. 332 do Decreto nº 13.780/2012-RICMS.

Observo que as operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo são registradas individualmente no Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis - SCANC, na forma do Convênio ICMS nº 110/2007, onde o objetivo é a indicação no SCANC, pelos agentes econômicos que realizaram as operações, qual foi o contribuinte Substituto (refinaria/formulador/importador) que efetuou a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, para que ocorra a dedução do ICMS no Estado remetente, e consequentemente ocorra o repasse para o Estado destinatário do combustível, na forma do retro indicado no Convênio.

Convém salientar que, o fato de não está evidenciado no SCANC enviado pela sua filial, do Estado de São Paulo, que é o Substituto Tributário responsável pela retenção do ICMS no Estado remetente, deixou de ocorrer a dedução do ICMS devido na operação, para o repasse ao Estado da Bahia para onde o combustível foi destinado, conforme previsto no Convênio ICMS nº 110/2007, combinado com o ATO COTEPE/ICMS nº 74/2021.

Dos argumentos defensivos, verifica-se que o Autuado reconhece que o ICMS das suas operações de transferências de combustíveis para sua filial no Estado da Bahia não foi recolhido para o Estado de destino, no entanto, argumenta que a responsável pelo pagamento é a Refinaria no Estado de São Paulo.

O defendente afirmou, que no caso dos combustíveis, a legislação elegeu as refinarias e formuladoras, como substitutas tributárias para toda a cadeia produtiva, atribuindo-lhes o dever de efetuar o recolhimento do ICMS, correspondente à toda cadeia de circulação de combustíveis, para o Estado da Federação em que estiver localizada, ficando o Estado arrecadador responsável pela remessa dos valores para o Estado de destino do combustível.

Apresentou entendimento, que nesta relação jurídica tributária, a obrigação de recolhimento se estabelece entre a refinaria/formuladora (sujeito passivo) e a Secretaria da Fazenda do Estado onde está localizada, no caso o estado de São Paulo (sujeito ativo), sendo o estado da Bahia um credor do Estado de São Paulo.

Disse que ao invés de buscar receber o ICMS-ST do substituto tributário – ou seja, da refinaria, que é a responsável pelo recolhimento do tributo, por determinação legal, ou buscar meios de receber esses valores do Estado de São Paulo (responsável pelo repasse) – a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia preferiu atribuir a responsabilidade tributária à distribuidora que cumpriu com a sua obrigação acessória.

Sobre esses argumentos, observo que, sem objetar os dados ou valor da exação, visando elidi-la, o Impugnante apenas argumentou questão de direito, qual seja, o ilegítimo posicionamento no polo passivo da relação jurídica instalada pelo lançamento, uma vez que, conforme estabelece a Cláusula Terceira do Convênio ICMS 15/2023, no presente caso, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS cabe a refinaria de petróleo e suas bases.

Sem embargo, não é o caso da situação em lide, pois sendo o remetente contribuinte não inscrito na Bahia na condição de “substituto tributário”, o art. 128, do CTN, assim dispõe sobre a responsabilidade tributária:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Já o inciso XV, do art. 6º da Lei 7014/96, sem benefício de ordem, dispõe sobre a responsabilidade solidária do destinatário adquirente, pelo pagamento do ICMS ST TOTAL, devido na aquisição interestadual de mercadoria sujeita ao Regime de Substituição Tributária, in verbis:

Art. 6º. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

[...]

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.

A inteligência dos dispositivos transcritos não deixa dúvida de que o levantamento fiscal e o respectivo Auto de Infração se encontram em absoluta consonância com a legislação de regência.

Quanto ao argumento defensivo de que a pretensão deste Estado da Bahia pela cobrança por solidariedade com base em lei estadual trata-se de exigência inconstitucional, ilegal e indevida, visto que a presente autuação se deu com base no art. 6º, da Lei Estadual nº 7.014/1996, que cria solidariedade para a empresa que adquire mercadorias tributadas no regime de substituição tributária por antecipação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário. Sustentou ainda que toda a fundamentação se dá sobre lei ordinária estadual, violando a reserva de lei complementar estatuída na alínea “b”, do inciso III, do art. 146, da CF/88, acarretando a sua inconstitucionalidade e invalidade da cobrança.

Também não deve prosperar o argumento de inconstitucionalidade da legislação estadual, haja vista que, em conformidade com o disposto nos incisos I e III, do art. 167, do RPAF-BA/99, não se inclui na competência deste Órgão Julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, nem a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

O Defendente alegou também, que o imposto deveria ser apurado através da conta gráfica no RICMS-BA/12 e, não individualmente a cada nota fiscal.

Esse entendimento, não deve ser acolhido, pois colide frontalmente com o disposto na legislação, cujo procedimento de apuração e recolhimento obriga expressamente que a apuração seja efetuada, por operação, conforme se encontra detalhada no Ato COTEPE ICMS nº 47/03.

Sobre a alegação de teria ocorrido “erros no Auto” nos valores levantados no mês de maio/2023, constato que o Autuado não apontou objetivamente e nem identificou quais as notas fiscais, qual o erro que teria identificado no citado mês. Consigno que o levantamento fiscal teve por base notas fiscais de Entradas coletadas do banco de dados da NF-e /Nota Fiscal Eletrônica, da SEFAZ/BAHIA. Estas notas fiscais de entradas são as mesmas relacionadas no ANEXOS-II-M - Relatório das operações interestaduais realizadas com combustível derivado de petróleo, do SCANC - Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis, referentes ao mês de maio/2023, e todos os cálculos estão com os valores coincidentes com aqueles listados no SCANC, fl. 12.

No tocante a alegação de que a multa aplicada é excessiva e que falece de legalidade, ante a sua excessividade, deve ser frisado que a multa aplicada decorre da irregularidade apurada em ação fiscal e encontra-se prevista na Lei 7.014/96, art. no inciso II, alínea “f”, do art. 42, portanto é legal e a indicada pelo cometimento do ilícito tributário em apreciação.

Observe que o levantamento fiscal se encontra em conformidade com o Convênio ICMS nº 15 de 31/03/2023, que dispõe sobre os procedimentos da tributação monofásica dos combustíveis e que instituiu na Cláusula Sétima a alíquota ad rem no valor 5,9600 por litro de Gasolina, que foi recepcionado pela Lei nº 7.014/96 art. 49-D, com redação dada pelo art. 8º da Lei nº 14.527 de 21/12/2022.

Verifico que na planilha de levantamento do débito anexada ao Auto de Infração, foi utilizada a alíquota ad rem de 5,9600 por litro de Gasolina, nas quantidades registradas nas operações com este produto, para determinar o valor do ICMS monofásico a ser recolhido para o Estado da Bahia, consoante ATO COTEP/PMPF de nºs 12 e 13, respectivamente, de 24/04 e de 09/05 de 2023, fls. 13 e 14.

Pelo exposto, resta evidenciado que o Impugnante não carrega aos autos elemento algum capaz de elidir a acusação fiscal. Nesse sentido, mantenho a autuação por inexistir reparo algum a fazer quanto a apuração da exigência fiscal.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 114 a 120) o recorrente inicialmente ressalta sua tempestividade, discorre sobre a infração e fundamentos da decisão de Primeira Instância que não acolheu a tese defensiva que foi reconhecida pela fiscalização de que: **i)** o substituto tributário é a refinaria; **ii)** quem deu causa do não recolhimento foi a refinaria e **iii)** a recorrente cumpriu a obrigação acessória que lhe competia, mas lhe foi atribuído a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS-ST devido.

Em seguida reapresentou as alegações apresentadas na impugnação inicial, em resumo:

OPERAÇÃO: Remessa de combustível derivado de petróleo realizado pela unidade da empresa estabelecida em Paulínia/SP (CNPJ Nº 10.354.704/0010-07), para filial localizado no Estado da Bahia, operação que não sofre incidência do ICMS, de acordo com o julgamento da ADC 49 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), sendo a remetente (ALPES/SP) e a destinatária (ALPES/BA) substituídas e a responsabilidade pelo recolhimento do imposto é a refinaria de São Paulo.

OBRIGAÇÃO NAS OPERAÇÕES DE VENDAS DE COMBUSTÍVEIS: Alega que as operações com combustíveis são submetidas ao regime de substituição tributária, que elegeu as refinarias e formuladores como substitutos tributários para arrecadar toda a cadeia produtiva no que se refere ao recolhimento do ICMS, regulamentado pelo ATO COTEPE/ICMS nº 47/2003 que funciona de forma integrada pelo Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis (SCANC).

Afirma que na situação em questão a refinaria é responsável por antecipar o recolhimento de todo o ICMS que incide sobre a cadeia da gasolina e do diesel, da produção ao consumo, cobrando o ICMS que incide sobre todas as etapas posteriores, controlando o sistema com “*câmara de compensação*”, gerando relatórios para todas as unidades da Federação, a fim de que tenham o controle das operações interestaduais, cuja Cláusula Sexta do SCANC, que reproduz (fl. 116/v) prevê que o contribuinte que tiver recebido combustível derivado de petróleo de outro contribuinte substituído deve registrar a operação no SCANC e transmitir as informações nos prazos estabelecidos no Convênio ICMS 110/2007.

No caso em tela, afirma que a informação, através do SCANC, se dá de forma simplificada: (i) a distribuidora, que efetuou a remessa para Bahia, preenche o SCANC informando a remessa interestadual; (ii) repassa a informação para a distribuidora congênere; (iii) essa repassa as informações da operação para a refinaria; (iv) esta efetua o cálculo do imposto e o seu recolhimento.

E que paralelamente, o SCANC disponibiliza as informações para os Estados, permitindo que vejam quando há tributo para ser recolhido a seu favor, cuja comunicação do SCANC é realizada sem qualquer quebra na cadeia de informação e o recolhimento do ICMS-ST e respectivo repasse ocorre sem qualquer problema. Contudo, não foi isso que ocorreu no quadro fático sob análise.

AUTUAÇÃO: Diz que na situação presente, diante do fato de ter identificado o não repasse do ICMS-ST referente à operação, o Estado da Bahia desconsiderou a existência da figura do substituto tributário, eleito por lei, responsabilizou a distribuidora que cumpriu a obrigação acessória, cobrando o ICMS por solidariedade que não deu causa ao não repasse dos valores do ICMS-ST, usurpando a competência da União que legisla sobre o tema, cujo sujeito ativo é o Estado de São Paulo e não o Estado da Bahia, afrontando a jurisprudência e a legislação vigente.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA: Discorre sobre o art. 6º da lei 7.014/1996 que estabelece atribui responsabilidade solidária para o contribuinte que adquirir mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária devido por antecipação, aos adquirentes de mercadorias quando o remetente não possuir inscrição estadual ativa como contribuinte substituto.

Argumenta que o dispositivo citado da lei baiana vai de encontro a Cláusula XXVI do Convênio ICMS 119/2022 e 15/2023 que prevê a aplicação de penalidades aos responsáveis por omissão de informações, ou prestar informações falsas ou inexatas.

Aduz que a falha de informação cometida por um dos participantes não pode conduzir a responsabilidade tributária ao destinatário por solidariedade, conforme disposto no art. 6º da Lei nº 7.014/1996, conforme decidiu o STF no julgamento da ADI nº 4.845/MT, que fixou o entendimento de que lei estadual não pode ampliar o rol de pessoas que podem ser responsabilizadas pelo crédito tributário, bem como, não pode divergir do CTN sobre circunstâncias autorizadas da responsabilidade pessoal de terceiros a exemplo do julgamento do RE 562.276.

Argumenta que a imputação da responsabilidade disposta na legislação baiana, altera a regra de substituição tributária de atribuição de sujeito passivo, sem amparo em lei complementar, configurando ofensa ao disposto no art. 146, III da CF.

Arrazoa que a responsabilização pretendida pelo Estado da Bahia, “*coloca a empresa como responsável por um pagamento que, por força de lei, competia a outro (sobre o qual não tem qualquer poder de gerência) e, assim, a responsabiliza por conduta de terceiro (não entrega do SCANC – sobre o qual não tem influência para forçar o cumprimento da obrigação): lhe é imputada responsabilidade pro recolhimento e conduta que são alheios ao seu controle*”.

Afirma que a norma estadual fere a razoabilidade e a proporcionalidade ao impor responsabilidade a que não tem relação com o fato gerador, transbordando de sua competência:

- (i) ampliou o rol das pessoas que podem ser pessoalmente responsáveis pelo crédito tributário;
- (ii) dispõe diversamente sobre as circunstâncias autorizadoras da responsabilização de terceiro.

Diz que a imputação pode acarretar dupla tributação, com pagamento da refinaria para o Estado de São Paulo que atua como sujeito ativo da obrigação e recolhimento do ICMS pelo Estado da Bahia, que exige o recolhimento do imposto sobre a mesma operação.

TRANSFERÊNCIA – NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS/ADC 49: Ressalta que a autuação atribui responsabilidade da recorrente relativo à operação de transferência de sua filial localizada no Estado de São Paulo, operação que não incide ICMS, conforme decidiu o STF no julgamento da ADC 49/RN cuja ementa transcreveu (fl. 119/v).

Argumenta que por se tratar de deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos pertencente ao mesmo titular, não configura fato gerador do ICMS, motivo pelo qual deve ser afastada a exigência fiscal.

Conclui requerendo o provimento do Recurso Voluntário, reconhecendo a ausência de fundamento legal para lhe atribuir responsabilidade solidária pelo pagamento do ICMS e consequente exclusão do polo passivo do lançamento.

VOTO

O Auto de Infração acusa falta de recolhimento do ICMS por solidariedade (art. 6º, XV da Lei nº 7.014/1996), referente a aquisição de mercadorias (Gasolina A) de contribuinte não inscrito no cadastro de ICMS do Estado da Bahia. Conforme indicado na descrição dos fatos refere-se a operações de transferências da filial do estabelecimento autuado, localizado no município de Paulínia/SP, que não possui Inscrição no Cadastro deste Estado. Foi julgado procedente.

No Recurso Voluntário interposto, o recorrente em termos gerais reapresentou os mesmos argumentos da impugnação inicial, em síntese:

- 1) A remessa do combustível foi feita pela filial localizada no Estado de São Paulo para a filial no Estado da Bahia, sendo a refinaria de São Paulo a responsável pelo recolhimento do ICMS, conforme ATO COTEPE/ICMS nº 47/2003 e Sistema SCANC e Convênio ICMS 110/2007.
- 2) A exigência do ICMS por solidariedade, previsto no art. 6º da Lei nº 7.014/1996 pela aquisição de mercadorias vai de encontro a Cláusula XXVI do Convênio ICMS 119/2022, julgamento da ADI nº 4.845/MT, não encontra amparo em lei complementar e art. 146, III da CF.
- 3) Não há incidência de ICMS sobre a operação de transferência interestadual de mercadorias, conforme decidiu o STF no julgamento da ADC 49/RN.

Preliminarmente observo que na decisão ora recorrida foi apreciada todas as questões apresentadas na defesa inicial ora reapresentados.

No que se refere a alegação de que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS exigido seria da refinaria localizada no Estado de São Paulo, observo que conforme apreciado no Acórdão JF nº 0109-03/24-VD, o Convênio ICMS 15/2023, recepcionado pelo Decreto nº 22.056/2023, dispõe sobre o regime de tributação monofásica do ICMS nas operações com gasolina e etanol anidro combustível, nos termos da Lei Complementar nº 192/22, e estabelece procedimentos para o controle, apuração, repasse e dedução do imposto cuja Cláusula Segunda estabelece:

Cláusula segunda: Para todos os efeitos deste Convênio, nos termos da Lei Complementar nº 192/22, serão observadas as seguintes disposições:

I - em relação a cada combustível, as alíquotas serão uniformes em todo o território nacional;

II - em relação a cada combustível, as alíquotas serão específicas (“ad rem”) por unidade de medida (litro);

[...]

IV - nas operações com “gasolina A” o imposto caberá à UF onde ocorrer o consumo;

Por sua vez o Ato COTEPE ICMS nº 47/03, aprovou o Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis (SCANC) cujas Cláusulas primeira e sexta estabelece:

Cláusula primeira - Fica aprovado o programa de computador previsto no § 2º, da cláusula vigésima terceira do Convênio ICMS 110/07, de 28 de setembro de 2007, denominado “SCANC - Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis” - versão 1.00 e versões seguintes, disponibilizadas no endereço eletrônico “www.scanc.fazenda.mg.gov.br”, destinado à apuração e demonstração dos valores de repasse, dedução, ressarcimento e complemento do ICMS incidente nas operações interestaduais, com combustíveis derivados de petróleo, em que o imposto tenha sido retido anteriormente, e com álcool etílico anidro combustível – AEAC ou Biodiesel – B100, cuja operação tenha ocorrido com diferimento ou suspensão do imposto.

[...]

Cláusula sexta - Para efeito da entrega das informações:

I - o contribuinte que tiver recebido combustível derivado de petróleo diretamente do sujeito passivo por substituição ou de outro contribuinte substituído, em relação às operações internas e interestaduais que realizar, deverá:

a) registrar os dados relativos a cada operação no módulo SCANC-CONTRIBUINTE, bem como os dados fornecidos por seus clientes, recepcionados diretamente pelo sistema, em conformidade com as instruções estabelecidas no menu “ajuda” do programa;

b) transmitir as informações no formato do arquivo gerado pelo programa, por transmissão eletrônica de dados, nos prazos estabelecidos no Convênio ICMS 110/07;

[...]

§ 4º Os contribuintes que tiverem praticado operações com congêneres deverão comunicar-se para tomar conhecimento das operações interestaduais realizadas pelos seus clientes, com o objetivo de estabelecer prioridade de envio de suas informações.

No demonstrativo elaborado pela fiscalização (fls. 10 e 11) foi indicado o número das notas fiscais emitidos pela ALPES Distribuidora CNPJ: 10.354.704/0010-07, localizadas no município de Paulínia/SP relativo a transferências de Gasolina A para a ALPES Distribuidora CNPJ: 10.354.704/0013-50 localizado no Estado da Bahia.

Nas fls. 83 a 85, o autuante indicou os repasses informados pelos fornecedores de combustíveis da ALPES Distribuidora de Petróleo/SP e dos repasses informados pelos fornecedores dos fornecedores, no mês 05/2023, conforme indicados no SCANC, sendo que “as operações realizadas entre as suas filiais de Paulínia-SP e Bahia, e que estão registradas nos Anexos do SCANC, não chegaram até a Refinaria de Paulínia – Petróleo Brasileiro S.A (PETROBRÁS/REPLAN) CNPJ 33.000.167/0643-47”.

Pelo exposto, restou comprovado que na situação presente, não tendo sido registrado no SCANC a operação do envio da mercadoria (Gasolina A) pela filial localizada no Estado de São Paulo para o estabelecimento autuado, a Refinaria que promoveu a retenção do ICMS-ST em operação interna destinado ao Estado de São Paulo, deixou de fazer o repasse do ICMS-ST para o Estado da Bahia.

Consequentemente, conforme apreciado na decisão o “Substituto Tributário responsável pela retenção do ICMS no Estado remetente, deixou de ocorrer a dedução do ICMS devido na operação, para o repasse ao Estado da Bahia para onde o combustível foi destinado, conforme previsto no Convênio ICMS 110/2007, combinado com o ATO COTEPE/ICMS nº 74/2021”.

Observe que conforme disposto no art. 155, § 4º, I da CF, “nas operações com os lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo”.

E como previsto no Convênio ICMS 110/2007 (Cláusula primeira) é atribuído aos remetentes de combustíveis derivados de petróleo, situados em outras unidades da Federação, a condição de sujeitos passivos por substituição, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações, assegurando o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o destinatário. Logo, na situação presente a filial do estabelecimento autuado localizada no Estado de São Paulo é a responsável pela retenção e recolhimento do ICMS-ST sobre a operação de envio de Gasolina A

para o estabelecimento autuado.

Por sua vez, o inciso XV, do art. 6º da Lei nº 7014/96, dispõe sobre a responsabilidade solidária do destinatário adquirente, pelo pagamento do ICMS ST, de mercadoria sujeita ao Regime de Substituição Tributária:

Art. 6º. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

[...]

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.

Em conclusão, não tendo sido informado no SCANC a operação de envio de Gasolina A pela ALPES DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA localizada no Estado de São Paulo para a filial autuada localizada no Estado da Bahia, a Refinaria deixou de promover o repasse do ICMS-ST para este Estado. A responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto prevista no Convênio ICMS 110/2007 não foi cumprida pelo remetente e como não tem inscrição no cadastro de contribuinte (BA) como substituto tributário, a responsabilidade pelo pagamento do imposto é atribuída ao adquirente por solidariedade nos termos do art. 6º, XV da Lei nº 7014/96.

Quanto a alegação de exigência do ICMS por solidariedade (art. 6º da Lei nº 7.014/1996) vai de encontro a Cláusula XXVI do Convênios ICMS 119/2022 e 115/2023, julgamento da ADI nº 4.845/MT, Lei Complementar e art. 146, III da CF, observo que conforme transcrito na fl. 117/v:

Cláusula vigésima sexta. O disposto nos Capítulos III a V não exclui a responsabilidade do TRR, da distribuidora de combustíveis, do importador, da refinaria de petróleo ou suas bases, CPQ e Formulador de combustíveis, pela omissão ou pela apresentação de informações falsas ou inexatas, podendo as UFs aplicarem penalidades ao responsável pela omissão ou pelas informações falsas ou inexatas bem como exigir diretamente do estabelecimento responsável pela omissão ou pelas informações falsas ou inexatas o imposto devido e seus respectivos acréscimos.

Na situação presente não restou comprovado informação falsa ou inexata para que fosse aplicado penalidade de caráter acessória. E como previsto, ao contrário do que foi alegado o ICMS-ST devido ao Estado da Bahia foi exigido do estabelecimento responsável pelo pagamento do imposto devido, que no caso seria o remetente (ALPES) localizado no Estado de São Paulo, que conforme anteriormente apreciado não tendo inscrição como contribuinte substituto neste Estado, o imposto foi exigido do destinatário por solidariedade (art. 6º da Lei nº 7.014/1996).

Ressalte se que o julgamento da ADI nº 4.845/MT, trata de conflito de lei estadual com norma geral federal quanto a atribuição de responsabilidade de terceiros (artigos 134 e 135 do CTN). Neste contexto o art. 146, III da CF estabelece que cabe a lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária.

Por sua vez, os artigos 6º e 7º da LC 87/1996 estabelece que lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário, inclusive o da “*entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado*”. Já o art. 9º estabelece:

*Art. 9º A adoção do regime de **substituição tributária** em operações **interestaduais** dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.*

§ 1º A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:

I - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subseqüentes;

Como apreciado anteriormente existem diversos acordos interestaduais (Convênios ICMS 110/2007, 119/2022; 15/2023) que regulamenta a tributação de operações com combustíveis derivados de petróleo, e ao contrário do que foi alegado, o art. 6º da Lei nº 7.014/1996 está em conformidade com as disposições estabelecidas na Lei Complementar nº 87/1996, art. 128 do CTN e art. 146, III da CF.

No que se refere ao argumento de que não há incidência de ICMS sobre a operação de transferência interestadual de mercadorias, conforme decidiu o STF no julgamento da ADC 49/RN, observo que conforme estabelecido no art. 155, X “b” da Constituição Federal, não incide ICMS sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, porém conforme disposto no art. 155, § 4º, I “nas operações com os lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo”.

Na situação presente, em se tratando de operação interestadual com combustíveis (Gasolina A), não há incidência do ICMS na operação de transferência interestadual e o ICMS-ST exigido do estabelecimento autuado, na condição de contribuinte substituto, conforme anteriormente apreciado, tem amparo na Constituição Federal, LC nº 87/1996, Lei nº 7.014/1996, regulamentado por Acordos interestaduais (Convênio ICMS 110/2007). Logo, não se aplica a situação em questão a decisão do STF no julgamento da ADC 49/RN.

Por tudo que foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206960.0015/23-6**, lavrado contra **ALPES DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto, no valor de **R\$ 1.552.784,09**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “f”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2025.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS