

PROCESSO - A. I. N° 232892.0006/11-6
RECORRENTEA - POSTOS RENASCER LTDA. (POSTO ATENDEBEM)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JFJ nº 0233-03/12
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 02/01/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0414-11/12

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. 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)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Excluídos da exigência fiscal os valores relativos ao período em que o fornecedor encontrava-se amparado por Decisão judicial. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do julgado supra referido que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 16/08/2011 para exigir ICMS no valor de R\$13.864,77, acrescido da multa de 60%, por imputar as infrações seguintes:

INFRAÇÃO 1: Na condição de adquirente, deixou 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 seu recebimento através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação, no mês 01/2011. Valor do débito: R\$1.609,77. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 2: Na condição de adquirente, deixou de recolher a diferença do ICMS normal. Recolhimento a menos, devido por responsabilidade solidária, 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 o ICMS destacado a menos e acompanhada de documento de arrecadação correspondente, nos meses de janeiro a março de 2011. Valor do débito: R\$12.255,00. Multa de 60%.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal dirimiu o presente contencioso exarando Decisão sob estes fundamentos, *verbis* :

“(…) Observo que foi exigido do adquirente (posto de combustíveis), ICMS normal não recolhido e recolhido a menos, imposto relativo à operação própria devido pelo remetente (o distribuidor).

De acordo com o 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 de combustíveis, em relação ao combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com

obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação”.

Por outro lado, conforme estabelece o art. 128 do CTN, 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.

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 pela legislação, haja vista que no caso de combustíveis, a Lei 7.6014/96, 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.

Em julgamentos anteriores sobre a matéria tratada nesse PAF, esta Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela improcedência da autuação com base no PARECER GETRI/GECOT Nº 01622/2011, 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, além de recolhimento efetuado a menos pelo fornecedor, 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.

Observo que o autuado juntou aos autos (fls. 77/79), cópia da liminar que suspendeu o Regime Especial do seu fornecedor, a empresa Petróleo do Valle Ltda., ficando comprovado que a referida Decisão judicial determina a suspensão da aplicação do regime especial de fiscalização e pagamento, até ulterior deliberação, e o Superintendente da SAT desta SEFAZ tomou conhecimento da referida Decisão, em 03/02/2011.

Considerando a vigência imediata da Decisão judicial, constato que apenas as ocorrências datadas de 18/01/2011 (infração 01) e 27/01/2011 (infração 02), constantes do demonstrativo de débito, não foram alcançadas pela mencionada liminar, sendo devido o imposto lançado neste Auto de Infração.

Quanto às demais ocorrências constantes do demonstrativo de débito, entendo que é improcedente a exigência fiscal no presente lançamento, em decorrência da liminar concedida, considerando que o fornecedor estava amparado por Decisão judicial, estando suspensa a aplicação do Regime Especial de Fiscalização, devendo ser apurado junto a este fornecedor (Petróleo do Valle Ltda.) se o imposto foi recolhido.

Mesmo que a referida liminar seja cassada por outra Decisão judicial, no período de sua vigência está suspensa a aplicação do Regime Especial de Fiscalização atribuído ao remetente das mercadorias (Petróleo do Valle Ltda.), por isso, não pode ser exigido do destinatário o pagamento do ICMS relativo ao regime normal.

Quanto ao argumento do autuado de que teria direito a créditos fiscais em razão da não-cumulatividade do ICMS, observo 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 devido ao fato de se tratar de mercadoria da substituição com encerramento da fase de tributação, não há crédito fiscal a ser apropriado após o pagamento do imposto.

Em relação à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, 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, alínea “f” da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$3.034,77, sendo R\$1.609,77 da infração 01 e R\$1.425,00 da infração 02.”

Irresignado, o contribuinte apresenta súplica recursal às fls. 142/147, destacando que lhe está sendo exigido ICMS por falta de recolhimento realizado pelas distribuidoras de combustíveis, substitutas tributárias da operação, e estariam sujeitas a Regime Especial de Fiscalização e que no entendimento do fisco, em decorrência da inclusão das distribuidoras no Regime Especial de Fiscalização, ele cabe recolher o tributo na condição de responsável solidária pelo pagamento, o que discorda, já que a distribuidora que lhe vendeu os combustíveis não estava enquadrada no referido Regime Especial de Fiscalização.

Menciona que a Petrovalle estava excluída do referido regime especial à época das compras realizadas conforme Comunicado cuja cópia anexou, datado de 18 de Janeiro de 2011, do qual se extrai que o dito regime especial estava “Suspenso por Liminar”, logo, como a distribuidora da qual o recorrente adquiriu os produtos por ela comercializados não estava sujeita ao Regime Especial, não há que se falar na cobrança do ICMS diretamente do posto de combustível, e para requerer a reforma do julgado, transcreveu o art. 6º, XVI, da Lei nº. 7.014/96:

Acentua que a Decisão judicial citada no comunicado determinou a exclusão da distribuidora de combustível do regime especial de fiscalização, pelo que não há que se falar em suspensão de exigibilidade ou direito da Fazenda de lançar o crédito tributário para evitar a decadência, pois o recorrente não era, como visto, sujeito passivo da referida obrigação tributária, não se lhe aplicando o disposto no art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96 e como já destacado, que adquiriu mercadoria de distribuidoras de combustíveis que estão excluídas do regime especial.

Ressalta que a Decisão judicial reconhece a ilegalidade do regime especial de fiscalização aplicado às distribuidoras de combustíveis, logo, todas as consequências destes regimes, entre elas a suposta responsabilidade solidária do recorrente, que, portanto, não pode mais ser aplicada, devendo se considerar que algumas operações de circulação de mercadoria ocorreram antes de ser proferida a Decisão, o que implica na conclusão de inexistir mais justificativa para lhe responsabilizar.

Requer a improcedência do Auto de Infração, não sendo a responsável solidária pelo recolhimento do ICMS, seja integral, seja da diferença, ou retido, posto que as distribuidoras não estavam sujeitas ao aludido Regime Especial de Fiscalização, por força de ordem judicial.

Acrescenta que, não obstante o quanto acima afirmado, registra que, caso a responsabilidade solidária seja efetivamente mantida, o que não espera, que possui então direito a créditos de ICMS, os quais foram ignorados pela autuação.

Alega que o Fisco estadual está lhe cobrando o valor total referente ao ICMS supostamente devido, sem abater os créditos fiscais do ICMS que já foram pagos nas operações anteriores e que quando da aquisição da mercadoria pela distribuidora de combustíveis, fazia jus ao crédito relativo às operações anteriores, incluindo, aqui, o tributo recolhido na própria operação de venda da Usina para a Distribuidora.

Ora, como diz, se está sendo responsabilizada, solidariamente, por um débito de terceiro, também faz jus aos créditos fiscais a que este tem direito. Se a distribuidora tem créditos fiscais não considerados, que tem direito de vê-los abatidos do suposto débito. Tal procedimento está amparado pelo princípio da não-cumulatividade do ICMS previsto na Constituição Federal (art. 155, § 2º, I), bem como na Lei Estadual do ICMS (7.014/96), que transcreveu. Idem o que prevê Art. 114 do RICMS-BA.

E que, por cautela, argui que, ainda que fosse o caso de responsabilidade solidária, o que não é, deveria a autuação ter considerado o valor referente ao creditamento do ICMS em seu favor da Impugnante para que fosse calculado o tributo supostamente devido (encontro débitos-créditos), o que não foi feito.

Adiante salienta que se for mantida a autuação, o que não espera, que seja afastada a aplicação de multa e dos juros, por não ter agido de má-fé e nem praticado qualquer infração que merecesse ser penalizada como dispõe o art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF que reproduziu, e que por todo o exposto, deve o Auto de Infração ser julgado Improcedente, diante da ausência de sua responsabilidade solidária.

Na forma de pedido subsidiário, caso se entenda pela existência de 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 e afastamento da aplicação de multa e juros.

A PGE/PROFIS não foi instada a proferir Parecer tendo o PAF sido remetido a esta CJF.

VOTO

Do cotejo dos autos, concluo que nada há a ser reformado na Decisão recorrida e que, portanto, os argumentos recursais supra relatados não merecem acolhimento, pois, como se extrai do teor do voto transcrito acima, consta que foi considerado que há prova de que foi proferida Decisão liminar em mandado de segurança suspendendo o Regime Especial que se sujeitava o fornecedor do recorrente, no caso, a Petróleo do Valle Ltda., tendo o Estado da Bahia, sujeito ativo da relação tributária, ficado ciente através da Superintendência da SAT-SEFAZ em 03/02/11 tendo, como constato, sido a dita liminar concedida em 02/02/11.

Em face disto, ou seja, da data que a liminar foi concedida e o Estado da Bahia notificado, é de se concluir que ao ser lavrado o lançamento de ofício ainda vigorava o mencionado regime especial, aspecto relevante que o Recorrente desconsiderou na sua tese recursal, como observo.

Logo, tendo a infração 1 a data de ocorrência de 18/01/11, deve ficar mantida a exigência fiscal, pois ainda não estava suspenso o regime especial, como foi decidido corretamente pela instância de base. Idem quanto à infração 2, mas apenas quanto à data de ocorrência de 27/01/11, anterior à liminar, tendo sido acertadamente julgadas improcedentes no julgado recorrido as demais, cujos fatos geradores datam a partir de 03/02/11 a 28/03/11, quando já imperavam os efeitos da decisão liminar concedida em 02/02/11, já que antes disto não estava, como visto, suspenso o regime especial referido.

Sendo assim, como se infere, a JJF dirimiu a controvérsia acatando, em parte, os argumentos da defesa, tendo assim declarado a improcedência parcial da infração 2 considerando a data de concessão da liminar e da notificação do Estado da Bahia, tendo mantido apenas, como acima aduzi, os fatos geradores com data de ocorrência anterior.

Por conseguinte, o inconformismo do contribuinte é vazio de sentido lógico-jurídico, já que se baseia nos efeitos da liminar para suspensão do regime especial e olvida, como se possível fosse, a data de concessão dessa decisão judicial, proferida em 02/02/11. Nada a alterar. Mantida o acórdão neste particular.

No que tange aos direitos de crédito do sujeito passivo, pedido este posto de forma sucessiva, isto é, em não sendo acolhido o anterior, de ausência de responsabilidade solidária a luz do art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96, não acolho o apelo para permitir o abatimento do crédito, e assim posiciono-me por não existir crédito fiscal a ser concedido, posto que não houve cálculo de ICMS-ST.

Não posso deixar de ressaltar que, no curso desta sessão de julgamento, a pedido desta relatora foi consultado o sistema da SEFAZ-BA, no qual o dito Comunicado SAT, fls. 148, apresenta incompatibilidade com aquele inserido nos autos pela defesa, documento este que impresso passa a fazer parte dos autos em prol do esclarecimento dos fatos tal como se sucederam, conforme abaixo:

“COMUNICADO SAT Nº 001/2011

O SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, no uso de suas atribuições e considerando o disposto no inciso XVI do art. 6º da Lei nº 7.014/96, torna público que os contribuintes a seguir indicados estão sujeitos ao regime especial de fiscalização e pagamento, nos termos do art. 47 incisos I e II da Lei 7.014/96, até 30/06/2011.

RAZÃO SOCIAL	INSCRIÇÃO ESTADUAL	MUNICÍPIO	Nº DO PROCESSO	SITUAÇÃO
GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA.	036732766	Jequié	000404/2011-6	DEFERIDO
GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA.	072315339	Amélia Rodrigues	000459/2011-4	DEFERIDO
PETROMOTOR DIST. DE PETRÓLEO LTDA.	077804511	Conceição do Jacuípe	723418/2010-0	SUSPENSO POR LIMINAR
PETROMOTOR DIST. DE PETRÓLEO LTDA.	078027360	Itabuna	000081/2011-2	SUSPENSO POR LIMINAR
PETRÓLEO DO VALLE LTDA.	076325343	Feira de Santana	000341/2011-8 019017/2011-1	DEFERIDO

GAB/SAT, 18 de janeiro de 2011.

Jorge Luiz Santos Gonzaga

Superintendente de Administração Tributária em exercício

Finalmente, considerando que súplica recursal consta pedido de dispensa ou redução da multa por descumprimento da obrigação principal ao apelo da equidade, caso pretenda o atuado, com lastro no art. 159, § 1º, II ou III do RPAF, poderá dirigir esse pleito à Câmara Superior, que é o órgão deste CONSEF com competência material para conhecer e decidir.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232892.0006/11-6**, lavrado contra **POSTOS RENASCER LTDA. (POSTO ATENDEBEM)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.034,77**, 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, 11 de dezembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS