

A. I. N° - 232892.0001/11-4
AUTUADO - POSTOS RENASCER LTDA.
AUTUANTE - HELENA DOS REIS REGO SANTOS
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET 09.08.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0221-05/12

EMENTA:ICMS. 1. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL EFETUADA JUNTO A REMETENTE SUJEITO AO REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO, COM OBRIGATORIEDADE DO PAGAMENTO DO IMPOSTO NO MOMENTO DA SAÍDA DA MERCADORIA. **a)** ATRIBUIÇÃO, AO ADQUIRENTE, DA RESPONSABILIDADE PELO “ICMS NORMAL” DEVIDO PELO REMETENTE DA MERCADORIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** ATRIBUIÇÃO AO ADQUIRENTE, DA RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DA DIFERENÇA DO “ICMS NORMAL” DESTACADO E RECOLHIDO A MENOS PELO REMETENTE DA MERCADORIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O autuado está legalmente responsabilizado pelo recolhimento do ICMS, da forma como consta no Auto de Infração, devendo a Fazenda Pública apenas eximir-se de efetuar a inscrição em dívida ativa e por consequência não proceder à execução do crédito fiscal, até trânsito em julgado da decisão de mérito na esfera judicial, que trará a confirmação ou não da solidariedade entre o remetente das mercadorias e o autuado neste processo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 02/09/2011, lança ICMS no valor histórico de R\$17.854,77, de corrente das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Deixou, o adquirente, 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 por meio de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação, no mês de março de 2011. Lançado ICMS no valor de R\$1.609,77, acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Deixou, o adquirente, de recolher a diferença do ICMS normal, recolhido a menor 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, por meio de nota fiscal com o ICMS destacado a menor e acompanhado do documento de arrecadação correspondente, nos meses de janeiro a abril de 2011. Lançado ICMS no valor de R\$16.245,00, acrescido de multa de 60%.

O autuado apresenta sua impugnação ao Auto de Infração, às fls. 82/86 dos autos. Aduz que não há que se falar em responsabilidade solidária da Impugnante, uma vez que a distribuidora que vendeu a ela os combustíveis não estava enquadrada no referido Regime Especial de Fiscalização, por força de decisão judicial exarada no Mandado de Segurança nº. 0008425-18.2011.805.0001 (cópias anexas); que caso a responsabilidade solidária seja efetivamente mantida,

o que não se espera, a Impugnante possui direito a créditos de ICMS, os quais foram ignorados pela autuação; que o direito à não-cumulatividade está previsto na Constituição Federal (art. 155, § 2º, I), bem como na Lei Estadual do ICMS (7.014/96); requer, também, caso seja mantida a autuação fiscal, o afastamento da aplicação de multa e juros à luz do art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF.

Na informação fiscal, às fls. 109/110 dos autos, a autuante, argumenta que o autuado demonstra conhecer a responsabilidade solidária pela qual foi autuado, que não apresenta nenhuma comprovação da arrecadação relativa ao imposto lançado e que não encontra qualquer elemento que contrarie o Auto de Infração e que já há decisões desta corte conforme Resoluções nºs 0054-05/12 e 0055-05/12, que reconhecem a procedência de autuações semelhantes. Pede procedência da infração.

VOTO

Inicialmente, constato que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, vez que foi identificado o autuado, feita a descrição da infração e o seu enquadramento legal, assim como o demonstrativo do montante lançado como imposto devido.

A defesa se fundamenta na ausência de vínculo obrigacional do autuado em solidariedade ao remetente das mercadorias, por este se encontrar amparado em liminar que suspende o regime especial de fiscalização, o que implicaria em improcedência da autuação, consoante suspensão do vínculo de solidariedade entre remetente e destinatário por conta de ordem judicial.

O Auto de Infração fundamenta-se na responsabilidade solidária tributária advinda do artigo 124 do Código Tributário Nacional (CTN) que no inciso II estabelece que são responsáveis solidários aqueles que *estejam, expressamente, designadas por lei*. No presente caso o artigo 6º, inciso XVI, da Lei 7.014/96, estabelece que os postos revendedores varejistas de combustíveis, passam a responder, solidariamente, pelo pagamento do ICMS devido na aquisição do combustível adquirido junto à remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do imposto, no momento da saída da mercadoria, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação. Assim, está o impugnante com vínculo legal que o obriga a pagar o imposto. Argumenta em sua defesa que tal vínculo estaria desfeito por conta de mandado de segurança apresentado à fl. 87, onde a Juíza da 4ª Vara da Fazenda Pública suspende a aplicação do Regime Especial de Fiscalização à empresa PETROVALLE, fornecedora de combustíveis do autuado, desde o dia 02/02/2011, em data anterior às efetivas operações em comento.

Ocorre, que há decisões transitadas em julgado no Superior Tribunal de Justiça, que contemplam a manutenção do lançamento tributário efetuado mesmo após a concessão de mandado de segurança que implique em suspensão ou desconsideração do *status quo* atribuído pelo fisco aos contribuintes do ICMS, até a decisão de mérito, conforme se depreende do julgamento dos embargos de divergência no ERESP 572.603/PR, onde se entendeu que a “*suspensão da exigibilidade do crédito tributário impede a Administração de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança do seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à sua regular constituição para prevenir a decadência do direito de lançar*” (Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.09.05), pela simples razão de que prejuízo nenhum trará ao autuado até o julgamento do mérito, situação oposta ao do fisco, que ficaria em irreparável prejuízo, em caso de julgamento contrário ao impetrante, em prazo superior ao estabelecido para a decadência do lançamento tributário.

Embora não suscitado pela impugnante tampouco pela autuante, há de se fazer considerações aqui, acerca da eventual repercussão do art. 117 do RPAF, cujo texto diz que “*a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto*”. No caso em lide, a propositura da medida judicial não foi feita pelo sujeito passivo, mas pelo remetente das

mercadorias, que não figura no polo passivo da relação tributária evidenciada neste processo, razão pela qual não considero prejudicada a impugnação.

Quanto ao pedido de aproveitamento do crédito tributário pelas operações anteriores, em respeito ao princípio da não-cumulatividade, a situação aqui tratada se reporta a uma imputação por solidariedade tributária, onde presumidamente, nas operações que antecederam a emissão da nota fiscal com a mercadoria destinada ao impugnante, foi lançado o crédito pela distribuidora em sua própria escrituração. O princípio da não-cumulatividade visa a evitar que a tributação incida sobre o próprio imposto cobrado anteriormente, de forma que nas diferentes fases de comercialização, a alíquota seja incidente apenas sobre o valor agregado na operação, isentando-se as operações anteriores de nova tributação, do contrário haveria uma imensa distorção no preço final da mercadoria. A operação que resultou nesta infração, já está na última fase da cadeia de distribuição, pois se entende que o posto de combustível irá vender o produto a consumidor final, repassando o custo dos impostos incidentes ao consumidor, e não mais irá revendê-lo a outro varejista, não havendo que se falar em cumulatividade, se a venda do combustível não será feita a outro contribuinte de ICMS e assim, não vislumbro possibilidade de acolher tal pedido. Se operações sucessivas houvesse, com nova incidência de ICMS, caberia ao autuado lançar o Auto de Infração a crédito em sua conta corrente fiscal, de forma a pagar na operação seguinte, apenas o imposto decorrente do valor agregado à nova comercialização.

Quanto ao pedido de redução de multa, o art. 159 do RPAF, concede à Câmara Superior, competência para redução de multa, observadas as condições do parágrafo 1º e seus incisos. Logo, não compete a esta JJF contemplar tal pedido.

Portanto, o autuado está legalmente responsabilizado pelo recolhimento do ICMS, da forma como consta no Auto de Infração, devendo a Fazenda Pública apenas eximir-se de efetuar a inscrição em dívida ativa e, por consequência, não proceder à execução do crédito fiscal, até trânsito em julgado da decisão de mérito na esfera judicial, que trará a confirmação ou não da solidariedade entre o remetente das mercadorias e o autuado neste processo.

Do exposto, como as razões de defesa não conseguiram elidir as imputações, 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 **232892.0001/11-4**, lavrado contra **POSTOS RENASCER LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.854,77**, 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, 27 de Julho de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSE LANDIN – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR