

A. I. Nº - 281394.0906/11-6
AUTUADO - AUTO POSTO SANTA LÚCIA LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
INTERENET - 19.09.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0225-04/12

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ATRIBUIÇÃO AO ADQUIRENTE, DA RESPONSABILIDADE PELO “ICMS NORMAL” DEVIDO PELO REMETENTE DA NORMAL, NA AQUISIÇÃO DE MERCADORIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO “ICMS DE COMBUSTÍVEL” EFETUADA A REMETENTE SUJEITO A REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO, COM OBRIGATORIEDADE DO PAGAMENTO DO IMPOSTO NO MOMENTO DA SAÍDA DA MERCADORIA. Restou comprovado nos autos que a distribuidora de combustíveis, fornecedora da autuada, se encontrava suspensa do Regime Especial de Fiscalização por força de liminar concedida em Mandado de Segurança, cuja ciência pela Secretaria da Fazenda ocorreu no dia 03 de fevereiro de 2011, momento em que o autuado não mais se submete à responsabilidade solidária invocada na autuação. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 19/09/2011, exige ICMS no valor total de R\$10.875,69, por meio das seguintes infrações:

1. Deixou, o adquirente, de recolher 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 de mercadoria, em vista do recebimento da mercadoria através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação. Valor Histórico: R\$3.342,57 – Multa de 60%.
2. Deixou o adquirente de recolher a diferença do ICMS normal, recolhido a menos devido por responsabilidade solidária na operação de aquisição de combustíveis, 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 menor e acompanhada do documento de arrecadação correspondente. Valor Histórico: R\$7.533,12 – Multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, fls. 17/22, suscita a preliminar de nulidade em relação à ausência de responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto, haja vista que por meio do Comunicado da SAT Nº 0001/2011 (cópia anexada), fl. 45, constante no site da SEFAZ/BA, havia a informação de que o Regime Especial de Fiscalização e Pagamento aplicado à distribuidora de combustíveis estava “Suspensos por Liminar” – fls. 46/48. Portanto, como a distribuidora da qual adquiriu os produtos não estava sujeita ao Regime Especial, não há que se falar na cobrança do ICMS diretamente do posto de combustível.

Reproduz o teor do art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96, e argumenta que tem direito ao crédito fiscal, caso a responsabilidade solidária seja efetivamente mantida, os quais foram ignorados pela autuação, créditos fiscais do ICMS que já foram pagos nas operações anteriores, pois na aquisição da mercadoria pela distribuidora de combustíveis, ela fazia jus ao crédito relativo às operações anteriores, incluindo, o tributo recolhido na própria operação de venda da Usina para a Distribuidora.

Destarte, se está sendo responsabilizada por um débito de terceiro, assim, também faz jus aos créditos fiscais a que este tem direito, com isso, se a distribuidora tem créditos fiscais não considerados, o autuado tem direito de vê-los abatidos do suposto débito, sendo que tal procedimento está amparado pelo princípio da não-cumulatividade do ICMS. Transcreve os arts. 28 e 29 do ICMS, bem como expõe o art. 155, § 2º, I da CF - direito à não-cumulatividade e, o art. 114 do RICMS.

Prosegue afirmando que deveria a autuação ter considerado o valor referente ao creditamento do ICMS em favor do autuado para que fosse calculado o tributo supostamente devido (encontro débitos-créditos), o que não foi feito.

Na questão das multas e encargos, requer que seja afastada a sua aplicação, uma vez que, em nenhum momento, agiu de má-fé nem praticou qualquer infração que merecesse ser apenada, à luz do art. 159, § 1º, inciso II e/ou III do RPAF.

Por fim, pede pela improcedência do Auto de Infração.

Na fl. 52, o autuante presta informação fiscal, e mantém a autuação.

VOTO

O presente Auto de Infração exige imposto em decorrência da falta de recolhimento do ICMS normal, bem como a diferença do ICMS normal, recolhido a menos, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, etanol hidratado, adquirido junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização, com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, relativamente às Notas Fiscais nºs 44487, 45087, 45530, 45721, 46025, 46271, 46414, consoante a intimação de fl. 05.

O sujeito passivo, nas razões de defesa, observa que não há que se falar em responsabilidade solidária da autuada, uma vez que a distribuidora que lhe vendeu 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.

Da análise dos elementos que compõem o PAF, vejo que consta às fls. 46/48, cópia do mencionado instrumento, em que processo impetrado pela empresa PETROVALLE – Petróleo do Valle Ltda., o Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública, prolatou a Decisão nos seguintes termos: “...tenho como presentes os pressupostos autorizadores do deferimento liminar da medida – relevância do pedido e possibilidade de dano irreparável - e, com base no art. 7º, III, da lei nº 12.016/2009, concedo a liminar requerida para determinar a Autoridade apontada como Coatora suspenda a aplicação do regime especial de fiscalização e pagamento, até ulterior deliberação”.

Vejo ainda, que consta cópia de documento à fl. 46, onde foi dado ciência desta Decisão ao Superintendente da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia em 03.02.2011.

A acusação fiscal deve-se ao fato de a distribuidora que vendeu álcool hidratado à autuada se encontrar em Regime Especial de Fiscalização, tendo como consequência o pagamento do ICMS antecipado para o momento da saída do produto, conforme estabelece o art. 6º, inc. XVI, da Lei nº 7014/96, sujeitando-se o posto revendedor à solidariedade pela obrigação tributária, que não foi corretamente cumprida pela distribuidora do etanol, no tocante ao ICMS normal.

No caso em análise a distribuidora é a empresa Petróleo do Valle Ltda., que por força da mencionada liminar, se encontra suspensa do Regime Especial de Fiscalização. Por consequência, cai por terra a responsabilidade solidária atribuída ao posto revendedor varejista, a partir da data de ciência da autoridade competente na SEFAZ. Ou seja, a partir de 03 de fevereiro de 2011, as empresas revendedoras de combustíveis, clientes da Petróleo do Valle Ltda., não mais se submetem à solidariedade da obrigação tributária, não cumprida pela mencionada distribuidora, enquanto vigente estiver a mencionada liminar.

Como a autuação registra as ocorrências de fatos geradores anteriores a 03 de fevereiro de 2011, cabe-me apreciar o mérito relativamente a tais ocorrências.

Inicialmente constato que no auto de infração em lide na sua lavratura, o auditor fiscal obedeceu aos ditames do art. 39 do RPAF/99, o princípio do contraditório foi observado, e o sujeito passivo de forma ampla exerceu seu direito de defesa, portanto encontra-se apto a sustir seus efeitos jurídicos e legais.

No mérito, o presente lançamento encontra sua motivação 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.

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. Ademais, 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 há razão para 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 § 1º e seus incisos. Logo, não compete a esta JJF contemplar tal pedido.

Portanto, o autuado é responsável legal pelo recolhimento do ICMS, na forma como consta no demonstrativo fiscal, fls. 3 a 4, referente às ocorrências do mês de janeiro até 02 de fevereiro de 2011, que na infração 01 perfaz o total de R\$ 1.586,31, com data de ocorrência de 20/01/2011, e excluídos os valores cujos fatos geradores ocorreram a partir da vigência do Mandado de Segurança.

Voto pelo PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281394.0906/11-6, lavrado contra **AUTO POSTO SANTA LÚCIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.586,31**, 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, 31 de agosto de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA