

A. I. Nº - 232892.0002/11-0
AUTUADO - R & R COMBUSTÍVEIS LTDA
AUTUANTE - HELENA DOS REIS REGO SANTOS
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET 25.09.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0267-05/12

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. IMPOSTO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA. RECOLHIMENTO A MENTOR. O art. 6º, inciso XVI, da Lei 7.014/96, atribui ao posto revendedor varejista a responsabilidade pelo pagamento do ICMS, em relação ao combustível adquirido junto a 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. Sujeição ao Regime Especial de Fiscalização e Pagamento dos remetentes publicados no DOE e constante do site da SEFAZ nos termos do artigo 47, inciso I e II da Lei nº 7.014/96. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 02/09/2011, para constituir crédito tributário no valor de R\$17.179,29, acrescido de multa de 60%, por ter deixado 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 normal no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento da mercadoria através de Nota Fiscal nºs 44632, 44801, 45063, 45109, 45254, 45458, 45651, 45867, 46161, 46387, 46525, e 46738, conforme descrito na intimação acostada aos autos à fl. 04, tendo como fornecedor a empresa Petróleo do Valle Ltda.

O autuado apresenta defesa administrativa às fls. 86/90, com documentos anexos acostados aos autos, contestando integralmente o Auto em tela, pelas razões que passo a expor.

Preliminarmente diz que não merece subsistir o Auto de Infração, uma vez que não houve qualquer infração à legislação tributária por parte da impugnante, pois, na descrição dos fatos, foi relatado que teria deixado de recolher a diferença devido em virtude de ICMS recolhido a menor, em virtude de sua suposta condição de responsável solidária por ter adquirido combustível de distribuidora sujeita a Regime Especial de Fiscalização.

Ocorre, diz o autuado, 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, na forma das cópias anexas às fls. 07/09. Neste sentido, alega que, como a distribuidora da qual adquiriu os produtos por ela comercializados não estava sujeita ao Regime Especial citado, não há que se falar na cobrança do ICMS diretamente do posto de combustível, conforme depreende o art. 6º, inciso XVI, da Lei 7.014/96 que o descreve. Protesta pela improcedência da autuação por entender que não seja responsável solidária pelo recolhimento do ICMS no caso da autuação.

Consigna o autuado que, caso a responsabilidade solidária seja efetivamente mantida, possui direito a créditos de ICMS, os quais foram ignorados pela autuação. Diz que o Fisco estadual está

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

Conclui, então, se 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 diz que está amparado pela não cumulatividade do ICMS, previsto na Constituição Federal (art. 155, § 2º, I) e cita os art. 28 e 29 da Lei 7.014/96, bem como o art. 114 do RICMS/BA.

Por fim, caso se entenda pela manutenção da autuação, o que não se espera, diz o autuado, requer que 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 III do RPAF, que o cita.

Requer então, que o Auto de Infração impugnado seja julgado improcedente, diante da ausência de responsabilidade solidária da impugnante, subsidiariamente, caso se entenda pela existência de responsabilidade solidária, o que não se crê, 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, ainda mais, requer o afastamento da aplicação de multa e juros, à luz do quanto dito acima.

A fiscal autuante em sua informação fiscal a fl. 117/118 trás inicialmente a informação de que na lavratura do auto de infração foram considerados todos os documentos fiscais e de arrecadação do ICMS apresentados pelo contribuinte, conforme demonstrativos analíticos de débitos acostados aos autos às fls. 77/83. Complementa dizendo que o autuado foi sujeito à ação fiscal que se trata, por adquirir álcool etanol hidratado em contribuinte sujeito ao Regime Especial de Fiscalização. Alega que o autuado forneceu a fiscalização comprovante de parte do recolhimento do ICMS normal devido por ocasião da operação. A diferença entre o ICMS devido e o recolhido é o objeto desta autuação.

Diz ainda, que o autuado demonstra conhecimento da responsabilidade solidária pela qual foi autuado. Alega que na defesa do autuado não encontra qualquer elemento que contraria o competente Auto de Infração lavrado. Cita decisões dessa corte em julgado semelhante ao objeto da autuação, conforme Resolução nº 0054-05/12 e 0055-05/12. Pede pelo julgamento total procedente do Auto de Infração em tela.

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculos apurados consoantes os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Verifico que foi imputado ao contribuinte autuado R&R Combustíveis Ltda, por responsabilidade solidária, o cometimento de 01 (uma) infração. Trata-se de operações de aquisição de combustível por posto revendedor varejista junto a fornecedor sujeito ao Regime Especial de Fiscalização no 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;

Combinado com o art. 6º, inciso XVI do mesmo diploma legal, o fiscal autuante aplicou as 04(quatro) infrações ora combatidas, por entender que o autuado, é responsável solidariamente pelo cumprimento da obrigação do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria e demais acréscimos legais, de competência do contribuinte direto, em vista de operações de aquisições de combustíveis, junto a sujeito passivo integrante do regime especial de fiscalização. Diz o 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.

A autuação se apresenta como um caso 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 Tributação, 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.

A infração, objeto de análise do presente processo administrativo fiscal, se relaciona as operações de aquisições de combustíveis pelo autuado R&R Combustíveis Ltda ME, junto ao fornecedor Petrovalle Petróleo do Valle Ltda integrante do Regime Especial de Fiscalização da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e diz respeito a recolhimento a menor do ICMS normal pelo remetente, referente as operações de aquisições de combustível através das Notas Fiscais nºs 44632, 44801, 45063, 45109, 45254, 45458, 45651, 45867, 46161, 46387, 46525, e 46738, 22726 relacionadas na intimação (fl. 04), correspondentes aos DANFE's e documentos de arrecadação das operações competentes acostados às fls. 06/77.

Compulsando o demonstrativo dos valores a pagar por NF-e pelo posto revendedor, no caso específico R&R Combustíveis Ltda ME, por responsabilidade Solidária na forma do art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96, (fls. 77/83) constata-se a efetiva diferença entre os valores do ICMS normal calculados e o valores pagos por DAE's no montante recolhido a menor de R\$ 17.179,29, conforme destacado no demonstrativo de débito da infração 01. Por outro lado, relativamente a comparação entre os valores do ICMS ST calculados e o valores pagos por DAE's, não se observa diferença, ou seja, o fornecedor Petróleo do Valle Ltda recolheu o imposto devido por substituição tributária, de sua obrigatoriedade de pagamento, no momento da saída da mercadoria de seu estabelecimento no que depreende o inciso I do art. 47 da Lei nº 7.014/96.

O autuado em toda sua manifestação de defesa não questiona o montante do debito tributário, nem tampouco o demonstrativo de apuração débito constituído acostados aos autos às folhas 77/83. Toda a manifestação de defesa é relacionada a ausência de responsabilidade solidária, obediência ao principio da não-cumulatividade o que requer o creditamento de ICMS de todas as fases do processo de circulação da mercadoria até a aquisição pelo posto de combustível, sujeito passivo da obrigação tributaria do caso em exame, assim como o afastamento da aplicação de multa e juros na autuação à luz da afirmação de que em nenhum momento agiu de má fé, nem praticou qualquer infração que merecesse ser penalizada.

Em relação a obediência ao princípio da não-cumulatividade, *que consiste em compensar o valor do imposto devido em cada operação com o montante do imposto incidente nas operações anteriores*, à luz do entendimento do autuado, por falta de aproveitamento dos créditos fiscais no cálculo do ICMS próprio do fornecedor do combustível, não acolho os argumentos suscitado, já que em nenhum momento a Fazenda Publica do Estado da Bahia, com a instituição do Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS, objetivou tirar o direito da compensação do imposto incidente nas operações anteriores.

Na realidade o que se pretendeu com a instituição do regime, é de que o fornecedor do produto, no caso as distribuidoras, comprovem efetivamente o recolhimento do imposto lançado no livro fiscal competente, conforme cada operação de venda de combustível dentro de uma política de ação fiscal transitória. Entende-se que todas as operações objeto da autuação foram lançadas nos livros fiscais competentes.

Desta forma, as compensações relacionadas ao princípio da não-cumulatividade foram efetivadas. Portanto sem nenhuma incursão contra o citado princípio. O que se está cobrando na autuação são valores de ICMS normal destacado na Nota Fiscal e, por conseguinte lançado no livro fiscal devido, porém recolhido a menor pelo fornecedor da mercadoria. Então, por conta do art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96 se transferiu à responsabilidade do pagamento do ICMS normal 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.

É o que ocorreu. Operação de aquisição de mercadoria pelo Autuado, junto ao fornecedor Petróleo do Valle Ltda, relativo às Notas Fiscais discriminadas no documento de intimação acostada à fl. 4, relativo ao período da ação fiscal de 01/01/2011 a 30/04/2011, com recolhimento do ICMS normal pago a menor. Caberia sim, em relação ao pagamento efetivo das autuações, objeto do Auto de Infração em tela, pelo autuado, o repasse dos respectivos documentos de arrecadação ao fornecedor Petróleo do Valle Ltda, para que, em uma ação fiscal futura da Fazenda Publica Estadual nesse contribuinte, não seja cobrado em duplicidade tais impostos, uma vez que esses impostos estão lançados em seus livros fiscais sem o efetivo recolhimento do imposto ou com recolhimento do imposto a menor.

Quanto ao afastamento da aplicação de multa e juros na autuação, à luz da afirmação de que em nenhum momento agiu de má fé, nem praticou qualquer infração que merecesse ser penalizada. Destaco que a legislação prevê, no lançamento de ofício, multas, com juros de mora conseqüente, todas tipificadas no Capítulo V da Lei nº 7.014 de 04/12/1996, que trata do ICMS, por descumprimento de obrigação principal, bem como de obrigação acessória, em decorrência da inobservância de qualquer disposição contida na legislação, em que extrapola a competência deste julgado afastar sua aplicação.

Relativamente a ausência de responsabilidade solidária aventada pelo contribuinte R&R Combustíveis Ltda – ME, sujeito passivo da obrigação tributária, objeto do Auto de Infração nº 232892.0002/11-0 em tela, não logra êxito. O artigo 124 do CTN é bem claro na definição das pessoas solidárias na situação que constitua fato gerador da obrigação tributária. São as que tenham interesse comum e expressamente designado em lei. Ora, o art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96 é taxativo em estabelecer que o posto revendedor varejista de combustíveis, no caso específico a empresa R&R Combustíveis Ltda – ME, é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, 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 a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação.

A empresa Petróleo do Valle Ltda estava, na ocorrência do fato gerador, sujeito ao regime especial de fiscalização determinado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, através do

Comunicado SAT nº 003 de 30/06/2011, com publicação no Diário Oficial do Estado da Bahia, podendo ser acessado através do site www.sefaz.ba.gov.br acionando os campos: *Inspetoria Eletrônica>Regime Especial>Comunicado*, em conformidade com o princípio da publicidade intrínseco da matéria tributária em que se assenta a presente autuação.

Não obstante essas considerações, sobre a ausência de responsabilidade solidária aventada pelo autuado, sabe-se que, nas datas das ocorrências destacadas na ação fiscal, a empresa Petróleo do Valle Ltda, I.E. 076325343, integrante do regime especial de fiscalização e pagamento por ato do titular da Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda, estava amparada pela ação de Mandado de Segurança (fl. 92/94), constituído através do Processo nº 0008425-18.2011.805.0001 da 4ª Vara da Fazenda Publica do Estado da Bahia, que concede, em 02/02/2011, a liminar requerida para determinar o Fisco Estadual à suspensão da aplicação do regime especial de fiscalização e pagamento, até ulterior deliberação.

Nesse aspecto, também não logra êxito a assertiva do autuado de ausência de responsabilidade solidária em relação à autuação, por conta da Petróleo do Valle Ltda estar amparada pela ação de Mandado de Segurança de suspensão da aplicação do regime especial de fiscalização e pagamento, já que o fato da operação estar amparada em decisão liminar não invalida a ação fiscal, uma vez que os efeitos da ação de mandado de segurança é de suspensão da exigibilidade do credito tributário, mas não de seu lançamento. Corrobora ainda nosso entendimento, a disposição do inciso V do art. 151 do CTN de que a suspensão da exigibilidade do credito tributário, decorrente de liminar concedida em mandado de segurança, apenas tem efeito de suspender o ajuizamento da ação fiscal, mas não de impedir o lançamento do imposto.

Ademais destaco a sentença proferida pela 4ª Vara da Fazenda Publica do Estado da Bahia, datada de 16/07/2012, relativo ao Mandado de Segurança constituído através do Processo nº 0015805-92.2011.805.0001, impetrado pela Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda e outro, com assunto semelhante ao objeto do presente processo administrativo fiscal, onde foi denegada a segurança buscada, revogando a liminar concedida, diante da falta de direito líquido a ser reparada, com a conseqüente extinção do processo sem resolução do mérito.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232892.0002/11-0** lavrado contra **R&R COMBUSTÍVEIS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.179,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR