

A. I. Nº - 232892.0008/11-9
AUTUADO - J.J.L. DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - HELENA DOS REIS REGO SANTOS
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 27.12.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0300-02/12

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **a)** IMPOSTO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA. **a.1)** FALTA DE PAGAMENTO. **a.2)** PAGAMENTO A MENOR. 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. Contribuinte comprova que na data da ocorrência do fato gerador da ação fiscal não estava enquadrada no regime especial de fiscalização por força de decisão judicial exarada por Mandado de Segurança. Infração elidida. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 05/09/2011, constitui crédito tributário no valor de R\$7.145,37, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 01 – 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 da mercadoria, em vista do recebimento da mercadoria através de Nota Fiscal desacompanhada do documento de arrecadação, em janeiro de 2011. Exigido ICMS no valor de R\$3.192,00, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 02 – Deixou o adquirente de recolher a diferença do ICMS Normal, recolhido a menor 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 ICMS destacado a menor e acompanhada do documento de arrecadação correspondente, relativo aos meses de março e abril de 2011. Exigido ICMS no valor de R\$7.145,37, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresenta defesa administrativa às fls. 32/36, 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 por ausência de responsabilidade solidária. Diz que, na descrição dos fatos constantes da atuação, foi relatado que a impugnante ora não recolheu o ICMS normal, ora deixou de recolher a diferença devida em

virtude de ICMS recolhido a menor, dado a sua suposta condição de responsável solidária por ter adquirido combustível de distribuidora sujeita a Regime Especial de Fiscalização.

Assevera que não há que se falar em responsabilidade solidaria, uma vez que a distribuidora, de quem adquiriu 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.

Assim, destaca que, como a distribuidora da qual adquiriu os produtos por ela comercializados, não estava sujeita ao Regime Especial, não há que se falar na cobrança do ICMS diretamente do posto combustível, conforme preconiza o art. 6º, inciso XVI, da Lei nº 7.014/96, que o cita. Desta forma, protesta pela improcedência da autuação, uma vez que a impugnante não é responsável solidária pelo recolhimento do ICMS no caso dos autos.

Em segundo plano, o direito ao crédito objeto das operações anteriores. Não obstante o quanto afirmado no tópico anterior, pede registrar que, caso a responsabilidade solidaria seja efetivamente mantida, o que não se espera, a impugnante diz possuir direito a créditos de ICMS, os quais foram ignorados pela autuação.

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

Assim, afirma que, se está sendo responsabilizada solidariamente por um débito de terceiro, ela também faz jus aos créditos fiscais a que este tem direito. Complementa afirmando que, se a distribuidora tem créditos fiscais não considerados, ela tem direito de vê-los abatidos do suposto débito. Finaliza dizendo que tal procedimento está amparado pela não cumulatividade do ICMS, previsto Constituição Federal (art. 155, § 2, I), na Lei estadual do ICMS (Lei nº 7.014/96), bem como no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (Decreto nº 6.284/97), onde os citam.

Por fim, caso se entenda pela manutenção da autuação, o que não espera, requer que seja afastada a aplicação de multa e dos juros, uma vez que em nenhum momento agiu de má fé, nem praticou qualquer infração que merecesse ser penalizada à luz do art. 159, §1º, inciso II e III do RPAF.

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 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. 48/49 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, com cópias fornecidas para o contribuinte (fls. 24/27. Complementa dizendo que o autuado foi sujeito à ação fiscal que se trata de ICMS Regime Especial de Fiscalização, responsabilidade por solidariedade na aquisição de álcool etanol hidratado, pela falta de comprovação pelo remetente do combustível, do recolhimento do ICMS normal. Em algumas aquisições o remetente recolheu parte do ICMS normal.

Diz que o autuado demonstra conhecimento da responsabilidade solidária pela qual foi autuado. Alega que se pode verificar que em nenhum instante o autuado apresenta a comprovação da arrecadação relativa ao imposto, a que fora sujeito conforme o auto de infração lavrado.

Assevera que a falta de conhecimento não descaracteriza a ação fiscal, pelo que cita o art. 40, § 1º e 2º da Lei nº 7.014/96. Por outro lado, afirma que não há cumulatividade se não houve comprovação do recolhimento do imposto em duplicidade.

Conclui afirmando que na defesa não encontra qualquer elemento que contraria o competente Auto de Infração lavrado. Cita decisões dessa corte em julgado semelhante ao objeto da autuação, conforme Acórdão nº 0054-05/12 e 0055-05/12. Pede pelo julgamento total procedente do Auto de Infração em tela.

Às fls. 62 a 63 do PAF, constam documentações apensados pela Secretaria Administrativa do CONSEF, em atendimento nossa solicitação, que comprovam a suspensão do Regime Especial de Tributação e Pagamento, através de liminar amparados por ação de Mandado de Segurança, relativo às distribuidoras Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda (I.E. 77804511) e Petrovalle Petróleo do Valle Ltda (I.E. 76325343) no período da ação fiscal objeto da presente lide.

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi identificada 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 J.J.L. Derivados de Petróleo Ltda, por responsabilidade solidária, o cometimento de 02 (duas) infrações. 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 02(duas) 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.

Dispõe 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 J.J.L. Derivados de Petróleo Ltda., junto aos fornecedores Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda (I.E. 77804511) e Petrovalle Petróleo do Valle Ltda (I.E. 76325343) integrantes do Regime Especial de Fiscalização da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e diz respeito a falta de recolhimento e recolhimento a menor do ICMS normal pelo remetente, referente as operações de aquisições de combustível através das Notas Fiscais nºs 5980, 46098, 46290 e 46758 relacionadas na intimação (fls. 04-05), correspondentes aos DANFE's e documentos de arrecadação das operações competentes acostados às fls. 06-27.

Compulsando o demonstrativo dos valores a pagar por NF-e pelo posto revendedor, no caso específico J.J.L. Derivados de Petróleo Ltda, por responsabilidade Solidária na forma do art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96, (fls. 24-27) constata-se a efetiva falta de recolhimento do ICMS normal relativo à NF nº 5980 emitida pela Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda. (I.E. 77804511) no valor de R\$ 3.192,00, bem como se constata as diferenças apuradas entre os valores do ICMS normal calculados e o valores pagos por DAE's no montante recolhido a menor de R\$ 7.145,37, correspondente as NF nº 46098, 46290 e 46758 todas emitidas pela Petrovalle Petróleo do Valle Ltda (I.E. 76325343), conforme destacado nos demonstrativos de débitos da infração 01 (fl. 24) e infração 02 (fls. 25-27) respectivamente.

O autuado em toda sua manifestação de defesa não questiona o montante do débito tributário, nem tampouco demonstrativo de apuração débito constituído acostados aos autos às folhas 24-27. Toda a manifestação de defesa é relacionada à ausência de responsabilidade solidária, obediência ao princípio 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 à 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 calculo 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 destacados na Nota Fiscal e, por conseguinte lançado no livro fiscal devido, porém não recolhido ou 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 não recolhido ou 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 aos fornecedores Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda (I.E. 77804511) e Petrovalle Petróleo do Valle Ltda (I.E. 76325343), relativo às Notas Fiscais discriminadas no documento de intimação acostada às fls. 04-

05, relativo ao período da ação fiscal de 01/01/2011 a 30/04/2011, com falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS normal. Caberia sim, em relação ao pagamento efetivo das referidas autuações pelo autuado, objeto do Auto de Infração em tela, o repasse dos respectivos documentos de arrecadação aos fornecedores Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda (I.E. 77804511) e Petrovalle Petróleo do Valle Ltda (I.E. 76325343) para que, em uma ação fiscal futura da Fazenda Pública Estadual nesses contribuintes, 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 J.J.L. Derivados de Petróleo Ltda, 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 combustível, no caso específico a empresa J.J.L. Derivados de Petróleo Ltda, 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.

As empresas Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda (I.E. 77804511) e Petrovalle Petróleo do Valle Ltda (I.E. 76325343) estavam, na ocorrência do fato gerador da autuação, sujeito ao regime especial de fiscalização determinado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, através do Comunicado SAT nº 001 de 18/01/2011, 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 responsabilidade tributária do contribuinte autuado J.J.L. Derivados de Petróleo Ltda, sabe-se que, nas datas das ocorrências destacadas na ação fiscal, tanto a empresa Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda (I.E. 77804511), quanto a empresa Petrovalle Petróleo do Valle Ltda (I.E. 76325343), integrante do regime especial de fiscalização e pagamento por ato do titular da Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda acima citado, estavam com o regime suspensos por liminar amparados por ação de Mandado de Segurança, conforme destacado no próprio Comunicado SAT nº 001 para a empresa Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda, bem como através do Processo nº 0008425-18.2011.805.0001 da 4ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia em relação a empresa Petrovalle Petróleo do Valle Ltda, concedido em 02/02/2011, com ciência da autoridade tributária competente em 03/02/2011.

No caso objeto da presente lide, tanto na data de ocorrência do item da infração 01, quanto nas datas de ocorrências dos itens da infração 02, as empresas Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda (I.E. 77804511) e Petrovalle Petróleo do Valle Ltda (I.E. 76325343) distribuidoras das quais o Contribuinte Autuado J.J.L. Derivados de Petróleo Ltda, adquiriu os combustíveis, estavam com Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS suspenso através de liminares amparados por ação de Mandado de Segurança.

Portanto, não logra êxito a aplicação do art. 6º, inciso XVI, da Lei nº 7.014/96 para adquirentes de combustíveis junto as distribuidoras, Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda (I.E. 77804511) e Petrovalle Petróleo do Valle Ltda (I.E. 76325343) enquanto viger a ação de Mandado de Segurança que suspende o regime especial. Nesse aspecto, tanto a Infração 01, quanto a Infração 02 são insubsistentes por força de decisão judicial.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232892.0008/11-9** lavrado contra **J.J.L. DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2012.

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO– PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA– JULGADOR