

PROCESSO - A. I. Nº 020778.0805/11-9
RECORRENTE - MOTA BARBOSA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTOS DOIS IRMÃOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0076-04/12
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 01.04.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0113-13/13

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. COMBUSTÍVEIS ADQUIRIDOS DE FORNECEDORES SUJEITOS A REGIMES ESPECIAIS SEM OS RESPECTIVOS COMPROVANTES DE RECOLHIMENTO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O distribuidor detinha a condição de “Suspendido por Liminar”, restando que, não estando enquadrado por força judicial ao Regime Especial de Fiscalização, para fatos posteriores a 01 de fevereiro de 2011 não estava obrigado ao pagamento do ICMS Regime Normal por antecipação, junto às remessas de combustíveis. Infração parcialmente elidida após revisão fiscal, que considerou os pagamentos previamente efetuados e deduzidos os valores com data posterior a 01/02/2011. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de apreciar o Recurso Voluntário em relação à Decisão relativa ao Auto de Infração lavrado em 02/08/2011 exigindo ICMS no valor histórico de R\$ 18.765,43, sob a acusação do cometimento de duas irregularidades sendo objeto deste Recurso apenas a infração 1 abaixo transcrita.

INFRAÇÃO 1 – Deixou o adquirente de recolher ICMS normal, devido por responsabilidade solidária nas operações de aquisição de combustíveis junto a remetentes sujeitos a Regime Especial de Fiscalização, com obrigatoriedade de pagamento no momento da saída, em vista do recebimento das mercadorias através de notas fiscais desacompanhadas dos documentos de arrecadação. Valor exigido de R\$ 14.568,44 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Em seu relato, a i. JJF diz que o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descrevendo na peça inicial os ilícitos fiscais, indicando com documentos e demonstrativos, seus dados e cálculos, bem como os dispositivos infringidos, inclusive o da multa proposta, perfeitamente adequados aos fatos em análise (arts. 6º, XVI, 47, I e II e 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96).

Diz não identificados o “*bis in idem*”, a falta de motivação do ato administrativo, a violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal. Foi observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, consoante a impugnação e a revisão efetuada pelo auditor, da qual resultou o afastamento da segunda infração e a redução da primeira.

Julga pelo afastamento da preliminar de nulidade.

Dado que o processo administrativo fiscal encontra-se devidamente instruído, sem omissões, que enseje a necessidade de esclarecimento técnico, indefere o pleito de diligência ou perícia.

Situa o lançamento amparado nos artigos 6º, XVI e 47, I da Lei nº 7.014/96, os quais estatuem a obrigatoriedade do pagamento do imposto denominado normal e daquele outro devido por substituição; alega não haver exigência em duplicidade, visto que as naturezas dos tributos são distintas.

Cita que de acordo com o art. 167, I do RPAF/99, a instância primeira não possui atribuição legal para declarar inconstitucionalidade.

Passa ao mérito para primeiramente observar não haver provas nos autos, de que todas mercadorias compreendidas na autuação transitaram com o imposto pago, contrariamente à impugnação. Os elementos no processo indicam terem havido sem o prévio recolhimento do imposto, embora conforme exposição em sequência, o autuante tenha corretamente elidido a segunda infração e modificado a primeira, de R\$ 14.568,44 para R\$ 13.921,98.

Cita a Lei nº 7.014/96, no seu art. 6º, XVI, que dispõe sobre a responsabilidade solidária entre postos revendedores de combustíveis e remetentes sujeitos a regimes especiais de fiscalização e pagamento, no que diz respeito ao imposto e demais acréscimos legais devidos por estes últimos nas aquisições desacompanhadas dos respectivos documentos de arrecadação.

Aduz não caber o benefício de ordem (exigir primeiramente do vendedor remetente), pois o que é devido por solidariedade pode ser cobrado em qualquer ordem, de um dos responsáveis. E que o texto legal, não dispõe de limites no sentido de que o pagamento do ICMS por substituição afaste a exigência do normal; e o mesmo acerca de eventuais operações de aquisição pelo distribuidor junto às refinarias e suas respectivas consequências tributárias.

Segue comentando que aquele que vende combustíveis a postos revendedores, desde que sujeito a regime especial de pagamento e fiscalização, deve observar o citado comando legal e fazer com que a operação seja acompanhada dos documentos de arrecadação.

Observam os i. Julgadores que frente aos comprovantes colacionados às fls. 131 e 132, foi reduzida a infração 1, visto que restaram apenas algumas (não todas) aquisições de combustíveis de fornecedor sujeito a regime especial de fiscalização e pagamento sem o acompanhamento dos documentos de arrecadação correspondentes. Assim o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu ilegalmente, por não provar de que a obrigação tributária foi adimplida por completo, nos termos do art. 6º, XVI da Lei nº 7.014/96.

Observam que no demonstrativo original (fls. 04 a 19), não foram considerados os recolhimentos com valores de R\$ 345,96 (nota fiscal 46.075, 17/03/2011) e R\$ 300,50 (nota fiscal 46.607, 07/04/2011). Com a dedução dessas quantias, a infração 1 fica parcialmente elidida de R\$ 14.568,44 para R\$ 13.921,98.

Julgam pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

O Recurso Voluntário apresentado tempestivamente pelo patrono do recorrente inicia por fazer remissão à Decisão na qual a i. 4ª.JJF à unanimidade julgou procedente em parte o Auto de Infração em testilha. Alude que não foi considerado o quanto exposto na irresignação inicial, portanto espera a reforma do julgado e a nulidade da acusação passiva.

Transcreve postulados de direito, relativos à Lei nº 7014/96, seus artigos 6º, XVI, 47, I e II, 42, II, “F”.

Adentra à nulidade do Auto de Infração, relativamente à ausência de documentos relativos à infração 1, citando a CF artigo 5, LV “*Aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes*”.

Passa ao mérito do lançamento, dizendo que o ICMS cobrado nesta ação foi anteriormente recolhido, no momento correto, pela Petróleo do Valle Ltda. Com referência à multa aplicada, diz não caber porquanto não reside a hipótese de descumprimento da obrigação principal.

Retornando à análise da responsabilidade solidária, transcreve inciso II do art. 124 do CTN, o qual considera que são solidariamente responsáveis (obrigadas) as pessoas expressamente designadas em Lei. Isto posto, conclui que ocorrendo o pagamento por umas das pessoas solidariamente obrigadas, não poderá o fisco exigir o pagamento da outra obrigada. Cita e transcreve, ainda sobre o tema, o art. 125 do CTN, que em seu inciso I rege “*o pagamento efetuado por um dos obrigados, aproveita aos demais*”.

Transcreve Decisões dos Tribunais acerca do Bis-in-idem, REsp 1001779/DF, Resp204159/RJ.

Conclui pelo equívoco da SEFAZ, violando o próprio RICMS/BA, RT.356 *“Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou Substituição Tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subseqüentes com as mesmas mercadorias...”*.

Em seu pedido o recorrente peticiona pela nulidade do Auto de Infração em comento.

Caso assim não seja entendido, seja então reconhecida a inegibilidade do crédito tributário, haja vista o recolhimento aos cofres públicos por pessoa jurídica solidariamente responsável em conjunto com o recorrente, conforme legislação pertinente.

Parecer elaborado pela i. Procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa é no sentido de que a infração 1 esta devidamente tipificada e acompanhada de demonstrativos, os quais possibilitaram perfeita compreensão da acusação fiscal, cabendo o afastamento da nulidade aventada pelo impugnante.

Passando ao mérito, observa que a alegação de que pagamento de um devedor solidário deve aproveitar aos demais é descabida, pois não há provas do dito recolhimento.

Aduz a i. Procuradora que a sujeição passiva se dá pela falta de comprovação de recolhimento do ICMS Regime Normal pelo distribuidor, cabendo ao autuado posto de combustível, a responsabilidade solidária, consoante Lei nº 7014/96, art. 6º inciso XVI.

Transcreve da citada Lei o art. 6º, inciso XVI, e opina pelo Não Provimento do Recurso.

VOTO

Inicialmente, de conformidade à Decisão apreciada nestes autos, também afasto por improcedentes, as preliminares de nulidade aventadas pelo recorrente, tendo em vista que os informes e demonstrativos que compõem o presente PAF são suficientes ao perfeito entendimento da acusação fiscal.

A presente acusação é a de responsabilidade solidária na qual estaria enquadrado o autuado, quando da aquisição de álcool combustível, eis que as notas fiscais (DANFEs) arroladas no processo, todas de emissão do fornecedor Petróleo do Valle, distribuidor do AEHC e sujeito ao Regime Especial de Fiscalização, não se fizeram acompanhar dos respectivos DAEs do recolhimento do ICMS correspondente à operação do regime normal e ST.

A este respeito, a Lei nº 7014/96 em seu artigo 6º, XVI, assim dispõe: *“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”*.

Oportunamente indicado na instância primeira, conforme estabelece o art. 128 do CTN, pode-se 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.

Embora não esteja apensada ao presente Processo, consultei cópia da Liminar de Mandado de Segurança nº 008425-18.2011.805.0001, impetrada pela empresa distribuidora em testilha, e concedida em data de 02 de fevereiro de 2011 pela Quarta Vara da Fazenda Publica Estadual, para que a autoridade apontada como coatora suspenda o Regime Especial de fiscalização e pagamento até ulterior deliberação.

O comunicado SAT 001/2011, datado de 18 de janeiro de 2011 apontou os distribuidores de combustíveis que estarão sujeitos até 30 de junho de 2011, ao ora tratado Regime Especial de fiscalização, tendo indicado que a Petróleo do Valle estava com o enquadramento suspenso por liminar. Outras comunicações mais, no semestre, poderão surgir, porém sempre adstritas à data de 18/01/2011, vista neste Comunicado 001/2011.

A metodologia adotada nas atualizações dos Comunicados SAT, por razões quaisquer mantém estática a mesma data do primeiro comunicado do exercício, para eventos que no tempo vão surgindo. Desta forma, considero definitiva a formalização do texto e data da Liminar em testilha, para julgar que a partir de 02 de fevereiro de 2011 a distribuidora Petrovalle, Petróleo do Valle Ltda. detinha a condição de “Suspensão por Liminar”, restando que, não estando enquadrada por força judicial ao Regime Especial de Fiscalização, para fatos posteriores a 01 de fevereiro de 2011 não estava obrigada ao pagamento do ICMS Regime Normal por antecipação, junto às remessas de combustíveis.

A respeito do tema, a ausência de informações no PAF, e ainda não satisfeita a Diligência encaminhada para dirimir dúvidas, e saber quanto a eventual suspensão e “status” de Liminares concedidas, levariam a um componente de imprevisibilidade quanto às potenciais outras datas e eventos, que afetariam significativamente os autos pela revisão dos fatos julgados neste, assim como nos demais relatórios que tratem desse mister.

Na falta desses dados, entretanto, adoto entendimento de que o DANFE nº 44810, no valor de R\$3.055,39 remanesce autuado conforme acusação de responsabilidade solidária - Regime normal do ICMS, eis que nas suas datas de emissão e circulação das mercadorias combustíveis, o distribuidor Petrovalle Petróleo do Valle Ltda., estava submetido ao Regime Especial de fiscalização.

Referida Liminar de Mandado de Segurança retirou parcialmente a obrigatoriedade da antecipação do imposto contida no Regime Especial de fiscalização, não restando que se falar em situação passiva de responsabilidade solidária, conforme foi “*in totum*” indevidamente imputada ao autuado.

Resta assim a situação final desta acusação:

INFR.	DATA	LANÇTO R\$	DECISÃO R\$	LIMINAR	VR FINAL \$
01	31/01/2011	3.055,39	3.055,39	-0-	3.055,39
01	28/02/2011	4.559,62	4.559,62	02/02/2011	-0-
01	31/03/2011	3.404,99	3.059,03	02/02/2011	-0-
01	30/04/2011	3.548,44	3.247,94	02/02/2011	-0-
02	31/01/2011	1.219,81 *	-0-	-0-	-0-
02	28/02/2011	1.852,88	-0-	02/02/2011	-0-
02	30/04/2011	1.124,50	-0-	02/02/2011	-0-

(*DAE fls.133/5)

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **020778.0805/11-9**, lavrado contra **MOTA BARBOSA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTOS DOIS IRMÃOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.055,39**, 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, 13 de março de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS