

| | |
|------------|---|
| PROCESSO | - A. I. N° 022078.0003/12-5 |
| RECORRENTE | - TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO CHAPÉU DE COUTO 4) |
| RECORRIDA | - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL |
| RECURSO | - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0217-02/12 |
| ORIGEM | - IFMT - DAT/NORTE |
| INTERNET | - 02/10/2013 |

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0282-11/13

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AQUISIÇÕES DE COMBUSTÍVEIS. REMETENTE SUJEITO A REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. **a)** ICMS NÃO RECOLHIDO NA SAÍDA DA MERCADORIA; **b)** ICMS RECOLHIDO A MENOS. O art. 6º inciso XVI da Lei nº 7014/96, atribui a solidariedade ao 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. Redução de ofício da infração 01. Excluídas as operações com a empresa Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., tendo em vista liminar em Mandado de Segurança que retirou a referida empresa do Regime Especial de Fiscalização. Demais infrações caracterizadas. Não acolhida a arguição de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da decisão proferida pela 2ª JJF, constante no Acórdão nº 0217-02/12, que concluiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, lavrado em 07/03/2012, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento do ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída, em vista do recebimento da mercadoria, através de notas fiscais desacompanhadas dos documentos de arrecadação correspondentes. Período: janeiro a abril de 2011. Valor: R\$61.527,07. Multa: 60%.

INFRAÇÃO 2. Falta de recolhimento do ICMS retido, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS retido no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento da mercadoria, através de notas fiscais desacompanhadas dos respectivos documentos de arrecadação correspondentes. Período: janeiro a abril de 2011. Valor: R\$8.034,54. Multa: 60%.

INFRAÇÃO 3. Retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes para contribuintes localizados neste Estado. Período: janeiro, fevereiro e abril de 2011. Valor: R\$969,09. Multa: 60%.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 2^a JJF proferiu a decisão transcrita abaixo (fls. 252/262):

Inicialmente quanto a preliminar de nulidade a pretexto de ausência de fundamento legal do auto de infração, não há como prosperar tal assertiva, uma vez que, a exigência fiscal diz respeito a exigência de ICMS NORMAL e ICMS RETIDO, não recolhido/recolhido a menos, devido por responsabilidade solidária, em relação a Contribuinte sujeito a Regime Especial de Fiscalização, conforme previsto no artigo 6º, inciso XVI, da Lei nº 7.014/96. Se a autuação é procedente ou improcedente, será tratado por ocasião do exame de mérito.

Portanto, a acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem da cada infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal.

Por estas razões, ficam rejeitadas as argüições de nulidade, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, não havendo qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie o RPAF/BA aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/1999.

No mérito, na análise das peças processuais, verifico que todas as infrações imputadas ao sujeito passivo dizem respeito a exigência de ICMS por solidariedade (ICMS normal e retido), não recolhido ou recolhido a menos, nas operações de aquisição de combustível (Álcool Etanol Hidratado), pelos remetentes sujeitos a Regime Especial de Fiscalização, com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria.

A infração 01 exige o imposto normal no valor de R\$61.527,07; a infração 02 exige o ICMS normal recolhido a menor no valor de R\$8.034,54; e a infração 03, a falta de recolhimento do imposto retido, no valor de R\$969,09, tudo conforme cópias de NF-e e DAEs acostados aos autos, cujos valores lançados no Demonstrativo de Débito não foram contestados pelo autuado.

Do exame das peças processuais, verifico o autuado em momento algum comprovou que o imposto foi recolhido pelo remetente da mercadoria quando da compra do Etanol na Usina/Destilaria, ou seja, não há nos autos a prova de que o remetente da mercadoria não tenha pago este tributo. O autuado tem obrigação de conhecer a sujeição da empresa fornecedora ao regime especial de fiscalização através de consulta ao sistema da SEFAZ, e portanto, a obrigação de exigir do fornecedor o comprovante do pagamento do ICMS substituído, apresentando a devida comprovação, sob pena de ser o responsável solidário dos valores exigidos na autuação.

Por outro lado, consoante o disposto nos artigos 178 combinado com o artigo 181, ambos do RICMS/BA, o contribuinte é responsável pela verificação, via INTERNET ou nos terminais de auto atendimento da Secretaria da Fazenda, dos regimes especiais concedidos aos contribuintes, bem como, no Site da SEFAZ, em sua página de Inspeção Eletrônica, que tem repercussão no campo da responsabilidade solidária dos adquirentes, nos termos do art. 47 incisos I e II da Lei 7.014/96, através do site da SEFAZ. Portanto, não há necessidade de comunicação formal, pois foi obedecido o princípio da publicidade mediante publicação na forma acima assinalada.

Quanto à arguição do impugnante de que não cabe a exigência do imposto ao posto revendedor, deixando a entender que pagou pelo produto à distribuidora já com todo o imposto agregado, podendo o Estado alcançar quem realmente deixou de cumprir a obrigação tributária, cabe consignar que o art. 6º inciso XVI da Lei 7014/96, não alberga qualquer dúvida quanto atribui a solidariedade ao 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. Logo, não falta nenhum requisito essencial para o autuado figurar no pôlo passivo da obrigação tributária.

Assim, a elucidação das questões argüidas na peça defensiva passa, necessariamente, pela análise da legislação que serve de referência à matéria, cumprindo-nos transcrever, para melhor visualização, os dispositivos legais respectivos.

Artigo 6º, inciso 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 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;

Artigo 47, da Lei nº 7.014/96

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;

II - na obrigatoriedade do pagamento do imposto, devido por antecipação tributária, na entrada no território deste Estado, relativamente às mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação;

Artigo 914 do RICMS/97

Art. 914. Pelas infrações à legislação do ICMS serão aplicadas as seguintes penalidades, isoladas ou cumulativamente (Lei nº 7667/00):

I - multa;

II - sujeição a regime especial de fiscalização e pagamento;

III - cancelamento de benefícios fiscais;

Além disso, cumpre observar que o instituto da solidariedade tributária não comporta o benefício de ordem, conforme alinha o parágrafo único do artigo 124, do CTN.

Desta forma, ante a legislação acima citada, é de responsabilidade do autuado na condição de adquirente da mercadoria objeto da autuação, pelo pagamento do imposto normal e do imposto retido não recolhido ou recolhido a menor pelo remetente sujeito a regime especial de fiscalização.

No tocante a alegação defensiva de falta de aproveitamento dos créditos fiscais, observo que já foi deduzido o “imposto normal” na apuração do ICMS-ST. E quanto ao ICMS-ST, não há como ser utilizado, pois este está com a fase de tributação encerrada por força da referida substituição tributária.

Contudo, considerando que foi comprovado na defesa que dois dos remetentes da mercadoria citados no auto de infração, a Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda e a Petróleo do Vale Ltda, estavam sob regime de fiscalização suspenso em razão da existência de Medida Liminar, nº 15.805-92.2011.801.001 e 8.425-18.2011.805, expedidas pelo Juízo da Vara da Fazenda Pública da Capital, passo agora analisar se tais liminares têm repercussão no presente lançamento tributário.

Verifico que no mérito, é recorrente a questão sob análise, conforme jurisprudência do CONSEF, a exemplo do Acórdão JJF Nº 0118-02/12, desta Junta de Julgamento Fiscal, que trata da mesma matéria e sujeito passivo, bem como a quase literalidade das arguições trazidas pela defesa e informação fiscal.

Verificada a identidade entre os argumentos trazidos pelo impugnante e o voto proferido no Acórdão JJF Nº 0118-02/12, (decisão unânime), cujo entendimento acolho, - haja vista que participei como um dos julgadores - para integrar o presente voto, passando, assim, a reproduzir parte da conclusão do aludido voto, quanto ao mérito em questão, in verbis:

.....
Verifico, contudo, que apesar de a defesa alegar que seus fornecedores obtiveram Liminar em Mandado de Segurança suspendendo o Regime Especial de Fiscalização, consta, à fls. 137 dos autos, correspondência enviada pela COPEC, anexada pela Coordenação de Administração do CONSEF, informando a existência das liminares obtida junto ao Juízo de Direito da Vara de Fazenda Pública da Capital, entre as quais apenas um fornecedor, alvo da presente exigência, obteve a aludida decisão judicial, sob o nº 0008425-18.2011.805.0001, concedida à PETROVALLE - Petróleo do Vale Petróleo do Vale Ltda., Inscrição Estadual número 76325343, com ciência da SEFAZ em 03.02.2011, para suspensão do Regime Especial de Fiscalização. O outro fornecedor, Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda., não obteve a decisão em lume, cabendo a manutenção integral das exigências das notas fiscais por ele emitidas.

Conforme já mencionado, a Liminar em Mandado de Segurança se refere apenas a um fornecedor PETROVALLE. Assim, a concessão da mesma suspende a aplicação do Regime Especial de Fiscalização. Sem o aludido regime não se pode atribuir a responsabilidade solidária após a ciência da SEFAZ, imputada aos revendedores de combustíveis.

O exame do art. 6º, inciso XVI da Lei 7014/96, permite concluir, de plano, que a responsabilidade solidária, prevista no “caput” do artigo, está condicionada a existência do Regime Especial de Fiscalização. Uma vez suspensa a aplicação do aludido regime, não cabe a aplicação da responsabilidade por solidariedade ao autuado, conforme se pode verificar da leitora do aludido dispositivo.

.....
Diante desse fato, verifico, conforme acima mencionado, que a ciência da liminar pela SEFAZ, obtida pela Petrovalle, foi em 03/02/2011, cabendo a exigibilidade do crédito tributário, apenas antes das aludidas datas das notas por ele emitidas (saídas), na medida em que nesse período não havia a suspensão do Regime

Especial de Fiscalização, nascendo com vigência de seus efeitos a responsabilidade solidária do sujeito passivo, bem como os fatos geradores, após as referidas datas.

Verifico que, apenas em relação à infração 01, existem fatos geradores cujas exigências constantes do Auto de Infração ocorreram após a ciência da Liminar em Mandado de Segurança pela SEFAZ, em 03/02/2011, que são relativos às notas fiscais da PETROVALLE, o que torna improcedente as exigibilidades. Quanto aos fatos geradores ocorridos antes da mencionada ciência, ficam mantidas as exigibilidades, tudo conforme demonstrativo que segue:

.....
 Assim, voto pela IMPROCEDÊNCIA quanto aos fatos geradores ocorridos após a ciência da SEFAZ da concessão da Liminar em Mandado de Segurança, obtido pelo fornecedor do autuado PETROVALLE, suspendendo o aludido Regime Especial. Ainda em relação à infração 01, portanto, quanto aos demais fatos geradores ocorridos antes da ciência da SEFAZ, concernente à mencionada Liminar em Mandado de Segurança, fica mantida a exigência por ser PROCEDENTE, conforme alinhado anteriormente. São PROCEDENTES, também, as multas aplicadas bem como a totalidade das infrações 02 e 03, conforme já indicado nesse voto, quando da análise das arguições de nulidade e mérito, na medida em que, inclusive, não constam notas fiscais da PETROVALLE e o outro fornecedor (Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda.,) não detém Liminar em Mandado de Segurança.

Portanto, dando ao presente processo o mesmo tratamento do julgamento acima transscrito, em relação aos remetentes constantes nos documentos fiscais, constato o seguinte:

| DISTRIBUIDORES | MEDIDA LIMINAR N° | DATA CIÊNCIA P/SEFAZ |
|---|------------------------|----------------------|
| Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda | 15.805-92.2011.801.001 | 01/03/2011 |
| Petrovalle Petróleo do Valle Ltda | 8.425-18.2011.805 | 03/02/2011 |
| Gasforte Combustíveis e derivados Ltda | Não tem liminar | - |

Observo que no caso da Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda, o Mandado de Segurança já foi julgado Extinto pela 4ª Vara da Fazenda Pública, sem julgamento de mérito, conforme cópia da sentença acostada aos autos pela Coordenação Administrativa do CONSEF, fls.248 a 251.

Assim, considerando a existência de liminar em Mandado de Segurança impetrado pelo fornecedor da mercadoria (Petrovalle), e analisando os documentos que foram objeto da autuação, concluo que somente é cabível a exigibilidade do crédito tributário, em relação às notas fiscais com datas de emissão em datas anteriores à ciência pela Secretaria da Fazenda da suspensão do regime especial de fiscalização em nome do respectivo fornecedor, bem como dos distribuidores que não possuem medida liminar suspendendo a exigência de regime especial e pagamento previsto no artigo 47 da Lei nº 7.014/96, conforme demonstrativo abaixo.

| ITENS | INFRAÇÃO 01 | INFRAÇÃO 02 | INFRAÇÃO 03 | SOMA |
|-------------|-------------|-------------|-------------|-----------|
| PROCEDENTE | 51.460,89 | 8.034,54 | 969,09 | 60.464,52 |
| PREJUDICADO | 10.066,18 | - | - | 10.066,18 |
| TOTAL | 61.527,07 | 8.034,54 | 969,09 | 70.530,70 |

INFRAÇÕES PROCEDENTES

| N.FISCAL | DATA | INF.01 | INF.02 | INF.03 | DISTRIBUIDOR | MAND. DE SEGURANÇA | CIENCIA |
|----------|------------|----------|--------|--------|--------------|--------------------------|------------|
| 22277 | 18/01/2011 | 1.327,18 | 7,51 | 47,65 | GASFORTE | | |
| 1458 | 19/01/2011 | 1.653,00 | 9,50 | 51,85 | GASFORTE | | |
| 44574 | 21/01/2011 | 2.850,00 | | | PETROVALLE | 008425-18.2011.805.0001 | 03/02/2011 |
| 22349 | 25/01/2011 | 1.415,62 | 9,38 | 59,56 | GASFORTE | | |
| 44713 | 26/01/2011 | 1.425,00 | | | PETROVALLE | 008425-18.2011.805.0001 | 03/02/2011 |
| 22412 | 28/01/2011 | 1.415,62 | 9,38 | 59,56 | GASFORTE | | |
| 22430 | 28/01/2011 | 1.404,44 | 10,56 | | GASFORTE | | |
| 22438 | 31/01/2011 | 1.415,62 | 9,38 | 59,56 | GASFORTE | | |
| 22486 | 02/02/2011 | 1.132,49 | 7,51 | 47,65 | GASFORTE | | |
| 22529 | 04/02/2011 | 1.415,62 | 9,38 | 59,56 | GASFORTE | | |
| 22545 | 07/02/2011 | 1.668,36 | 469,14 | 59,56 | GASFORTE | | |
| 22652 | 14/02/2011 | 1.668,36 | 469,14 | 59,56 | GASFORTE | | |
| 22680 | 15/02/2011 | 1.415,63 | 9,38 | 59,57 | GASFORTE | | |
| 22688 | 16/02/2011 | 1.415,62 | 9,38 | 59,56 | GASFORTE | | |
| 22735 | 18/02/2011 | 1.415,62 | 9,38 | 59,56 | GASFORTE | | |
| 22748 | 21/02/2011 | 1.668,36 | 469,14 | 59,56 | GASFORTE | | |
| 22811 | 22/02/2011 | 1.415,62 | 9,38 | 59,56 | GASFORTE | | |
| 22857 | 24/02/2011 | 1.415,62 | 9,38 | 59,56 | GASFORTE | | |
| 45594 | 24/01/2011 | 1.425,00 | - | - | PETROVALLE | 008425-18.2011.805.0001 | 03/02/2011 |
| 12268 | 02/03/2011 | 1.624,59 | - | - | PETROMOTOR | 0015805-2.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 12320 | 04/03/2011 | 1.299,67 | 411,87 | - | PETROMOTOR | 0015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 12353 | 11/03/2011 | 1.624,59 | 514,83 | - | PETROMOTOR | 0015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 12369 | 11/03/2011 | 1.299,67 | 411,87 | - | PETROMOTOR | 0015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 12386 | 14/03/2011 | 1.624,59 | 514,83 | - | PETROMOTOR | 0015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 12431 | 17/03/2011 | 1.299,67 | 411,87 | - | PETROMOTOR | 0015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |

| | | | | | | | |
|-------|------------|-----------|----------|--------|------------|--------------------------|------------|
| 12444 | 18/03/2011 | 1.624,59 | 514,83 | - | PETROMOTOR | 0015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 12474 | 22/03/2011 | 1.624,59 | 514,83 | - | PETROMOTOR | 0015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 12498 | 24/03/2011 | 1.624,59 | 514,83 | - | PETROMOTOR | 0015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 6190 | 28/03/2011 | 1.299,67 | 411,87 | - | PETROMOTOR | 0015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 6214 | 30/03/2011 | 1.299,67 | 411,87 | - | PETROMOTOR | 0015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 6231 | 02/04/2011 | 1.299,67 | 411,87 | - | PETROMOTOR | 0015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 1254 | 04/04/2011 | 1.624,59 | 514,83 | - | PETROMOTOR | 0015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 12587 | 13/04/2011 | 324,91 | 102,97 | - | PETROMOTOR | 0015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 23139 | 18/04/2011 | 1.334,69 | 375,31 | 47,65 | GASFORTE | | |
| 21 | 20/04/2011 | 1.668,36 | 469,14 | 59,56 | GASFORTE | | |
| | | 51.460,89 | 8.034,54 | 969,09 | | | |

Nestas circunstâncias, não resta dúvida que os autuantes agiram de forma correta, visto que efetivamente os documentos fiscais que instruem o auto de infração, por estarem desacompanhados dos comprovantes de recolhimentos do ICMS NORMAL e do RETIDO, inclusive os documentos apresentados na defesa não provam o contrário, conforme determina a legislação acima transcrita, e terem sido emitidos antes das liminares obtidas pelos respectivos remetentes da mercadoria, o autuado é o responsável por solidariedade pelo pagamento dos mesmos.

Concluo pela PROCEDÊNCIA do lançamento no valor de R\$60.464,52, em relação às notas fiscais discriminadas na planilha acima, ficando o demonstrativo de débito alterado conforme segue:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

| Data Ocor. | Data Venc. | B. de Cálculo | Aliq. (%) | Multa (%) | Vr. do Débito | INF. |
|------------|------------|---------------|-----------|-----------|---------------|------|
| 18/01/2011 | 18/01/2011 | 6.985,16 | 19 | 60 | 1.327,18 | 1 |
| 19/01/2011 | 19/01/2011 | 8.700,00 | 19 | 60 | 1.653,00 | 1 |
| 21/01/2011 | 21/01/2011 | 15.000,00 | 19 | 60 | 2.850,00 | 1 |
| 25/01/2011 | 25/01/2011 | 7.450,63 | 19 | 60 | 1.415,62 | 1 |
| 26/01/2011 | 26/01/2011 | 7.500,00 | 19 | 60 | 1.425,00 | 1 |
| 28/01/2011 | 28/01/2011 | 7.450,63 | 19 | 60 | 1.415,62 | 1 |
| 28/01/2011 | 28/01/2011 | 7.391,79 | 19 | 60 | 1.404,44 | 1 |
| 31/01/2011 | 31/01/2011 | 7.450,63 | 19 | 60 | 1.415,62 | 1 |
| 02/02/2011 | 02/02/2011 | 5.960,47 | 19 | 60 | 1.132,49 | 1 |
| 04/02/2011 | 04/02/2011 | 7.450,63 | 19 | 60 | 1.415,62 | 1 |
| 07/02/2011 | 07/02/2011 | 8.780,84 | 19 | 60 | 1.668,36 | 1 |
| 14/02/2011 | 14/02/2011 | 8.780,84 | 19 | 60 | 1.668,36 | 1 |
| 15/02/2011 | 15/02/2011 | 7.450,68 | 19 | 60 | 1.415,63 | 1 |
| 16/02/2011 | 16/02/2011 | 7.450,63 | 19 | 60 | 1.415,62 | 1 |
| 18/02/2011 | 18/02/2011 | 7.450,63 | 19 | 60 | 1.415,62 | 1 |
| 21/02/2011 | 21/02/2011 | 8.780,84 | 19 | 60 | 1.668,36 | 1 |
| 22/02/2011 | 22/02/2011 | 7.450,63 | 19 | 60 | 1.415,62 | 1 |
| 24/02/2011 | 24/02/2011 | 7.450,63 | 19 | 60 | 1.415,62 | 1 |
| 24/01/2011 | 24/01/2011 | 7.500,00 | 19 | 60 | 1.425,00 | 1 |
| 02/03/2011 | 02/03/2011 | 8.550,47 | 19 | 60 | 1.624,59 | 1 |
| 04/03/2011 | 04/03/2011 | 6.840,37 | 19 | 60 | 1.299,67 | 1 |
| 11/03/2011 | 11/03/2011 | 8.550,47 | 19 | 60 | 1.624,59 | 1 |
| 11/03/2011 | 11/03/2011 | 6.840,37 | 19 | 60 | 1.299,67 | 1 |
| 14/03/2011 | 14/03/2011 | 8.550,47 | 19 | 60 | 1.624,59 | 1 |
| 17/03/2011 | 17/03/2011 | 6.840,37 | 19 | 60 | 1.299,67 | 1 |
| 18/03/2011 | 18/03/2011 | 8.550,47 | 19 | 60 | 1.624,59 | 1 |
| 22/03/2011 | 22/03/2011 | 8.550,47 | 19 | 60 | 1.624,59 | 1 |
| 24/03/2011 | 24/03/2011 | 8.550,47 | 19 | 60 | 1.624,59 | 1 |
| 28/03/2011 | 28/03/2011 | 6.840,37 | 19 | 60 | 1.299,67 | 1 |
| 30/03/2011 | 30/03/2011 | 6.840,37 | 19 | 60 | 1.299,67 | 1 |
| 02/04/2011 | 02/04/2011 | 6.840,37 | 19 | 60 | 1.299,67 | 1 |
| 04/04/2011 | 04/04/2011 | 8.550,47 | 19 | 60 | 1.624,59 | 1 |
| 13/04/2011 | 13/04/2011 | 1.710,05 | 19 | 60 | 324,91 | 1 |
| 18/04/2011 | 18/04/2011 | 7.024,68 | 19 | 60 | 1.334,69 | 1 |
| 20/04/2011 | 20/04/2011 | 8.780,84 | 19 | 60 | 1.668,36 | 1 |
| 18/01/2011 | 18/01/2011 | 39,53 | 19 | 60 | 7,51 | 2 |
| 19/01/2011 | 19/01/2011 | 50,00 | 19 | 60 | 9,50 | 2 |
| 25/01/2011 | 25/01/2011 | 49,37 | 19 | 60 | 9,38 | 2 |
| 28/01/2011 | 28/01/2011 | 49,37 | 19 | 60 | 9,38 | 2 |
| 28/01/2011 | 28/01/2011 | 55,58 | 19 | 60 | 10,56 | 2 |
| 31/01/2011 | 31/01/2011 | 49,37 | 19 | 60 | 9,38 | 2 |
| 02/02/2011 | 02/02/2011 | 39,53 | 19 | 60 | 7,51 | 2 |
| 04/02/2011 | 04/02/2011 | 49,37 | 19 | 60 | 9,38 | 2 |
| 07/02/2011 | 07/02/2011 | 2.469,16 | 19 | 60 | 469,14 | 2 |
| 14/02/2011 | 14/02/2011 | 2.469,16 | 19 | 60 | 469,14 | 2 |

| | | | | | | |
|--------------|------------|----------|----|----|--------|------------------|
| 15/02/2011 | 15/02/2011 | 49,37 | 19 | 60 | 9,38 | 2 |
| 16/02/2011 | 16/02/2011 | 49,37 | 19 | 60 | 9,38 | 2 |
| 18/02/2011 | 18/02/2011 | 49,37 | 19 | 60 | 9,38 | 2 |
| 21/02/2011 | 21/02/2011 | 2.469,16 | 19 | 60 | 469,14 | 2 |
| 22/02/2011 | 22/02/2011 | 49,37 | 19 | 60 | 9,38 | 2 |
| 24/02/2011 | 24/02/2011 | 49,37 | 19 | 60 | 9,38 | 2 |
| 04/03/2011 | 04/03/2011 | 2.167,74 | 19 | 60 | 411,87 | 2 |
| 11/03/2011 | 11/03/2011 | 2.709,63 | 19 | 60 | 514,83 | 2 |
| 11/03/2011 | 11/03/2011 | 2.167,74 | 19 | 60 | 411,87 | 2 |
| 14/03/2011 | 14/03/2011 | 2.709,63 | 19 | 60 | 514,83 | 2 |
| 17/03/2011 | 17/03/2011 | 2.167,74 | 19 | 60 | 411,87 | 2 |
| 18/03/2011 | 18/03/2011 | 2.709,63 | 19 | 60 | 514,83 | 2 |
| 22/03/2011 | 22/03/2011 | 2.709,63 | 19 | 60 | 514,83 | 2 |
| 24/03/2011 | 24/03/2011 | 2.709,63 | 19 | 60 | 514,83 | 2 |
| 28/03/2011 | 28/03/2011 | 2.167,74 | 19 | 60 | 411,87 | 2 |
| 30/03/2011 | 30/03/2011 | 2.167,74 | 19 | 60 | 411,87 | 2 |
| 02/04/2011 | 02/04/2011 | 2.167,74 | 19 | 60 | 411,87 | 2 |
| 04/04/2011 | 04/04/2011 | 2.709,63 | 19 | 60 | 514,83 | 2 |
| 13/04/2011 | 13/04/2011 | 541,95 | 19 | 60 | 102,97 | 2 |
| 18/04/2011 | 18/04/2011 | 1.975,32 | 19 | 60 | 375,31 | 2 |
| 20/04/2011 | 20/04/2011 | 2.469,16 | 19 | 60 | 469,14 | 2 |
| 18/01/2011 | 18/01/2011 | 250,79 | 19 | 60 | 47,65 | 3 |
| 19/01/2011 | 19/01/2011 | 272,89 | 19 | 60 | 51,85 | 3 |
| 25/01/2011 | 25/01/2011 | 313,47 | 19 | 60 | 59,56 | 3 |
| 28/01/2011 | 28/01/2011 | 313,47 | 19 | 60 | 59,56 | 3 |
| 31/01/2011 | 31/01/2011 | 313,47 | 19 | 60 | 59,56 | 3 |
| 02/02/2011 | 02/02/2011 | 250,79 | 19 | 60 | 47,65 | 3 |
| 04/02/2011 | 04/02/2011 | 313,47 | 19 | 60 | 59,56 | 3 |
| 07/02/2011 | 07/02/2011 | 313,47 | 19 | 60 | 59,56 | 3 |
| 14/02/2011 | 14/02/2011 | 313,47 | 19 | 60 | 59,56 | 3 |
| 15/02/2011 | 15/02/2011 | 313,53 | 19 | 60 | 59,57 | 3 |
| 16/02/2011 | 16/02/2011 | 313,47 | 19 | 60 | 59,56 | 3 |
| 18/02/2011 | 18/02/2011 | 313,47 | 19 | 60 | 59,56 | 3 |
| 21/02/2011 | 21/02/2011 | 313,47 | 19 | 60 | 59,56 | 3 |
| 22/02/2011 | 22/02/2011 | 313,47 | 19 | 60 | 59,56 | 3 |
| 24/02/2011 | 24/02/2011 | 313,47 | 19 | 60 | 59,56 | 3 |
| 18/04/2011 | 18/04/2011 | 250,79 | 19 | 60 | 47,65 | 3 |
| 20/04/2011 | 20/04/2011 | 313,47 | 19 | 60 | 59,56 | 3 |
| TOTAL | | | | | | 60.464,52 |

Quanto aos fatos geradores cujas exigências constantes do Auto de Infração ocorreram após a ciência da Liminar em Mandado de Segurança pela SEFAZ, a exigibilidade do crédito tributário, no total de R\$10.066,18, é IMPROCEDENTE, conforme demonstrativo abaixo.

INFRAÇÕES IMPROCEDENTES

| N.FISCAL | DATA | INF.01 | INF.02 | INF.03 | DISTRIBUIDOR | MANDADO DE SEGURANÇA | CIENCIA |
|----------|------------|-----------|--------|--------|--------------|-------------------------|------------|
| 45736 | 03/03/2011 | 1.425,00 | - | - | PETROVALLE | 008425-18.2011.805.0001 | 03/02/2011 |
| 45767 | 04/03/2011 | 1.425,00 | - | - | PETROVALLE | 008425-18.2011.805.0001 | 03/02/2011 |
| 45773 | 04/03/2011 | 1.425,00 | - | - | PETROVALLE | 008425-18.2011.805.0001 | 03/02/2011 |
| 45818 | 05/03/2011 | 1.425,00 | - | - | PETROVALLE | 008425-18.2011.805.0001 | 03/02/2011 |
| 46021 | 16/03/2011 | 1.425,00 | - | - | PETROVALLE | 008425-18.2011.805.0001 | 03/02/2011 |
| 46488 | 01/04/2011 | 1.470,59 | - | - | PETROVALLE | 008425-18.2011.805.0001 | 03/02/2011 |
| 46563 | 06/04/2011 | 1.470,59 | - | - | PETROVALLE | 008425-18.2011.805.0001 | 03/02/2011 |
| | | 10.066,18 | - | - | | | |

Apreciando a alegação defensiva de confiscação de dívida da multa pelo descumprimento da obrigação principal, observo que a sua exigência neste processo está prevista na legislação tributária (art.42, inciso II, alíneas "e" e "f" da Lei nº 7.014/96), sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada legislação que será apreciada por ocasião do mérito, e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Assim, voto pela IMPROCEDÊNCIA quanto aos fatos geradores ocorridos após a ciência da SEFAZ da concessão da Liminar em Mandado de Segurança, obtido pelo fornecedor do autuado PETROVALLE, suspendendo o aludido Regime Especial. Portanto, quanto aos demais fatos geradores ocorridos antes da ciência da SEFAZ, concernente à mencionada Liminar em Mandado de Segurança, fica mantida a exigência por ser PROCEDENTE, conforme alinhado anteriormente. São PROCEDENTES, também, as multas aplicadas, conforme já indicado nesse voto, quando da análise das arguições de nulidade e mérito, na medida em que,

inclusive, no caso da Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda., este não detém Liminar em Mandado de Segurança e Petromotor teve seu Mandado de Segurança julgado extinto pela 4ª Vara da Fazenda Pública.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$60.464,52.

Inconformado com a decisão proferida em primeira instância, interpõe o Autuado Recurso Voluntário, com o propósito de reformar o Acórdão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, para que seja anulado o Auto de Infração, alternativamente, que o mesmo seja julgado improcedente, ou ainda, que a multa seja cancelada.

Preliminarmente, requer nulidade do Auto, por ofensa ao princípio da publicidade, por entender que o veículo utilizado pela Secretaria da Fazenda Estadual não é meio legítimo para divulgação de atos da administração relacionados com interesses dos administrados.

Ainda em preliminar, suscita nulidade por violação ao princípio da não cumulatividade, tendo em vista que a forma que está sendo exigido o imposto da operação própria devido pelas Distribuidoras de Combustíveis remetentes, por solidariedade dos Postos Revendedores de Combustíveis.

Requer a anulação da multa aplicada, por considerar a penalidade genérica e confiscatória, transcrevendo farta doutrina e jurisprudência.

No mérito, diz que as distribuidoras remetentes do combustível, Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda. e Petróleo do Vale Ltda., foram excluídas do Regime Especial de Fiscalização através de Mandados de Segurança e por isso, diz não estar obrigada a recolher o ICMS.

Alega que se a empresa remetente não está sujeita ao Regime Especial de Fiscalização condição prevista no 6º, inciso XVI, da Lei nº 7.014/96, não há que se falar em responsabilidade solidária da Recorrente, devendo a pretensão, consequentemente, ser julgada improcedente.

A representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria Helena de Mendonça Cruz, em parecer lavrado às fls. 315/317, opina pelo improvimento do Recurso Voluntário, por considerar, as razões recursais insuficientes para provocar modificação do julgamento proferido.

Diz que as infrações apuradas referem-se à exigência do ICMS por solidariedade, nas operações de aquisição de combustível pelos remetentes sujeitos a Regime Especial de Fiscalização, com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria.

Ressalta que foram excluídas da autuação as operações efetuadas pelos remetentes que estavam sob Regime de Fiscalização Especial suspenso por força de liminar em Mandado de Segurança.

Quanto à multa aplicada, assevera que estão adequadas e previstas na legislação tributária estadual.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0217-02/12, prolatado pela 2ª JJF, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, em razão do recolhimento a menor do ICMS substituído e da falta de recolhimento do ICMS normal e retido, devidos por solidariedade, nas operações de aquisição de combustível, junto à remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização.

Preliminarmente, no que tange ao pedido de decretação de nulidade do presente Processo Administrativo Fiscal, constato que, tal como já corretamente analisado no julgamento de Primeira Instância, não restou demonstrado nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, ficando, portanto, rejeitada a preliminar de nulidade requerida na defesa, por não estar fundada em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Em referência a arguição de ausência de publicidade, as informações do Regime Especial de Fiscalização atribuídos a determinados fornecedores de combustíveis com os quais o Recorrente contratou foram publicadas no Diário Oficial do Estado e ainda foram postas à consultas públicas pela Secretaria da Fazenda, através dos comunicados SAT Nº 001 e 003/2011 que tornou público que os remetentes das mercadorias alvo da presente autuação, se encontravam sob o mencionado Regime Especial de Fiscalização.

Por essa razão, percebe-se que não é verdadeira a alegação que não houve plena publicação do Regime Especial e o pagamento do ICMS no momento de saída da mercadoria.

Ainda nesta esteira, não é permitido ao Recorrente descumprir a Lei e afastar sua responsabilidade tributária por solidariedade pelo recolhimento do ICMS, sob o fundamento que desconhece a legislação.

A responsabilidade solidária do Recorrente, encontra guarida no art. 6º, XVI da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

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 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;

Não há dúvidas, portanto, que a responsabilidade tributária imposta ao recorrente possui suporte legal. A legislação determina que ao receber mercadoria de distribuidoras sujeitas ao Regime Especial de Fiscalização, o posto revendedor deve exigir o documento de arrecadação, sob pena de ser responsabilizado pelo pagamento do imposto.

Caracterizadas as imputações, a forma pela qual o Recorrente poderia elidi-las, seria acostando aos autos, a comprovação do pagamento do montante exigido no Auto de Infração. Nesse diapasão, o que se verifica é que não foram colacionados aos autos os necessários comprovantes de pagamentos do tributo devido, ainda que por solidariedade. Observa-se que nada foi juntado nem em primeira instância, nem em sede de Recurso Voluntário.

É importante pontuar que em relação os demonstrativos de pagamentos dos impostos exigidos na autuação em tela, pode o Sujeito Passivo, em sede de controle da legalidade, apresentar, pelos meios legais, a PGE/PROFIS, anexando os comprovantes que teriam o condão de elidir a acusação fiscal.

No que tange ao fundamento de que o Auto de Infração, ofende a princípios constitucionais, vejo que a alegação recursal não pode prosperar. Verifica-se claramente que não há qualquer ofensa ao princípio da não-cumulatividade do imposto. O que restou caracterizado no Auto de Infração em comento é que o Recorrente não demonstra o recolhimento do imposto devido ao Estado da Bahia.

Em relação aos créditos fiscais, vale registrar que as mercadorias adquiridas pelo Recorrente e que é objeto do Auto de Infração é etanol hidratado, enquadrado na substituição tributária por força do art. 126, do RICMS/97, vigente à época dos fatos. Assim, não possui o sujeito passivo o direito à apropriação dos créditos relativos ao imposto recolhido, consoante estabelecem os arts. 96 e 356, do mesmo RICMS/97, todos a seguir transcritos:

Art. 126. O imposto a ser recolhido pelo responsável em decorrência de substituição tributária por antecipação será pago:

(...)

IV - nas operações de saída de álcool etílico hidratado combustível (AEHC) e de álcool a granel não destinado ao uso automotivo, no momento da saída das mercadorias.

Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

(...)

IV - quando a operação de aquisição ou a prestação:

- a) estiver beneficiada com isenção ou amparada por não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação;
- b) tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, salvo exceções expressas (arts. 356 e 359);

Art. 356. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

No que tange a alegação que as multas são genéricas e confiscatórias, analiso que as multas aplicadas às infrações tem previsão expressa no artigo 42, II, “e” e “f” da Lei nº 7.014/96, sendo rechaçada tais alegações, pois elas são legalmente previstas para as infrações apuradas.

Quanto à exclusão das operações de aquisição de combustível junto a empresas que impetraram Mandado de Segurança, entendo carecer de reparo a Decisão recorrida.

Isso porque, a empresa Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., obteve liminar deferida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara de Fazenda Pública no Mandado de Segurança nº 0015805-92.2011.805.0001.

A decisão que denegou a segurança e extinguiu o Mandado de Segurança sem resolução de mérito, produziu efeitos *ex nunc*, ou seja, revogou a liminar concedida daquele momento em diante.

Durante o período de vigência da liminar a empresa não se encontrava sob o Regime Especial de Fiscalização, razão pela qual todos os lançamentos de ofício de ICMS feitos pelo Autuante para o combustível etanol hidratado adquirido pelo Recorrente da Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., com fatos geradores abarcados entre o período de 01/03/2011 a 16/07/2012, devem ser excluídos da autuação, já que neste caso não cabe a responsabilidade solidária do Recorrente com a distribuidora, tendo em vista que ela, mesmo que transitoriamente, não se encontrava sob o Regime Especial de Fiscalização.

Ainda sobre o tema, pelo Comunicado SAT nº 001 disponível na Internet verifica-se que a partir de 18/01/2011 a Secretaria da Fazenda teve conhecimento que a empresa Petróleo do Vale Ltda. estava com o regime especial suspenso por liminar, devendo ser excluídas também as notas fiscais deste período, não reconhecidas em Primeira Instância.

Portanto, fica afastada, ao caso em tela, a obrigação do posto revendedor varejista de combustíveis que adquiriu combustível de empresa distribuidora sujeita ao Regime Especial de Fiscalização, na condição de responsável solidário, de pagar o ICMS e demais acréscimos legais no momento da saída do combustível do seu estabelecimento durante a vigência da liminar, devendo ser excluído da infração 1 o montante de R\$25.195,06 e da infração 2 o montante de R\$5.663,17, conforme demonstrativo abaixo:

| N.FISCAL | DATA | INF.01 | INF.02 | INF.03 | DISTRIBUIDOR | MAND. DE SEGURANÇA | CIENCIA |
|----------|------------|----------|--------|--------|--------------|-------------------------|------------|
| 44574 | 21/01/2011 | 2.850,00 | - | - | PETROVALLE | 008425-18.2011.805.0001 | 18/01/2011 |
| 44713 | 26/01/2011 | 1.425,00 | - | - | PETROVALLE | 008425-18.2011.805.0001 | 18/01/2011 |
| 45594 | 24/01/2011 | 1.425,00 | - | - | PETROVALLE | 008425-18.2011.805.0001 | 18/01/2011 |
| 12268 | 02/03/2011 | 1.624,59 | - | - | PETROMOTOR | 0015805-2.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 12320 | 04/03/2011 | 1.299,67 | 411,87 | - | PETROMOTOR | 015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 12353 | 11/03/2011 | 1.624,59 | 514,83 | - | PETROMOTOR | 015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 12369 | 11/03/2011 | 1.299,67 | 411,87 | - | PETROMOTOR | 015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 12386 | 14/03/2011 | 1.624,59 | 514,83 | - | PETROMOTOR | 015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 12431 | 17/03/2011 | 1.299,67 | 411,87 | - | PETROMOTOR | 015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 12444 | 18/03/2011 | 1.624,59 | 514,83 | - | PETROMOTOR | 015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 12474 | 22/03/2011 | 1.624,59 | 514,83 | - | PETROMOTOR | 015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 12498 | 24/03/2011 | 1.624,59 | 514,83 | - | PETROMOTOR | 015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 6190 | 28/03/2011 | 1.299,67 | 411,87 | - | PETROMOTOR | 015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |

| | | | | | | | |
|--------------|------------|------------------|-----------------|---|------------|-------------------------|------------|
| 6214 | 30/03/2011 | 1.299,67 | 411,87 | - | PETROMOTOR | 015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 6231 | 02/04/2011 | 1.299,67 | 411,87 | - | PETROMOTOR | 015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 12521 | 04/04/2011 | 1.624,59 | 514,83 | - | PETROMOTOR | 015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| 12587 | 13/04/2011 | 324,91 | 102,97 | - | PETROMOTOR | 015805-92.2011.805.0001 | 01/03/2011 |
| Total | | 25.195,06 | 5.663,17 | | | | |

Por tudo o quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, reduzindo o valor do Auto de Infração para R\$29.606,29, conforme demonstrativo abaixo:

| | INFRAÇÃO 1 | INFRAÇÃO 2 | INFRAÇÃO 3 | SOMA |
|-----------------------------|------------------|-----------------|---------------|------------------|
| MANTIDO 2 ^a JJF | 51.460,89 | 8.034,54 | 969,09 | 60.464,52 |
| REDUZIDO 1 ^a CJF | 25.195,06 | 5.663,17 | - | 30.858,23 |
| TOTAL | 26.265,83 | 2.371,37 | 969,09 | 29.606,29 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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 **022078.0003/12-5**, lavrado contra **TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO CHAPÉU DE COURO 4)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$29.606,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS