

A. I. Nº - 232892.0004/11-3
AUTUADO - POSTO TOPÁZIO LTDA.
AUTUANTES - HELENA DOS REIS REGO SANTOS
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 21.03.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0028-02/13

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. FORNECEDOR COM REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. ICMS NÃO RECOLHIDO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ICMS NORMAL NÃO RECOLHIDO/RECOLHIDO A MENOS NA SAÍDA DA MERCADORIA. O art. 6º inciso XVI da Lei 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. Não comprovado o recolhimento no momento da saída. Concessão de Liminar em Mandado de Segurança ao fornecedor do autuado, suspendendo o aludido Regime Especial. Assim, é IMPROCEDENTE a exigibilidade do crédito tributário relativa aos fatos geradores com ciência da referido liminar em data posterior aos referidos fatos. Quanto aos demais fatos geradores ocorridos antes da ciência da SEFAZ da mencionada Liminar em Mandado de Segurança, além das multas e os acréscimos moratórios, cabe a PROCEDÊNCIA, tendo em vista que não houve concessão de liminar. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 02/09/2011, para exigir ICMS no valor de R\$16.537,03, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, no valor de R\$4.858,77, 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, nos meses de janeiro e abril de 2011, conforme demonstrativos às fls. 56 a 62.
2. Deixou de recolher a diferença do ICMS normal, recolhido a menos devido por responsabilidade solidária, no valor de R\$11.678,26, 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 notas fiscais com o ICMS a menos e acompanhadas dos documentos de arrecadação correspondentes, nos meses de janeiro a abril de 2011, conforme demonstrativos às fls. 56 a 62.

O sujeito passivo, através de seu representante legal, ingressa com defesa tempestiva, fls. 67 a 71, visando impugnar o auto de infração com base na alegação de que não há porque se falar na

responsabilidade solidária prevista no artigo 6º, inciso XVI, da Lei nº 7.014/96, visto que a distribuidora que lhe vendeu o combustível não estava enquadrada no Regime Especial de Fiscalização por força de decisão judicial exarada no Mandado de Segurança nº 0008425-18.2011.8005.0001.

Em seguida, aduz que caso seja mantida a sua responsabilidade solidária, tem direito a créditos do ICMS, o que diz não ter sido observado pela fiscalização, que deixou de abater os créditos fiscais que foram pagos nas operações anteriores pela distribuidora do combustível.

Destaca que o direito à não cumulatividade está previsto no artigo 155, § 2º, inciso I, da CF/88, reproduzido nos artigos 28 e 29 da Lei nº 7.014/96, e no artigo 114 do RICMS/97.

Invoca o artigo 159, § 1º, incisos II e III, do RPAF/97, para solicitar o afastamento da multa e dos encargos, por não agido de má fé e nem ter praticado qualquer infração à legislação tributária.

Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls.105 a 106, a autuante contesta a defesa informando 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 débito acostado no Auto de Infração, com cópias fornecidas para o contribuinte. Fls. 56 a 62.

Esclarece que o contribuinte autuado, por adquirir álcool etanol hidratado em contribuinte sujeito a Regime Especial de Fiscalização, não forneceu os comprovantes de recolhimento do ICMS normal devido por ocasião da operação.

Aduz que pelos termos da defesa e os dispositivos legais invocados, o sujeito passivo autuado demonstra que conhece a responsabilidade solidária pela qual foi autuado, porém, mesmo assim, requer a improcedência da autuação com base nos argumentos de: ilegitimidade para figurar no pólo passivo da obrigação tributária; falta de aproveitamento dos créditos em obediência ao princípio da cumulatividade; e o cancelamento da multa por não agido de má fé.

A autuante frisa que em momento algum foi apresentado o comprovante relativo ao pagamento do imposto nas operações objeto do auto de infração, a que estava submetido.

Salienta que a falta de conhecimento não descaracteriza a ação fiscal, nos termos do artigo 40, parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 7.014/96, quais sejam: *Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação; respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todo o que tenha concorrido de qualquer forma, para a sua prática, ou dela se beneficiada; e que: a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário bem como da efetividade, natureza ou extensão dos efeitos do ato.* Assim, sustenta que não há cumulatividade, pois não houve comprovação do recolhimento do imposto em duplicidade.

Ressalta que já existem decisões do CONSEF sobre a matéria em questão, citando como exemplos os Acórdãos JF nº 0054-05/12 e 0055-05/12.

Conclui pela manutenção de sua ação fiscal.

VOTO

Preliminarmente, quanto ao fundamento legal do auto de infração, cumpre observar 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.

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.

Assim, 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 as duas 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), pelo remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização, com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria.

A infração 01 exige o imposto normal, por responsabilidade solidária, no valor de R\$4.858,77; e a infração 02 exige o ICMS normal recolhido a menor no valor de R\$11.678,26, tudo conforme cópias de NF-e e DAES às fls. 07 a 55, 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 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.

Quanto à arguição do impugnante de que não cabe a exigência do imposto ao posto revendedor, deixando a entender que é ilegítimo para figurar no pólo passivo da 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. 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.

Contudo, considerando que foi comprovado na defesa, que o remetente da mercadoria citado no auto de infração, a Petróleo do Valle Ltda, estava sob regime de fiscalização suspenso em razão da existência de Medida Liminar, nº 8.425-18.2011.805.001, expedida pelo Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Capital, passo agora analisar se tal liminar tem 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 acima citado (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 PRETROVALLE - Petróleo do Valle 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 verifica da leitura 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 transcrito, em relação ao remetente constante nos documentos fiscais, constato o seguinte:

DISTRIBUIDORES	MEDIDA LIMINAR Nº	DATA CIÊNCIA P/SEFAZ
Petrovalle Petróleo do Valle Ltda	8.425-18.2011.805.0001	03/02/2011

Assim, considerando a existência de liminares em Mandado de Segurança impetrados pelo fornecedor da mercadoria, 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 dos respectivos fornecedores, conforme demonstrativo abaixo.

INFRAÇÃO 01 - ICMS NORMAL

N.FISCAL	DATA	ICMS NORMAL	DISTRIBUIDOR	M. DE SEGURANÇA	CIÊNCIA
	18/1/2011	1.609,77	PETROVALLE	008425-18.2011.805.0001	2/3/2011
	24/2/2011	1.596,00	PETROVALLE	008425-18.2011.805.0001	2/3/2011
	1/3/2011	1.653,00	PETROVALLE	008425-18.2011.805.0001	2/3/2011
PROCEDENTE		4.858,77			

INFRAÇÃO 02 - ICMS NORMAL A MENOR

N.FISCAL	DATA	ICMS NORMAL	DISTRIBUIDOR	M. DE SEGURANÇA	CIÊNCIA
	28/1/2011	1.425,00	PETROVALLE	008425-18.2011.805.0001	2/3/2011
	4/2/2011	1.425,00	PETROVALLE	008425-18.2011.805.0001	2/3/2011
	14/2/2011	1.425,00	PETROVALLE	008425-18.2011.805.0001	2/3/2011
	18/2/2011	1.425,00	PETROVALLE	008425-18.2011.805.0001	2/3/2011
	25/2/2011	1.425,00	PETROVALLE	008425-18.2011.805.0001	2/3/2011
PROCEDENTE		7.125,00			

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 da liminar obtida pelo respectivo remetente da mercadoria, o autuado é o responsável por solidariedade pelo pagamento dos mesmos.

Concluo pela PROCEDÊNCIA do lançamento no valor de R\$11.983,77, em relação às notas fiscais discriminadas na planilha acima, ficando o demonstrativo de débito alterado conforme segue:

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\$4.553,26, é IMPROCEDENTE, conforme demonstrativo abaixo.

INFRAÇÃO 02 - ICMS NORMAL A MENOR

N.FISCAL	DATA	ICMS NORMAL	DISTRIBUIDOR	M. DE SEGURANÇA	CIÊNCIA
	24/3/2011	1.482,35	PETROVALLE	008425-18.2011.805.0001	2/3/2011
	1/4/2011	1.541,40	PETROVALLE	008425-18.2011.805.0001	2/3/2011
	14/4/2011	1.529,51	PETROVALLE	008425-18.2011.805.0001	2/3/2011
PROCEDENTE		4.553,26			

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 conforme alinhado anteriormente. É PROCEDENTE, também, a multa aplicada, conforme já indicado nesse voto.

Quanto ao apelo do contribuinte no sentido de cancelar ou reduzir a multa, uma vez que tal descumprimento de obrigação acessória ocorreu sem o intuito fraudulento de sua parte, observo que as obrigações acessórias ou deveres instrumentais são instituídas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos e tem por objetivo tornar possível a realização da obrigação principal, propiciando ao ente tributante a verificação do adequado cumprimento da obrigação tributária, a teor do que dispõe o art. 113, § 2º, do Código Tributário Nacional.

O § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, permite discricionariamente, que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo à infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

Vale ressaltar que, na esteira das determinações contidas no Código Tributário Nacional, art.136, a intenção do agente é irrelevante para a tipificação do ilícito fiscal. Sendo a infração objetiva, havendo o resultado previsto na descrição normativa, qualquer que seja a motivação ou ânimo do agente, tem-se por configurado o ilícito.

No presente caso, ainda que dolo não existisse ou mesmo não fossem efetuados levantamentos para apurar o descumprimento de obrigação principal, cumpre observar que no mesmo período os autos demonstram a existência de débito de ICMS apurado através de levantamento quantitativo, relativamente às infrações 05 e 06. Por estas razões, não acolho o pedido de redução ou cancelamento da multa em questão, pelo que a mantenho.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$11.983,77, conforme demonstrativo de débito abaixo:

ITENS	INFRAÇÃO 01	INFRAÇÃO 02	SOMA
PROCEDENTE	4.858,77	7.125,00	11.983,77
IMPROCEDENTE	0,00	4.553,26	4.553,26
TOTAL	4.858,77	11.678,26	16.537,03

DEMONSTRATIVO DÉBITO						
Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
18/1/2011	18/1/2011	8.472,47	19	60	1.609,77	1
24/2/2011	24/2/2011	8.400,00	19	60	1.596,00	1
1/3/2011	1/3/2011	8.700,00	19	60	1.653,00	1
28/1/2011	28/1/2011	7.500,00	19	60	1.425,00	2
4/2/2011	4/2/2011	7.500,00	19	60	1.425,00	2
14/2/2011	14/2/2011	7.500,00	19	60	1.425,00	2
18/2/2011	18/2/2011	7.500,00	19	60	1.425,00	2
25/2/2011	25/2/2011	7.500,00	19	60	1.425,00	2
TOTAL					11.983,77	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232892.0004/11-3**, lavrado contra **POSTO TOPÁZIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.983,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de março de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA