

A. I. Nº - 232892.0024/12-2
AUTUADO - COMERCIAL ACAJUTIBA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - HELENA DOS REIS GREGO SANTOS
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 30/07/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0111-05/13

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE. ETANOL HIDRATADO. a) ICMS NORMAL. RECOLHIMENTO A MENOS. b) ICMS DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. No caso de constatação de nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, ou acompanhada com o imposto recolhido a menos, junto ao posto revendedor varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido de remetente com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, na condição de contribuinte de direito, em razão de regime especial de fiscalização, o posto revendedor varejista é o responsável pelo pagamento total ou da diferença recolhida a menos do imposto, tanto o normal quanto o por substituição tributária. Comprovada a existência de Liminar em Mando de Segurança em relação à parte do período autuado. Infrações 1 e 2, subsistem em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 21/12/2012, exige ICMS, no valor de R\$8.199,39 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por aquisição junto ao remetente sujeito ao regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, estando à nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação. ICMS no valor de R\$5.826,95, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 2 – deixou o adquirente de recolher o ICMS retido por responsabilidade solidariedade, junto ao remetente, sujeito ao Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS retido no momento da saída, em vista do recebimento das mercadorias, através de nota fiscal não acompanhada do documento de arrecadação do ICMS devido por substituição tributária. ICMS no valor de R\$2.372,44. Multa de 60%.

O autuado, às fls. 26 a 32 dos autos, apresenta impugnação alegando não há que se falar em responsabilidade solidária da Impugnante, uma vez que a distribuidora que vendeu a ela os combustíveis não estava enquadrada no referido Regime Especial de Fiscalização, por força de decisão judicial exarada no Mandado de Segurança nº 0008425-18.2011.805.0001 (cópias anexas).

Alega que à época das compras realizadas, o Comunicado (cópia anexada) constante no site da SEFAZ/BA informava que o Regime Especial de Fiscalização e Pagamento aplicado à distribuidora de combustíveis estava “Suspendido por Liminar”.

Dessa forma, complementa o sujeito passivo, como a distribuidora da qual a Impugnante adquiriu os produtos por ela comercializados não estava sujeita ao regime especial, não há que se falar na cobrança do ICMS diretamente do posto de combustível.

Reproduz o teor do art. 6º, 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 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.

Protesta pela improcedência do Auto de Infração, uma vez que a Impugnante não é responsável solidária pelo recolhimento do ICMS, seja integral, seja da diferença, no caso dos autos, tendo em vista que, quando da aquisição da referida mercadoria, a Distribuidora não estava sujeita ao mencionado Regime Especial de Fiscalização, por força de ordem judicial.

Consigna que, caso a responsabilidade solidária seja efetivamente mantida, o que não se espera, a Impugnante possui então direito a créditos de ICMS, os quais foram ignorados pela autuação.

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

Argumenta que, se a Impugnante está sendo responsabilizada, solidariamente, por um débito de terceiro, ela também faz jus aos créditos fiscais a que este tem direito. Se a distribuidora tem créditos fiscais não considerados, a Impugnante tem direito de vê-los abatidos do suposto débito. Tal procedimento está amparado pelo princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Faz alusão à não-cumulatividade prevista na Constituição Federal (art. 155, § 2º, I), bem como na Lei Estadual do ICMS, arts. 28 e 29 da Lei nº 7.014/96, bem como art. 114 do RICMS/BA.

Requer, caso seja mantido a exigência, que seja afastada a aplicação de multa e dos juros, uma vez que em nenhum momento a Impugnante agiu de má-fé nem praticou qualquer infração que merecesse ser penalizada, à luz do art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF:

Art. 159. Poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade.

§ 1º O pedido de aplicação de equidade deverá fundamentar-se em qualquer das seguintes circunstâncias e ser acompanhado, se for o caso, das devidas provas, sob pena de não ser conhecido:

(...)

II - ter o sujeito passivo agido de boa-fé, diante de razoável e justificada dúvida de interpretação;

III - ter o sujeito passivo agido de boa-fé, em razão de ignorância da legislação tributária, tendo em vista o seu nível de instrução e as condições adversas do local da infração;

(...)

Pede a improcedência do Auto de Infração, diante da ausência de responsabilidade solidária da Impugnante.

Subsidiariamente, alude que, caso se entenda pela existência de responsabilidade solidária, o que não entende não ocorrer, 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.

Requer, também, caso seja mantida a infração, o afastamento da aplicação de multa e juros, à luz do quanto dito no tópico anterior.

O autuante, às fls. 48 e 49 dos autos, apresenta informação fiscal afirmando que a defesa não elide a infração, que foram considerados todos os documentos fiscais e de arrecadação do ICMS apresentados pelo contribuinte, demonstrativos analíticos de débito acostado no Auto de Infração, com cópias fornecidas para o contribuinte Fls. 18 a 21.

Argumenta que o autuado foi sujeito à ação fiscal que 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 e falta de recolhimento do imposto devido por substituição tributária.

Quanto ao argumento de que, por força de decisão judicial a revendedora não estava enquadrada em Regime Especial de Fiscalização, razão pela qual *“não há que se falar em responsabilidade solidária”*, afirma que a compra efetuada em 27.01.2011 foi efetuada antes da concessão da liminar e as demais está enquadrada dentro dos parâmetros legais o que pode ser confirmado conforme ACORDÃO JJF nº 0221 – 05/12 que relata”. Ocorre que há decisões transitadas em julgado no Superior Tribunal de Justiça, que contemplam a manutenção do lançamento tributário efetuado mesmo após a concessão de mandado de segurança que implique em suspensão ou desconsideração do *status quo* atribuído pelo fisco aos contribuintes do ICMS, até a decisão de mérito, conforme se depreende do julgamento dos embargos de divergência no ERESP 572.603/PR, onde se entendeu que a *“suspensão da exigibilidade do crédito tributário impede a Administração de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança do seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à sua regular constituição para prevenir a decadência do direito de lançar”* (Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.09.05), pela simples razão de que *“prejuízo nenhum trará ao autuado até o julgamento do mérito, situação oposta ao do fisco, que ficaria em irreparável prejuízo, em caso de julgamento contrário ao impetrante, em prazo superior ao estabelecido para a decadência do lançamento tributário”*.

Entende que só poderá haver cumulatividade com a comprovação da entrada das mercadorias na empresa revendedora.

Afirma que a defesa do autuado não encontra qualquer elemento que contraria o competente Auto de Infração lavrado.

Pede pela Procedência do Auto de Infração.

Nas fls. 51v a 57v, contam informações sobre liminares de Mandado de Segurança referente ao Regime Especial de Fiscalização dos autuados, sendo o fornecedor PETROVALLE, cujas notas fiscais embasaram a autuação.

VOTO

O presente lançamento de ofício traz a exigência de duas infrações, já devidamente relatadas, e ora resumidamente reproduzidas: INFRAÇÃO 1-falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por aquisição junto ao remetente sujeito ao Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, estando à nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação. INFRAÇÃO 2-deixou o adquirente de recolher o ICMS retido por responsabilidade solidariedade, junto ao remetente, sujeito ao Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS retido no momento da saída, em vista do recebimento das mercadorias, através de nota fiscal não acompanhada do documento de arrecadação do ICMS devido por substituição tributária.

No tocante ao argumento defensivo de a inexistência de comunicação formal da aplicação do Regime Especial de Fiscalização sobre o remetente, em obediência ao princípio da publicidade, tal alagação não pode ser acolhida, pois 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. 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 nº 7.014/96, através do site da SEFAZ.

A presente autuação foi amparado no art. 6º da Lei nº 7.014/96, que no inciso XVI, que atribui ao posto revendedor varejista de combustíveis, responsabilidade solidária em relação ao combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação e no § 3º faculta ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos. Assim, o imposto está sendo exigido do sujeito passivo e não do remetente.

Não acolho os argumentos do autuado sobre a violação do princípio da não-cumulatividade, pois relação ao imposto devido por substituição tributária não há o que se aproveitar de crédito fiscal, já que encerrou a fase de tributação, bem como o imposto normal devido pelo remetente, cuja responsabilidade solidária foi atribuída ao autuado, já foi compensado para cálculo do imposto devido por substituição tributária, não havendo, portanto, o que se falar em violação ao princípio da não cumulatividade.

O que está se exigindo é a responsabilidade solidária do 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, responsabilidade essa que não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos, prevista no art. 6º XVI, § 3º e art. 47, I da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo alegou que seu fornecedor obteve Liminar em Mandado de Segurança suspendendo o Regime Especial de Fiscalização. A Liminar em Mandado de Segurança se refere ao fornecedor PETROVALLE, cujas notas fiscais embasaram a autuação, conforme consta dos levantamentos fiscais às folhas 06 a 08 dos autos.

Não resta dúvida de que 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 nº 7014/96, permite concluir que a responsabilidade solidária, prevista no “caput” do artigo, está condicionada a existência do Regime Especial de Fiscalização. Uma vez suspensa à aplicação do aludido regime, não cabe a aplicação da responsabilidade por solidariedade ao autuado, conforme se pode verificar da leitura do aludido dispositivo:

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;

Diante das provas acostadas aos autos verifico que a ciência da liminar pela SEFAZ, obtida pela Petrovalle, foi em 03/02/2011, conforme correspondência anexada da COPEC aos autos.

Na autuação, ora em lide, parte dos fatos geradores foram posteriores a data da ciência da Liminar em Mandado de Segurança pela SEFAZ, em 03/02/2011, o que torna parte do imposto reclamado improcedente.

Destarte, as ocorrências da infração 1, de 27/01/2011, no valor de R\$2.406,76 e de 15/02/2011 no valor de R\$2.387,92, devem ser mantidas, pois anteriores a concessão da aludida liminar.

Em relação à ocorrência de 05/04/2011, é improcedente a exigência tributária, no valor de R\$1.032,27, pois se encontrava sob o alcance da aludida Liminar em Mandado de Segurança.

Diante do exposto, para a infração 1, caberá a manutenção das exigências relativas às ocorrências de 27/01/2011 e 15/02 de 2011, restando a Procedência Parcial no valor de R\$4.794,68.

Quanto à infração 2, devem ser mantidas as exigências com ocorrências de 27/01/2011, no valor de R\$1.013,24 e ocorrência de 15/02/2011, valor de R\$1.032,08, pois anteriores a concessão da aludida liminar.

Em relação à ocorrência de 05/04/2011 é improcedente, no valor de R\$327,12, pois sob o alcance da aludida Liminar.

Consta que em 28.06.2011 foi suspensa a liminar através Processo nº 0008090-2.2011.8.05.0000.

Quanto ao pedido de dispensa ou redução da multa por descumprimento de obrigação principal, compete à Câmara Superior julgar, em instância única, os pedidos de dispensa ou redução de multa por infração à obrigação principal ao apelo de equidade, nos termos do art. 159, ou seja, não cabe a esse órgão fracionário do CONSEF competência para concessão do aludido pedido.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO (R\$)	VLR. JULGADO (R\$)	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	5.826,95	4.794,68	60%
02	PROCEDENTE EM PARTE	2.372,44	2.045,32	60%
TOTAL		8.199,39	6.840,00	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232892.0024/12-2**, lavrado contra **COMERCIAL ACAJUTIBA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.840,00**, acrescido da multas de 60% prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de julho de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – JULGADOR