

A. I. Nº - 232892.0028/13-6
AUTUADO - POSTO DE COMBUSTÍVEIS VILA OLÍMPICA LTDA.
AUTUANTES - HELENA DOS REIS REGO SANTOS
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 10. 12. 2013

ACÓRDÃO JJF Nº 0298-01/13

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **a)** ATRIBUIÇÃO, AO ADQUIRENTE, DA RESPONSABILIDADE PELO “ICMS NORMAL” DEVIDO PELO REMETENTE DA MERCADORIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO “ICMS NORMAL”. **b)** ATRIBUIDA RESPONSABILIDADE AO ADQUIRENTE PELO IMPOSTO RETIDO PELO REMETENTE DA MERCADORIA, NA AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL EFETUADA A REMETENTE SUJEITO A REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. PAGAMENTO DO ICMS-ST NO MOMENTO DA SAÍDA DA MERCADORIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. O art. 6º, XVI da Lei 7014/96 contempla a atribuição da responsabilidade por solidariedade ao contribuinte que adquire combustível de remetente sujeito a regime especial de fiscalização sem efetuar a retenção do imposto. O período fiscalizado não é afetado pela decisão judicial liminar em Mandado de Segurança, pois, sobrevindo decisão de mérito denegou a segurança, anteriormente, concedida ao impetrante, a distribuidora de combustíveis, para restaurar o aludido regime especial de fiscalização com efeito *ex-tunc* à data da medida liminar. Infração caracterizada. Indeferido o pedido de afastamento da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/07/2013, para reclamar ICMS no valor total de R\$66.262,50, através da seguinte infração:

1. Deixou o adquirente de recolher ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, adquirido junto à remetente sujeito a regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento da mercadoria através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação. Valor R\$ 49.748,94 – Multa de 60%;
2. Aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado do pagamento do ICMS Retido no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento da mercadoria, através de nota fiscal não acompanhada do documento de arrecadação do ICMS substituído. Valor R\$ 16.513,56 – Multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, fls. 125/130, arguindo que a presente exação não pode prosperar pela ausência de responsabilidade solidária, uma vez que a distribuidora que lhe vendeu os combustíveis estava enquadrada no Regime Especial de Fiscalização, ao contrário do que aponta o Auto de Infração. Explica que AROGAS COMERCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA. estava excluída do referido regime, à época das compras, por força da decisão proferida no Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8...05.0001, em 31.05.2013 (DOC. 03).

Diz que a decisão judicial concedeu liminar para determinar a suspensão dos efeitos do Comunicado SAT 001/2012, excluindo a distribuidora do mencionado regime, elencado no art. 47 da Lei 7.014/96, cuja responsabilidade solidariada está prevista no art. 6º, XVI da lei do ICMS.

Aduz que os fatos constantes no lançamento de ofício devem ser julgados improcedentes, pois ocorreram no período em que a distribuidora estava excluída do referido Regime Especial.

Discorre sobre o seu direito ao crédito fiscal do ICMS, em face ao princípio da não cumulatividade, conforme consta dos artigos 28 e 29 da Lei 7.014/96, além do art. 114, RICMS/BA. Alega que ainda que se entenda pela responsabilidade solidária, deve ser considerado o valor de créditos do ICMS.

Pede, caso se entenda pela manutenção da autuação, requer o afastamento da multa, nos termos do art. 159, §1º, II e III do RPAF, concluindo pela improcedência do Auto de Infração.

A Auditora Fiscal presta Informação Fiscal, fls. 141/145, apresentando uma síntese das razões da defesa; arguindo que o lançamento tributário contemplou operações das vendas realizadas no período de junho a novembro de 2012 pela distribuidora AROGAS COMERCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA (inscrição nº 77.471.729) desacompanhadas da comprovação do ICMS, obrigação imposta por força de regime especial de recolhimentos.

Diz que a cobrança está amparada no art. 6º, XVI, Lei nº 7.014/96, mas o impugnante sustenta que o período fiscalizado encontrava-se protegido pela medida liminar concedida em Mandado de Segurança impetrado pela fornecedora AROGAS COMERCIO DE COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS, suspendendo o regime especial de fiscalização e recolhimento, razão porque não há falar em responsabilidade tributária.

Explica que a afirmação defensiva é verdadeira, até que sobreveio, em 23.01.2013, a decisão de mérito denegando a segurança com efeito ex-tunc, retroagindo à data da liminar, restabelecendo plenamente a sujeição ao regime. Diz que a lavratura ocorreu em 27.07.2013, em data posterior à decisão mandamental.

Com relação ao pedido de creditamento, a pretensão do autuado esbarra na falta de amparo legal, considerando, sobretudo, a sistemática de tributação que envolve o posto revendedor na cadeia de incidência do imposto, porquanto a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS normal e ICMS-ST compete à distribuidora. Ressalta que somente que a distribuidora, submetida ao regime especial, deixa de cumprir voluntária e corretamente o recolhimento do ICMS normal é que sujeitará por solidariedade, o posto revendedor. Podendo postular cobrança regressiva.

Argui sobre a responsabilidade em relação às operações internas subsequentes, nos termos do art. 512-A, inciso I, “b” do RICMS/BA, sobre o pedido de dispensa de multa, art. 159, RPAF/BA e pede a procedência do auto de infração.

É o relatório.

VOTO

Versa o presente Auto de Infração sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado. A infração 01 diz respeito à exigência de crédito tributário em razão da falta de recolhimento do ICMS devido pelo regime normal de apuração e em face à responsabilidade tributária acessória. A infração 02 cuida da exigência do ICMS devido também por responsabilidade solidária, retido e não recolhido, na operação de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização, previsto na Lei 7.014/96.

Inicialmente, constato que o presente Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, inexistiu qualquer ofensa aos princípios constitucionais ou erro de direito e a questionada aplicação da multa obedeceu aos ditames da Lei do ICMS, no Estado da Bahia.

A alegação da ausência da solidariedade tributária, a desobediência ao princípio da não-cumulatividade do ICMS e o afastamento de multa e juros, por não ter agido de má fé e não ter praticado a infração, argüindo o art. 159, §1º, II e III do RPAF (III) serão objeto da análise nas linhas procedentes.

Da análise de tais argumentos, juntamente com os elementos que compõem o presente PAF, vejo que o distribuidor remetente das mercadorias (AROGAS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA), objeto deste lançamento tributário de ofício, foi legalmente submetido ao regime especial de Fiscalização e pagamento do imposto previsto no art. 47, I e II da Lei 7.014/96, através do Comunicado SAT nº 001/2011, tornado público no DOE de 19/01/2011 e pelo site da SEFAZ, página Inspetoria eletrônica>processos>regime especial>comunicado.

A arguição de não-cumulatividade do ICMS (art. 155, §2º, I, CF 88) não cabe, igualmente, no caso concreto, pois o regime especial trata da exigência fiscal do imposto normal e da substituição tributária, relativo às diretas transações entre o contribuinte autuado e seu fornecedor, referentes à aquisição de etanol hidratado, operação por operação. Estando essa mercadoria sujeita à antecipação tributária com fase de tributação encerrada, mas cujo montante não foi recolhido totalmente ao Erário, não há crédito fiscal que possa ser apropriado pelo autuado. Compete ressaltar que os pagamentos identificados nas operações, inerentes às notas fiscais analisadas, foram compensado com o valor exigido em cada operação.

A aplicação da multa está prevista na Lei 7.014/96 do ICMS do Estado da Bahia. A intenção do agente não tem relevância na atribuição da responsabilidade tributária (art. 136, CTN), na arguição da sua boa fé, porém, conforme indica o art. 159, §1º, II e III do RPAF, o pedido de dispensa ou redução de multa vinculada à obrigação tributária principal poderá ser requerido à Câmara Superior.

No mérito, as infrações imputadas ao autuado estão previstas no art. 6º, XVI, c/c o art. 47 da Lei nº 7.014/96, tendo o adquirente de combustível a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto, total ou parcial, devido pelo remetente, sujeito ao regime especial de fiscalização que o obriga no pagamento do imposto próprio e/ou substituído, no momento da saída da mercadoria, cujos valores, quando provados através de documento de arrecadação estadual (DAE), fls. 06/07, foram deduzidos do imposto apurado, acorde demonstrativos acostados nos autos, com destaque para o imposto próprio e o ICMS-ST, fls. 105/120.

Impõe esclarecer que a responsabilidade solidária tributária, com esteio no art.124 do CTN, no presente caso, está amparada na hipótese de o posto revendedor varejista adquirir combustível junto ao remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, na ausência da prova desse recolhimento. Sabendo-se que a solidariedade não comporta benefício de ordem, a legislação alcança quaisquer das pessoas que tenham interesse comum na situação (distribuidor e posto revendedor), não se admitindo a escusa no cumprimento da obrigação tributária.

Com o advento da Lei nº 12.040, de 28.09.10, que deu redação ao artigo 6º, inciso XVI, da Lei do ICMS, os postos revendedores varejistas de combustíveis, passaram a responder, solidariamente, pelo pagamento do ICMS devido na aquisição do combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do imposto, no momento da saída da mercadoria, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação, na sua integralidade.

Assim, no caso em exame, por exigência legal, o adquirente autuado está obrigado ao pagamento do ICMS tanto o normal quanto por substituição tributária, por responsabilidade solidária, decorrente da aquisição do combustível “etanol hidratado” junto à sociedade empresária distribuidora (AROGAS), constante do Comunicado SAT nº 001/2011, publicado no DOE, de 19/01/11, o qual produziu efeitos no período de 19/01/11 a 30/06/11, tornando-se público para todos os contribuintes do Estado da Bahia o regime jurídico tributário a que ficaram sujeitas as empresas ali listadas.

No caso em tela, a distribuidora AROGAS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA teve deferido em seu favor autorização para recolher o ICMS relativa à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel, no dia 09 do mês subsequente, dia 15 do mês subsequente, na hipótese de substituição tributária e recolher no dia 25 do mês subsequente o ICMS devido por antecipação parcial (entradas interestaduais de AEHC ou álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel. Parecer nº 1392, de 20.01.2011 (fl. 26).

Ocorre que o autuado impetrou um Mandado de Segurança (Processo 034915-21.2012.8.05.0001), de 23.05.2012, com pedido liminar em face do Superintendente de Administração Tributária - SAT, da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, para suspender os efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012 e excluir a impetrante do regime especial de fiscalização e pagamento do ICMS e para se abster de praticar quaisquer atos que resultem no seu enquadramento nas demais hipóteses do aludido regime elencadas no art. 47 da Lei 7.014/96.

Contudo, em 23.01.2013, sobreveio a decisão de mérito e denegatória da segurança, com efeito EX TUNC, retroagindo à data da liminar para restabelecer a sujeição do autuado ao regime especial de fiscalização. Concluiu a decisão judicial que o regime especial de fiscalização não inviabiliza a atividade empresarial nem impede que a impetrante continue a comercializar as suas mercadorias no Estado da Bahia, desde que observadas as regras estabelecidas na legislação estadual, alterando apenas a sistemática da declaração e o recolhimento do ICMS.

Portanto, o autuado é responsável legal pelo recolhimento do ICMS, da forma como consta no demonstrativo fiscal e na inicial dos autos, período em que, como posto revendedor varejista de combustível, responde solidariamente pelo pagamento do ICMS devido na aquisição do combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do imposto, no momento da saída da mercadoria, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação, na sua integralidade (artigo 6º, inciso XVI, da Lei 7.014/96). Valor que importa R\$ 49.748,94, em relação à infração 01.

Em consequência, na infração 02, correta é a exigência estabelecida, em relação ao mesmo período da infração 01, correspondente ao ICMS retido pela mesma regra de responsabilidade tributária solidária, porquanto já revigorado os efeitos do regime especial de fiscalização e após a decisão de mérito e denegatória da segurança impetrada pela distribuidora de combustíveis, no valor que totaliza R\$ 16.513,56.

Os valores devidos encontram-se perfeitamente discriminados no demonstrativo fiscal, fls. 105/120 e sequer foram objeto da questionamento defensivo.

Posto isso, PROCEDENTE a exigência do crédito tributário do contribuinte autuado, consubstanciada no presente Auto de Infração, no valor de R\$ 66.262,50

Assim é que voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232892.0028/13-6**, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS VILA OLÍMPICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 66.262,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR