

PROCESSO - A. I. Nº 206985.0004/11-8
RECORRENTE - RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0128-04/12
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 04/08/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0210-12/14

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO OU RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS PRÓPRIO E/OU DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Excluídas da autuação as operações nas quais os fornecedores estavam excluídos do Regime Especial de Fiscalização por força do Mandado de Segurança expedido pelo Poder Judiciário. Exigências parcialmente subsistentes. Afastadas as questões preliminares de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 10/05/2012 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/10/2011, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 38.993,15 (trinta e oito mil novecentos e noventa e três e quinze centavos), em decorrência do cometimento de 03 (três) Infrações.

***Infração 01. RV** – Deixou o adquirente, de recolher ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade de pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento da mercadoria através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação.*

***Infração 02. RV** – Deixou o adquirente de recolher ICMS Retido, por responsabilidade solidária, na operação de 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.*

***Infração 03. RV** – Deixou o adquirente de recolher por responsabilidade solidária o valor do ICMS substituído, devido, porém não retido, em operação de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria. Verificado através de Nota Fiscal sem retenção de ICMS substituído e consequentemente desacompanhado do respectivo documento de arrecadação.*

O autuado apresentou impugnação ao Auto de Infração (fls.154/166), requerendo a suspensão da exigibilidade do crédito tributário; a Nulidade do Auto de Infração por falta de fundamento jurídico, tendo em vista as liminares obtidas em Mandado de Segurança e da cobrança duplicada do ICMS; de forma alternativa, caso o pedido de nulidade não seja acatado, a exclusão do valor referente à infração 3; e a exclusão de penalidade imposta ou a sua redução.

O Auditor apresentou informação fiscal, concluindo pela manutenção total do Auto de Infração guerreado (fls. 299/309).

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 4ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, procedente o Auto de Infração nº 206985.0004/11-8, determinando que o autuado fosse intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$38.993,15, acrescido da multa de 60%, previstas no artigo 42, incisos II, “e” e “f” e inciso III, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, o que fez nos seguintes termos (fls.312/318):

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS por três infrações, conforme acima relatado.

Sem objetar os dados e valores do imposto exigido, o autuado impugnou o Auto de Infração suscitando: a) improcedência por falta de fundamento jurídico tendo em vista as liminares obtidas em Mandados de Segurança excluindo os fornecedores remetentes do Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do imposto; b) cobrança em duplicidade do ICMS; c) exclusão da infração 03 por entender que o remetente recolheu todo o imposto devido como substituto tributário; d) exclusão ou redução da multa de 60%, por ser confiscatória, ferir os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da inexistência de dolo.

Analisemos, então, tais argumentos.

A despeito de não constarem dos autos documentos probatórios das Medidas Liminares Judiciais que o impugnante diz ter a eles anexados, considerando que as operações objeto da autuação ocorreram no período de plena produção de efeitos do Regime Especial de Fiscalização e Pagamento a que estavam submetidos os fornecedores remetentes do autuado (19/01 a 30/06/2011), não há falar em carência de fundamento jurídico para este Auto de Infração por incidência de efeitos de possíveis decisões liminares obtidas em Mandados de Segurança. Ademais, mesmo que houvera as Medidas Liminares citadas, ainda com improváveis efeitos retroativos ao período fiscalizado, tais medidas apenas suspenderiam a exigibilidade do crédito tributário em via judicial (CTN: art. 151, IV), mas não impediria a Fazenda Pública de proceder à regular constituição do mesmo para prevenir a decadência do direito de lançar seu crédito tributário. Portanto, sem direta repercussão neste caso.

Como se vê nas planilhas de cálculo do ICMS apurado (fls. 07 a 17), em face da solidariedade tributária imposta pelo art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96, neste Auto de Infração exige-se apenas o ICMS normal e por substituição tributária decorrente apenas das operações de aquisição de mercadoria por parte do contribuinte autuado às empresas distribuidoras de combustível enquadradas em Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS, não havendo, portanto, a duplicidade tributária suscitada.

Também nas planilhas de cálculo do valor exigido se vê a dedução de todo o imposto decorrente das operações, em especial, do devido por substituição tributária e que foram pagos antes da lavratura do presente Auto de Infração não havendo o bis in idem propalado pelo impugnante e configurado que nem todo o imposto devido, inclusive o relativo à substituição tributária, foi recolhido, não houve o integral cumprimento da solidariedade imposta pelo art. 6º, XVI, da Lei 7.014/96, como alga o impugnante. Portanto, não tem pertinência o argumento de ser indevida a exigência fiscal relativa à infração 03 nem necessidade de refazimento dos cálculos como pleiteia o impugnante, pois o que nela se cobra é apenas a diferença que resta devida em função do ICMS retido e recolhido menor que o devido. Assim, com fundamento no art. 147, I, "a" do RPAF, oportunamente indefiro este indireto pedido de diligência, pois os elementos contidos nos autos são suficientes para formar minha convicção sobre essa lide.

As descrições das infrações não deixam dúvida quanto aos fatos geradores nem ao que objetivamente se referem. São corretas e claras.

Ressaltando que o Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS obriga a circulação da mercadoria acompanhada de comprovante de pagamento do ICMS dela decorrente, se vê nos demonstrativos citados, tratar-se, este caso, de exigência fiscal por responsabilidade solidária: a infração 01 exige a diferença do ICMS normal incidente sobre operações de venda das distribuidoras submetidas ao Regime Especial de Fiscalização e obrigadas ao pagamento no momento da saída; a infração 02 exige o ICMS retido pelas distribuidoras submetidas ao Regime Especial de Fiscalização e obrigada ao pagamento desse ICMS no momento da saída da mercadoria para o autuado, mas não recolhido, tendo em vista o recebimento da mercadoria por nota fiscal não acompanhada do DAE relativo ao pagamento do ICMS substituído; a infração 03 exige o ICMS devido por substituição, porém não retido, relativo a operações de aquisição de combustível pelo autuado junto às distribuidoras submetidas a Regime Especial de Fiscalização e obrigada ao pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria desses distribuidores, desacompanhadas dos respectivos documentos de arrecadação.

Quanto a eventuais recolhimentos efetuados a título de antecipação tributária, o regime especial de fiscalização e pagamento não alcança essas anteriores operações, posto que o regime se constitui na obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria pela empresa sujeita a essa condição. Portanto, não abrange as operações de compra ou quaisquer pagamentos efetuados que não se refiram às operações de saídas para postos revendedores. Os documentos fiscais relativos às operações entre usina e distribuidor não vinculam as notas fiscais de aquisição da mercadoria pelo autuado. No caso, as operações se tornam independentes por força do regime especial, devendo efetuar-se o pagamento do imposto relativo ao posto revendedor por cada operação, nota a nota.

Entendose cabido o argumento defensivo de que o Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS ao explicitar sua responsabilidade solidária de fato e de direito (que não comporta benefício de ordem) prevista no art. 124 do CTN lhe impõe uma obrigação impossível de ser cumprida, pois tal regime apenas lhe alerta que para eximir-se da sua responsabilidade deve realizar a compra mediante comprovação do pagamento de todo

ICMS (normal e por substituição) devido sobre a operação que realizar e cujos valores devem constar corretamente destacados em cada documento fiscal correspondente, uma vez que é indispensável para tanto, que o DAE devidamente quitado, juntamente com o respectivo documento fiscal, acompanhe a circulação da mercadoria que adquirir. Portanto, isto, simples assim, não consiste na atribuição legal de fiscalizar seu distribuidor quanto ao cumprimento de suas obrigações tributárias, como alega.

Em face do impedimento previsto no art. 167, I, do RPAF, deixo de apreciar a arguição de inconstitucionalidade da multa pelo descumprimento das obrigações principais constante do Auto de Infração, sob a alegação de exagero e natureza de confisco.

Por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal cuja competência para dispensa ou redução é da Câmara Superior do CONSEF (RPAF: art. 159), a apreciação do pedido de exclusão ou redução da multa fica prejudicado nesta Instância de Julgamento.

Considerando que: a) o procedimento fiscal atendeu às formalidades dos arts. 15, 16, 19, 22, 26, 28, 39, 41, 42, 44, 45 e 46 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o Direito Administrativo ou o Direito Tributário, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal, estando determinados no lançamento o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, sendo precisamente indicados os dispositivos legais infringidos; b) os demonstrativos e documentos que suportam a autuação constam dos autos, inclusive o demonstrativo de apuração do valor exigido (fls. 07 a 17); c) o processo obedece ao princípio do devido processo legal e seus corolários de ampla defesa e contraditório, tendo o contribuinte demonstrado plena compreensão das infrações, delas se defendendo sem qualquer dificuldade imposta pela parte contrária, afastando as questões preliminares de nulidade suscitadas por não encontrar no PAF vício que se enquadre nas hipóteses do art. 18 do RPAF.

Quanto ao direito, o caso trata de responsabilidade tributária por solidariedade de fato e de direito, prevista no art. 124, I e II, do CTN. Essa solidariedade decorre de lei (arts. 5º da Lei Complementar 87/96 e 6º, XVI, e 47, I da Lei 7.014/96) e, por ele ter interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal, o autuado, na condição de posto revendedor varejista está obrigado ao pagamento do imposto incidente sobre suas operações de aquisição de combustível com fornecedores submetidos ao Regime Especial de Fiscalização, quando elas não estiverem acompanhadas do Documento de Arrecadação (DAE) devidamente quitado.

Ao dispor sobre as regras gerais do ICMS, a Lei Complementar 87/96 expõe em seu art. 5º que “A Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo”.

Utilizando dessa prerrogativa, a Lei 7.014/96 que instituiu o ICMS baiano, estabelece no seu art. 6º que “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” e o art. 47 da lei citada, expressa a obrigatoriedade do pagamento do ICMS da operação, inclusive o devido por substituição tributária:

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;*

Na disciplina legal citada não há distinção de obrigatoriedade quanto ao pagamento do ICMS normal (aqui entendido o imposto incidente sobre a operação de saída da mercadoria do estabelecimento distribuidor ao autuado) e o ICMS substituído (aqui entendido o imposto antecipado incidente sobre as operações de revenda do autuado ao consumidor final).

Tratando-se de questão de fato, vejo que no curso do procedimento fiscal, o autuado foi intimado (fls. 18 e 19) para apresentar comprovação de recolhimento do ICMS normal e por substituição tributária destacado nos DANFE's relacionados na intimação.

Atendendo a intimação fiscal para comprovar o recolhimento do ICMS acima descrito, o contribuinte apresentou os documentos de fls. 21 a 148, cujos recolhimentos comprovados e pertinentes às NF's e relacionadas a esse Auto de Infração, foram deduzidos na apuração do valor aqui exigido.

Ressaltando que o Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS obriga a circulação da mercadoria acompanhada de comprovante de pagamento do ICMS dela decorrente, este lançamento fiscal, cujas descrições das infrações não deixam dúvida quanto aos fatos geradores, nem ao que objetivamente se referem, exige apenas a parte do ICMS acima especificado, deduzido dos valores recolhidos, na seguinte forma:

A infração 01 exige o ICMS normal destacado nos DANFE's relacionados no demonstrativo de fls. 5 a 16, somando R\$ 35.449,17, relativo às operações de aquisição de combustível pelo autuado junto a fornecedor sujeito a Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do imposto no momento da saída da mercadoria, em face de o autuado ter recebido a mercadoria sem que este imposto tenha sido recolhido.

A infração 02 exige o ICMS destacado por substituição nos DANFE's relacionados no demonstrativo a infração, retido e não recolhido, relativo às operações de aquisição de combustível pelo autuado junto às distribuidoras submetidas a Regime Especial de Fiscalização e obrigada ao pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria desses distribuidores, sem que os documentos fiscais estivessem acompanhados dos DAE's devidamente quitados, totalizando R\$ 3.079,41.

A infração 03 exige o ICMS-ST, devido, porém não retido, incidente sobre operações de aquisição de combustível junto às distribuidoras submetidas ao Regime Especial de Fiscalização e obrigadas ao pagamento no momento da saída da mercadoria, somando R\$ 464,57.

Na impugnação, sem objetar os valores exigidos e nem apresentar contraprovas para elidir a autuação, aliás, como previsto no art. 123 do RPAF, o impugnante apenas alegou as questões já acima rebatidas (i. improcedência por falta de fundamento jurídico tendo em vista as liminares obtidas em Mandados de Segurança excluindo os fornecedores remetentes do Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do imposto; ii. cobrança em duplicidade do ICMS; iii. exclusão da infração 03 por entender que o remetente recolheu todo o imposto devido como substituto tributário; iv. exclusão ou redução da multa de 60%, por ser confiscatória, ferir os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da inexistência de dolo).

Na forma como agiu, entendendo a situação enquadrada na previsão dos arts. 140 e 142 do RPAF, que dispõem "O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas" (art. 140) e "A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária" (art. 142), pelo que vejo confirmar a materialidade das infrações.

Por se tratar de imposto não recolhido por antecipação, embora tendo o mesmo percentual da constante do Auto de Infração, re-enquadro a multa proposta para a tipificada no art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/96, por ser a específica para as infrações constatadas.

Assim, por todo o exposto, concluo que as infrações 01, 02 e 03 são integralmente subsistentes.

Infrações procedentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 4ª JF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- a) Não acata o argumento de falta de fundamento jurídico devido à Decisão liminar em Mandado de Segurança, pois o mesmo, ainda que dotado de efeito retroativo, apenas suspenderia a exigibilidade do crédito tributário em via judicial, não impedindo, no entanto, que a Fazenda Pública proceda ao lançamento do crédito tributário.
- b) Da mesma forma foi refutado o argumento de cobrança duplicada do ICMS, com o argumento de que o Auto de Infração ora combatido exige apenas o ICMS normal e por substituição tributária decorrente apenas das operações de aquisição de mercadoria por parte do contribuinte autuado às empresas distribuidoras de combustível enquadradas em Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS.
- c) Em relação à alegação de que a cobrança da infração 03 é indevida, a junta julgou pela impertinência do argumento, pois o que nela se cobra é apenas a diferença que resta devida em função do ICMS retido e recolhido menor que o devido.
- d) Julgou prejudicada a arguição de inconstitucionalidade da multa pelo descumprimento das obrigações principais, em razão da falta de competência para análise, bem como de redução da multa pois essa apreciação é de competência da Câmara Superior do CONSEF.

Intimado acerca do resultado do julgamento o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 332/343) em relação à Decisão da junta. Reiterou todos os argumentos suscitados na peça defensiva, aduzindo basicamente que:

- a) *Conforme já noticiado nos autos, a empresa Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda. foi excluída em razão de Decisão liminar obtida junto ao Juízo de Direito da 4ª Vara de Fazenda Pública da Capital, no Mandado de Segurança de nº. 0015805-92.2011.805.0001, sendo que tal informação já consta do cadastro*

desta pessoa jurídica junto à Secretaria da Fazenda.

- b) De igual modo, a empresa Petrovalle – Petróleo do Valle Ltda. também se encontra fora do referido regime também por força de liminar exarada na Ação Mandamental tombada sob nº. 0008425-18.2011.805.0001, que igualmente tramita junto à 4ª Vara da Fazenda Pública da Capital.*
- c) Destarte, se a inclusão no Regime Especial de Fiscalização é pressuposto para atribuição de responsabilidade solidária ao devedente, a saída de seus fornecedores deste regime torna carente de fundamento o Auto de Infração, impondo-se o reconhecimento de sua manifesta improcedência. As decisões judiciais obtidas legitimam o recolhimento do tributo de forma mensal pelos distribuidores e sem a obrigação de pagamento imediato em cada operação realizada. Em face delas, também deixa de existir a obrigatoriedade de aquisição do combustível pelo revendedor acompanhado do DAE devidamente quitado, tornando sem efeito, desta forma, o regramento imposto pelo Regime Especial.*
- d) Caso ultrapassadas as razões de mérito entende que a aplicação de multa na sua forma agrava no percentual de 60% do valor da exação também se afigura indevida, posto que a penalidade imposta representa clara violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.*
- e) Conclui requerendo i) Em sede preliminar, a declaração de a nulidade do lançamento, perpetrado em flagrante desobediência à ordem judicial; ii) No mérito, caso não acolhida a preliminar de nulidade, o conhecimento das razões recursais, reformando-se in totum a Decisão de 1º grau de forma a julgar inteiramente improcedente a autuação; iii) Finalmente, pede ainda, uma vez não acolhido o pleito antecedente, pela exclusão da multa e seus consectários, vez que ainda que se admita a responsabilidade do Autuado pela obrigação principal, jamais poder-se-ia admitir que a sanção pela infração, especialmente a cominação de multas pecuniárias, pudesse alcançar o substituto tributário, já que a infração, por ser uma conduta subjetiva, praticada que foi pelo distribuidor de combustível, a sanção não poderia ultrapassar a pessoa do infrator para resvalar em terceiro.*

O CONSEF optou por converter o PAF em diligência à PGE/PROFIS para o levantamento dos dados relativos às medidas liminares concedidas em ações judiciais ajuizadas por GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS, PETRÓLEO DO VALLE LTDA e PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETROLEO (fls.353).

Em cumprimento à diligência a PGE/PROFIS informou a situação dos processos que tramitam no judiciário em que são partes as referidas empresas, bem como juntou documentos relativos às mesmas (fls. 356/602).

A PGE/PROFIS em Parecer Jurídico opinou pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário por entender que as empresas fornecedoras de combustíveis não estavam, à época dos fatos indicados no lançamento, abarcadas por nenhuma medida liminar, conforme Comunicado SAT n. 001/2012 (fls. 603/604).

Após, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, ao analisar os documentos acostados pela PGE/PROFIS, converteu novamente o processo em diligência para o esclarecimento da existência ou não de medidas judiciais vigentes à época dos fatos geradores indicados no lançamento fiscal, em razão de alguns documentos anexados aos autos pelo Núcleo de Representação Judicial da PGE/PROFIS noticiassem a existência de medidas acautelatórias à época dos fatos (fls. 607).

Em retorno de diligência, novo Parecer emitido pela PGE se deu a favor do provimento parcial do Recurso Voluntário, pois a empresa PETRÓLEO DO VALLE LTDA, fornecedora de combustível presente em algumas operações comerciais descritas no presente lançamento, encontrava-se albergada por liminar na época dos fatos geradores constantes nos autos (609/610).

Em assentada de julgamento, o d. Representante da PGE/PROFIS Dr. José Augusto retificou seu opinativo, requerendo o provimento do Recurso Voluntário também quanto às operações realizadas com a PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETROLEO, em razão de a referida empresa estar abarcada por Decisão judicial à época dos fatos geradores.

VOTO

Basicamente, o presente lançamento resume-se à análise sobre a eficácia do Regime Especial de Fiscalização para os fornecedores do autuado GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS, PETRÓLEO DO VALLE LTDA. e PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO, no período de

apuração fiscalizado.

Inicialmente, antes de adentrar ao mérito do presente PAF, cumpre esclarecer que, em que pese em sede de Recurso Voluntário o Recorrente não tenha aberto o citado tópico relativo à nulidade, e tampouco fundamentado tal pedido, na alínea b dos pedidos requer, em sede de preliminar, a declaração de nulidade do lançamento em razão à desobediência à ordem judicial.

Entendo não assistir razão ao Recorrente. Primeiro porque, como alegado pelo próprio recorrente, a existência de medida judicial apenas atingiria as compras efetuadas dos fornecedores PETRÓLEO DO VALLE LTDA e PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO, portanto, não atingiria a integralidade do lançamento. Segundo porque, a responsabilidade solidária do recorrente encontra-se prevista no artigo 6º, inciso XVI, combinado com o artigo 47, inciso I, da Lei nº 7.014/96, dispositivos a seguir transcritos:

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 para o mercado, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação;

(...)

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;”.

Há, portanto, suporte legal a legitimar a cobrança, por responsabilidade tributária, do ICMS normal e do devido por substituição tributária, da empresa recorrente, nas aquisições de combustível junto ao Distribuidor, que se encontrava, quando emitiu as notas fiscais de saídas, sujeito ao Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade de pagamento do imposto no momento da saída das mercadorias e não o fez ou fez a menos que o devido.

Desta feita, não havendo regime especial de fiscalização, não há que se falar em responsabilidade solidária, sendo caso, portanto, de improcedência, e não de nulidade.

Ademais, cumpre asseverar que, analisando as peças processuais, constato que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 39, 41 e 42, do RPAF/99, sendo as infrações descritas de forma clara, estando fundamentadas nos demonstrativos e documentos fiscais que as embasam, estando elas determinadas, com segurança, bem como identificado o infrator. Não vislumbro nos autos qualquer vício que inquine o lançamento de nulidade e a lide tem transcorrido no âmbito do devido processo legal.

Em razão disso, não acolho o pedido de declaração da nulidade do lançamento.

No que se refere ao mérito entendo assistir razão em parte ao Recorrente.

Da análise do período e das operações realizadas com os fornecedores GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS, PETRÓLEO DO VALLE LTDA e PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO, verifico que, no que se refere à PETRÓLEO DO VALLE, a própria PGE/PROFIS se manifestou quanto à procedência das alegações recursais e exclusão de tais operações em razão de, nos termos do Comunicado SAT 002/2012 ter obtido liminar para suspender os efeitos do Regime Especial de Fiscalização a partir de 02/02/2011.

Da análise dos autos, verifico que todas, à exceção de uma ocorrência realizada em 26 de janeiro de 2011, imputada na Infração 1, no valor devido de imposto de R\$ 1.425,00, todas as demais ocorrências foram posteriores aos efeitos da medida judicial e, portanto, estariam abarcadas pela mesma.

Em razão disso, entendo assim como a PGE, que tais operações devem ser excluídas da autuação.

Esse também é o entendimento do CONSEF em casos idênticos, que tratam, inclusive, do mesmo fornecedor, a exemplo do Acórdão CJF 0037-12/14 desta mesma Câmara e o Acórdão CJF 0056-11/13 da 1ª. CJF.

Quanto ao fornecedor PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO, o d. Representante da PGE/PROFIS, em mesa, também se manifestou sobre a exclusão de tais operações do lançamento tributário.

Isto porque, no Comunicado SAT nº 001/2011, a SEFAZ informa que a PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA, com as i.e. 078027360 (Itabuna) e i.e. 077804511 (Conceição do Jacuípe) em 18 de janeiro de 2011 já estavam com o Regime Especial de Fiscalização Suspenso. Tal fato também fora relatado pelo Núcleo de Representações Judiciais da PGE (fls. 485 e 486).

Por sua vez, apenas em 30 de junho de 2011, através do Comunicado SAT 003/2011 a PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA foi reincluída no Regime Especial de Fiscalização, por ter o mérito de seu Mandado de Segurança julgado improcedente.

Em razão do que foi exposto, modifico a Decisão de Primeira Instância que manteve as operações realizadas com os fornecedores PETRÓLEO DO VALLE LTDA e PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO, tendo em vista que parte dos fatos geradores ocorreram após os dias 02/02/2011 e 18/01/2011, datas obtidas através dos comunicados da própria SAT quanto a concessão das medidas liminares em mandado de segurança interposto pelas empresas.

Assim, entendo que, neste aspecto, os fundamentos sustentados tanto pelo fiscal autuante quanto pela JJF acerca da possibilidade de lançamento mesmo diante da existência das referidas medidas liminares que excluam as referidas empresas do Regime Especial de Fiscalização carecem de qualquer fundamento jurídico.

Ademais, esse também é o entendimento da presente Câmara de Julgamento Fiscal que em caso idêntico, e com o mesmo fornecedor, decidiu no mesmo sentido, conforme se verifica no Acórdão CJF Nº 0305-12/13.

Desta feita, também devem ser excluídas dos lançamentos as operações realizadas com a PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO, ocorridas após 02/02/2011.

Por outro lado, mesma sorte não se dá quanto às operações realizadas com a empresa GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS, uma vez que, à época da ocorrência dos fatos a mesma não encontrava-se abarcada por nenhuma medida judicial que o excluísse do Regime Especial de Fiscalização, entendendo restar procedente a infração quanto a essas operações.

Quanto à multa aplicada, trata-se de penalidade com previsão legal e adequada aos ilícitos atribuídos ao sujeito passivo, não competindo a este Conselho de Fazenda perquirir acerca da constitucionalidade do percentual previsto na lei (artigo 167, inciso I, do RPAF/99).

Assim, com a exclusão dos valores das operações realizadas com os fornecedores PETRÓLEO DO VALLE LTDA e PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO, tendo em vista que parte dos fatos geradores ocorreram após os dias 02/02/2011 e 18/01/2011, e que afetam parcialmente as Infrações 1 e 2 remanescem os seguintes valores:

Infração 1

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Aliq %	Multa (%)	Valor Histórico	Valor Real
18/01/2011	09/02/2011	8.731,47	19,00	60,00	1.658,98	1.658,98
19/01/2011	09/02/2011	8.731,47	19,00	60,00	1.658,98	1.658,98
25/01/2011	09/02/2011	14.901,26	19,00	60,00	2.831,24	2.831,24
26/01/2011	09/02/2011	7.500,00	19,00	60,00	1.425,00	1.425,00
28/01/2011	09/02/2011	7.854,94	19,00	60,00	1.492,44	1.492,44
31/01/2011	09/02/2011	13.411,10	19,00	60,00	2.548,11	2.548,11
04/02/2011	09/03/2011	8.780,84	19,00	60,00	1.668,36	1.668,36
21/02/2011	09/03/2011	8.780,84	19,00	60,00	1.668,36	1.668,36
Total						14.951,47

Infração 2

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Aliq %	Multa (%)	Valor Histórico	Valor Real
18/01/2011	09/03/2011	49,52	19,00	60,00	9,41	9,41
19/01/2011	09/03/2011	49,36	19,00	60,00	9,38	9,38
25/01/2011	09/03/2011	98,73	19,00	60,00	18,76	18,76
28/01/2011	09/02/2011	3.395,05	19,00	60,00	645,06	645,06
31/01/2011	09/02/2011	88,89	19,00	60,00	16,89	16,89
04/02/2011	09/03/2011	2.469,15	19,00	60,00	469,14	469,14
21/02/2011	09/03/2011	2.469,15	19,00	60,00	469,14	469,14
Total						1.637,78

Pelas razões já expostas, a Infração 3 resta subsistente na sua integralidade, uma vez que reporta-se apenas a operações realizadas com a GASFORTE COMBUSTIVEIS E DERIVADOS.

Desta feita, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 206985.0004/11-8, lavrado contra **RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.053,82**, 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, 16 de julho de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFISO