

PROCESSO - A. I. Nº 206906.0211/13-8
RECORRENTE - RPMP COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0252-04/13
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 19/08/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0217-11/14

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR CONVÊNIO OU PROTOCOLO. A tese recursal foi agasalhada na verificação do Comunicado SAT nº 0001/2012, anexo aos autos, no qual a fornecedora do combustível, estava sob abrigo de liminar no Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001, à época dos fatos geradores. Verificase que na referida liminar suspendeu os efeitos do Comunicado, a qual excluiu a distribuidora do Regime Especial de Fiscalização do pagamento relativo ao ICMS, afastando assim a prática de atos que resultem na aplicação desse regime, estabelecendo que os lançamentos devem ser julgados improcedentes, por força da ordem judicial. Inexistência da responsabilidade solidária atribuída ao sujeito passivo. Insubsistente as infrações imputadas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Consta dos autos Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 18/06/2013 para exigir ICMS de R\$151.762,50 devido às seguintes irregularidades:

1. Deixou, o adquirente de recolher ICMS normal no valor de R\$113.469,33, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível junto ao 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 nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação correspondente. Período: 21 de junho a 14 novembro de 2012. Multa 60%;
2. Deixou, o adquirente de recolher o ICMS devido por responsabilidade solidária, em aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, em que não houve nem retenção nem recolhimento do imposto, conforme NF's-e relacionadas na intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, emitidas por Arogás Comércio de Combustíveis Ltda. Período: 21 de junho a 14 de novembro 2012. Multa 60%

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com esteio no voto condutor proferido nestes termos:

“Os autos não deixam dúvida quanto aos fatos geradores nem ao que objetivamente se referem as infrações.

*A infração 01 exige o ICMS normal destacado nos DANFE's relacionados no demonstrativo de fls. 15 a 41, somando **R\$113.469,33**, 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.*

*Os autos informam que a infração 02 trata de ICMS destacado por substituição nos DANFE's relacionados no demonstrativo fls. 15 a 41, somando **R\$38.293,17**, relativo ao ICMS retido por substituição tributária por conta das operações de revenda ao consumidor final pelo Posto autuado, mas não recolhido pelo fornecedor na condição de substituto tributário.*

Sob pena da responsabilidade tributária solidaria prevista no art. 6º, XVI, da Lei 7.014/96, o Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria prevê que as operações se realizem acompanhadas do comprovante do pagamento do ICMS citados nas infrações.

*Sem objetar os dados e valores do imposto exigido, o autuado impugnou o Auto de Infração suscitando: **a)** improcedência por ausência de responsabilidade solidária tendo em vista a Decisão judicial liminar proferida em Mandado de Segurança excluindo o fornecedor remetente do Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do imposto; **b)** caso a responsabilidade tributária seja mantida, deve ser abatido os créditos fiscais do ICMS pago nas operações anteriores, dado ao princípio da não-cumulatividade e afastada a aplicação de multa e juros, pois não agiu de má-fé nem cometeu infração.*

Analisemos, então, tais argumentos.

Vê-se nas planilhas de cálculo do ICMS apurado (fls. 15 a 41) que em face da solidariedade tributária imposta pelo art. 6º, XVI, da Lei 7.014/96, exige-se o ICMS normal e o ICMS por substituição tributária decorrente apenas das operações de aquisição de mercadoria por parte do contribuinte autuado à AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA, empresa distribuidora de combustível enquadrada em Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS.

Como se vê às fls. 143-151, a ação judicial em Mandado de Segurança impetrada pelo remetente das mercadorias objeto da autuação teve o mérito julgado em desfavor do impetrante em 23/01/2013.

Consequentemente, a Decisão liminar perdeu seu objeto. Assim, tendo em vista que o início da ação fiscal se deu em 09/05/2013 (intimação fiscal de fls. 12-14), mesmo reestabelecido o regime especial de recolhimento de ICMS para o fornecedor das mercadorias objeto da autuação (NF's-e de fls. 42-103, relacionadas no demonstrativo de fls. 15-41), a obrigação tributária devida e exigida neste Auto de Infração, poderia ter sido espontaneamente recolhida à Fazenda Pública pelo interessado sem a consequente multa legal no período compreendido entre a data da Decisão de mérito (23/01/2013) e início da ação fiscal (09/05/2013).

Considerando que nos autos não há prova que o imposto devido foi recolhido e os pedidos subsidiários do próprio Impugnante (alegado direito ao crédito do imposto relativo às etapas anteriores de circulação das mercadorias e dispensa da multa e juros propostos) indicam o descumprimento da obrigação tributária aqui exigida, não há falar ausência da responsabilidade tributária prevista na legislação que acoberta o regime especial de recolhimento do ICMS de que trata este Auto de Infração.

Sobre a alegação de direito a crédito fiscal relativo a eventuais recolhimentos efetuados a título de antecipação tributária por operações anteriores à venda da Distribuidora de Combustíveis para o Posto Revendedor autuado, ressalto que o regime especial de fiscalização e pagamento não alcança essas anteriores operações, posto que consiste apenas 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.

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 pelo sujeito passivo ter interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal, 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 expôs 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 o 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. 12-14) para apresentar comprovação de recolhimento do ICMS normal e por substituição tributária destacado nos DANFE's relacionados na intimação e o sujeito passivo nada comprovou.

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.

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 ausência de responsabilidade solidária em face de liminar obtida em Mandado de Segurança; ii. Direito a crédito de ICMS relativo operações de circulação anterior da mercadoria objeto da autuação; iii. exclusão da multa e juros).

Na forma como agiu, entendo 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 confirmada a materialidade das infrações.

Assim, concluo que a infração 01 é subsistente.

Quanto à infração 02, a despeito de também constatar a falta de recolhimento do ICMS por substituição tributária destacado nos DANFE's arrolados na autuação (demonstrativo fls. 15 a 41, somando R\$38.293,17), por conta das operações de revenda ao consumidor final pelo Posto autuado, com fundamento no art. 18, IV, “a”, do RPAF, declaro a nulidade do procedimento fiscal em face do manifesto equívoco entre a infração descrita no Auto de Infração (Deixou, o contribuinte, de recolher o ICMS devido por Responsabilidade Solidária, em aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, em que não houve nem retenção nem recolhimento do imposto) e a infração constatada que foi a falta do ICMS ST retido nas mesmas operações da infração 01, todas internas e com origem na empresa distribuidora submetida ao Regime Especial de Fiscalização, razão pela qual, com fundamento no art. 156 do RPAF, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo de falha para exigir o ICMS ST devido, sem prejuízo do previsto nos arts. 95, 96 e 98 do RPAF.

Infração nula.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

O sujeito passivo inconformado com o julgado de base, recorre a esta CJF reproduzindo os mesmos fundamentos defensivos. Em síntese, rechaça a responsabilidade solidária que afirma inexistir considerando que a distribuidora que lhe vendeu os combustíveis não se enquadrava no Regime Especial de Fiscalização, tendo dele sido excluída quando da aquisição da mercadoria, face à Decisão judicial proferida no Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001, em 24/05/2012, tendo transcrito o art. 6º, XVI, da Lei nº 7014/96, para invocar improcedência das autuações por força da ordem judicial.

Ressalta que, na hipótese de ser o Auto de Infração julgado procedente, que faz jus a créditos de ICMS que foram ignorados, tendo o Fisco lhe exigido ICMS sem abater os créditos que já foram pagos nas operações anteriores, quando da aquisição da mercadoria da Distribuidora de combustíveis, já que ela fazia jus ao crédito relativo às operações anteriores, incluindo, aqui, o tributo recolhido na própria operação de venda da usina para a distribuidora.

Destaca que a cobrança por responsabilidade solidária refere-se a débito de terceiro, o qual tem direito aos créditos fiscais a que este tem direito. E que, em conclusão, se a distribuidora tem créditos fiscais não considerados, também o tem de tê-los abatidos do suposto débito, ante o princípio da não-cumulatividade do ICMS, à luz do arts. 28 e 29 da Lei nº 7.014/96, art. 114 do RICMS-BA, e da CF, que reproduziu.

Requer ainda seja afastada a multa e os juros, por não ter agido de má-fé sem merecer a imposição dessa penalidade conforme o disposto no art. 159, §1º, II e III do RPAF, que transcreve.

Por fim, postula a improcedência do Auto de Infração e sucessivamente para que seja considerado o crédito relativo 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, bem como seja afastada a aplicação da multa e juros.

Instada a PGE/PROFIS, exarou Parecer às fls. 213/214, opinando pelo conhecimento e provimento do apelo do contribuinte, por considerar que à vista do COMUNICADO SAT nº 0001/2012 (215), a empresa Arogás Comércio de Combustível Ltda., fornecedora do combustível, encontrava-se albergada por liminar à época dos fatos geradores, a resultar na conclusão de inexistir responsabilidade solidária do recorrente, posição esta anuída pela Procuradora Assistente através do despacho de fl. 216.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário que versa sobre duas infrações. A infração 01 exige o ICMS normal destacado nos DANFE's relacionados no demonstrativo de fls. 15 a 41, somando R\$113.469,33, 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. E a infração 2 trata de ICMS destacado por substituição nos DANFE's relacionados no demonstrativo fls. 15 a 41, somando R\$38.293,17, relativo ao ICMS retido por substituição tributária por conta das operações de revenda ao consumidor final pelo Posto autuado, mas não recolhido pelo fornecedor na condição de substituto tributário.

O cerne da lide gira em derredor da responsabilidade tributária solidária prevista no art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96, o Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria prevê que as operações se realizem acompanhadas do comprovante do pagamento do ICMS.

Como supra relatado, a tese recursal foi agasalhada no Parecer de fls. 213/214 oriundo da PGE/PROFIS, que ao verificar o Comunicado SAT nº 0001/2012, anexo aos autos à fl. 215, que a empresa Arogás Comércio de Combustível LTDA., fornecedora do combustível, estava sob abrigo de liminar no Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001, em 24/05/2012, à época dos fatos geradores.

Como verifico do PAF, a referida liminar suspendeu os efeitos do Comunicado Sat nº 0001/2012, a excluir a distribuidora do Regime Especial de Fiscalização e, pois, do pagamento relativo ao ICMS, afastando assim a prática de atos que resultem na aplicação desse regime previsto no art. 6º, XVI, da Lei nº 7014/96.

Logo, neste contexto, esteada no art. 6º, XVI, da Lei nº 7014/96, que estabelece que os lançamentos do Auto de Infração devem ser julgados improcedentes, por força da ordem judicial, comungo da posição externada pela d. Procuradoria no sentido de que inexistente responsabilidade solidária a ser atribuída ao sujeito passivo, sendo insubsistente as infrações a ele imputadas.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado para julgar IMPROCEDENTE o Auto de infração, modificando a Decisão recorrida de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206906.0211/13-8**, lavrado contra **RPMP COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de julho de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS