

A. I. Nº - 232892.0023/13-4
AUTUADO - TRAQUETE COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA. (POSTO SANTO ANTONIO)
AUTUANTE - HELENA DOS REIS REGO SANTOS
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 02/04/2014

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0015-06/14

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE. ETANOL HIDRATADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** ICMS NORMAL. **b)** ICMS DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96, atribui ao posto revendedor varejista à responsabilidade pelo pagamento do ICMS, em relação ao 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. O caso em análise trata de período em que o remetente da mercadoria se encontrava amparado por medida liminar em Mandado de Segurança que determinava a suspensão do regime especial de fiscalização. Nessa situação, não se poderia impor ao posto revendedor, adquirente dos combustíveis, conduta contrária ao quanto judicialmente decidido, exigindo a prova de quitação de tributo cujo recolhimento antecipado fora dispensado por ordem judicial. Infrações insubsistentes. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/07/2013, exige ICMS, no valor de R\$27.787,50, em razão do cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Deixou o adquirente [o autuado] de recolher ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível efetuadas junto a remetente sujeito ao Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS quando da saída da mercadoria, em vista do momento do recebimento da mercadoria, através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação correspondente, nos meses de junho a novembro de 2012. Foi lançado imposto no valor de R\$18.698,07, mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Deixou o adquirente [o autuado] de recolher ICMS retido, por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível efetuadas junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS retido no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento da mercadoria não acompanhada do respectivo documento de arrecadação do ICMS substituído, nos meses de junho a novembro de 2012. Foi lançado imposto no valor de R\$9.089,43, mais multa de 60%.

O autuado apresenta defesa (fls. 41 a 54) e, inicialmente, diz que comercializou produtos adquiridos junto a fornecedores regulares, com inscrição no CNPJ, inscritos no cadastro estadual e autorizados pela Agência Nacional de Petróleo - ANP. Afirma que os produtos adquiridos foram escriturados na forma legal, inclusive no LMC - Livro de Movimentação de Combustíveis.

Após descrever as infrações que lhe foram imputadas, assevera que o imposto foi recolhido pelo fornecedor do combustível, tanto que foram encaminhados os comprovantes de pagamento que ora anexa [nem na defesa e nem no CD-ROM que a acompanha há nenhum comprovante de pagamento].

Argumenta que a norma modificadora da Lei nº 7.014/96, que instituiu a possibilidade de solidariedade do posto com a distribuidora quando o regime especial de fiscalização for imposto a esta, somente poderia ser exigido com ampla publicação da condição do regime especial. Diz que não foi dada a publicidade necessária ao fato, somente se tendo notícia através do *site* da SEFAZ. Alega que foi restringido o seu direito, já que sem as informações necessárias adquiriu o produto de distribuidora no regime especial, porém com inscrição estadual regular, inscrita no CNPJ e autorizada pela ANP. Diz que foi ofendido o princípio da publicidade dos atos públicos, insculpido no art. 37 da Constituição Federal. Diz que a SEFAZ não pode obrigar o contribuinte a buscar no seu *site* notícia acerca do regime especial, furtando-se em cumprir o determinado pelo princípio constitucional da publicidade. Reproduz doutrina acerca da publicidade dos atos administrativos.

Diz que a exigência fiscal não tem fundamento legal, pois a SEFAZ, através do Comunicado SAT 001/2012, informa que a Arogás Comércio de Combustíveis Ltda. estaria sob regime especial, porém indica que foi concedida liminar em 29 de maio de 2012, Processo nº 003005/2012 (0341915-21.2012.805.0001, da 2ª Vara da Fazenda Pública de Salvador), no sentido de que a empresa fosse excluída do regime especial de fiscalização. Diz que foi comunicado ao SINDICOMBUSTÍVEIS – BAHIA que a liminar teria sido cassada no início de 2013, pela sentença de mérito, prolatada em 23/01/13 e publicada em 31/01/13, conforme anexo. Conclui que, dessa forma, a liminar viveu durante o período de junho até a publicação da sentença de mérito, ocorrida em janeiro de 2013, o que significa dizer que a SEFAZ não poderia cobrar o ICMS lançado.

Ressalta que as notas fiscais comprovam que as aquisições foram efetuadas no período de validade da liminar concedida em favor da Arogás Comércio de Combustíveis Ltda. e, portanto, as aquisições foram feitas quando não existia regime especial de fiscalização para a mencionada distribuidora, tanto que esta teve o cuidado de recolher o ICMS de forma antecipada, conforme os documentos ora acostados. Menciona que a liminar concedida importou em atos que não podem ser desconhecidos e nem tomados como infracionais; que, no momento em que se deram os atos jurídicos, havia a chancela judicial protetora que tornava lícita a não observância da colocação da Arogás Comércio de Combustíveis Ltda. no regime especial de fiscalização. Sustenta que todos os atos jurídicos praticados na vigência do liminar são válidos, estão respaldados pelo direito e assim se perpetuam. Destaca que o princípio da segurança jurídica tem que prevalecer. Para corroborar seus argumentos, transcreve fartas doutrina e jurisprudência.

Diz que salta aos olhos a injustiça e ilegalidade do lançamento em análise, uma vez que o posto revendedor ao adquirir os produtos da Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., que estava amparada por tutela judicial específica, não laborou em fraude ou tentativa de sonegação.

Argumenta que o Auto de Infração traz a exigência do imposto sem considerar o pagamento parcial efetuado pela distribuidora. Caso o imposto lançado fosse devido, ter-se-ia que deduzir os valores pagos pela distribuidora, para que não houvesse bitributação.

Volta a abordar a questão da publicidade do ato que colocou as distribuidoras em regime especial de fiscalização, transcreve jurisprudência e dispositivo constitucional e, em seguida, reitera que foi vilipendiado o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, quando deixou de ser dada publicidade ao ato que colocou as distribuidoras no regime especial de fiscalização e não foi comunicada a existência de liminar ou tutela antecipada para não pagar o ICMS, ou somente pagar em parte.

Afirma que, no caso em tela, não se poderia aplicar a presunção legal prevista na Lei 7.014/96, uma vez que somente comercializa mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, pagas com antecipação do imposto, estando equivocado o Auto de Infração, o que acarreta a sua

nulidade. Diz que o pagamento do imposto e da multa seria da responsabilidade da empresa. Menciona que o Estado tem instrumentos jurídicos para alcançar que realmente deixou de cumprir a obrigação tributária, não podendo agir de forma a fazer um verdadeiro confisco contra o autuado, que pagou pelo produto à distribuidora, com o valor do imposto agregado ao preço ante a imposição da substituição tributária. Cita doutrina.

Repisa que não é possível que o Estado venha a se locupletar com a cobrança de imposto não devido pelo revendedor. Diz que os documentos acostados aos autos deixam claro que não se depreende dos autos sequer presunção de sonegação por parte do autuado. Afirma que agiu de boa-fé e não contribuiu para a suposta infração.

Ao finalizar, requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Sucessivamente, solicita que a multa seja descaracterizada. Pede que, caso a autuação seja mantida, sejam compensados os valores já pagos pela distribuidora.

A autuante presta a informação fiscal (fls. 59 a 64) e, após sintetizar os argumentos trazidos na defesa, afirma que a cobrança em tela tem amparo no art. 6º, XVI, a Lei nº 7.014/96, que atribui ao posto revendedor varejista de combustíveis a responsabilidade solidária em relação ao combustível adquirido de contribuinte sujeito ao regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação.

Quanto à liminar obtida em mandado de segurança pela Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., diz que em respeito à ordem judicial, enquanto vigente, se absteve de exigir o cumprimento solidário da obrigação tributária. Contudo, em 23/01/13, sobreveio a decisão de mérito, cópia anexada às fls. 65 a 71, denegatória da segurança, com efeitos *ex tunc*, retroagem à data da liminar, assim, teve-se por restabelecida a sujeição ao regime especial e, por consectário, em absoluta legalidade o Auto de Infração, fundado na responsabilidade solidária, eis que sua lavratura ocorreu em 27/07/13, portanto, em data posterior à decisão mandamental.

Sustenta que não houve ofensa aos princípios da publicidade, segurança jurídica ou qualquer outro, pois, além de estar publicada no Comunicado SAT 001, datado de 18/01/11, a análise quanto ao enquadramento em tal regime pode ser feita a partir da própria mercadoria negociada. Aduz que a Secretaria da Fazenda divulga no seu *site* os regimes especiais de fiscalização, que podem ser acessados publicamente por todos os contribuintes.

Diz que o pleito defensivo de creditamento do imposto esbarra na falta de amparo legal.

Frisa que, ao contrário do afirmado na defesa, não foram trazidos ao processo comprovantes de pagamentos do imposto pela distribuidora.

Referindo-se a pedido de dispensa ou redução de multa, afirma que tal pleito não pode ser acatado, pois os comandos normativos que regem a matéria não contemplam tal pretensão.

Ao concluir a informação fiscal, a autuante diz que os argumentos defensivos não são capazes de elidir as infrações em tela e, assim, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, está sendo exigido do autuado, na condição de responsável por solidariedade, crédito tributário decorrente da falta de recolhimento do ICMS normal (Infração 1), bem como da falta de retenção e de recolhimento (Infração 2) do ICMS devido por substituição tributária, nas aquisições de álcool carburante, efetuadas junto a remetentes sujeitos a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do imposto no momento da saída do combustível, no período de junho a novembro de 2012.

A exigência fiscal está respaldada no art. 6º, inc. XVI, da Lei nº 7.014/96, cujo teor transcrevo a seguir:

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 à remetente sujeito ao regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, quando nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação.

O remetente da mercadoria em tela, a Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., fora submetido ao regime especial de fiscalização de que trata o art. 47, I e II, da Lei nº 7.014/96, por meio do Comunicado SAT nº 001/2011, tornado público pelo Diário Oficial do Estado de 19/01/11 e pelo *site* da SEFAZ, página Inspetoria Eletrônica.

Com base nesse dispositivo legal acima transcrito e no Comunicado SAT nº 001/2011, o autuado, um posto revendedor de combustíveis, era solidariamente responsável pelo pagamento do imposto, quando adquirisse combustível junto à Arogás Comércio de Combustíveis Ltda. sem a comprovação do pagamento do imposto no momento da saída do estabelecimento desse fornecedor.

Visando elidir a exigência fiscal, o autuado sustenta que a autuação não procede, pois no período abrangido pela ação fiscal a Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., não estava sob o regime especial de fiscalização. Explica que, em 29 de maio de 2012, essa referida empresa obteve liminar em Mandado de Segurança (Processo 0341915-21.2012.05.0001) no sentido de que fosse excluída do regime especial de fiscalização. Afirmo o defendente que essa liminar vigeu até 23 de janeiro de 2013, quando sobreveio decisão de mérito denegatória da segurança, conforme documentos acostados às fls. 65 a 71.

Apesar de a infração imputada ao autuado estar prevista no art. 6º, inc. XVI, combinado com o art. 47, ambos da Lei nº 7.014/96, no caso em análise assiste razão ao autuado, pois no período abrangido da ocorrência dos fatos a liminar concedida no Mandado de Segurança determinava a exclusão da Arogás Comércio de Combustíveis Ltda. do regime especial de fiscalização. Dessa forma, os efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012 estavam suspensos enquanto vigia a referida liminar e, em consequência, o impetrante do Mandado de Segurança não estava obrigado a efetuar o pagamento do imposto no momento da saída da mercadoria.

Tendo em vista que o remetente do combustível, a Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., por força da liminar vigente, não se encontrava sob o regime especial de fiscalização, a responsabilidade solidária do posto de combustível adquirente da mercadoria deixa de existir, em respeito ao princípio da segurança jurídica, visto que não se poderia impor ao adquirente dos combustíveis, conduta contrária ao quanto judicialmente decidido, exigindo a prova de tributo cujo recolhimento antecipado fora dispensado por ordem judicial.

Em face ao acima exposto, a infração imputada ao autuado não subsiste.

Voto, portanto, pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232892.0023/13-4**, lavrado contra **TRAQUETE COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA. (POSTO SANTO ANTONIO)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR