

A. I. Nº - 269276.0019/13-5
AUTUADO - POSTO 2001 DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA.
AUTUANTE - AROLDO FERREIRA LEÃO
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
INTERNET - 06/02/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0020-03/14

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ATRIBUIÇÃO, AO ADQUIRENTE, DA RESPONSABILIDADE PELO “ICMS NORMAL” DEVIDO PELO REMETENTE DE COMBUSTÍVEL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO “ICMS NORMAL”. A responsabilidade por solidariedade do contribuinte que adquire combustível de remetente sujeito a regime especial de fiscalização sem retenção do imposto afigura-se expressamente estatuída no inciso XVI do art. 6º, da Lei 7.014/96. Os fatos geradores ocorridos no período fiscalizado não são afetados pelo efeito da decisão judicial liminar em Mandado de Segurança em favor da distribuidora de combustíveis remetente que foi derogado por decisão de mérito denegando a segurança, anteriormente, concedida ao impetrante, 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 foi lavrado em 16/09/2013 para exigir ICMS no valor de R\$44.474,72, acrescido da multa de 60%, pelo não recolhimento do ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, adquirido junto a 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, nos meses de junho a novembro de 2012. Consta: Intimação ao autuado com relação de Danfes para que o autuado apresentasse. Consta: Intimação ao autuado com relação de Danfes para que o autuado apresentasse os DAEs relativos aos respectivos pagamentos, fl. 04; Documento do autuado, declarando que o distribuidor remetente dos combustíveis informou ter recolhido o imposto relativo aos Danfes de forma global tendo em vista que a empresa tinha até o mês subsequente para efetuar o pagamento, fl. 06.

Consta na “Descrição dos Fatos” que “Após a realização de intimação ao contribuinte, solicitando-se a apresentação dos DAEs referentes ao ICMS normal e substituído, constatou-se que o mesmo deixou de recolher o ICMS normal sendo devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível adquirido junto a remetente sujeito Regime Especial de Fiscalização, constatando-se a irregularidade da infringência à Lei nº 12.040/10.”

O autuado ingressa com defesa, fls. 12 a 17, aduzindo os argumentos a seguir enunciados.

Sustenta que o Auto de Infração não merece subsistir, uma vez que não ocorrera qualquer infração à legislação tributária.

Cita que na descrição dos fatos consta que foi deixada de recolher a diferença do ICMS devido, em face da falta de recolhimento pela distribuidora de combustível, substituta tributária da operação, tendo em vista que esta estaria sujeita a Regime Especial de Fiscalização. Acrescenta

que segundo a autuação, em decorrência dessa inclusão da distribuidora no Regime Especial de Fiscalização, como adquirente, seria responsável solidário pelo pagamento do imposto.

Assevera que, ao contrário do que aponta a acusação fiscal, não há que se falar em responsabilidade solidária, uma vez que a distribuidora que lhe vendeu os combustíveis não estava enquadrada no referido Regime Especial de Fiscalização. Prossegue enfatizando que a Arogás Comércio de Combustíveis Ltda. estava excluída do referido Regime Especial à época das compras realizadas, por força da decisão judicial proferida no Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001, em 24/05/2013, fls. 08 a 10. Esclarece que a decisão judicial concedeu a liminar para determinar a suspensão dos efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012, excluindo a distribuidora do regime especial de fiscalização e pagamento referente ao ICMS, para que não sofra quaisquer atos que resultem na aplicação do regime especial elencado no art. 47 da Lei nº 7.014/96-BA.

Ilustra a responsabilidade solidária do posto revendedor varejista de combustíveis estatuída na legislação tributária, reproduzindo o teor do art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96.

Protesta pela improcedência do Auto de Infração, uma vez que não é responsável solidário pelo recolhimento do ICMS, seja integral, seja da diferença, ou retido, tendo em vista que, à época da ocorrência dos fatos geradores - 30/06/2012 a 30/11/2012, a distribuidora da qual adquiriu os combustíveis, não estava sujeita ao mencionado Regime Especial de Fiscalização, por força da decisão liminar concedida desde 24/05/2012, reconhecida pela SEFAZ/BA.

Menciona que, caso a responsabilidade solidária seja mantida, tem direito aos créditos de ICMS, os quais foram ignorados pela autuação.

Afirma que está sendo exigido o valor total referente ao ICMS devido, sem abater os créditos fiscais do ICMS que já foram pagos nas operações anteriores. Observa que na aquisição da mercadoria pela distribuidora de combustíveis, ela faz jus ao crédito relativo às operações anteriores, incluindo, aqui, o tributo recolhido na própria operação de venda da Usina para a Distribuidora.

Sustenta que, se está sendo responsabilizada, solidariamente, por um débito de terceiro, também faz jus aos créditos fiscais a que este tem direito. Frisa que amparado pelo princípio da não-cumulatividade do ICMS, se a distribuidora tem créditos fiscais não considerados, também tem direito de vê-los abatidos do débito que lhe está sendo imputado.

Destaca que o direito a não-cumulatividade está previsto no art. 155, §2º, inciso I, da CF/88, bem como nos artigos 28 e 29 da Lei 7.014/96 e no art. 114 do RICMS-BA/97.

Observa que, mesmo se fosse o caso de responsabilidade solidária, o que não é, deveria a autuação ter considerado o valor referente ao creditamento do ICMS para apuração do tributo supostamente devido (encontro débitos-créditos), o que não foi feito.

Requer, caso se entenda pela manutenção da autuação, seja afastada a aplicação de multa e dos juros, uma vez que em nenhum momento 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-BA/99.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado improcedente, diante da ausência de responsabilidade solidária. Subsidiariamente, requer, caso se entenda pela existência de responsabilidade solidária, que 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.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 28 e 29, mantendo a autuação nos termos seguintes.

Afirma que o contribuinte equivoca-se, ao alegar a ausência da responsabilidade solidária e aduzir que cabe à empresa Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., como sujeito passivo, a responsabilidade direta pelo recolhimento do ICMS. Sustenta que, nestes termos o autuado infringe a Lei nº 12.040/10, que garante em seu texto a responsabilidade solidária, nas operações

de aquisição de combustível, adquirido junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização, obrigando os Postos revendedores a pagarem o valor do ICMS ao Fisco Baiano caso adquiram produtos de distribuidoras sujeitas ao dito Regime Especial da SEFAZ/BA, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação.

Diz que o contribuinte comete um novo engano ao argumentar que a Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., à época da fiscalização, não estava sujeita ao Regime Especial de Fiscalização. Assegura que tal procedimento só foi efetuado, tendo em vista que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, agindo dentro das normas e abrangências relativas ao caso, constatou que era possível, através da Operação Solidariedade II, a intimação do referido contribuinte, para apresentação dos DAES do ICMS normal e ST, para, caso não fossem apresentados, se efetuar a cobrança dos mesmos.

Transcreve o teor do inciso XVI, do art. 2º da Lei nº 12.040/10, para explicitar a previsão da sujeição do contribuinte ao pagamento do ICMS, por solidariedade.

Quanto ao direito ao crédito fiscal de ICMS, questionado pelo impugnante, afirma que tal direito, por parte da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, jamais lhe foi retirado. Frisa que, de fato, o contribuinte está infringindo a Lei nº 12.040/10, em seu art. 2º, inciso XVI, que o obriga a pagar o valor do ICMS ao Fisco caso tenha adquirido produto de distribuidoras sujeitas ao Regime Especial de Fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação, que é o que acontece, em relação ao ICMS Normal, pois tais DAES não foram apresentados.

Em relação ao pleito do impugnante para que seja afastada de multa e juros, assevera que a aplicação de multa e juros está vinculada à cometida. Observa que o fato do contribuinte ter deixado de recolher o ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, adquirido junto a 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, se configura sanção prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96.

Menciona que o autuado em sua conclusão, erroneamente, pede a nulidade do Auto de Infração, pois, não apresentou os DAES solicitados pela fiscalização referentes ao ICMS Normal descumpriu a Lei nº 12.040/10.

Conclui mantendo a autuação.

VOTO

No presente Auto de Infração consta a exigência do ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, em decorrência de operações de aquisição de combustível junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização, com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, relativamente aos Danfes relacionados à fl. 04.

De início, verifico que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não se configurando em sua constituição qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, inexistindo qualquer ofensa aos princípios constitucionais ou erro de direito e a questionada aplicação da multa obedeceu aos ditames da Lei da Lei nº 7.014/96, instituidora do ICMS, no Estado da Bahia.

No que se refere ao argumento aduzido, em sede defesa, de ofensa ao princípio de não-cumulatividade do ICMS (art. 155, §2º, I, CF 88), constato que descabe no presente caso, haja vista que 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. Logo, ante a sujeição dessa mercadoria 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. Ressalto que

os pagamentos identificados nas operações, inerentes às notas fiscais analisadas, foram compensado com o valor exigido em cada operação.

Em relação ao pleito para exclusão da multa aplicada, constato a consentaneidade de sua tipificação, eis que expressamente prevista na Lei 7.014/96. Convém salientar que 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, em suas razões de defesa, o sujeito passivo aduz que não há que se falar em responsabilidade solidária, uma vez que a distribuidora que lhe vendeu os combustíveis não estava enquadrada no referido Regime Especial de Fiscalização, por força de decisão judicial exarada no Mandado de Segurança nº. 0341915-21.2012.8.05.0001, em 24/05/2013. Ademais, sustenta que a decisão judicial concedeu a liminar para determinar a suspensão dos efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012, excluindo a distribuidora do regime especial de fiscalização e pagamento referente ao ICMS, para que não sofresse quaisquer atos que resultassem na aplicação do regime especial elencado no art. 47 da Lei nº 7.014/96. Destaca que os fatos geradores ocorreram no período em que a distribuidora estava excluída de Regime Especial de Fiscalização (junho a outubro de 2012), por força da decisão liminar concedida desde 24/05/2012, logo o ICMS exigido não poderia prevalecer, segundo os seus argumentos.

O autuante manteve a autuação sob o fundamento de que o impugnante descumpriu o quanto determinado no inciso XVI do art. 2º da Lei nº 12.040/10.

Com fundamento no art.124 do CTN, a responsabilidade solidária tributária, o presente caso, está configurada 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. É patente que a solidariedade não comporta benefício de ordem, por isso, 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 a vigência da Lei nº 12.040, de 28/09/10, que instituiu o inciso XVI, do artigo 6º, da Lei 7.014/96, 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.

Ao examinar os elementos que compõem os autos, constato que o teor do mencionado instrumento, decorrente do processo impetrado pela empresa AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., assim explicita a decisão prolatada: “ ... Assim, porque previstos nos artigos 7º, inc.III da Lei nº 12.016/2009, CONCEDO A LIMINAR pleiteada, para determinar que a Impetrada suspenda os efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012, para excluir a Impetrante do regime especial de fiscalização e pagamento referente ao ICMS, retornado ao seu status quo ante, bem como que se abstenha de praticar quaisquer atos que resultem no enquadramento da Impetrante em outras hipóteses que resultem na aplicação do regime especial elencadas no art. 47 da Lei nº 7.014/96-BA.”

Concedida a liminar, resta indubitado que decai a responsabilidade solidária atribuída ao posto revendedor varejista, a partir da data de ciência da autoridade competente na SEFAZ. Nestes termos, na vigência da liminar, o autuado, na qualidade de revendedor de combustíveis, cliente da Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., não mais se submete à solidariedade da obrigação tributária, não cumprida pela mencionada distribuidora.

Entretanto, 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. A decisão judicial concluiu 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.

Assim, conforme previsto no inciso XVI, do artigo 6º, da Lei 7.014/96, 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.

Deste modo, a acusação fiscal é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269276.0019/13-5**, lavrado contra **POSTO 2001 DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$44.474,72**, 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 janeiro de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA