

A. I. Nº - 089643.0007/13-8
AUTUADO - RPMP COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA. (NOSSOGÁS)
AUTUANTE - WERTHER PEREIRA DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 21/02/2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0020-05/14

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. a) ATRIBUIÇÃO, AO ADQUIRENTE, DA RESPONSABILIDADE PELO “ICMS NORMAL” DEVIDO PELO REMETENTE DA MERCADORIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 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. c) FALTA DE RENTENÇÃO DO IMPOSTO. 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. Sujeição ao Regime Especial de Fiscalização dos remetentes publicada no DOE e constante do site da SEFAZ. Exclusão da exigência fiscal por envolver fatos geradores verificados no período em que os remetentes se encontrava amparada por medida liminar, em mandado de segurança, com a consequente suspensão do regime especial.. 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, em última análise, dispensado por ordem judicial. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração 05/08/2013, para exigir ICMS, no valor total de R\$60.653,15, com as seguintes imputações:

INFRAÇÃO 1 - Deixou, o adquirente, 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 não acompanhada do documento de arrecadação. Fatos geradores ocorridos nos meses de jun, jul, ago, set, out e nov de 2012. Valor total da infração: R\$44.532,74. Multa aplicada: 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 – Deixou, o adquirente, de recolher o ICMS retido, por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustível, 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, através de nota fiscal não acompanhada do documento de

arrecadação do ICMS substituído. Fatos geradores ocorridos nos meses de jun, jul, ago, set, out e nov de 2012. Valor total da infração: R\$ 20.179,66. Multa aplicada: 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - Deixou, o adquirente, de recolher o ICMS retido, 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 retido no momento da saída da mercadoria. Verificado através de Nota Fiscal sem retenção do ICMS substituído e consequentemente desacompanhada do respectivo documento de arrecadação. Fato gerador ocorrido no mês de junho de 2012. Valor total da infração: R\$803,12. Multa aplicada: 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “e”, da Lei nº 7.014/96.

Subsidiaram o Auto de Infração demonstrativos e as cópias dos DANFE às fls. 08 a 109 do presente PAF. O contribuinte foi intimado via AR (aviso de recebimento) em 13/08/2013, ingressando com defesa, 22/08/2013, subscrita por sócio da empresa, conforme docs. fls. 123 a 137 do processo.

Na peça impugnatória o contribuinte aduziu as seguintes razões de fato e de direito.

Levantou a ausência de responsabilidade solidária vez que a distribuidora que lhe vendeu os combustíveis não estava enquadrada no referido Regime Especial de Fiscalização, ao contrário do que foi apontando o auto de infração. Declarou 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 (doc. 3).

Informou que a decisão judicial que concedeu a liminar para determinar a suspensão dos efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012, excluiu a distribuidora do regime especial de fiscalização e pagamento referente ao ICMS. Em consequência a autuada não poderia sofrer quaisquer atos que resultassem na aplicação do regime especial, elencados no art. 47 da Lei nº 7.014/96-BA.

Transcreveu o teor da norma instituidora do regime especial de fiscalização, contida no art. 6º, inc. XVI, da Lei nº 7.014/96:

Frente a essas razões pede que o auto de infração seja julgado improcedente, pois se refere a fatos geradores ocorridos no período em que a distribuidora estava excluída do Regime Especial de Fiscalização (20/06/2012 a 12/11/2012), por força da decisão liminar concedida desde 24/05/2012.

Não obstante a inaplicabilidade do regime especial argumentou que caso a responsabilidade solidária seja efetivamente mantida a Impugnante possuiria direito aos créditos de ICMS, os quais foram ignorados pela autuação. Ponderou que o ICMS cobrado da impugnante não levou em consideração o fato de que nas aquisições de álcool pela distribuidora de combustíveis, ela fazia jus ao crédito relativo às operações anteriores, incluindo, o tributo recolhido na própria operação de venda da Usina para a Distribuidora. Tal procedimento está amparado pelo princípio da não-cumulatividade do ICMS. Postula a aplicação ao caso do princípio da não cumulatividade do ICMS que se encontra previsto na Constituição Federal (art. 155, § 2º, I), bem como na Lei Estadual do ICMS (7.014/96 – arts. 28 e 29). No mesmo sentido as disposições do RICMS do Estado da Bahia, no seu art. 114, cujo teor transcreveu na peça defensiva.

Em relação à multa e demais encargos também lançados no Auto de Infração, pede o afastamento dessas parcelas (penalidade e juros), sustentando que a sua conduta não foi pautada por má fé, além da inexistência de prática de qualquer infração à legislação tributária. Fundamentou essa postulação nas disposições do art. 159, § 1º, inc. II e/ou III, do RPAF/99.

Ao concluir a peça defensiva formulou os seguintes requerimentos:

1. Improcedência do Auto de Infração por ausência de responsabilidade solidária da autuada;
2. Subsidiariamente, caso se entenda pela existência de responsabilidade solidária, pede 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;

3. Postula também o afastamento da aplicação de multa e juros.

Foi prestada informação fiscal às fls. 142/146 do PAF. Nesta peça o autuante apôs fazer uma síntese das razões defensivas, declarou que o lançamento tributário em lide contemplou operações de vendas realizadas no período de junho a novembro de 2012, pela distribuidora AROGAS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., Inscrição Estadual nº 077.471.729, CNPJ nº 01.252.726/0010-31. Que o motivo da autuação foi o fato de que as operações de aquisição de álcool combustível estarem desacompanhadas de recolhimento do ICMS por força do regime especial. A exigência fiscal foi fundamentada no art. 6º, inc. XVI, da Lei nº 7.014/96, norma transcrita na peça informativa.

Quanto a liminar concedida à distribuidora remetente do álcool combustível, o autuante declarou ser verdadeira a situação informada na impugnação, não se fazendo nenhuma exigência no período de vigência da liminar. Contudo, em 23/01/2013, sobreveio a decisão de mérito, denegatória da segurança, com efeitos “ex tunc”, restabelecendo a sujeição ao regime especial e, por consectário, a responsabilidade solidária da autuada, ensejando a lavratura do Auto de Infração, fato ocorrido em 05/08/2013. Afirmou ainda que o referido regime especial de fiscalização e pagamento tem sustentação no art. 5º da Lei Complementar nº 87/96 que prescreve a possibilidade de atribuição a terceiros da responsabilidade pelo pagamento de imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte.

Quanto à pretensão de apropriação de crédito fiscal de ICMS da impugnante o autuante disse falecer amparo legal, considerando, sobretudo, a sistemática tributária a que é submetido o posto revendedor de combustíveis, visto que a legislação desloca a incidência do imposto normal e por substituição tributária para as distribuidoras. Na situação posta, afirmou que se há algum direito de creditamento do ICMS, cabe à autuada cobrar regressivamente do remetente as quantias repassadas para a Fazenda Pública. Fundamentou esse entendimento nas disposições do art. 512-A, inc. I, letra “b”, do RICMS/97.

Em relação ao pedido de dispensa de multa e juros, entende o autuante que a pretensão empresarial também não tem amparo na legislação, considerando especialmente o disposto no art. 159, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Ao concluir a peça informativa o autuante pede o Auto de Infração seja julgado totalmente Procedente, com o acréscimo da multa de 60%.

VOTO

Versa o presente Auto de Infração sobre o cometimento de 3 (três) infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado. A infração 1 diz respeito à exigência de crédito tributário em razão da falta de recolhimento do ICMS devido pelo regime normal de apuração, relativo às aquisições de álcool combustível junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização e pagamento, por força do Comunicado SAT nº 001/12 e disposições do art. 6º, inc. XVI, da Lei nº 7.014/96. A infração 2 cuida da exigência do ICMS devido por responsabilidade solidária, retido e não recolhido, nas mesmas operações de aquisição de álcool combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização. A infração 3 refere-se a operação em que não houve sequer retenção e recolhimento do ICMS na aquisição de álcool combustível junto a remetente submetido a regime especial de fiscalização e pagamento.

Observo que é fato controverso que à época das ocorrências descritas no Auto de Infração a empresa autuada promoveu a aquisição de álcool combustível junto à Distribuidora AROGAS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., Inscrição Estadual nº 077.471.729, CNPJ nº 01.252.726/0010-31. Em princípio, tais operações sujeitariam o autuado, por via transversa, ao regime especial de fiscalização previsto no art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96, e à exigência do imposto devido por

responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustíveis feitas a Distribuidoras sujeitas ao referido regime especial de fiscalização. Esse regime impõe a obrigatoriedade do recolhimento do imposto no momento da saída da mercadoria das distribuidoras vendedoras, com comprovação por DAE que deveria acompanhar a nota fiscal respectiva.

Ocorre que à época dos fatos, a distribuidora supra citada gozava da cobertura dada por Decisão liminar no sentido de suspender a aplicação do referido Regime Especial de Fiscalização, retornado ao regime de apuração débito e crédito, fato que é incontroverso, considerando que a autuada e o autuante trouxeram essa informação aos autos (doc. fls. 120/122).

Merce registro, quanto ao mérito da questão, as manifestações da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS) em outros processos envolvendo idêntica discussão. A PGE vem consolidando entendimento no sentido de que para os casos em que a autuação por responsabilidade solidária fosse lavrada contra o posto, e não contra o distribuidor, não se poderia impor ao posto revendedor, adquirente dos combustíveis, conduta contrária ao quanto judicialmente decidido, exigindo a prova de tributo cujo recolhimento antecipado fora, em última análise, dispensado por ordem judicial. Nesse sentido os Pareceres exarados nos Processos nº A. I. 022078.0004/12-1 e A. I. 206985.0013/11-7, que resultaram nos Acórdãos nºs 0265-12/13 e 0394-12/13, respectivamente, exarados pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, cujas ementas transcrevemos abaixo:

....
REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. a) IMPOSTO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. b) IMPOSTO RETIDO POR DISTRIBUIDOR SUBMETIDO A REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO E NÃO RECOLHIDO. c) IMPOSTO RETIDO A MENOS. 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. Sujeição ao Regime Especial de Fiscalização dos remetentes publicada no DOE e constante do site da SEFAZ. Infrações caracterizadas. Rejeitadas as arguições de nulidade. Não apreciados as alegações de inconstitucionalidade. Excluídas as exigências referentes ao período em que os remetentes não mais se encontravam sob o Regime Especial. Modificada a Decisão recorrida quanto às infrações 1 e 2. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0394-12/13

EMENTA: ICMS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO AUTO DE INFRAÇÃO INFRAÇÕES 1 E 2. Representação proposta com base no art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) para afastar a exigência tributária incidente sobre as operações que envolvem aquisições feitas à Distribuidora PETROVALLE - Petróleo do Valle Ltda., a partir de 02/02/2011, pois, desde essa data, por Decisão judicial em sede de Liminar, a referida Distribuidora não se sujeita ao Regime Especial de Fiscalização e Pagamentos do ICMS (art. 47, I e II, da Lei 7.014/96), conforme se verifica do Comunicado SAT nº 001 e 003/2012. Representação ACOLHIDA. Decisão unânime.

No mesmo sentido cito outras decisões deste CONSEF, proferidas nas Câmaras de Julgamento Fiscal, a exemplo dos Acórdãos nºs 0056-11/13, 0067-11/13, 0112-11/13, 0072-12/13, 0094-13/13, 0108-13/13, 0233-13/13.

Outra não é a situação configurada no presente processo, tudo corroborado pelos elementos trazidos pela provocação do autuado na peça de defesa e informação fiscal prestada pelo autuante.

Isto posto, acolho a pretensão defensiva para afastar a exigência tributária incidente sobre as operações que envolveram aquisições feitas junto à Distribuidora AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA, nos períodos objeto da autuação, visto que por Decisão judicial em sede de Liminar, a referida Distribuidora não se sujeitava ao Regime Especial de Fiscalização e Pagamentos do ICMS (art. 47, I e II, da Lei nº 7.014/96).

Registre-se ainda que os efeitos da Decisão Liminar em favor da Distribuidora alcançaram diretamente o autuado, pois, em tais circunstâncias não pode ser exigido o ICMS de terceiros por

solidariedade, em razão da suspensão dos efeitos da Lei nº 12.040/2010 que deu redação ao art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96.

Oportuno observar também que o STJ (Superior Tribunal de Justiça), nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.028.716-RS, examinado questão correlata relativa à revogação de liminar em mandado de segurança, entendeu que mesmo frente à Súmula nº 405 do STF, em algumas hipóteses não é possível restabelecer a “status quo” anterior à medida, por irreversibilidade da situação. Isso ocorreu em relação ao substituto tributário, que por determinação judicial não recolheu o ICMS do contribuinte substituído. O posterior restabelecimento do regime de antecipação não autorizou o fisco a exigir o tributo do contribuinte substituído, por ofensa ao princípio da capacidade contributiva e pela impossibilidade de repercussão do imposto para o adquirente das mercadorias.

Fica prejudicado o exame das demais razões defensivas relativas ao creditamento do ICMS incidente nas operações anteriores e os pedidos de exclusão de multas e juros.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração em lide.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **089643.0007/13-8**, lavrado contra **RPMP COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA. (NOSSOGÁS)**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR