

A. I. Nº - 232892.0029/13-2
AUTUADO - POSTOS RENASCER LTDA. (REDE ATENDBEM)
AUTUANTE - HELENA DOS REIS RÊGO SANTOS
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 05.05.2014

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0031-06/14

EMENTA: ICMS. 1. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. a) IMPOSTO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE PAGAMENTO. b) IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO. O art. 6º, inciso XVI, da Lei nº 7.014/96, atribui ao posto revendedor varejista a 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 e Pagamento dos remetentes publicados no DOE e constante do site da SEFAZ nos termos do artigo 47, inciso I e II da Lei nº 7.014/96. A extinção do Mandado de Segurança, com o retorno do Regime Especial de Fiscalização e Pagamento, não autoriza a Fazenda Pública Estadual exigir a solidariedade tributária, atribuindo ao posto revendedor varejista a responsabilidade pelo pagamento do ICMS, em relação ao combustível adquirido no período em que vigia o Mandado de Segurança. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/07/2013, constitui crédito tributário no valor de R\$32.917,50, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – Deixou o adquirente de recolher ICMS Normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, adquirido junto à 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 das Notas Fiscais desacompanhada do documento de arrecadação, no período de junho a novembro de 2012. Exigido ICMS no valor de R\$23.265,04, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 – 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 no período de junho a novembro de 2012. Exigido ICMS no valor de R\$9.652,46, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresenta defesa administrativa às fls. 106 a 111, com documentos anexos acostados aos autos, contestando integralmente o Auto em tela, pelas razões que passo a expor.

Na descrição dos fatos constante no Auto de Infração, foi relatado que a Autuada deixou de recolher a diferença do ICMS devido, tendo em vista da falta de recolhimento pela distribuidora

de combustível, substituta tributária da operação, tendo em vista que esta estaria sujeita a Regime Especial de Fiscalização.

Em decorrência da inclusão da distribuidora no Regime Especial de Fiscalização, o adquirente, no caso está empresa POSTO RENASCER LTDA., Contribuinte Autuado, seria responsável solidária pelo pagamento do imposto.

No entanto, diz que, não há que se falar em responsabilidade solidária da defendente, uma vez que a distribuidora que lhe vendeu os combustíveis não estava enquadrada no referido Regime Especial de Fiscalização, ao contrário do que aponta o Auto de Infração!

Observa que a AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., a distribuidora que lhe vendeu os combustíveis, 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).

Diz 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 elencada no art. 47 da Lei nº 7.014/96-BA.

A respeito do regime especial de fiscalização, cita o teor do art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96. Destaca que os lançamentos do A. I. nº 232892.0029/13-2, em tela devem ser julgados improcedentes, pois se referem a fatos geradores ocorridos no período em que a distribuidora estava excluída do Regime Especial de Fiscalização (30/06/2012 a 12/11/2012), por força da decisão liminar concedida desde 24/05/2012.

Portanto, protesta pela improcedência do Auto de Infração, uma vez que a Autuada não é responsável solidária pelo recolhimento do ICMS, seja integral, seja da diferença, ou retido, tendo em vista que, a distribuidora da qual adquiriu os combustíveis, à época dos fatos geradores não estava sujeita ao mencionado Regime Especial de Fiscalização, por força de ordem judicial, reconhecida pela SEFAZ/BA.

Não obstante o quanto afirmado ate então, registra que, caso a responsabilidade solidária seja efetivamente mantida, o que não se espera, a Impugnante possui então direito a créditos de ICMS, os quais foram ignorados pela autuação.

Com efeito, o Fisco estadual está cobrando da Impugnante o valor total referente ao ICMS supostamente devido, sem abater os créditos fiscais do ICMS que já foram pagos nas operações anteriores. Quando da aquisição da mercadoria pela distribuidora de combustíveis, ela fazia jus ao crédito relativo às operações anteriores, incluindo, aqui, o tributo recolhido na própria operação de venda da Usina para a Distribuidora.

Ora, se a Autuada está sendo responsabilizada, solidariamente, por um débito de terceiro, ela também faz jus aos créditos fiscais a que este tem direito. Se a distribuidora tem créditos fiscais não considerados, a Impugnante tem direito de vê-los abatidos do suposto débito. Tal procedimento está amparado pelo princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Diz a defendente, o direito a não-cumulatividade está previsto na Constituição Federal (art. 155, § 2º, I), bem como na Lei Estadual do ICMS (art. 28 e 29 da Lei nº 7.014/96), que os citam. Neste mesmo sentido destaca o art. 114 do RICMS-BA, que também o destaca.

Assim, observa que, ainda que fosse o caso de responsabilidade solidária, o que não é, deveria a autuação ter considerado o valor referente ao creditamento do ICMS em favor da Impugnante para que fosse calculado o tributo supostamente devido (encontro débitos-créditos), o que não foi feito.

Ademais, caso se entenda pela manutenção da autuação, o que não se espera, requer que seja afastada a aplicação de multa e dos juros, uma vez que em nenhum momento a Impugnante 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, que transcreve.

Diante do exposto, requer que o Auto de Infração seja julgado IMPROCEDENTE, diante da ausência de responsabilidade solidária da Autuada. Subsidiariamente, caso se entenda pela existência de responsabilidade solidária, o que não se crê, requer 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. Requer, também, caso seja mantida a infração, o afastamento da aplicação de multa e juros, à luz do quanto dito no tópico anterior.

A fiscal autuante em sua informação fiscal as fls. 129 a 133 informa que, o contribuinte notificado por falta de recolhimento de ICMS por substituição tributária, na condição de responsável solidário, incidente nas operações de aquisição de etanol efetuadas junto a estabelecimento de empresa remetente, sujeita a regime especial de fiscalização, com obrigatoriedade de pagamento do imposto no momento da saída da mercadoria, inconformado opôs impugnação, alegando a improcedência do auto de infração, aduzindo razões de fato e de direito que entende lhe assistir.

Do mérito, diz que o lançamento tributário 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 e CNPJ nº 01.252726/0010-31, por estarem desacompanhadas da devida comprovação do recolhimento do ICMS, obrigação imposta por força de regime especial de recolhimento, tendo por destinatário o adquirente ora impugnante, responsável por solidariedade.

Assevera que a cobrança do tributo de que trata o Auto de Infração está amparada no art. 6º da Lei nº 7.014/96, inciso XVI, que atribui ao posto revendedor varejista de combustíveis, responsabilidade solidária em relação ao combustível adquirido de contribuinte sujeito a regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação correspondente, bem assim, o § 3º, do mesmo diploma legal, que faculta ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos.

Sustenta a impugnante que o período fiscalizado encontrava-se sob proteção de medida liminar concedida em Mandado de Segurança impetrado pela sua fornecedora, AROGAS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., consubstanciado na suspensão do regime especial de fiscalização e recolhimento, razão pela qual não há que se falar em responsabilidade solidária da Autuada.

Destaca que se tem por verdadeira essa afirmação, razão pela qual a fiscalização, em respeito à ordem judicial, enquanto vigente, se absteve de exigir o cumprimento solidário da obrigação tributária, contudo, em 23/01/2013, sobreveio à decisão de mérito, cópia anexa, denegatória da segurança, com efeitos *ex tunc*, retroage à data da liminar, assim, teve-se por restabelecido, plenamente, 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 27/07/2013, portanto, em data posterior à decisão mandamental.

Por outro lado, aduz o impugnante assistir-lhe direito ao creditamento do imposto, caso seja mantida a exigência da obrigação por responsabilidade solidária do tributo, em consonância com o princípio da não cumulatividade, de modo que possa creditar-se do ICMS correspondente ao que foi pago pela distribuidora quando da aquisição à usina. Neste aspecto, diz que a pretensão da impugnante para creditamento do ICMS, na hipótese, esbarra na falta de amparo legal, considerando-se, sobretudo, a sistemática tributária que envolve o posto revendedor na cadeia de incidência do imposto, porquanto se sabe que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS normal e da substituição tributária ao posto revendedor é da distribuidora. Logo, não há se falar em ferimento ao princípio da não cumulatividade, afirma a autuante.

Convém ressaltar, diz a autuante que, somente, quando a distribuidora, uma vez submetida ao regime especial, deixe de cumprir voluntária e corretamente o recolhimento do ICMS normal é que então sujeitará o posto revendedor à solidariedade pelo cumprimento dessa obrigação tributária. Logo, na espécie, se direito lhe assiste será o de cobrar regressivamente do remetente as quantias que repassar para a Fazenda Pública. Cita o art. 512-A do RICMS/BA.

Pretende o Impugnante, diz a autuante, a dispensa de multa e dos juros, caso mantida a infração, sob alegação da ausência de má-fé, à luz do art. 159, § 1º, inciso II e/ou III do RPAF. Observa, então, que à vista do quanto dispõe a norma do processo administrativo fiscal, positivada no RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7629/99, não vislumbra amparo legal a essa pretensão, pois os comandos normativos não contemplam o caso sob exame, notadamente quanto aos juros. Cita os art. 159 do RPAF-BA. Assim, destaca que, com efeito, não há se falar em exclusão dos encargos aplicados, uma vez que exigidos em conformidade com a legislação em vigor.

Conclui dizendo que, as descrições das infrações não deixam dúvida quanto aos fatos geradores nem ao que objetivamente se referem. Ressalta que o Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS, encontram-se, também, sob o amparo da Lei Complementar nº 87/96, que, nos termos do seu art. 5º, poderá ser atribuído a terceiros a responsabilidade do pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

Dessa forma, nos termos da presente informação e dos fundamentos expendidos, a autuação fiscal deve ser julgada integralmente procedente, e o autuado instado ao pagamento do imposto no montante de R\$32.917,50, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO

Verifico que foi imputado ao contribuinte autuado o cometimento de 02 (duas) infrações, todas combatidas. Trata-se de operações de aquisição de combustível por posto revendedor varejista junto a fornecedor sujeito ao Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS no que está previsto o artigo 47, inciso I e II da Lei nº 7.014/96 o qual reza:

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: (Grifo nosso)

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; (Grifo nosso)

II - na obrigatoriedade do pagamento do imposto, devido por antecipação tributária, na entrada no território deste Estado, relativamente às mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação;

Combinado com o art. 6º, inciso XVI do mesmo diploma legal, em que a Fiscal Autuante aplicou as 02 (duas) infrações ora combatidas, por entender que o autuado, é responsável solidariamente pelo cumprimento da obrigação do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria e demais acréscimos legais, de competência do contribuinte de direito, em vista de operações de aquisições de combustíveis, junto a sujeito passivo integrante do regime especial de fiscalização, conforme dispõe o art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96:

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito: (Grifo nosso)

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. (Grifo nosso)

Todas as 02 (duas) infrações se apresentam como um caso de responsabilidade tributária por solidariedade prevista no art. 124 do CTN. A Fazenda Pública do Estado da Bahia, sem benefício de ordem, imputa ao Autuado, conforme expresso no art. 6º inciso XVI da Lei nº 7.014/96, por interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária do Auto de Infração em tela, a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto incidente sobre suas operações de aquisição de combustível, junto a fornecedores submetidos ao Regime Especial de Fiscalização e Pagamento, quando não se puder comprovar, por meio de documento de arrecadação, todo o ICMS devido no momento da saída dos produtos desses fornecedores para seu estabelecimento. Destaca o artigo 124 do CTN:

Art. 124 São solidariamente obrigadas:

*I - as **pessoas que tenham interesse comum** na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária; (Grifo nosso)*

*II - as **pessoas expressamente designadas por lei**. (Grifo nosso)*

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Neste contexto, as 02 (duas) infrações se relacionam as operações de aquisições de combustíveis pelo autuado AUTO POSTO RENASCER LTDA., junto ao fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., I.E nº 079.680.149, integrante do Regime Especial de Fiscalização, na forma do Comunicado SAT nº 001, datado de 01/06/2012, emitido pela Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

O item 1 da autuação diz respeito à falta de recolhimento do ICMS Normal pelo remetente, referente às operações de aquisições de combustível pelo autuado, correspondentes as Notas Fiscais nºs 12.372 (fl. 87), 12.425 (fl. 87), 12.763 (fl. 88), 12.982 (fl. 89), 13.342 (fl. 89), 13.502 (fl. 89), 13.605 (fl. 90), 13.949 (fl. 91), 95 (fl. 91), 221 (fl. 91), 221 (fl. 91), 14.272 (fl. 92), 14.454 (fl. 93), 14.913 (fl. 93), 14.950 (fl. 93), 15.390 (fl. 94), 15.566 (fl. 94), 15.781 (fl. 95), 15.991 (fl. 95), 16.589 (fl. 96) e 17.021 (fl. 97), junto ao fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., nos meses de junho a novembro de 2012. Já o item 02 da autuação relaciona a falta de recolhimento do ICMS retido pelo remetente, em relação a essas mesmas Notas Fiscais, com atribuição de responsabilidade solidária, também, do autuado, AUTO POSTO RENASCER LTDA., adquirente do combustível, objeto da autuação, na forma do art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96, anteriormente destacado.

O autuado em sua manifestação de defesa não questiona o montante do débito tributário, nem tampouco o demonstrativo de apuração débito constituído acostados aos autos às fls. 87/98. Toda a manifestação de defesa é relacionada à ausência de responsabilidade solidária, por conta de, à época da ocorrência dos fatos o fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., estava excluído do Regime Especial (art. 47, inciso I e II da Lei nº 7.014/96), por força do Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.001, expedido em 24/05/2012 (fls. 103/105), bem assim obediência ao princípio da não-cumulatividade o que requer o creditamento de ICMS de todas as fases do processo de circulação da mercadoria até a aquisição pelo posto de combustível, sujeito passivo da obrigação tributária do caso em exame, assim como o afastamento da aplicação de multa e juros na autuação à luz da afirmação de que em nenhum momento agiu de má fé, nem praticou qualquer infração que merecesse ser penalizada.

Em relação à obediência ao princípio da não-cumulatividade, *que consiste em compensar o valor do imposto devido em cada operação com o montante do imposto incidente nas operações anteriores*, à luz do entendimento do autuado, por falta de aproveitamento dos créditos fiscais no cálculo do ICMS próprio do fornecedor do combustível, não acolho os argumentos suscitado, já que em nenhum momento a Fazenda Pública do Estado da Bahia, com a instituição do Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS, objetivou tirar o direito da compensação do imposto incidente nas operações anteriores.

Na realidade o que se pretendeu com a instituição do regime, é de que o fornecedor do produto, no caso as distribuidoras, comprovem efetivamente o recolhimento do imposto lançado no livro fiscal competente, conforme cada operação de venda de combustível dentro de uma política de ação fiscal transitória. Entende-se que todas as operações objeto da autuação foram lançadas nos livros fiscais competentes.

Desta forma, as compensações relacionadas ao princípio da não-cumulatividade foram efetivadas. Portanto sem nenhuma incursão contra o citado princípio. O que se está cobrando na autuação são valores de ICMS normal destacado na Nota Fiscal, bem assim o ICMS-ST retido e, por conseguinte lançado no livro fiscal devido, porém não recolhido pelo fornecedor da mercadoria. Então, por conta do art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96 se transferiu à responsabilidade do pagamento do ICMS normal e o ICMS-ST retido não recolhidos, para o posto revendedor varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido junto à remetente

sujeito ao regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação, decorrente da operação de saída do distribuidor.

É o que ocorreu. Operação de aquisição de mercadoria pelo Autuado, junto ao fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., I.E. nº 079.680.149, relativo às Notas Fiscais discriminadas no documento de intimação acostada às fls. 06/07, relativo ao período da ação fiscal de 01/06/2012 a 30/11/2012, com falta de recolhimento do ICMS normal e ICMS ST retido. Caberia sim, em relação ao pagamento efetivo das autuações, objeto do Auto de Infração em tela, pelo autuado, o repasse dos respectivos documentos de arrecadação ao fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., para que, em uma ação fiscal futura da Fazenda Publica Estadual nesse contribuinte, não sejam cobrados em duplicidade tais impostos, uma vez que esses impostos estão lançados em seus livros fiscais sem o efetivo recolhimento do imposto.

Quanto ao afastamento da aplicação de multa e juros na autuação, à luz da afirmação de que em nenhum momento agiu de má fé, nem praticou qualquer infração que merecesse ser penalizada. Destaco que a legislação prevê, no lançamento de ofício, multas, com juros de mora consequente, todas tipificadas no Capítulo V da Lei nº 7.014 de 04/12/1996, que trata do ICMS, por descumprimento de obrigação principal, bem como de obrigação acessória, em decorrência da inobservância de qualquer disposição contida na legislação, em que extrapola a competência deste julgado afastar sua aplicação.

Relativamente a ausência de responsabilidade solidária aventada pelo contribuinte POSTO RENASCER LTDA., sujeito passivo da obrigação tributaria, objeto do A. I. nº 232892.0029/13-2 em tela, dado que a distribuidora que lhe vendeu os combustíveis, 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 24/05/2012, assiste razão, pois a concessão da liminar é específica para suspender os efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012, cujo o qual é que fundamenta a autuação objeto em análise, conforme se pode depreender da leitura do texto (fl. 104) a seguir descrito:

“Assim, porque presentes os requisitos previstos nos artigos 7º, inc III, da Lei 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, retornando 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 no art. 47. Da Lei nº 7.014/96-BA”(Grifo acrescido)

Aliás, a própria Fiscal Autuante em sua Informação Fiscal admite de que efetivamente na data da ocorrência do fato gerador da presente autuação o fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., estava acobertado pelo instituto do Mandado de Segurança, o que não cabia a aplicação da responsabilidade solidária ao posto revendedor varejista de combustível, contribuinte autuado, o POSTO RENASCER LTDA., em relação ao combustível adquirido junto ao remetente sujeito ao regime especial de fiscalização.

Contudo, em 23/01/2013, como de fato se observa às fls. 134/140 do presente processo, vê-se a decisão da Juíza da 2ª Vara da Fazenda Publica, revogando o Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001, que, à luz do seu entendimento, restabelece a sujeição ao regime especial o fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., fundando a responsabilidade solidária do autuado, em relação ao presente Auto de Infração, cuja lavratura ocorreu em 27/07/2013.

Em que pese a autuação ter ocorrido em data posterior à decisão da Juíza da 2ª Vara da Fazenda Pública, revogando o Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001, entendo que não deve alcançar nenhuma operação de comercialização de combustíveis, entre o fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., e qualquer outro contribuinte adquirente desses produtos, no intervalo de tempo em que o Mandado de Segurança vigia, em relação ao aspecto da responsabilidade tributaria regulamentada pelo art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96.

Há de se observar de que o regime especial, instituído pelo o artigo 47, inciso I e II da Lei nº 7.014/96, objeto da presente autuação, como bem observa a MM Juíza em seu voto, decorreu da constatação de inúmeras irregularidades fiscais cometidas pela Impetrante, no caso específico o

fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., entre outros fornecedores de combustíveis. Ora por conta dessas irregularidades, a Fazenda Pública institui a responsabilidade tributária do art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96, determinando que as empresas que adquira mercadoria de contribuinte enquadrado no regime especial, obrigam-se a recolher o imposto devido pelo fornecedor da mercadoria que não foram recolhidos quando da saída do estabelecimento.

Na data da ocorrência dos fatos geradores objeto da presente autuação, a autuada adquiriu combustíveis de contribuinte que estava amparado por mando de segurança e que, portanto estava com o regime especial suspenso. Logo não estava, a autuada, obrigada a recolher o imposto de que era o fornecedor da mercadoria é que estava obrigado a recolher, decorrente da operação realizada, objeto da presente autuação. Naquele momento não se aplicava a disposição da responsabilidade solidaria inserto no art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96.

Ademais, há de se ressaltar de que essa responsabilidade solidaria tributária determinada no art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96, é no sentido de se cobrar todo o imposto relativo a operação de venda de combustível, com o intuito de coibir, em primeiro plano, a sonegação fiscal. Ora, no intervalo em que o fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., estava acobertado pelo Mandado de Segurança, não quer dizer que a Fazenda Publica não poderia exercer outras ações fiscais junto ao mesmo no sentido de cobrar o imposto devido na operação. Que, aliás, pode ter ocorrido. Na realidade o Mandado de Segurança foi apenas para suspender o Regime Especial e que por isso não se poderia aplicar, em relação ao período fiscalizado, a responsabilidade solidaria esculpida no art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96, passando a responsabilidade de recolher o imposto para o adquirente das mercadorias, no caso em análise, o POSTO RENASCER LTDA., Contribuinte Autuado.

Em sendo assim, a verificação efetiva do recolhimento do imposto devido nas operações de comercialização relacionadas às Notas Fiscais objeto da presente autuação, por conta, ou não, da extinção do processo objeto do Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001, na forma da decisão da Juíza da 2ª Vara da Fazenda Publica, não se deve acontecer no adquirente das mercadorias, objeto da autuação, e sim no fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., pois neste caso específico não se apresenta mais como uma situação de solidariedade tributária, mesmo porque em nenhum momento do Mandado de Segurança, nem tampouco a decisão da MM Juíza, é citado o POSTO RENASCER LTDA., contribuinte Autuado no presente autuação.

Logo a extinção do Mandado de Segurança, com o retorno do Regime Especial de Fiscalização e Pagamento, não autoriza a Fazenda Pública Estadual exigir a solidariedade tributária, atribuindo ao posto revendedor varejista a responsabilidade pelo pagamento do ICMS, em relação ao combustível adquirido no período em que vigia o Mandado de Segurança. Infração insubsistente.

Por todo o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232892.0029/13-2**, lavrado contra **POSTOS RENASCER LTDA. (REDE ATENDBEM)**

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO –JULGADORA

A. I. Nº - 232892.0029/13-2
AUTUADO - POSTOS RENASCER LTDA. (REDE ATENDBEM)
AUTUANTE - HELENA DOS REIS RÊGO SANTOS
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 05.05.2014

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0031-06/14

EMENTA: ICMS. 1. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. a) IMPOSTO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE PAGAMENTO. b) IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO. O art. 6º, inciso XVI, da Lei nº 7.014/96, atribui ao posto revendedor varejista a 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 e Pagamento dos remetentes publicados no DOE e constante do site da SEFAZ nos termos do artigo 47, inciso I e II da Lei nº 7.014/96. A extinção do Mandado de Segurança, com o retorno do Regime Especial de Fiscalização e Pagamento, não autoriza a Fazenda Pública Estadual exigir a solidariedade tributária, atribuindo ao posto revendedor varejista a responsabilidade pelo pagamento do ICMS, em relação ao combustível adquirido no período em que vigia o Mandado de Segurança. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/07/2013, constitui crédito tributário no valor de R\$32.917,50, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – Deixou o adquirente de recolher ICMS Normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, adquirido junto à 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 das Notas Fiscais desacompanhada do documento de arrecadação, no período de junho a novembro de 2012. Exigido ICMS no valor de R\$23.265,04, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 – 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 no período de junho a novembro de 2012. Exigido ICMS no valor de R\$9.652,46, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresenta defesa administrativa às fls. 106 a 111, com documentos anexos acostados aos autos, contestando integralmente o Auto em tela, pelas razões que passo a expor.

Na descrição dos fatos constante no Auto de Infração, foi relatado que a Autuada deixou de recolher a diferença do ICMS devido, tendo em vista da falta de recolhimento pela distribuidora

de combustível, substituta tributária da operação, tendo em vista que esta estaria sujeita a Regime Especial de Fiscalização.

Em decorrência da inclusão da distribuidora no Regime Especial de Fiscalização, o adquirente, no caso está empresa POSTO RENASCER LTDA., Contribuinte Autuado, seria responsável solidária pelo pagamento do imposto.

No entanto, diz que, não há que se falar em responsabilidade solidária da defendente, uma vez que a distribuidora que lhe vendeu os combustíveis não estava enquadrada no referido Regime Especial de Fiscalização, ao contrário do que aponta o Auto de Infração!

Observa que a AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., a distribuidora que lhe vendeu os combustíveis, 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).

Diz 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 elencada no art. 47 da Lei nº 7.014/96-BA.

A respeito do regime especial de fiscalização, cita o teor do art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96. Destaca que os lançamentos do A. I. nº 232892.0029/13-2, em tela devem ser julgados improcedentes, pois se referem a fatos geradores ocorridos no período em que a distribuidora estava excluída do Regime Especial de Fiscalização (30/06/2012 a 12/11/2012), por força da decisão liminar concedida desde 24/05/2012.

Portanto, protesta pela improcedência do Auto de Infração, uma vez que a Autuada não é responsável solidária pelo recolhimento do ICMS, seja integral, seja da diferença, ou retido, tendo em vista que, a distribuidora da qual adquiriu os combustíveis, à época dos fatos geradores não estava sujeita ao mencionado Regime Especial de Fiscalização, por força de ordem judicial, reconhecida pela SEFAZ/BA.

Não obstante o quanto afirmado ate então, registra que, caso a responsabilidade solidária seja efetivamente mantida, o que não se espera, a Impugnante possui então direito a créditos de ICMS, os quais foram ignorados pela autuação.

Com efeito, o Fisco estadual está cobrando da Impugnante o valor total referente ao ICMS supostamente devido, sem abater os créditos fiscais do ICMS que já foram pagos nas operações anteriores. Quando da aquisição da mercadoria pela distribuidora de combustíveis, ela fazia jus ao crédito relativo às operações anteriores, incluindo, aqui, o tributo recolhido na própria operação de venda da Usina para a Distribuidora.

Ora, se a Autuada está sendo responsabilizada, solidariamente, por um débito de terceiro, ela também faz jus aos créditos fiscais a que este tem direito. Se a distribuidora tem créditos fiscais não considerados, a Impugnante tem direito de vê-los abatidos do suposto débito. Tal procedimento está amparado pelo princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Diz a defendente, o direito a não-cumulatividade está previsto na Constituição Federal (art. 155, § 2º, I), bem como na Lei Estadual do ICMS (art. 28 e 29 da Lei nº 7.014/96), que os citam. Neste mesmo sentido destaca o art. 114 do RICMS-BA, que também o destaca.

Assim, observa que, ainda que fosse o caso de responsabilidade solidária, o que não é, deveria a autuação ter considerado o valor referente ao creditamento do ICMS em favor da Impugnante para que fosse calculado o tributo supostamente devido (encontro débitos-créditos), o que não foi feito.

Ademais, caso se entenda pela manutenção da autuação, o que não se espera, requer que seja afastada a aplicação de multa e dos juros, uma vez que em nenhum momento a Impugnante 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, que transcreve.

Diante do exposto, requer que o Auto de Infração seja julgado IMPROCEDENTE, diante da ausência de responsabilidade solidária da Autuada. Subsidiariamente, caso se entenda pela existência de responsabilidade solidária, o que não se crê, requer 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. Requer, também, caso seja mantida a infração, o afastamento da aplicação de multa e juros, à luz do quanto dito no tópico anterior.

A fiscal autuante em sua informação fiscal as fls. 129 a 133 informa que, o contribuinte notificado por falta de recolhimento de ICMS por substituição tributária, na condição de responsável solidário, incidente nas operações de aquisição de etanol efetuadas junto a estabelecimento de empresa remetente, sujeita a regime especial de fiscalização, com obrigatoriedade de pagamento do imposto no momento da saída da mercadoria, inconformado opôs impugnação, alegando a improcedência do auto de infração, aduzindo razões de fato e de direito que entende lhe assistir.

Do mérito, diz que o lançamento tributário 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 e CNPJ nº 01.252726/0010-31, por estarem desacompanhadas da devida comprovação do recolhimento do ICMS, obrigação imposta por força de regime especial de recolhimento, tendo por destinatário o adquirente ora impugnante, responsável por solidariedade.

Assevera que a cobrança do tributo de que trata o Auto de Infração está amparada no art. 6º da Lei nº 7.014/96, inciso XVI, que atribui ao posto revendedor varejista de combustíveis, responsabilidade solidária em relação ao combustível adquirido de contribuinte sujeito a regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação correspondente, bem assim, o § 3º, do mesmo diploma legal, que faculta ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos.

Sustenta a impugnante que o período fiscalizado encontrava-se sob proteção de medida liminar concedida em Mandado de Segurança impetrado pela sua fornecedora, AROGAS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., consubstanciado na suspensão do regime especial de fiscalização e recolhimento, razão pela qual não há que se falar em responsabilidade solidária da Autuada.

Destaca que se tem por verdadeira essa afirmação, razão pela qual a fiscalização, em respeito à ordem judicial, enquanto vigente, se absteve de exigir o cumprimento solidário da obrigação tributária, contudo, em 23/01/2013, sobreveio à decisão de mérito, cópia anexa, denegatória da segurança, com efeitos *ex tunc*, retroage à data da liminar, assim, teve-se por restabelecido, plenamente, 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 27/07/2013, portanto, em data posterior à decisão mandamental.

Por outro lado, aduz o impugnante assistir-lhe direito ao creditamento do imposto, caso seja mantida a exigência da obrigação por responsabilidade solidária do tributo, em consonância com o princípio da não cumulatividade, de modo que possa creditar-se do ICMS correspondente ao que foi pago pela distribuidora quando da aquisição à usina. Neste aspecto, diz que a pretensão da impugnante para creditamento do ICMS, na hipótese, esbarra na falta de amparo legal, considerando-se, sobretudo, a sistemática tributária que envolve o posto revendedor na cadeia de incidência do imposto, porquanto se sabe que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS normal e da substituição tributária ao posto revendedor é da distribuidora. Logo, não há se falar em ferimento ao princípio da não cumulatividade, afirma a autuante.

Convém ressaltar, diz a autuante que, somente, quando a distribuidora, uma vez submetida ao regime especial, deixe de cumprir voluntária e corretamente o recolhimento do ICMS normal é que então sujeitará o posto revendedor à solidariedade pelo cumprimento dessa obrigação tributária. Logo, na espécie, se direito lhe assiste será o de cobrar regressivamente do remetente as quantias que repassar para a Fazenda Pública. Cita o art. 512-A do RICMS/BA.

Pretende o Impugnante, diz a autuante, a dispensa de multa e dos juros, caso mantida a infração, sob alegação da ausência de má-fé, à luz do art. 159, § 1º, inciso II e/ou III do RPAF. Observa, então, que à vista do quanto dispõe a norma do processo administrativo fiscal, positivada no RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7629/99, não vislumbra amparo legal a essa pretensão, pois os comandos normativos não contemplam o caso sob exame, notadamente quanto aos juros. Cita os art. 159 do RPAF-BA. Assim, destaca que, com efeito, não há se falar em exclusão dos encargos aplicados, uma vez que exigidos em conformidade com a legislação em vigor.

Conclui dizendo que, as descrições das infrações não deixam dúvida quanto aos fatos geradores nem ao que objetivamente se referem. Ressalta que o Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS, encontram-se, também, sob o amparo da Lei Complementar nº 87/96, que, nos termos do seu art. 5º, poderá ser atribuído a terceiros a responsabilidade do pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

Dessa forma, nos termos da presente informação e dos fundamentos expendidos, a autuação fiscal deve ser julgada integralmente procedente, e o autuado instado ao pagamento do imposto no montante de R\$32.917,50, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO

Verifico que foi imputado ao contribuinte autuado o cometimento de 02 (duas) infrações, todas combatidas. Trata-se de operações de aquisição de combustível por posto revendedor varejista junto a fornecedor sujeito ao Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS no que está previsto o artigo 47, inciso I e II da Lei nº 7.014/96 o qual reza:

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: (Grifo nosso)

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; (Grifo nosso)

II - na obrigatoriedade do pagamento do imposto, devido por antecipação tributária, na entrada no território deste Estado, relativamente às mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação;

Combinado com o art. 6º, inciso XVI do mesmo diploma legal, em que a Fiscal Autuante aplicou as 02 (duas) infrações ora combatidas, por entender que o autuado, é responsável solidariamente pelo cumprimento da obrigação do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria e demais acréscimos legais, de competência do contribuinte de direito, em vista de operações de aquisições de combustíveis, junto a sujeito passivo integrante do regime especial de fiscalização, conforme dispõe o art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96:

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito: (Grifo nosso)

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. (Grifo nosso)

Todas as 02 (duas) infrações se apresentam como um caso de responsabilidade tributária por solidariedade prevista no art. 124 do CTN. A Fazenda Pública do Estado da Bahia, sem benefício de ordem, imputa ao Autuado, conforme expresso no art. 6º inciso XVI da Lei nº 7.014/96, por interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária do Auto de Infração em tela, a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto incidente sobre suas operações de aquisição de combustível, junto a fornecedores submetidos ao Regime Especial de Fiscalização e Pagamento, quando não se puder comprovar, por meio de documento de arrecadação, todo o ICMS devido no momento da saída dos produtos desses fornecedores para seu estabelecimento. Destaca o artigo 124 do CTN:

Art. 124 São solidariamente obrigadas:

*I - as **pessoas que tenham interesse comum** na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária; (Grifo nosso)*

*II - as **pessoas expressamente designadas por lei**. (Grifo nosso)*

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Neste contexto, as 02 (duas) infrações se relacionam as operações de aquisições de combustíveis pelo autuado AUTO POSTO RENASCER LTDA., junto ao fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., I.E nº 079.680.149, integrante do Regime Especial de Fiscalização, na forma do Comunicado SAT nº 001, datado de 01/06/2012, emitido pela Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

O item 1 da autuação diz respeito à falta de recolhimento do ICMS Normal pelo remetente, referente às operações de aquisições de combustível pelo autuado, correspondentes as Notas Fiscais nºs 12.372 (fl. 87), 12.425 (fl. 87), 12.763 (fl. 88), 12.982 (fl. 89), 13.342 (fl. 89), 13.502 (fl. 89), 13.605 (fl. 90), 13.949 (fl. 91), 95 (fl. 91), 221 (fl. 91), 221 (fl. 91), 14.272 (fl. 92), 14.454 (fl. 93), 14.913 (fl. 93), 14.950 (fl. 93), 15.390 (fl. 94), 15.566 (fl. 94), 15.781 (fl. 95), 15.991 (fl. 95), 16.589 (fl. 96) e 17.021 (fl. 97), junto ao fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., nos meses de junho a novembro de 2012. Já o item 02 da autuação relaciona a falta de recolhimento do ICMS retido pelo remetente, em relação a essas mesmas Notas Fiscais, com atribuição de responsabilidade solidária, também, do autuado, AUTO POSTO RENASCER LTDA., adquirente do combustível, objeto da autuação, na forma do art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96, anteriormente destacado.

O autuado em sua manifestação de defesa não questiona o montante do débito tributário, nem tampouco o demonstrativo de apuração débito constituído acostados aos autos às fls. 87/98. Toda a manifestação de defesa é relacionada à ausência de responsabilidade solidária, por conta de, à época da ocorrência dos fatos o fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., estava excluído do Regime Especial (art. 47, inciso I e II da Lei nº 7.014/96), por força do Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.001, expedido em 24/05/2012 (fls. 103/105), bem assim obediência ao princípio da não-cumulatividade o que requer o creditamento de ICMS de todas as fases do processo de circulação da mercadoria até a aquisição pelo posto de combustível, sujeito passivo da obrigação tributária do caso em exame, assim como o afastamento da aplicação de multa e juros na autuação à luz da afirmação de que em nenhum momento agiu de má fé, nem praticou qualquer infração que merecesse ser penalizada.

Em relação à obediência ao princípio da não-cumulatividade, *que consiste em compensar o valor do imposto devido em cada operação com o montante do imposto incidente nas operações anteriores*, à luz do entendimento do autuado, por falta de aproveitamento dos créditos fiscais no cálculo do ICMS próprio do fornecedor do combustível, não acolho os argumentos suscitado, já que em nenhum momento a Fazenda Pública do Estado da Bahia, com a instituição do Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS, objetivou tirar o direito da compensação do imposto incidente nas operações anteriores.

Na realidade o que se pretendeu com a instituição do regime, é de que o fornecedor do produto, no caso as distribuidoras, comprovem efetivamente o recolhimento do imposto lançado no livro fiscal competente, conforme cada operação de venda de combustível dentro de uma política de ação fiscal transitória. Entende-se que todas as operações objeto da autuação foram lançadas nos livros fiscais competentes.

Desta forma, as compensações relacionadas ao princípio da não-cumulatividade foram efetivadas. Portanto sem nenhuma incursão contra o citado princípio. O que se está cobrando na autuação são valores de ICMS normal destacado na Nota Fiscal, bem assim o ICMS-ST retido e, por conseguinte lançado no livro fiscal devido, porém não recolhido pelo fornecedor da mercadoria. Então, por conta do art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96 se transferiu à responsabilidade do pagamento do ICMS normal e o ICMS-ST retido não recolhidos, para o posto revendedor varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido junto à remetente

sujeito ao regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação, decorrente da operação de saída do distribuidor.

É o que ocorreu. Operação de aquisição de mercadoria pelo Autuado, junto ao fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., I.E. nº 079.680.149, relativo às Notas Fiscais discriminadas no documento de intimação acostada às fls. 06/07, relativo ao período da ação fiscal de 01/06/2012 a 30/11/2012, com falta de recolhimento do ICMS normal e ICMS ST retido. Caberia sim, em relação ao pagamento efetivo das autuações, objeto do Auto de Infração em tela, pelo autuado, o repasse dos respectivos documentos de arrecadação ao fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., para que, em uma ação fiscal futura da Fazenda Pública Estadual nesse contribuinte, não sejam cobrados em duplicidade tais impostos, uma vez que esses impostos estão lançados em seus livros fiscais sem o efetivo recolhimento do imposto.

Quanto ao afastamento da aplicação de multa e juros na autuação, à luz da afirmação de que em nenhum momento agiu de má fé, nem praticou qualquer infração que merecesse ser penalizada. Destaco que a legislação prevê, no lançamento de ofício, multas, com juros de mora consequente, todas tipificadas no Capítulo V da Lei nº 7.014 de 04/12/1996, que trata do ICMS, por descumprimento de obrigação principal, bem como de obrigação acessória, em decorrência da inobservância de qualquer disposição contida na legislação, em que extrapola a competência deste julgado afastar sua aplicação.

Relativamente a ausência de responsabilidade solidária aventada pelo contribuinte POSTO RENASCER LTDA., sujeito passivo da obrigação tributária, objeto do A. I. nº 232892.0029/13-2 em tela, dado que a distribuidora que lhe vendeu os combustíveis, 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 24/05/2012, assiste razão, pois a concessão da liminar é específica para suspender os efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012, cujo o qual é que fundamenta a autuação objeto em análise, conforme se pode depreender da leitura do texto (fl. 104) a seguir descrito:

“Assim, porque presentes os requisitos previstos nos artigos 7º, inc III, da Lei 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, retornando 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 no art. 47. Da Lei nº 7.014/96-BA”(Grifo acrescido)

Aliás, a própria Fiscal Autuante em sua Informação Fiscal admite de que efetivamente na data da ocorrência do fato gerador da presente autuação o fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., estava acobertado pelo instituto do Mandado de Segurança, o que não cabia a aplicação da responsabilidade solidária ao posto revendedor varejista de combustível, contribuinte autuado, o POSTO RENASCER LTDA., em relação ao combustível adquirido junto ao remetente sujeito ao regime especial de fiscalização.

Contudo, em 23/01/2013, como de fato se observa às fls. 134/140 do presente processo, vê-se a decisão da Juíza da 2ª Vara da Fazenda Pública, revogando o Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001, que, à luz do seu entendimento, restabelece a sujeição ao regime especial o fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., fundando a responsabilidade solidária do autuado, em relação ao presente Auto de Infração, cuja lavratura ocorreu em 27/07/2013.

Em que pese a autuação ter ocorrido em data posterior à decisão da Juíza da 2ª Vara da Fazenda Pública, revogando o Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001, entendo que não deve alcançar nenhuma operação de comercialização de combustíveis, entre o fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., e qualquer outro contribuinte adquirente desses produtos, no intervalo de tempo em que o Mandado de Segurança vigia, em relação ao aspecto da responsabilidade tributária regulamentada pelo art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96.

Há de se observar de que o regime especial, instituído pelo o artigo 47, inciso I e II da Lei nº 7.014/96, objeto da presente autuação, como bem observa a MM Juíza em seu voto, decorreu da constatação de inúmeras irregularidades fiscais cometidas pela Impetrante, no caso específico o

fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., entre outros fornecedores de combustíveis. Ora por conta dessas irregularidades, a Fazenda Pública institui a responsabilidade tributária do art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96, determinando que as empresas que adquira mercadoria de contribuinte enquadrado no regime especial, obrigam-se a recolher o imposto devido pelo fornecedor da mercadoria que não foram recolhidos quando da saída do estabelecimento.

Na data da ocorrência dos fatos geradores objeto da presente autuação, a autuada adquiriu combustíveis de contribuinte que estava amparado por mando de segurança e que, portanto estava com o regime especial suspenso. Logo não estava, a autuada, obrigada a recolher o imposto de que era o fornecedor da mercadoria é que estava obrigado a recolher, decorrente da operação realizada, objeto da presente autuação. Naquele momento não se aplicava a disposição da responsabilidade solidaria inserto no art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96.

Ademais, há de se ressaltar de que essa responsabilidade solidaria tributária determinada no art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96, é no sentido de se cobrar todo o imposto relativo a operação de venda de combustível, com o intuito de coibir, em primeiro plano, a sonegação fiscal. Ora, no intervalo em que o fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., estava acobertado pelo Mandado de Segurança, não quer dizer que a Fazenda Publica não poderia exercer outras ações fiscais junto ao mesmo no sentido de cobrar o imposto devido na operação. Que, aliás, pode ter ocorrido. Na realidade o Mandado de Segurança foi apenas para suspender o Regime Especial e que por isso não se poderia aplicar, em relação ao período fiscalizado, a responsabilidade solidaria esculpida no art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96, passando a responsabilidade de recolher o imposto para o adquirente das mercadorias, no caso em análise, o POSTO RENASCER LTDA., Contribuinte Autuado.

Em sendo assim, a verificação efetiva do recolhimento do imposto devido nas operações de comercialização relacionadas às Notas Fiscais objeto da presente autuação, por conta, ou não, da extinção do processo objeto do Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001, na forma da decisão da Juíza da 2ª Vara da Fazenda Publica, não se deve acontecer no adquirente das mercadorias, objeto da autuação, e sim no fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., pois neste caso específico não se apresenta mais como uma situação de solidariedade tributária, mesmo porque em nenhum momento do Mandado de Segurança, nem tampouco a decisão da MM Juíza, é citado o POSTO RENASCER LTDA., contribuinte Autuado no presente autuação.

Logo a extinção do Mandado de Segurança, com o retorno do Regime Especial de Fiscalização e Pagamento, não autoriza a Fazenda Pública Estadual exigir a solidariedade tributária, atribuindo ao posto revendedor varejista a responsabilidade pelo pagamento do ICMS, em relação ao combustível adquirido no período em que vigia o Mandado de Segurança. Infração insubsistente.

Por todo o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232892.0029/13-2**, lavrado contra **POSTOS RENASCER LTDA. (REDE ATENDBEM)**

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO –JULGADORA