

A. I. N° - 206906.0207/13-0
AUTUADO - POSTO DE LUBRIFICANTES PIRAI LTDA.
AUTUANTE - LUIZ CARLOS GARCIA MONTEIRO DA COSTA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA – DAT NORTE
INTERNET - 02.04.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0046-04/14

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO. a) IMPOSTO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA. b) IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO. A remetente das mercadorias não se encontrava submetida ao Regime Especial de Fiscalização, quando das saídas das mercadorias com destino ao estabelecimento autuado, não sendo possível fazer incidir a regra da solidariedade passiva. Nem relativamente às operações próprias, nem em relação às operações ST, já que se tratam de operações internas ao Estado da Bahia. Ainda que tenha sobrevivendo a decisão de mérito desfavorável à empresa Arogás Comércio de Combustíveis Ltda, não é possível promover a cobrança do ICMS à autuada, pois no momento da aquisição não havia solidariedade, não lhe sendo possível, portanto, exigir da vendedora que circulasse com um DAE do imposto quitado. Infração elidida. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 06/06/2013, exige ICMS no valor de R\$ 19.237,50 em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: 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 desacompanhada do documento de arrecadação, nos meses de setembro a novembro de 2012. Valor de R\$ 12.481,93. Multa proposta de 60% sobre o valor do imposto;

Infração 02: Deixou, o adquirente, de recolher o ICMS devido por responsabilidade solidária, em aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, em que não houve retenção nem recolhimento do imposto, nos meses de setembro a novembro de 2012. Valor de R\$ 6.755,57. Multa proposta de 60% sobre o valor do imposto;

Constam dos autos: TERMO DE INTIMAÇÃO (folha 05); DEMONSTRATIVO DE DÉBITO (folhas 06 a 11); CÓPIAS DE DANFE's (folhas 12 a 19); TERMO DE INTIMAÇÃO PARA PAGAMENTO DO AI E CORRESPONDENTE AR (folhas 21 e 22); Impugnação (folhas 23 a 37); informação fiscal (folhas 39 a 43).

A autuada apresenta impugnação às folhas 23 a 27, na qual impugna o presente lançamento, apresentando as razões a seguir.

Alega que as notificações restam eivadas de nulidade, pois, em conformidade com o que preconiza o nosso ordenamento jurídico, o demonstrativo elaborado pelo fiscal deveria

relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida, segundo a impugnante.

Explica que o auto de infração deverá identificar o infrator, conforme prevê a legislação, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade, devendo portanto observar os seguintes requisitos: a) nome e qualificação do autuado; b) o local, a data e a hora da lavratura; c) a descrição clara e precisa do fato; d) a descrição da disposição legal infringida, bem como a legislação utilizada para a aplicação de juros e correção monetária; e) a exigência a ser cumprida; f) a intimação para cumprir a exigência ou impugná-la dentro do prazo legal; g) a assinatura do autuante e do autuado, quando possível e h) a indicação da repartição onde correrá o processo.

Leciona que o cumprimento dos requisitos acima tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, pois, somente com o preenchimento de todos os requisitos, permitirá a obtenção de informações seguras ao autuado, estas importantes para a elaboração de sua defesa.

Transcreve o inciso LV do art. 5º da CF/88, para apoiar o ponto de vista de que o contraditório e a ampla defesa são princípios constitucionais que desempenham papel fundamental no processo administrativo, apresentando inúmeros desdobramentos práticos, um dos quais, assegura, é a possibilidade de o sujeito passivo se manifestar sobre todos os fatos narrados no processo e documentos carreados aos autos. Assegura-se, desse modo, que a parte tome conhecimento dos atos processuais praticados contra si e possa a eles reagir.

Alega que, no processo administrativo, o auto de infração deve conter o endereço da repartição onde correrá o processo para que o contribuinte possa apresentar as suas razões e seus recursos pela via postal ou pessoal, procedimento comum no processo administrativo fiscal federal, configurando assim violação direta a princípio constitucional em prol do contribuinte, o que *in casu*, não ocorreu.

Pede, ainda, a decretação da nulidade em face de que o valor do auto de infração ora atacado concerne apenas aos valores históricos, e consta no demonstrativo de débito o valor atualizado até a data da lavratura, todavia não há nos autos a legislação que foi utilizada para alcançar o valor da exação, configurando de plano vício no lançamento, motivo pelo qual deve ser anulado.

Alega, ainda que o ICMS cobrado foi indevidamente lançado, não podendo ter sido incurso no levantamento efetuado, gerando mais uma causa de nulidade *ab initio*, corroborando as alegações de iliquidez e incerteza dos autos de infração.

Assim, conclui, verifica-se que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do Sr. Fiscal. Tal fato por si só eiva de nulidade os autos de infração lavrados, pois desobedece ao Art. 142 do CTN, cujo texto transcreve.

Arremata, afirmando que, não possuindo as condições de executabilidade forense, onde a liquidez e certeza devem e precisam restar provados, resta nula a notificação, devendo tal qualidade lhe ser atribuída pela autoridade administrativa, sob pena de vê-la decretada pelo Poder Judiciário. Transcreve a ementa da Ação Cível nº 101-79.775/90 para apoiar a sua tese.

E ainda, além do vício acima mencionado, menciona outra nulidade pois as notificações não descrevem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, acarretando em novo cerceamento de defesa.

Quanto ao mérito, na infração 01, alega que o auto de infração traz como alegação que o adquirente, deixou de recolher nas aquisições o ICMS normal e o ICMS ST, e que tinha a obrigação do pagamento do ICMS no momento da saída de mercadoria. Frisa, contudo, que os produtos comercializados pelo estabelecimento foram adquiridos junto a fornecedor cadastrado junto à ANP e com inscrição estadual, e foram contabilizados na forma legal.

Defende que descabe, por isso, a imputação de responsabilidade com a aplicação do instituto jurídico da solidariedade, inclusive de multa formal por descumprimento de obrigação acessória, já que o imposto foi recolhido pela fonte que forneceu o combustível. Frisa, ainda, que *“a norma modificativa da Lei nº 7.014/96, que instituiu a possibilidade de solidariedade do posto para 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, sendo que não foi dada publicidade necessária ao fato, restringindo o seu direito de defesa, já que sem as informações necessárias adquiriu o produto de distribuidora no regime especial, todavia esta tinha inscrição em regular, inscrição no CNPJ e autorização da ANP”*. Ou seja, conclui que cabe à empresa fornecedora o pagamento do ICMS Normal da operação.

Quanto à Infração 02, reproduz o texto da alínea “b” do inciso “X”, do § 2º do art. 155 da CF/88 para defender a idéia de que não há incidência de imposto nas operações interestaduais com combustíveis.

Defende que o regime de substituição tributária nas operações interestaduais depende de acordo entre os Estados-membros interessados, conforme prescreve o art. 9º da LC nº 87, de 13-09-96. O § 1º, inciso I desse artigo permite expressamente o regime de substituição tributária nas operações interestaduais com “petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subsequentes”.

Afirma que essas mercadorias, quando destinadas a consumidor final, ensejam o recolhimento do ICMS a favor do Estado onde se localiza o adquirente, conforme § 2º, do art. 9º, cujo texto transcreve.

Conclui, assim, que conforme dispõe o parágrafo acima, cabe ao remetente efetuar o pagamento do ICMS ST, e não a adquirente, ou seja, se tem uma lei complementar que estabelece a obrigação de forma expressa e clara, não pode uma lei ordinária estabelecer em sentido contrário, sob pena de violação da hierarquia das normas, sendo inconstitucional a sua aplicação.

Ensina que a questão da posição hierárquica que a lei complementar e a lei ordinária ocupa no ordenamento jurídico dispõe duas posições doutrinárias divergentes, em que uns sustentam que a lei complementar é hierarquicamente superior à lei ordinária, tida como uma norma intercalar entre a Constituição Federal e a lei ordinária, enquanto outros, que esta hierarquia absolutamente não existe, que se trata apenas de uma relação de competência “ratione materiae”, ou seja, é uma questão de reserva legal qualificada.

Reproduzindo o debate teórico, descreve que *“a lei complementar é hierarquicamente superior, equivocadamente alegam pelo motivo de vir escalonada no artigo 59 da CF. Defendendo a hierarquia, outros autores dizem que a lei complementar ocupa uma posição intermediária entre a Constituição Federal e a lei ordinária adquirindo assim, superioridade formal”*. Cita Hugo de Brito Machado como um dos defensores dessa corrente. Do outro lado, outros autores alegam não haver hierarquia das leis complementares em relação às leis ordinárias. Cita Vítor Nunes Leal como representante dessa corrente de pensamento.

Advoga, no entanto, que existe hierarquia entre lei complementar e a ordinária em alguns casos e em outros não. O ponto está na observação do fundamento de validade da lei ordinária, ou seja, se uma lei complementar fundamenta a validade de uma lei ordinária, então esta é inferior hierarquicamente a complementar que a valida. Cita Sacha Calmon Navarro Coelho como defensor desse ponto de vista.

Levanta o questionamento acerca do problema em saber se uma lei ordinária é ilegal ou inconstitucional quando conflitante com lei complementar. Responde, afirmando que se pode argüir ilegalidade de uma lei ordinária quando esta for inferior a uma lei complementar de natureza normativa, sendo um modo de invalidar a lei sem observância das regras de controle de constitucionalidade, como a exigência de maioria absoluta nos tribunais, e a suspensão da exigibilidade da lei por resolução do Senado. Ensina, contudo, que conforme o princípio da

compatibilidade vertical, nada impede também a argüição de inconstitucionalidade, pois, todas as leis são subordinadas à Constituição Federal devido ao fato desta, estar situada no ápice da imaginária "pirâmide jurídica" hierárquica do ordenamento jurídico. Assim, observando que seu fundamento de validade ou da norma que a fundamente está na Constituição Federal, para que possa haver plausibilidade jurídica na argumentação de inconstitucionalidade, deve ser observado o preceito formal e o material da lei atacada.

Ensina que, ao se verificar a constitucionalidade de uma lei, examina-se primeiro se a lei é formalmente constitucional, para somente depois constatar se o dispositivo apreciado é materialmente constitucional, pois se formalmente inconstitucional, por consequência, todo seu conteúdo será prejudicado, ou seja, seu conteúdo não terá eficácia, mesmo que seus dispositivos materialmente não afrontem a Constituição.

Cita Paulo de Barros Carvalho e Heleno em apoio ao seu ponto de vista.

Deste modo, conclui, a diferença mais acentuada existente entre as duas leis, está no "quorum" de aprovação definida no artigo 69 da Constituição Federal, já que, logicamente, entendeu o legislador constituinte que algumas matérias estabelecidas na Constituição Federal careciam de um rigor maior para sua aprovação.

Conclui este ponto com as palavras Souto Maior Borges, que reproduz. Diante do exposto, fundamentando na doutrina, jurisprudência e dispositivos legais em questão, o conflito entre Lei Complementar e Lei Ordinária se resolve à luz da Constituição Federal que já estabelece quórum diferenciado. Logo qualificando hierarquicamente uma em detrimento da outra. Em matéria tributária a lei ordinária não pode dispor em sentido contrário à lei complementar sob pena de inconstitucionalidade.

Além disso, ressalta que foi aplicada, no cálculo do débito, a alíquota cheia de 19% sobre o valor constante da nota fiscal, sem considerar que houve pagamento parcial do imposto devido e que seria objeto do ICMS substituído, pago distribuidora fornecedora.

Portanto não pode prosperar o lançamento tributário, já que está eivado de vícios procedimento e inconstitucionalidade.

Alega, ainda que, estando suspensa e exigibilidade do tributo e face a interposição da presente defesa, as multas aplicadas pelos autos de infração devem necessariamente permanecer com a exigibilidade suspensa, sendo vedada sua inscrição em dívida ativa.

Argumenta que já são várias as agruras sofridas pelas empresas nacionais devido à pesada carga tributária a elas imposta. Ademais, habitualmente as leis são confusas e obscuras, ou ainda são apenas mais uma bandeira da burocracia que destrói nosso País. Tal fato pode ser observado, segundo a impugnante, no tumulto legislativo ao qual estão submetidas as empresa nacionais, no tocante a importação e conseqüente sujeição a tributação do não menos confuso ICMS.

Apoiado em todo o exposto e nas provas documentais acostadas ao procedimento, a impugnante requer:

1. Seja regularmente distribuída e conhecida a presente impugnação, sendo processada pelo órgão competente;
2. Seja, face a nulidade das notificações pelos motivos acima desfilados, declarada a nulidade das notificações objeto, destinando-a ao arquivo administrativo suportando, posteriormente, o notificante, os custos havidos pela notificada na produção da presente impugnação;
3. Seja adentrado no mérito da presente defesa, e declarado a inconstitucionalidade da exação, anulando assim o lançamento tributário;
4. Seja mantida\expedida a Certidão Positiva com efeito de Negativa do contribuinte, já que o crédito tributário está suspenso pela apresentação deste recurso administrativo.

Nesses Termos, pede deferimento.

O autuante presta informação fiscal às folhas 39 a 43, tecendo as considerações a seguir.

Quanto à infração 02, informa que embora a sua descrição tenha feito referência a aquisição em operação interestadual, trata-se, em verdade, de operação interna, e, nessa condição, foi enquadrada para efeito de cobrança de ICMS. Frisa, contudo, que o impugnante, em momento algum apontou tal equívoco, mas apenas negou plenamente, para ambas as infrações, a legitimidade da responsabilidade solidária pela substituição tributária da distribuidora. Onde conclui não ter havido prejuízo ao exercício do direito de defesa.

Quanto à alegação de nulidade por omissão do endereço da repartição e da legislação que fundamenta a cobrança de juros e correção monetária, afirma que não tem como ser acatada, pois contraria a realidade fática dos autos, conforme faz prova os documentos integrantes da peça inaugural, folhas 01 a 19. Ademais, alega que, ainda que tivesse havido vício, nenhum prejuízo foi causado à impugnante.

Quanto à alegação de inaplicabilidade da responsabilidade solidária, afirma que essa alegação não suprime a verdade fática, considerando-se que não comprovou tais recolhimentos. Por outro lado, afirma, o lançamento contemplou operações de vendas realizadas, no período de setembro a novembro de 2012, pela Distribuidora Arogás Comércio de Combustíveis Ltda, inscrição estadual 077.471.729 e CNPJ 01.252.726/0010-31, por estarem desacompanhadas da devida comprovação do recolhimento do ICMS, obrigação imposta por força do regime especial de fiscalização, tendo por destinatário o adquirente ora impugnante, responsável por solidariedade.

Ressalta que, somente quando a distribuidora deixe de cumprir voluntariamente o regime especial, o recolhimento do ICMS passará a ser do posto revendedor, por responsabilidade solidária da obrigação tributária. No caso, explica, a distribuidora não se encontrava protegida por nenhuma medida judicial suspensiva do regime especial, pois o mandado de segurança que impetrou teve decisão final denegatória, conforme decisão ocorrida em 23/01/2013, tendo o AI sido lavrado em momento posterior, em 06/06/2013.

Informa, ainda, que a cobrança do tributo de que trata o presente AI está amparada no art. 6º da Lei 7.014/96, inciso XVI, que atribui ao posto revendedor varejista de combustíveis, a 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, bem assim, continua, o § 3º do mesmo diploma legal, que faculta ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos. Transcreve a legislação citada em apoio ao seu ponto de vista.

Quanto à alegada falta de publicidade do ato que submeteu a distribuidora ao regime especial de fiscalização, afirma que tal argumento é rechaçado pelo simples fato de que foram publicados os atos administrativos da SEFAZ/BA, através de sua página na internet, conforme explica.

Quanto à alíquota de 19%, alega que se encontra em conformidade com a legislação, natureza da operação e espécie da mercadoria.

Transcreve o item “1” da alínea “b” do inciso I do art. 512-A do RICMS para se opor à alegação de que houve ilegalidade na atribuição de responsabilidade solidária ao adquirente das mercadorias.

Assevera, finalmente, que as descrições das infrações não deixam dúvidas quanto aos fatos geradores nem ao que objetivamente se referem. Ressalta que o regime especial de fiscalização e pagamento do ICMS encontra-se, também, sob o amparo da LC 87/96, especificamente seu art. 5º que prevê que poderá ser atribuída 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.

Mantém, portanto, o inteiro teor do Auto de Infração.

Esse é o relatório.

VOTO

Preliminarmente, constato que o autuante descreveu detalhadamente os fatos objetos do presente lançamento de ofício, tendo apresentado um demonstrativo de débito anexo à peça inaugural, no qual relaciona todos os documentos fiscais que acobertaram as operações em foco, minuciando o valor de cada uma das aquisições, e a base de cálculo utilizada, além do imposto devido apurado, o normal e o relativo à substituição tributária.

A despeito de não informar o endereço da repartição fiscal, a peça inaugural do lançamento de ofício faz menção expressa ao local da lavratura do presente auto de infração, o qual coincide com o local em que deve ser apresentada a impugnação ao lançamento de ofício. O próprio fato de ser sido apresentada tempestivamente a presente impugnação é revelador de que não houve qualquer prejuízo à defesa, neste aspecto.

Afasto, assim, as preliminares de nulidade alegadas.

Quanto à infração 01, observo, igualmente, que a autoridade fiscal promoveu a descrição detalhada dos fatos objetos do lançamento. Desincumbiu-se, portanto, do seu ônus probatório naquilo que se refere aos elementos reveladores da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal.

A autuada não negou a ocorrência dos fatos descritos no presente auto de infração, pelo contrário, admitiu-os, tendo, contudo, negado o caráter ilícito da conduta a ela atribuída. Nega a responsabilidade solidária para as operações que especifica.

O próprio autuante reconhece que, à época da saída das mercadorias, a distribuidora (vendedora das mercadorias) encontrava-se amparada por medida liminar em mandado de segurança, a qual somente perdeu os seus efeitos a partir de 23/01/2013, conforme trecho de sua informação fiscal abaixo reproduzido.

“...No caso, a distribuidora não se encontrava protegida por nenhuma medida judicial suspensiva do regime especial, pois, o mandado de segurança que a impetrou teve denegada a segurança, conforme decisão ocorrida em 23/01/2013.”

É de conhecimento da administração fazendária que a empresa Arogás Comércio de Combustíveis Ltda se encontrava, desde 23/05/2012, amparada por decisão liminar, exarada pelo Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, mediante a qual foi expedida a ordem para que a administração fazendária suspendesse os efeitos do Comunicado SAT e, por conseguinte, excluísse a impetrante do Regime Especial de Fiscalização.

Conheço de ofício, portanto, a existência de um fato impeditivo do direito de o fisco lançar, traduzido em uma medida liminar, suspendendo os efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012, decisão judicial esta que legitimaria a conduta autuada.

Na sua informação fiscal, o autuante informa que o lançamento foi efetivado em momento posterior à cassação da medida liminar, como consequência da sentença de mérito favorável ao Estado da Bahia.

Examinando os autos é possível constatar que as operações ocorreram ao longo dos meses de setembro a novembro de 2012 (folhas 12 a 19), após, portanto, a expedição da liminar pelo poder judiciário, a qual data de 23/05/2012, de acordo com a informação fiscal do autuante à folha 41.

Partindo do pressuposto de que a ordem judicial exarada deve ser cumprida, é forçoso concluir que não era possível aplicar a norma contida no inciso XVI do art. 6º da Lei 7.014/96 às operações autuadas, pois um dos pressupostos da incidência da sujeição passiva por solidariedade é de que o remetente estivesse sujeito ao Regime Especial de Fiscalização, no momento da saída da mercadoria, conforme se depreende do texto abaixo reproduzido.

“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 a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação. (grifos acrescido)”

Ora, como se pode concluir pela leitura do inciso citado, em cotejamento com a decisão judicial, a remetente das mercadorias não se encontrava submetida ao Regime Especial de Fiscalização, quando das saídas das mercadorias com destino ao estabelecimento autuado, não sendo possível fazer incidir a regra da solidariedade passiva.

Ainda que tenha sobrevivendo a decisão de mérito desfavorável à empresa Arogás Comércio de Combustíveis Ltda (segundo informação do autuante à folha 41), não é possível promover a cobrança do ICMS à autuada, pois no momento da aquisição não havia solidariedade, não lhe sendo possível, portanto, exigir da vendedora que circulasse com um DAE do imposto quitado.

Assim, mesmo sobrevivendo decisão de mérito favorável ao Estado da Bahia, não é o caso de fazer retroagir os seus efeitos, sendo mesmo essa uma exceção à Súmula 405 do STF, cujo enunciado vai a seguir.

“Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.”

Não é o caso de aplicação do enunciado supra pelo simples motivo de que a norma contida no inciso XVI do art. 6º da Lei 7.014/96 possui caráter temporário, já que o aspecto temporal é nuclear na norma, elemento fático que a decisão judicial não tem o condão de restabelecer.

Assim, não estando o remetente sujeito ao regime especial de fiscalização, no exato momento da saída das mercadorias, não há como responsabilizá-lo à luz da norma estadual baiana

Este também é o entendimento da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, conforme reiterada jurisprudência:

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0305-11/13

EMENTA: ICMS. 1. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. a) IMPOSTO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA. a.1) FALTA DE PAGAMENTO. a.2) PAGAMENTO A MENOS. b) IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO. PAGAMENTO A MENOS DO ICMS ST POR RETENÇÃO A MENOS. O art. 6º, inciso XVI, da Lei 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. Excluídas as operações com a empresa Petróleo do Valle Ltda., tendo em vista liminar em Mandado de Segurança que retirou a referida empresa do Regime Especial de Fiscalização (grifos acrescido). Infração subsistente em parte. Não acolhida a arguição de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVIDO PARCIALMENTE. Decisão unânime.”

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0282-11/13

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AQUISIÇÕES DE COMBUSTÍVEIS. REMETENTE SUJEITO A REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. a) ICMS NÃO RECOLHIDO NA SAÍDA DA MERCADORIA; b) ICMS

RECOLHIDO A MENOS. O art. 6º inciso XVI da Lei nº 7014/96, atribui a solidariedade ao posto revendedor varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação. Redução de ofício da infração 01. Excluídas as operações com a empresa Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., tendo em vista liminar em Mandado de Segurança que retirou a referida empresa do Regime Especial de Fiscalização (grifos acrescidos). Demais infrações caracterizadas. Não acolhida a arguição de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.”

Não é diferente o entendimento da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, conforme abaixo:

“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0305-12/13

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. FORNECEDOR COM REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. a) ICMS NÃO RECOLHIDO NA SAÍDA DA MERCADORIA. b) ICMS RETIDO E RECOLHIDO NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO; c) ICMS NÃO RETIDO NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. O art. 6º inciso XVI da Lei 7014/96, atribui a solidariedade ao posto revendedor varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação. Infrações não elididas. Excluídas as exigências relativas ao período em que o fornecedor da mercadoria se encontrava ao amparo de liminar concedida pelo Poder Judiciário (grifos acrescidos). Não acolhidas as arguições preliminares. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.”

“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0278-12/13

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE. AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL. a) ICMS NORMAL. RECOLHIMENTO A MENOS. b) ICMS DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b1) RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. b2) FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO. No caso de constatação de nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, ou acompanhada com o imposto recolhido a menos, junto ao posto revendedor varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido de remetente com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, na condição de contribuinte de direito, em razão de regime especial de fiscalização, o posto revendedor varejista é o responsável pelo pagamento total ou da diferença recolhida a menos do imposto, tanto o normal quanto o por substituição tributária. Infrações subsistentes. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração referente às infrações 3 e 4, para a prevista no art. 42, V, da Lei nº 7.014/96, por se tratar de imposto retido e não recolhido. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Recurso NÃO PROVIDO. Modificada a Decisão recorrida, de ofício, excluir as exigências em que os remetentes estavam amparados em Mandado de Segurança (grifos acrescidos). Decisão unânime.”

A 3ª Câmara de Julgamento Fiscal possui jurisprudência nessa mesma linha, entendimento este que se manteve mesmo após a cassação da liminar, conforme abaixo.

“3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0354-13/13

...

Por outro lado, devo registrar que o CONSEF tem conhecimento de que a distribuidora remetente do álcool hidratado (Petróleo do Valle Ltda.) impetrou Mandado de Segurança pelo qual requereu sua exclusão do Regime Especial de Fiscalização previsto no art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96. Assim, analisando as informações constantes no sistema interno da SEFAZ, vejo que a distribuidora PETRÓLEO DO VALLE LTDA. teve Decisão liminar deferida em 03/02/2011, determinando sua exclusão do regime especial, cujos efeitos foram posteriormente cassados em 28/06/2011.

Dessa forma, entendo necessário adequar ex officio a Infração 2, a fim de suprimir a Nota Fiscal indicada às fls. 29 dos autos, eis que na data de sua emissão, a distribuidora PETRÓLEO DO VALLE LTDA., estava excluída do regime especial de fiscalização (grifos acrescidos), de modo que a referida Infração 2 deve ser reduzida em R\$ 1.494,11.”

Assim, a impossibilidade de incidência da norma estadual que institui a solidariedade exclui, igualmente, como acima demonstrado, a possibilidade de que venha a ser imposta à autuada qualquer sanção.

Ora, constatado que o comportamento da empresa foi chancelado por decisão judicial, não era possível, à autoridade fiscal, cobrar-lhe o ICMS, levando a termo o lançamento de ofício, mesmo depois de cassada a medida liminar referida, já que os seus efeitos no tempo se consumaram de forma irretratável.

Entendo, por isso, que é improcedente a infração 01.

Quanto à infração 02, observo que teve por base os mesmo fatos descritos na infração 01, ou seja, foram documentados pelas mesmas notas fiscais, cuja descrição foi levada a termo de forma compatível com o que disciplina a legislação, afastando, conseqüentemente, a alegação de nulidade.

Considerando tratar-se de operações internas com combustíveis, conforme pode ser atestado pelos DANFE's às folhas 12 a 19, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do imposto é do remetente dos combustíveis, nos termos da Cláusula Primeira do Convênio CONFAZ ICMS 110/07.

“Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, autorizados a atribuir ao remetente de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, a seguir relacionados, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM -, situado em outra unidade da Federação, a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que o remetente estiver realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o destinatário:

I - álcool etílico não desnaturado, com um teor alcoólico em volume igual ou superior a 80% vol (álcool etílico anidro combustível e álcool etílico hidratado combustível), 2207.10;

Por meio do art. 289 do RICMS/2012, o Estado da Bahia fez uso da autorização prevista na Cláusula Primeira citada.

“Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento.

...”

O item 16.1 do Anexo 1 citado no caput prevê a adoção do regime de ST para o Álcool etílico hidratado carburante – AEHC - 2207.1.

Não há porém, atribuição de responsabilidade solidária para operações internas, mas apenas para operações interestaduais, conforme § 5º do art. 8º da Lei 7.014/96, conforme a seguir.

“Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

...

§ 5º

A responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade solidária do contribuinte substituído nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais junto a contribuinte substituto, por força de convênio ou protocolo, que não possua inscrição ativa neste Estado.

...”

Considerando que a remetente das mercadorias não se encontrava sob regime especial de fiscalização pelas razões já expostas quando da análise da infração 01, entendo que não tem amparo na legislação o lançamento de ofício efetuado.

Voto pela improcedência da infração 02.

Diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206906.0207/13-0**, lavrado contra **POSTO DE LUBRIFICANTES PIRAÍ LTDA – ME**.

Sala das Sessões do CONSEF 17 de março de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR