

A. I. Nº - 297745.0000/14-8
AUTUADO - POSTO RENASCER LTDA - ME
AUTUANTES - CLAUDIO MARCELO M. DE CASTRO e JORGE LUIZ MAGALHAES NUNES
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 15. 08. 2014

ACÓRDÃO JJF Nº 0165-01/14

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **a)** ATRIBUIÇÃO, AO ADQUIRENTE, DA RESPONSABILIDADE PELO “ICMS NORMAL” DEVIDO PELO REMETENTE DA MERCADORIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO “ICMS NORMAL”. **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. O art. 6º, XVI da Lei 7014/96 contempla a atribuição da responsabilidade por solidariedade ao contribuinte que adquire combustível de remetente sujeito a regime especial de fiscalização sem efetuar a retenção do imposto. A medida liminar em mandado de segurança determinando a exclusão da AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA. suspende a sujeição ao regime e a autuação não pode ser mantida, a partir da sua concessão. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 08/01/2014, para reclamar ICMS no valor total de R\$30.691,45, em face da apuração das seguintes irregularidades à legislação do ICMS:

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 de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação. Valor R\$22.000,73 – Multa de 60%;
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 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. Valor R\$8.690,72 – Multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, fls. 44/49, arguindo que a presente exação não pode prosperar uma vez que não houve qualquer infração à legislação tributária. Primeiro, pela ausência de responsabilidade solidária, uma vez que a distribuidora que lhe vendeu os combustíveis não estava enquadrada no Regime Especial de Fiscalização, ao contrário do que aponta o Auto de Infração. Explica que AROGÁS COMERCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA estava excluída do referido regime, à época das compras, por força da decisão proferida no Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8...05.0001, em 31.05.2013 (DOC 03).

Diz que a decisão judicial concedeu liminar para determinar a suspensão dos efeitos do Comunicado SAT 001/2012, excluindo a distribuidora do mencionado regime, elencado no art. 47 da Lei 7.014/96, cuja responsabilidade solidaria está prevista no art. 6º, XVI da lei do ICMS.

Aduz que os fatos constantes no lançamento de ofício devem ser julgados improcedentes, pois ocorreram no período em que a distribuidora estava excluída do referido Regime Especial.

Em seguida, discorre sobre o seu direito ao crédito fiscal do ICMS, em face ao princípio da não cumulatividade, conforme consta dos artigos 28 e 29 da Lei 7.014/96, além do art. 114, RICMS/BA.

Pede de forma subsidiária o afastamento da multa, considerando que não agiu de má fé ou praticou infração, à luz do art. 159, § 1º III e/ou III do RPAF/BA.

Os Auditores Fiscais prestam Informação Fiscal, fls. 72/74, aduzindo a insubsistência das razões defensivas. Dizem que a liminar em mandado de segurança, impetrado pela empresa distribuidora de combustíveis contra o ato da SAT, que a incluiu em regime especial de fiscalização, datada de 23.05.12, determina que seja suspensa a aplicação do mencionado regime ao impetrante, o que passa a acontecer a partir de 29.05.12, data da ciência da ordem judicial, conforme consta no site da SEFAZ. Explicam que os fatos geradores das obrigações tributárias que deram origem aos créditos exigidos no presente PAF ocorreram entre 21.06.2012 e 07.11.2012, datas posteriores à ciência da medida liminar.

Explicam ainda que a cassação da medida tem efeito ex-tunc, restabelecendo o status quo antes, significando dizer que a liminar, além de não mais produzir efeito para o futuro, tem extintos os efeitos do passado produzidos desde a sua concessão. Diz que, nas circunstâncias mencionadas, tudo se passa como se a liminar nunca tivesse existido. Restaura-se os efeitos da autoridade da administração tributária, desde a data de sua expedição.

Dizem ainda que o auto de infração tem apenas a função de constituir o crédito tributário, não ensejando qualquer ofensa à ordem judicial expressa na liminar, desde que o crédito não esteja inscrito na dívida ativa e nem implique restrição aos direitos do contribuinte.

Asseveram que, no caso, necessário separar os créditos tributários decorrentes de obrigações que se originaram anteriormente à data da ciência da liminar, daqueles cujas obrigações tiveram origem em data posterior. Os primeiros, caso não sejam pagos, deverão ser inscritos na dívida ativa e os demais, caso não sejam espontaneamente satisfeitos, deverão se inscrever em dívida ativa, tão somente se houver na tramitação do mandamus, decisão judicial contrária à liminar concedida.

Observa que a liminar não configura óbice para lavratura da notificação ou auto de infração, tampouco que se decida pela procedência em processo administrativo fiscal, que é apenas uma etapa na constituição do crédito tributário, não se erigindo a concessão de liminar em mandado de segurança e causa de improcedência do lançamento de ofício. Completa que o art. 151, IV, CTN, lhe atribui efeito exclusivo de suspender a exigibilidade do crédito tributário. Havendo, portanto, que distinguir a exigibilidade da constituição do crédito tributário.

Conclui que estando o contribuinte submetido a regime especial de fiscalização com a obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, disciplina o art. 47, I, Lei 7.014/96, o pagamento do imposto incidente na operação própria, como também o relativo à substituição tributária. O valor do ICMS normal devido, nessas circunstâncias, é obtido pela aplicação da alíquota ao valor da operação.

Diz da falta de competência das juntas para apreciar a dispensa ou redução de multas por infração de obrigação principal e mantém a exigência integralmente.

É o relatório.

VOTO

Versa o presente Auto de Infração sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado. A infração 01 diz respeito à exigência de crédito tributário em razão da falta de recolhimento do ICMS devido pelo regime normal de apuração, devido por solidariedade nas operações de aquisições de combustíveis, adquirido junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização (venda de combustíveis aos postos). A infração 02 cuida da exigência do respectivo

ICMS retido e não recolhido, na operação de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização (venda de combustíveis ao consumidor final).

Alega o autuado, nas razões, a ausência de responsabilidade solidária, uma vez que a distribuidora que lhe vendeu os combustíveis não estava enquadrada no Regime Especial de Fiscalização, por força da decisão proferida no Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8...05.0001, em 31.05.2013 (DOC 03), suspendendo os efeitos do Comunicado SAT 001/2012. Alega ainda o seu direito ao crédito fiscal do ICMS, em face ao princípio da não cumulatividade, nos termos dos artigos 28 e 29 da Lei 7.014/96, além do art. 114, RICMS/BA.

A arguição de não-cumulatividade do ICMS (art. 155, §2º, I, CF 88) não cabe, no caso concreto, pois o regime especial trata da exigência fiscal do imposto normal e da substituição tributária, relativo às transações diretas entre o contribuinte autuado e seu fornecedor, referentes à aquisição de etanol hidratado, operação por operação. Estando essa mercadoria sujeita à antecipação tributária com fase de tributação encerrada, mas cujo montante não foi recolhido totalmente ao Erário, não há crédito fiscal que possa ser apropriado pelo autuado.

A aplicação da multa está prevista na Lei 7.014/96 do ICMS do Estado da Bahia. A intenção do agente não tem relevância na atribuição da responsabilidade tributária (art. 136, CTN).

Consta dos autos a Liminar em Mandado de Segurança com ordem para afastar os efeitos do Comunicado SAT 001/2012, excluindo o demandante autor - AROGÁS COM. COMBUSTÍVEIS LTDA. do Regime Especial de Fiscalização (art. 47 da Lei Estadual 7.014/96), fls. 50/52.

No mérito, as infrações imputadas ao autuado estão previstas no art. 6º, XVI, c/c o art. 47 da Lei nº 7.014/96, tendo o adquirente de combustível a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto, total ou parcial, devido pelo remetente, sujeito ao regime especial de fiscalização que o obriga no pagamento do imposto próprio e/ou substituído, no momento da saída da mercadoria, cujos valores foram apurados de acordo com demonstrativos acostados nos autos, com destaque para o imposto próprio e o ICMS-ST, fls. 10/20.

Impõe esclarecer que a responsabilidade solidária tributária, com esteio no art.124 do CTN, no presente caso, está amparada na hipótese de o posto revendedor varejista adquirir combustível junto ao remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, na ausência da prova desse recolhimento. Sabendo-se que a solidariedade não comporta benefício de ordem, a legislação alcança quaisquer das pessoas que tenham interesse comum na situação (distribuidor e posto revendedor), não se admitindo a escusa no cumprimento da obrigação tributária.

Com o advento da Lei nº 12.040, de 28.09.10, que deu redação ao artigo 6º, inciso XVI, da Lei do ICMS, os postos revendedores varejistas de combustíveis, passaram a responder, solidariamente, pelo pagamento do ICMS devido na aquisição do combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do imposto, no momento da saída da mercadoria, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação, na sua integralidade.

Assim, no caso em exame, por exigência legal, o adquirente autuado está obrigado ao pagamento do ICMS tanto o normal quanto por substituição tributária, por responsabilidade solidária, decorrente da aquisição do combustível “etanol hidratado” junto à sociedade empresária distribuidora (AROGÁS COM.COMBUSTÍVEIS LTDA), constante do Comunicado SAT nº 001/2012, publicado no DOE, de 19/01/11, o qual produziu efeitos até 15/11/12, tornando-se público para todos os contribuintes do Estado da Bahia o regime jurídico tributário a que ficaram sujeitas as empresas ali listadas.

Para a norma referida (art. 6º, inciso XVI, Lei 7.014/96) importa é a comprovação que o autuado exercia a atividade de comercialização de etanol combustível, o que o tornou responsável solidário pelo ICMS devido na aquisição do combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização, como coproavam as notas fiscais eletrônicas acostadas, fls. 21/37.

No entanto, observo que as operações, objeto da presente exação, ocorreram no período 21 de junho a 07 de novembro de 2012, conforme consta no corpo do Auto de Infração e a discriminação das notas fiscais no demonstrativo de débito, fls. 07/21, além de outros documentos acostados aos autos. Ocorre que nesse lapso temporal, a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, na pessoa do titular da Superintendência da Administração Tributária - SAT, estava liminarmente obrigada pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública, a partir de 29.05.2012, a suspender os efeitos do Comunicado SAT 001/2012, excluindo a impetrante do regime especial de fiscalização e pagamento em comento, expedida nos autos da ação de Mandado de Segurança proposta pelo contribuinte autuado, AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., processo nº 0341915-21.2012.8.05.0001, cópia anexa às fls. 50/52.

Desta forma, tendo a AROGÁS obtido, liminarmente, sua exclusão do regime especial de fiscalização e pagamento antecipado do ICMS, previsto na lei nº 12.040, de 28.09.10, voltando a recolher mencionado imposto no mês subsequente (prazo normal), não se podendo praticar quaisquer atos que resultem no descumprimento da medida, entendo que as operações havidas com o contribuinte autuado, compreendidas no período após a concessão da citada liminar, 29.05.2012, devem ser excluídas, e o autuado não pode ser considerado responsável solidário pelo recolhimento do ICMS, constante no presente Auto de Infração, mesmo com a denegação da Segurança e a revogação da liminar, publicada no Diário de Justiça do Estado da Bahia - DJBA, em 30 de janeiro de 2013.

Posto isso, IMPROCEDENTE é a exigência do presente crédito tributário.

Assim é que voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **297745.0000/14-8**, lavrado contra **POSTO RENASCER LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

JOÃO VICENTE DA COSTA NETO - JULGADOR