

PROCESSO - A. I. Nº088444.0004/13-8
RECORRENTE - AUTO POSTO BORDA DA MATA LTDA. (POSTO BORDA DA MATA) - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JFJ nº 0218-05/13
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 13/05/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0102-12/15

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE. ETANOL HIDRATADO. **a)** ICMS NORMAL. RECOLHIMENTO A MENOS. **b)** ICMS DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Contatado que, tanto a Decisão judicial como a manifestação da SEFAZ por via do Comunicado SAT nº 01/2012, não se pode imputar ao recorrente a responsabilidade solidária atribuída ao posto revendedor varejista, no qual os postos revendedores de combustíveis, adquirentes de combustíveis da Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., não se submetem à solidariedade da obrigação tributária, não cumprido pela mencionada distribuidora, enquanto estiver em vigência a referida liminar, estando suportada por esta liminar concedida, sendo que a autuação em discussão não subsiste. Infrações descaracterizadas. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da Decisão primária que julgou totalmente Procedente o Auto de Infração, exigindo do autuado o valor total de R\$141.075,00, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 01/08/2013 decorre de duas infrações, transcritas abaixo:

***Infração 1** – deixou o adquirente de recolher o ICMS retido por responsabilidade solidariedade, junto ao remetente, sujeito ao Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS no momento da saída, em vista do recebimento das mercadorias, através de nota fiscal não acompanhada do documento de arrecadação do ICMS devido por substituição tributária. ICMS no valor de R\$ 106.077,48. Multa de 60%; II, “f”;*

***Infração 2** - 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. ICMS no valor de R\$ 34.997,52 com multa de 60%; II, “f”;*

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 5ª JFJ, decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que é Procedente a autuação:

VOTO

(...)

Consoante o disposto nos artigos 178 combinado com o artigo 181, ambos do RICMS/BA, o contribuinte é responsável pela verificação, via INTERNET ou nos terminais de auto atendimento da Secretaria da Fazenda, dos regimes especiais concedidos aos contribuintes, bem como, no Site da SEFAZ, em sua página de Inspeção Eletrônica, que tem repercussão no campo da responsabilidade solidária dos adquirentes, nos termos do art. 47 incisos I e II da Lei nº 7.014/96, através do site da SEFAZ.

Não há o que se falar, portanto, em nulidade do Auto de Infração.

A presente autuação foi amparada no art. 6º da Lei nº 7.014/96, que no inciso XVI, que atribui ao posto revendedor varejista de combustíveis, responsabilidade solidária em relação ao combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação e no § 3º faculta ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos. Assim, o imposto está sendo exigido do sujeito passivo e não do remetente.

Não acolho os argumentos do autuado sobre a violação do princípio da não-cumulatividade, pois relação ao imposto devido por substituição tributária não há o que se aproveitar de crédito fiscal, já que encerrou a fase de tributação, bem como o imposto normal devido pelo remetente, cuja responsabilidade solidária foi atribuída ao autuado, já foi compensado para cálculo do imposto devido por substituição tributária, não havendo, portanto, o que se falar em violação ao princípio da não cumulatividade.

Quanto à arguição de pagamento em duplicidade, o que ficou constatado é que o seu fornecedor, submetido ao regime especial de fiscalização, não efetuou o recolhimento do imposto no momento fixado para a satisfação da exigência tributária que lhe era devida e da qual o sujeito passivo é responsável solidário, bem como a autorização para pagamento do tributo no dia 25 foi modificada pelo regime especial que obrigou o distribuidor a recolher o imposto nas saídas dos produtos em lume.

É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA, bem como as decisões dos Tribunais apontados pelo autuando não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa.

Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Protocolizado Recurso voluntário tempestivo, conforme fls. 114/116, colacionados às fls. 95 a 100, o contribuinte retorna aos autos para reiterar suas razões da defesa, aduzindo preliminarmente que a Junta de Julgamento Fiscal deixou de apreciar, de maneira amiadada, os seus argumentos.

Diz que o Auto de Infração padece de vícios, aduzindo que “... trata de uma inteligência maldosa do Estado que, ao invés de fiscalizar as distribuidoras de combustíveis, repassa o seu dever aos postos de gasolina, para que estes retenham o tributo devido por aqueles”.

Afirma que a alteração da Lei nº 7.014/96 mudou a sistemática comum da substituição tributária e passou a cobrar dos postos de gasolina um tributo devido por um fato gerador pretérito, o que no seu entender não pode prevalecer.

Indicando um segundo vício, entende que foi criada solidariedade tributária onde não deveria, aduzindo que enquanto o art. 142, I, do CTN determina que deve haver interesse comum no fato gerador, o Auto de Infração combatido introduz espécie de redirecionamento da cobrança do tributo, atingindo quem adquire o combustível, no final da cadeia, impondo o pagamento do tributo que pode ou não ter sido pago pelo antecessor na cadeia tributária.

Como terceiro vício, entende que além de ampliar o escope fiscalizatório, o Estado providenciou antecipar arrecadação, conquanto não espera que o contribuinte/distribuidor apure o seu ICMS normal, antecipando para o momento da venda da mercadoria, o que lhe atribui responsabilidade pela aludida antecipação. Nessa esteira, entende ferido o instituto da substituição tributária também contrariado o disposto no art. 512-A do RICMS.

Assevera que a Junta de Julgamento Fiscal enfrentou de forma lacônica o fato de que não é de conhecimento do recorrente situações particulares das distribuidoras, entendido pela Junta que compete ao contribuinte verificar os Regimes Especiais concedidos pela SEFAZ aos contribuintes.

Nessa linha, aduzindo afronta ao contraditório e à ampla defesa, registra que “... punir o desavisado é o mesmo que incorrer em erro essencial, ferindo, claramente, o princípio da legalidade”, aí entendido que “... imputar a responsabilidade solidária sem o conhecimento do Regime Especial de Especialização é ir de encontro ao sentido da substituição tributária.”

Derredor da alusão feita à concessão de regime diferenciado à distribuidora Arogas Comércio de Combustível Ltda. com a suspensão do regime especial de fiscalização (Autorização para recolher o ICMS relativo à operação nas saídas internas ou interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel, no dia 09 do mês subsequente à saída do

produto), diz que o tema sequer foi abordado pela Junta de Julgamento Fiscal (Processo 00988720118, que trata do Pagamento Especial da Empresa Arogás Comércio de Combustível Ltda., na conformidade do art. 515-B, § 2º do RICMS-BA. na linha do Parecer 1.392/2011).

Pelo que afirma, conclui que a aludida autorização significou privilégio dado à Empresa Arogas Comércio de Combustível Ltda., fato que redundou no dever de ela mesma pagar o seu ICMS em prazos diferenciados, fato que retira da Recorrete o dever de recolher tributo devido pela distribuidora.

Por derradeiro, pede a reconsideração do julgado *a quo*, a fim de que: a) seja declarada a nulidade do Auto de Infração; b) seja atribuída a responsabilidade pelo ICMS à Empresa Arogás Comércio de Combustível Ltda., c) sejam trazidos aos Autos os comprovantes de pagamento do ICMS devidos pela distribuidora; e) seja reconhecido o tratamento diferenciado dado à Empresa Arogás Comércio de Combustível Ltda. através do Processo n 00988720118, de modo a inexistir responsabilidade do autuado; e f) na hipótese de não se declarara a nulidade do Auto de Infração, que seja declarada a improcedência do mesmo, para que seja cobrado o imposto do verdadeiro Sujeito Passivo, caso não tenha efetuado os recolhimentos devidos.

A PGE/PROFIS, através de Parecer da lavra do Dr. José Augusto Martins Junior, fl. 125, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário vez que no entender o n. procurador, o recorrente, por meio de argumentos genéricos e inespecíficos, não logrou elidir a acusação fiscal.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 5ª JJF deste CONSEF, acórdão JJF 0130-02/11, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se discute tem assento nas acusações fiscais de haver o contribuinte deixado de recolher o ICMS retido por responsabilidade solidariedade, junto ao remetente, sujeito ao Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS no momento da saída, em vista do recebimento das mercadorias, além de haver deixado de recolher o ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, adquirido junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria.

Invertendo a ordem trazida pela peça recursal, passo, primeiro, à análise da suscitada nulidade da Decisão recorrida.

Diz o recorrente que em sua peça de defesa, aduziu a existência de concessão de regime diferenciado à Distribuidora Arogás Comercio de Combustíveis Ltda., sugerindo a suspensão do Regime Especial de Fiscalização para a dita Distribuidora. Nessa senda, às fls. 63/64, referindo-se ao processo 00988720118 que trataria do Pagamento Especial da Empresa Arogas Comércio de Combustível Ltda., bem como do Parecer nº 1.392/2011, afirmou o recorrente que tais argumentos não foram enfrentados no voto da Decisão recorrida.

Analisando a específica matéria recursal, se pode verificar que assiste razão ao Recorrente, pois, de fato, a Decisão vergastada, consubstanciada no voto condutor do julgador/Relator, não enfrenta o argumento defensivo, em que pese haver registro no relatório que antecede ao voto. Nessa esteira, em homenagem aos princípios fundamentais do Direito, ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, haveria que ser dado provimento ao apelo recursal para que fosse declarada NULA a Decisão Recorrida, contudo, a rigor do quanto determina o art. 155, parágrafo único, do RPAF/Ba, abaixo transcrito, avanço sobre a análise da improcedência da autuação.

Art. 155. A Decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.

Parágrafo único. Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Fato é que a distribuidora de combustíveis, vendedora das mercadorias que ao Recorrente, e que deram azo à autuação, em verdade, não está enquadrada no Regime Especial de Fiscalização, por força de Decisão judicial (liminar) prolatada nos autos do Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001.

Muito embora tal Decisão não tenha vindo aos autos, existem, tramitam ou tramitaram neste CONSEF processos administrativos (Autos de Infração 020983.0011/13-3, 020983.0020/13-2, 020983.0012/13-0, 020983.0031/13-4) em cujo fornecedor é a distribuidora Arogás, a mesma que vendeu as mercadorias que deram azo à autuação sob análise.

Dessa primeira análise, também com base no Comunicado SAT 01/2012, ficou comprovado nos mencionados PAF's, que a referida Decisão judicial determina “*que a Impetrada suspenda os efeitos do Comunicado SAT nº 01/2012, para excluir a Impetrante do regime especial de fiscalização e pagamento referente ao ICMS, retornando ao seu status quo ant, bem como que se abstenha de praticar quaisquer atos que resultem no enquadramento da Impetrante em outras hipóteses que resultem na aplicação do regime especial elencadas no art. 47 da Lei nº 7.014/96-BA*”.

Ora, se há Decisão judicial com o teor acima transcrito, bem como há manifestação da SEFAZ por via do comunicado SAT 01/2012, obvia é a conclusão de que não se pode imputar à recorrente a responsabilidade solidária atribuída ao posto revendedor varejista, a partir da data de ciência da autoridade competente na SEFAZ, ou seja, os postos revendedores de combustíveis, como no caso dos autos, adquirentes de combustíveis da Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., não se submetem à solidariedade da obrigação tributária, não cumprida pela mencionada distribuidora, enquanto vigente a referida liminar.

Assim, considerando que a autuação se refere a fatos geradores nos meses de junho a novembro de 2012, e a liminar foi concedida em 23/05/2012, a autuação em discussão não pode subsistir conquanto o fornecedor não se encontrava sob a égide do Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, exatamente como no caso dos autos.

Nesses termos, entendo que há que se DAR PROVIMENTO ao apelo recursal para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **088444.0004/13-8**, lavrado contra **AUTO POSTO BORDA DA MATA LTDA. (POSTO BORDA DA MATA) - EPP**.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR