

PROCESSO - A. I. N° 088444.0051/13-6
RECORRENTE - POSTO BELO JARDIM LTDA. (AUTO POSTO BELO JARDIM)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF n° 0108-05/14
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 13/05/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0115-11/15

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE. ICMS NORMAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DESTACADO. 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 Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., tendo em vista liminar em Mandado de Segurança que retirou a referida empresa do Regime Especial de Fiscalização. Infração Improcedente. Modificada, de ofício, a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 5ª JJF, constante no Acórdão n° 0108-05/14, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração epigrafado, lavrado em 04/09/2013, em razão da falta de recolhimento do ICMS normal devido por responsabilidade solidária, nas aquisições de combustível, junto a empresa remetente sujeita ao Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade de pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento da mercadoria por meio de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação. Período: junho a novembro de 2012. Valor: R\$83.641,56.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 5ª JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 164/166):

Trata o presente processo, de lançamento tributário de ofício, decorrente de responsabilidade solidária na aquisição de combustível sem o recolhimento do ICMS normal, de fornecedor submetido a Regime Especial de Fiscalização.

Em preliminar de nulidade, o impugnante arguiu a inexistência de mandamento normativo apontado pelo autuante como sendo art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96. No entanto, pelo art. 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição. Assim, mesmo que a indicação do dispositivo legal fosse equivocada, não implicaria nulidade, vez que a descrição da infração está com a devida clareza.

Entretanto, constato que a alegação não condiz com a realidade, vez que consultando a Lei nº 7.014/06, constata-se a existência do art. 6º, XVI, com o seguinte teor:

Do Responsável por Solidariedade

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;

Pelo exposto, denego a preliminar de nulidade, e continuo com a apreciação de defesa de mérito. O impugnante alega que “o autuante atirou a esmo, visto que o ICMS que por força de lei é realmente devido pelo autuado, resultante da substituição tributária, e foi recolhido pela mesma, na sua totalidade, conforme demonstrativo acostado”.

De fato, constata-se nos anexos, que há comprovação de recolhimento relativo às operações com substituição tributária, mas não o ICMS normal da operação. Isto porque nas operações com combustíveis, o imposto desdobra-se em duas partes, o imposto incidente sobre o preço praticado pela distribuidora com o posto de combustíveis e o imposto devido por substituição tributária, pela margem de valor agregado (MVA) nas operações do posto de combustíveis com o consumidor final, já que ao vender o combustível no posto, a operação já se encontra com tributação encerrada e nenhum imposto é lançado no momento da venda.

No entanto, conforme relatado pelo autuante na informação fiscal, o lançamento deveu-se à falta de recolhimento do ICMS normal e não o da substituição tributária. É devida a comprovação de ambos, o normal e o substituído. Conforme está a infração, o lançamento devido pelo ICMS normal não foi comprovado. A autuação está amparada no art. 6º da Lei nº 7.014/96, 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.

Face ao exposto, considero voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o Autuado Recurso Voluntário, às fls. 177/179, com o propósito de modificar o acórdão guerreado.

Aduz que a imputação não foi comprovada e que suposição não é fato gerador de ICMS, porque a Lei de regência atribui como fato gerador do ICMS situação diversa da que foi atribuída pelo Fisco.

Argui nulidade em razão de violação ao princípio da legalidade, pois não foi informado qual dispositivo legal foi infringido. Considera que o regulamento não pode criar tributo, nem servir de lastro para sua cobrança.

Aponta que o art. 19 do RPAF não significa fundamentação para a rejeição da preliminar de nulidade.

No mérito, sustenta que não houve omissão, bem como que o auditor sequer fiscalizou a empresa para se certificar da alegada omissão.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra do Dr. José Augusto Martins Júnior, fls. 185/186, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário pelas razões aduzidas abaixo:

Ressalta que por força do art. 6º, XVI da Lei nº 7.014/96, o legislador transferiu a responsabilidade também do pagamento do ICMS normal não recolhido ou recolhido a menor – além do imposto ST, 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.

Por fim, frisa que nas operações com combustíveis, o imposto desdobra-se em duas partes, o imposto incidente sobre o preço pela distribuidora com o posto de combustíveis e o imposto devido por substituição tributária.

Na assentada de julgamento, a representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria Helena Mendonça Cruz, modificou o entendimento do Parecer acostado aos autos, tendo em vista que na época dos fatos geradores estava vigendo Medida Liminar deferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Fazenda

Pública, em 23/05/12, no Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001, que excluiu a empresa Arogás Comércio de Combustíveis Ltda. do Regime Especial de Fiscalização.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0108-05/14, prolatado pela 5ª JJF, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, em razão da falta de recolhimento do ICMS normal, devidos por solidariedade, nas operações de aquisição de combustível, junto à remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização.

Preliminarmente, no que tange ao pedido de decretação de nulidade do presente processo administrativo fiscal, constato que não restou demonstrado nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, ficando, portanto, rejeitada a preliminar de nulidade requerida na defesa, por não estar fundada em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Ato contínuo, o art. 19 do RPAF/99, que determina que a indicação de dispositivo regulamentar equivale a menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. Nota que o Auto de Infração trás não só as disposições contidas no RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, mas também a Lei nº 7.014/96, que fundamenta esse imposto no Estado da Bahia.

Ressalte-se que o regulamento, como o próprio nome diz, apenas regulamenta, delimita a abrangência do imposto que foi definido na mencionada Lei.

A responsabilidade solidária do Recorrente, encontra guarida no art. 6º, XVI da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

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;

Não há dúvidas, portanto, que a responsabilidade tributária imposta ao recorrente possui suporte legal. A legislação determina que ao receber mercadoria de distribuidoras sujeitas ao Regime Especial de Fiscalização, o posto revendedor deve exigir o documento de arrecadação, sob pena de ser responsabilizado pelo pagamento do imposto.

Ocorre que, de ofício, verifico a existência de liminar deferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública, em 23/05/12, no Mandado de Segurança nº. 0341915-21.2012.8.05.0001, que suspendeu os efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012 e excluiu a impetrante, Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., do Regime Especial de Fiscalização.

Não obstante a cópia da liminar não estar nos autos, pelo Comunicado SAT nº. 001 disponível em http://www.sefaz.ba.gov.br/especiais/Comunicado_SAT_0012012_.pdf, verifica-se que a partir de 29/05/2012 a Secretaria da Fazenda teve conhecimento que a empresa Arogás Comércio de Combustíveis Ltda. estava com o regime especial suspenso por liminar, devendo ser excluídas as notas fiscais deste período.

Na mesma sessão de julgamento deste processo foi julgado o Auto de Infração nº. 020983.0011/13-3, que versa sobre o mesmo tema, onde também foi reconhecido que a empresa remetente [AROGÁS] estava acobertada por proteção judicial que a excluiu do Regime Especial de Fiscalização, não sendo cabível a exigência do imposto por solidariedade por parte do adquirente

no período de 23/05/12 a 23/01/13.

Em atenção ao art. 2º do RPAF, que garante a observância dos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo, dentre outros, reconheço, de ofício, a existência da liminar deferida no Mandado de Segurança.

Assim, todos os lançamentos de ofício de ICMS nas aquisições da empresa Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., devem ser excluídos da autuação, já que neste caso não cabe a responsabilidade solidária do Recorrente com a distribuidora, tendo em vista que ela não se encontrava sob o Regime Especial de Fiscalização.

Portanto, fica afastada, ao caso em tela, a obrigação do posto revendedor varejista de combustíveis que adquiriu combustível de empresa distribuidora sujeito ao Regime Especial de Fiscalização, na condição de responsável solidário, a pagar o ICMS e demais acréscimos legais no momento da saída do combustível do seu estabelecimento durante a vigência da liminar, que corresponde a todo o período fiscalizado.

Por tudo o quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e de ofício, reformo a Decisão recorrida e voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 088444.0051/13-6, lavrado contra POSTO BELO JARDIM LTDA. (AUTO POSTO BELO JARDIM).

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS