

A. I. Nº - 020983.0032/13-0
AUTUADO - SOCOMBUSTIVEIS COMÉRCIO DE DERIV PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - LUIZ OTÁVIO LOPES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 24/02/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0032-03/15

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE. FALTA DE RECOLHIMENTO. Constatando-se nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, relativamente ao combustível adquirido de remetente com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria em razão de Regime Especial de Fiscalização, o posto revendedor varejista é o responsável, por solidariedade, pelo pagamento do imposto. Entretanto, restou comprovado nos autos que a distribuidora de combustíveis, fornecedora do autuado, se encontrava suspensa do Regime Especial de Fiscalização por força de liminar concedida em Mandado de Segurança, datada de 23/05/21012. Os fatos geradores da presente autuação estão compreendidos no período de vigência da referida liminar, logo, não subsiste a exigência fiscal. Infrações insubsistentes. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/08/2013, refere-se à exigência de R\$168.862,50 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 02.14.01: Deixou, o adquirente, de recolher ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, em vista do seu recebimento através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação, nos meses de junho a novembro de 2012. Valor do débito: R\$109.915,98.

Infração 02 – 07.10.04: Deixou o adquirente de recolher o ICMS devido por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustível junto a remetente sujeito a regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS Retido no momento da saída da mercadoria, em vista do seu recebimento através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação, nos meses de junho a novembro de 2012. Valor do débito: R\$58.946,52.

O autuado apresentou impugnação às fls. 43 a 53 do PAF, alegando que é uma empresa inserida no rol de tradição no ramo em que atua, sempre diligenciando no cumprimento de obrigações fiscais junto ao poder público, notadamente no tocante ao cumprimento das obrigações fiscais concernentes ao ICMS.

Comenta sobre o princípio da não-cumulatividade, transcrevendo o art. 155 da Constituição Federal, afirmando que o mecanismo da não-cumulatividade há de ser sempre observado, fazendo nascer para o contribuinte, toda vez que este adquire uma mercadoria ou um serviço com incidência do imposto, um crédito fiscal. Salienta que toda entrada, independente de sua destinação, havendo destaque do ICMS, gera, em favor do adquirente, um crédito fiscal de

natureza mista, que deverá ser compensado nas operações de saídas posteriores. Para melhor entendimento dessa regra, reproduz ensinamentos de Sacha Calmon e Carrazza. Afirma que qualquer regra que venha de encontro a esse princípio constitucional deve ser declarada inconstitucional, não produzindo qualquer efeito no mundo jurídico.

Entende que negar ao contribuinte o crédito do ICMS destacado nas notas fiscais de entrada, seja qual for sua procedência ou destinação, é antes um retrocesso e uma involução, contrariando toda a ciência tributária, consubstanciando afronta à Constituição Federal. Ressalta que está sendo exigido imposto da operação própria, devido pelas Distribuidoras de Combustíveis remetentes do álcool etanol hidratado, por solidariedade dos Postos Revendedores de Combustíveis o que está gravado de inconstitucionalidade, pois não está sendo obedecido o princípio da não-cumulatividade.

Apresenta questionamentos que considera relevantes, alegando que o valor exigido no presente Auto de Infração terá que ser reduzido em relação ao ICMS próprio devido pela Distribuidora de Combustível em respeito ao princípio da não-cumulatividade. Apresenta o entendimento de que o presente processo deve ser convertido em diligência para se apurar, no mínimo, o valor dos créditos relativos à operação própria da Distribuidora, remetente para que seja deduzido do imposto exigido neste lançamento.

Em relação à multa exigida, no percentual de 60%, alega que a lei penal deve ser precisa, e não há que se cogitar aplicação de penalidade genérica, pois eivada de ilegalidade. Requer a anulação da multa pela impossibilidade da adoção de penalidade genérica, entendimento já pacificado na doutrina e jurisprudência pátria.

Comenta sobre a cobrança de multa com caráter confiscatório, afirmando que foi utilizado percentual absurdamente elevado e fora da realidade e normalidade prevista na sistemática legal vigente em nosso país. Diz que atualmente já é reconhecida a ilegitimidade de multas absurdamente elevadas e as decisões do Poder Judiciário as tem reduzido, corrigindo esta distorção confiscatória. Entende que restou claro e configurado o caráter confiscatório e abusivo da multa aplicada.

O defendente também alega que as Distribuidoras remetentes do etanol hidratado, Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., IE 77.471.729 e Petróleo do Valle Ltda., IE 76.325.343 foram excluídas do Regime Especial de Fiscalização através dos Mandados de Segurança, processo de nº 0341615-21.2012.805.0001, com tramitação na 2ª vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador-BA e processo de nº 0008425-18.2011.805.0001, com tramitação na 4ª vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador-BA, respectivamente.

Assegura que essas empresas remetentes não estão sujeitas ao Regime Especial de Fiscalização, condição essencial prevista no art. 6º, inciso XVI da Lei 7.014/96, e não há que se falar em responsabilidade solidária do Posto Revendedor de Combustíveis, destinatário, caindo por terra a pretensão do Erário em exigir o imposto nesta condição.

Por fim, o defendente requer a nulidade do Auto de Infração; o aproveitamento dos créditos fiscais no cálculo do ICMS próprio da Distribuidora de Combustíveis remetente, em obediência ao princípio da não-cumulatividade. Pede o cancelamento da multa alegando que é genérica e pelo seu caráter confiscatório.

A informação fiscal foi prestada às fls. 82 a 85 autos pelo Auditor Fiscal Dante Grisi, com base no art. 127, § 2º do RPAF/99. Após reproduzir os itens da autuação e fazer uma síntese das alegações defensivas, afirma que a alegação de que a distribuidora estava amparada por Liminar concedida pelo Poder Judiciário, esse fato por si só não constitui impeditivo para a constituição do crédito tributário, a fim de evitar a decadência, ficando apenas suspensa a sua exigibilidade, nos termos do Código Tributário Nacional - CTN e da dominante jurisprudência sobre o tema, a exemplo do Acórdão do STJ no Recurso Especial – Resp 1168226/AL 2009/0222428-2, Rel. Ministra Eliana Calmon.

Informa que a cobrança do tributo de que trata o presente Auto de Infração está amparada no art. 6º da Lei 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.

Reproduz o mencionado dispositivo legal e diz que a descrição das infrações não deixa dúvida quanto aos fatos geradores, nem ao que objetivamente se referem. Ressalta que o Regime Especial de Fiscalização e pagamento do ICMS encontram amparo na Lei Complementar 87/96, tratando-se de exigência de imposto por responsabilidade solidária, tendo como fato gerador operações de venda das distribuidoras submetidas ao Regime Especial de Fiscalização e obrigadas ao pagamento no momento da saída da mercadoria para o autuado, tendo em vista a comprovação de recebimento da mercadoria por nota fiscal não acompanhada do DAE relativo ao pagamento do ICMS normal e por substituição tributária.

Sobre o alegado direito ao creditamento do imposto, em respeito ao princípio da não-cumulatividade, o autuante afirma que tal pretensão não tem amparo legal, considerando a sistemática tributária que envolve o posto revendedor na cadeia de incidência do imposto. Entende que, se direito assiste ao defendente, será o de cobrar regressivamente do remetente as quantias que recolher para a Fazenda Pública. Também afirma que não há que se falar em exclusão da multa e dos encargos aplicados, porque são exigidos em conformidade com a legislação em vigor.

Por fim, considera insubsistentes os argumentos defensivos, pedindo a procedência do presente lançamento, e que o autuado seja instado a efetuar o pagamento do imposto exigido, acrescido da multa de 60%.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O defendente alegou que está sendo exigido imposto da operação própria, devido pelas Distribuidoras de Combustíveis remetentes do álcool etanol hidratado, por solidariedade dos Postos Revendedores de Combustíveis, o que está gravado de inconstitucionalidade, pois não está sendo obedecido o princípio da não-cumulatividade.

Observo que a exigência do imposto no presente Auto de Infração está fundamentada no art. 6º, XVI, da Lei 7.014/96, que prevê a possibilidade de ser exigido por solidariedade do posto revendedor varejista de combustíveis, o imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, 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.

Em relação ao argumento de inconstitucionalidade, saliento que não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide.

No mérito, o presente Auto de Infração trata da exigência de ICMS por responsabilidade solidária atribuída ao autuado, que na condição de adquirente, deixou de recolher o ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização, com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, em vista do seu recebimento através de nota fiscal desacompanhada de documento de arrecadação.

Também foi exigido do adquirente (posto de combustíveis), ICMS normal, que é o imposto relativo à operação própria devido pelo remetente (o distribuidor) e a Nota Fiscal não se encontrava acompanhada do documento de arrecadação do ICMS relativo à substituição tributária.

De acordo com o art. 6º, XVI, da Lei 7.014/96, “são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, 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”.

Por outro lado, conforme estabelece o art. 128 do CTN, a lei pode atribuir a responsabilidade solidária a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação tributária, atribuindo ao contribuinte, em caráter supletivo, a responsabilidade pelo cumprimento total ou parcial da obrigação tributária.

Neste caso, tendo sido constatada nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, relativamente ao combustível adquirido de remetente com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria em razão de Regime Especial de Fiscalização, o autuado, que é um posto revendedor varejista, é considerado responsável, por solidariedade, pelo pagamento do imposto.

O defendente alegou que a distribuidora que realizou a venda dos combustíveis não está enquadrada no Regime Especial de Fiscalização, por força de decisão judicial prolatada no Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001.

Observo que embora o autuado não tenha juntado aos autos cópia da liminar que suspendeu o Regime Especial do seu fornecedor (Arogás Comércio de Combustíveis Ltda.), a alegação do defendente também foi apresentada em outros Autos de Infração (AI 020983.0011/13-3, AI020983.0020/13-2, AI 020983.0012/13-0, AI020983.0031/13-4) nos quais o contribuinte Distribuidor é o mesmo e, em julgamento nesta JJF, em que fui o relator, ficou comprovado nos mencionados PAFs 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*”.

Em consequência da liminar concedida, não se aplica a responsabilidade solidária atribuída ao posto revendedor varejista, a partir da data de ciência da autoridade competente na SEFAZ. Neste caso, os postos revendedores de combustíveis, clientes da Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., não mais se submetem à solidariedade da obrigação tributária, não cumprida pela mencionada distribuidora, enquanto vigente a referida liminar.

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, no período objeto da autuação o sujeito passivo, na

qualidade de adquirente de combustível, não detinha a responsabilidade solidária de efetuar o recolhimento do ICMS, haja vista que 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.

Neste mesmo sentido foram as decisões deste CONSEF, proferidas pelas Câmaras de Julgamento Fiscal, a exemplo dos Acórdãos CJF números 0056-11/13, 0112-11/13, 0072-12/13, 0094-13/13, 0108-13/13 e 0233-13/13.

Deste modo, as infrações não podem subsistir, haja vista que as ocorrências constantes do demonstrativo de débito foram alcançadas pela mencionada liminar, sendo indevido o imposto lançado neste Auto de Infração, ficando prejudicada a análise das demais razões defensivas, relativamente ao crédito do ICMS incidente sobre as operações anteriores e os pedidos de exclusão de multas e juros.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **020983.0032/13-0**, lavrado contra **SOCOMBUSTIVEIS COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA