

PROCESSO - A. I. N° 206985.0024/11-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO MIRANGA)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/05/2016

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0062-12/16

EMENTA: ICMS. SUBSISTÊNCIA PARCIAL DO AUTO DE INFRAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. COMBUSTÍVEIS.
Representação proposta com base no artigo 136, § 2º, da Lei n° 3.956/81 (COTEB) e no artigo 113, § 5º, inciso I, do RPAF/99, para que sejam excluídas as exigências relativas às aquisições de empresas distribuidoras cujo regime especial de fiscalização encontrava-se suspenso por Decisão liminar. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pela PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 113, § 5º, inciso I, do RPAF/99, “*para que sejam excluídas da autuação as operações de aquisição de combustíveis junto à empresa Petróleo do Valle Ltda., no período de 03/02/2011 a 21/06/2011, e junto à empresa Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., no período de 01/03/2011 a 16/07/2012*”.

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS com base em três infrações, como abaixo descrito:

Infração 1 - deixou de recolher o ICMS normal, no valor de R\$35.425,54, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade de pagamento do imposto no momento da saída da mercadoria, em vista de seu recebimento por meio de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação. Multa de 60%;

Infração 2 - deixou de recolher o ICMS retido, no valor de R\$3.301,51, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade de pagamento do imposto no momento da saída da mercadoria, em vista de seu recebimento por meio de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação. Multa de 60%;

Infração 3 - deixou de recolher, por responsabilidade solidária, o ICMS devido por substituição tributária, no valor de R\$524,14, não retido, nas operações de aquisição de combustível junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade de pagamento do imposto no momento da saída da mercadoria. Consta que o fato foi constatado por meio da análise de notas fiscais sem a retenção do imposto e, portanto, sem o documento de arrecadação correspondente. Multa de 60%.

Foi lavrado Termo de Revelia, porque o autuado deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de defesa (fl. 150) e, em seguida, o débito foi inscrito na Dívida Ativa (fls. 150 a 154).

O sujeito passivo, então, ingressou com Pedido de Controle da Legalidade (fls. 179 a 193), informando que desconhecia que as empresas Petróleo do Valle, Petromotor e Gasforte encontravam-se, no momento das operações, submetidas a regime especial de fiscalização, porque o requisito de publicidade dos atos não foi cumprido pela Administração Tributária.

Alegou, ainda, que o princípio da não cumulatividade do ICMS foi violado com a lavratura do Auto de Infração e, ainda, que não há previsão legal para que seja responsabilizado solidariamente pelo pagamento do tributo.

Por fim, reclamou que a penalidade indicada é genérica e, portanto, deve ser anulada.

A PGE/PROFIS, a fim de garantir o contraditório e subsidiar o posicionamento a ser adotado, converteu os autos em diligência aos autuantes para que se manifestassem sobre os argumentos do contribuinte (fls. 213 e 214).

Os prepostos fiscais apresentaram informação fiscal (fls. 215 a 218) requerendo a manutenção do lançamento de ofício, ao tempo em que transcreveram diversas ementas de acórdãos do CONSEF.

A PGE/PROFIS emitiu Parecer (fls. 221 a 224) afirmando, no que diz respeito à alegada ofensa ao princípio da não cumulatividade, que a mercadoria adquirida pelo autuado (álcool hidratado carburante) foi enquadrada na substituição tributária por força do artigo 126 do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores. Sendo assim, entendeu que o sujeito passivo não possui direito à apropriação dos créditos relativos ao imposto que está sendo exigido, nos termos dos artigos 96 e 356, do citado RICMS/BA.

Acrescenta que o autuado se equivoca, quando alega a inexistência de previsão legal para a atribuição de responsabilidade solidária aos postos revendedores, à vista do disposto no artigo 6º, inciso XVI, da Lei nº 7.014/96.

Quanto à multa, aduz que existe previsão legal para a sua aplicação, não competindo à Procuradoria Geral do Estado *“perquirir acerca da constitucionalidade do percentual previsto na lei, por suposto caráter confiscatório”*.

Finalmente, por entender ainda restarem algumas dúvidas, decidiu converter o PAF em nova diligência, desta feita à Coordenação do Petróleo (COPEC) para que aquele órgão especializado indicasse o ato administrativo pelo qual as distribuidoras mencionadas pelo autuado foram incluídas no regime especial de fiscalização, bem como a data de sua publicação no diário oficial do estado, e esclarecesse se, de fato, foi concedida medida liminar que suspendeu o referido regime, apontando, em caso afirmativo, se o respectivo período de vigência abrangia os fatos geradores de que cuida este Auto de Infração.

Os próprios autuantes, lotados na COPEC, informaram o seguinte:

1. o Comunicado SAT nº 001/2011, com a inclusão das empresas Petróleo do Valle Ltda., Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda. e Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda. no Regime Especial de Fiscalização, foi publicado no *site* da Secretaria da Fazenda no dia 18/01/11 e no Diário Oficial do Estado do dia 19/01/11, produzindo efeitos entre os dias 19/01/11 e 30/06/11;
2. mesmo que as operações tivessem sido realizadas com amparo em liminar exarada em mandado de segurança, *“este fato não impede a exigência fiscal mediante lançamento de ofício, mas suspende a exigibilidade do crédito tributário até Decisão fiscal”*.

Finalmente, transcreveram a doutrina e a jurisprudência a respeito e requereram a manutenção integral do Auto de Infração.

Os prepostos fiscais anexaram, à fl. 231, o Comunicado SAT nº 001/2011 com a inclusão, no Regime Especial de Fiscalização, das empresas Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., Petróleo do Valle Ltda. e Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda., até o dia 30/06/11.

A PGE/PROFIS, por meio da Dra. Paula Gonçalves Morris Matos (fls. 244 a 248), ressaltou que, à época dos fatos geradores desta autuação, a distribuidora Petróleo do Valle Ltda. não estava sujeita ao regime especial de fiscalização por força de Decisão judicial exarada no bojo do Mandado de Segurança nº 0008425.18.2011.805.0001, publicada no dia 03/02/11, data em que foi notificada a Administração Tributária.

Observa que, em 21/06/11, adveio a Decisão monocrática que atribuiu efeito suspensivo da execução na mesma medida liminar, “*do que se infere que, no período da autuação, uma vez vigente a liminar concedida, não poderia ser exigida da empresário autuado a responsabilidade solidária ora cobrada*”.

Assim, conclui que “*o período de vigência da liminar em favor da Petróleo do Valle Ltda., portanto, foi da data da notificação da autoridade apontada como coatora (03/02/2011) a respeito da Decisão liminar, até 21/06/2011, quando foi suspensa a medida*”.

Acrescenta que “*em relação à empresa Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., de quem também o autuado adquiriu combustível, vê-se no sítio do TJ/BA – eSAJ que, em ação mandamental, foi-lhe deferida liminar em favor da tese, ora em apreço, em 01/03/2011, Decisão esta posteriormente revogada por força da sentença exarada em 16/07/2012, que denegou a segurança pleiteada*”.

Conclui que “*o período de vigência, portanto, da medida liminar em relação à Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda. foi de 01/03/2011 até 16/07/2012, data em que foi revogada a sentença exarada*”.

Prossegue dizendo que “*assim, há de se aplicar o entendimento no sentido de que, não estando as distribuidoras em comento sujeitas, à época da ocorrência dos fatos geradores, ao Regime Especial de Fiscalização, não se poderia impor ao posto adquirente do combustível a responsabilidade solidária prevista no art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96 e dele exigir o ICMS decorrente da aquisição do produto desacompanhada da prova do recolhimento antecipado do tributo*”.

Finaliza dizendo que o requisito a que alude o dispositivo legal acima referido (aquisição do combustível junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria) caiu por terra, “*de sorte que não se permite impor, na vigência da Decisão liminar, a responsabilidade solidária do adquirente*”, sendo “*flagrantemente ilegal pretender a responsabilização do autuado por não ter exigido do contribuinte remetente a prova do recolhimento antecipado do tributo, cuja obrigação este último fora judicialmente exonerado*”.

Salienta que, quanto à distribuidora Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda., não há Decisão liminar que autorize tal exclusão.

O Parecer jurídico foi acatado pela Procuradora Assistente, Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, que apresentou Representação ao CONSEF, com vistas à exclusão das operações “*de aquisição de combustíveis junto à empresa Petróleo do Valle Ltda., no período de 03/02/2011 a 21/06/2011, e junto à empresa Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., no período de 01/03/2011 a 16/07/2012*”.

VOTO

A Representação proposta merece acatamento.

Verifico que os valores do ICMS “normal” e por substituição tributária estão sendo lançados neste Auto de Infração, por responsabilidade solidária, pelo fato de o contribuinte autuado (posto revendedor) ter adquirido álcool etílico hidratado combustível (AEHC) a empresa distribuidora sujeita a Regime Especial de Fiscalização.

A responsabilidade solidária do recorrente decorre da previsão contida no artigo 6º, inciso XVI, combinado com o artigo 47, inciso I, da Lei nº 7.014/96, dispositivos a seguir transcritos:

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;

(...)

Art. 47. *O regime especial de fiscalização e pagamento será determinado por ato do Titular da Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda e consistirá, isolada ou cumulativamente:*

I - na obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria ou da prestação do serviço, inclusive o relativo ao imposto devido por substituição tributária;”.

Há, portanto, suporte legal a legitimar a cobrança, por responsabilidade tributária, do ICMS normal e do devido por substituição tributária, da empresário recorrente, nas aquisições de álcool hidratado carburante junto ao distribuidor que se encontrava, quando emitiu as notas fiscais de saídas, sujeito ao Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade de pagamento do imposto no momento da saída das mercadorias e não o fez ou o fez a menos que o devido.

No que se refere aos créditos fiscais que contribuinte quer ver deduzidos da exigência fiscal, saliento que a mercadoria por ele adquirida, e que é objeto do presente Auto de Infração, encontra-se enquadrada no regime da substituição tributária por força do artigo 126 do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores:

Art. 126. *O imposto a ser recolhido pelo responsável em decorrência de substituição tributária por antecipação será pago:*

(...)

IV - nas operações de saída de álcool etílico hidratado combustível (AEHC) e de álcool a granel não destinado ao uso automotivo, no momento da saída das mercadorias.

Em consequência, o sujeito passivo não possui o direito à apropriação dos créditos relativos ao imposto recolhido pelo remetente, consoante os artigos 96 e 356, do mesmo RICMS/97, a seguir transcritos:

Art. 97. *É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:*

(...)

IV - quando a operação de aquisição ou a prestação:

a) estiver beneficiada com isenção ou amparada por não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação;

b) tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, salvo exceções expressas (arts. 356 e 359);

(...)

Art. 356. *Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.*

Entretanto, constata-se, pelo relato da PGE/PROFIS, que, no período de 03/02/11 até 21/06/11, a distribuidora Petróleo do Vale Ltda. não estava sujeita ao regime especial de fiscalização por força de Decisão judicial exarada no bojo do Mandado de Segurança nº 0008425.18.2011.805.0001.

Quanto à distribuidora Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., de quem também o autuado adquiriu combustível, foi deferida liminar excluindo-a do mencionado regime, no período de 01/03/11 até 16/07/11, quando foi denegada a segurança pleiteada.

Sendo assim, não havendo regime especial de fiscalização, nos períodos citados, não há que se falar em responsabilidade solidária por parte do autuado. Este, aliás, é o entendimento dominante neste Conselho de Fazenda Estadual, consoante as diversas decisões proferidas, como, por exemplo, os Acórdãos CJF nºs 0098-12/14, 0186-12/14, 0231-12/14 e 0262-12/14.

Em razão do que foi exposto, excluo deste lançamento de ofício todos os débitos referentes às aquisições realizadas pelo autuado junto às empresas Petróleo do Valle Ltda. e Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., nos períodos acima mencionados, reduzindo os valores das infrações 1 e 2 para R\$16.120,09 e R\$938,28 respectivamente, de acordo com o demonstrativo abaixo:

| Infração | Data Ocorrência | Data Vencimento | Base Cálculo R\$ | ICMS R\$ |
|----------------------------------|-----------------|-----------------|------------------|------------------|
| 1 | 18/01/2011 | 18/01/2011 | 8.780,84 | 1.668,36 |
| 1 | 25/01/2011 | 25/01/2011 | 13.500,00 | 2.565,00 |
| 1 | 26/01/2011 | 26/01/2011 | 7.500,00 | 1.425,00 |
| 1 | 28/01/2011 | 28/01/2011 | 15.000,00 | 2.850,00 |
| 1 | 31/01/2011 | 31/01/2011 | 7.500,00 | 1.425,00 |
| 1 | 07/02/2011 | 07/02/2011 | 8.780,84 | 1.668,36 |
| 1 | 09/02/2011 | 09/02/2011 | 7.500,00 | 1.425,00 |
| 1 | 18/02/2011 | 18/02/2011 | 7.500,05 | 1.425,01 |
| 1 | 21/02/2011 | 21/02/2011 | 8.780,84 | 1.668,36 |
| Total Infração 1 | | | | 16.120,09 |
| 2 | 07/02/2011 | 07/02/2011 | 2.469,16 | 469,14 |
| 2 | 21/02/2011 | 21/02/2011 | 2.469,16 | 469,14 |
| Total Infração 2 | | | | 938,28 |
| 3 | 18/01/2011 | 18/01/2011 | 313,47 | 59,56 |
| 3 | 25/01/2011 | 25/01/2011 | 564,26 | 107,21 |
| 3 | 28/01/2011 | 28/01/2011 | 313,47 | 59,56 |
| 3 | 31/01/2011 | 31/01/2011 | 313,47 | 59,56 |
| 3 | 07/02/2011 | 07/02/2011 | 313,47 | 59,56 |
| 3 | 09/02/2011 | 09/02/2011 | 313,47 | 59,56 |
| 3 | 18/02/2011 | 18/02/2011 | 313,53 | 59,57 |
| 3 | 21/02/2011 | 21/02/2011 | 313,47 | 59,56 |
| Total Infração 3 | | | | 524,14 |
| Total do Auto de Infração | | | | 17.582,51 |

Voto pelo ACOLHIMENTO da Representação da PGE/PROFIS, para julgar procedente em parte o Auto de Infração, reduzindo os débitos das infrações 1 e 2, mas mantendo inalterado o valor da infração 3.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206985.0024/11-9, lavrado contra **TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO MIRANGA)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.582,51**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 23 de março de 2016.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS