

AL. Nº - 022078.0001/12-2
AUTUADO - POSTO 2001 DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO LUIZ DO CARMO
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 20. 11. 2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0257-01/12

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE. ETANOL HIDRATADO. ICMS NORMAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. No caso de constatação de nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, ou acompanhada com o imposto recolhido a menos, junto ao posto revendedor varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido de remetente com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, na condição de contribuinte de direito, em razão de regime especial de fiscalização, o posto revendedor varejista é o responsável pelo pagamento total ou da diferença recolhida a menos do imposto, tanto o normal quanto o por substituição tributária. No presente caso, o remetente não estava sob Regime Especial de Fiscalização por força de medida liminar. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 06/03/12, exige ICMS, no valor de R\$38.166,96, acrescido de multa de 60%, imputando ao autuado a falta de recolhimento de ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível efetuadas junto a remetente sujeito ao Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, tendo em vista o recebimento da mercadoria, através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação correspondente, no período de janeiro a abril de 2011.

No campo “Descrição dos Fatos”, consta: *Relativos às notas fiscais de aquisição de n^{os} 44496, 44655, [...] 46676 e 46682, provenientes da PETROLEO DO VALLE LTDA., inscrição estadual 76.325.343.*

O autuado apresentou defesa, fls. 133 a 137, na qual afirma que o Auto de Infração não merece prosperar, uma vez que não houve qualquer infração à legislação tributária.

Sustenta que não há o que se falar em responsabilidade solidária, pois por força da decisão judicial exarada no Mandado de Segurança nº 0008425-18.2011.805.0001 (fls. 138 a 140), a distribuidora que vendeu o combustível não estava enquadrada no Regime Especial de Fiscalização.

Ressalta que, na época das aquisições, o Comunicado SAT Nº 01/2011 (fl. 141), constante no site da Secretaria da Fazenda do estado da Bahia (SEFAZ-BA), informava que o Regime Especial de Fiscalização e Pagamento aplicado à distribuidora de combustível estava “Suspenso por Liminar”.

Argumento que, como a distribuidora da qual adquiriu o combustível não estava sujeita ao Regime Especial, não há como se cobrar o ICMS diretamente do posto revendedor de combustíveis. Após transcrever o disposto no art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96, protesta pela improcedência da autuação, pois considera que não é responsável pelo recolhimento do ICMS devido pela distribuidora.

Afirma que, caso a responsabilidade solidária venha a ser mantida, terá que lhe ser concedido o direito ao crédito fiscal de ICMS, os quais foram ignorados na ação fiscal. Frisa que lhe está sendo cobrado ICMS supostamente devido, sem que seja abatido os créditos fiscais que já foram pagos nas operações anteriores. Explica que a distribuidora, quando da aquisição do combustível, fazia jus a créditos fiscais relativos às operações anteriores, inclusive, o tributo recolhido na operação de venda da usina para a distribuidora. Salienta que, se está sendo responsabilizado solidariamente por um débito de treceiro, também deve fazer jus aos créditos correspondentes. Diz que tal procedimento está amparado no princípio constitucional da não cumulatividade. Transcreve dispositivos da Constituição Federal, da Lei nº 7.014/96 e do RICMS-BA/97.

Requer que, caso a autuação seja mantida, a multa e os juros sejam afastados, uma vez que não agiu de má-fé e nem praticou qualquer infração que merecesse ser penalizado, à luz do art. 159, §1º, II, III, do RPAF/99, cujo teor reproduziu.

Ao concluir sua peça defensiva, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Subsidiariamente, requer que seja considerado o direito ao crédito fiscal e que seja afastada a aplicação de multa e juros.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 151 a 152) e, inicialmente, diz que na lavratura do Auto de Infração foram considerados todos os documentos fiscais e de arrecadação apresentados pelo autuado, conforme os demonstrativos anexados ao processo, dos quais o defendente recebeu cópia.

Diz que o autuado foi responsabilizado por solidariedade nas aquisições de álcool etanol hidratado, pela falta de comprovação do pagamento, pelo remetente, do ICMS. Explica que o regime especial está previsto no art. 47, inc. I, da Lei nº 7.014/96, enquanto a solidariedade se fundamenta no art. 6º, XVI, combinado com o art. 47, I e II, dessa citada lei.

Assevera que não há fundamentação na defesa, frisa que constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação e que respondem conjunta ou isoladamente todos os que tenha concorrido para a sua prática. Diz que a defesa apresentada não apresenta qualquer elemento que venha a contrariar o Auto de Infração. Ressalta que a matéria em análise já foi objeto de decisões deste CONSEF e, como exemplos cita os Acórdãos JJF Nºs 0054-05/12 e 0055-05/12 (fl. 153)

Ao finalizar, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, está sendo exigido do autuado, na condição de responsável por solidariedade, crédito tributário decorrente da falta de recolhimento de ICMS normal, nas aquisições de álcool hidratado carburante efetuadas junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do imposto no momento da saída do citado combustível.

Observo que o autuado foi acusado de ter adquirido álcool hidratado carburante junto à Petróleo do Valle Ltda., por meio das Notas Fiscais Eletrônicas representadas nos Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica (DANFEs) acostados às fls. 18, 22, 26, 32, 38, 44, 50, 56, 62, 68, 74, 80, 86, 92, 98, 104, 111, 117 e 123, sendo que esse remetente, no período de 18 de janeiro a 30 de junho de 2011, se encontrava sob regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, consoante previsto no art. 47 da Lei 7.014/96.

A Lei nº 7.014/96, em seu art. 6º, inc. XVI, prevê o seguinte:

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.

Por sua vez o art. 47, inc. I, da Lei nº 7.014/96, assim dispõe:

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;

Pelo disposto nas normas transcritas acima, o posto revendedor varejista de combustíveis é responsável por solidariedade pelo pagamento do ICMS normal e do ICMS devido por substituição tributária, decorrente da aquisição do combustível álcool hidratado carburante junto à distribuidora que se encontrar sob Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade de pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria.

No presente caso, o autuado foi acusado de ter adquirido álcool hidratado carburante junto à Petróleo do Valle Ltda., que se encontrava sob Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria.

Ocorre que, constato a existência de medida liminar que suspendeu o Regime Especial na distribuidora, sendo que no COMUNICADO SAT 001/2011, consta a empresa Petróleo do Valle Ltda. na condição de “Suspenso Por Liminar”, o que é comprovado pelo documento de fls. 138 a 140, no qual consta a ciência do Superintendente da SAT sobre a concessão da liminar, não se aplicando, portanto, o Regime Especial a esse contribuinte.

Discordo do autuante quanto ao fato de que a medida liminar suspende apenas a exigência do crédito e não a sua constituição. A ocorrência do fato gerador, depende de um suporte fático (evento ou conduta) que sob a incidência de uma norma, faz surgir o fato jurídico tributário, que por sua vez implica em uma relação obrigacional de pagar o tributo.

No caso em tela, o comunicado SAT 0001/2011, cita que a Petróleo do Valle Ltda. está suspensa do Regime Especial de Fiscalização, por força de liminar. Desse modo, enquanto perdurar a suspensão, o comunicado SAT/0001/2011, que autoriza o Regime Especial, não produz efeito jurídico sobre a empresa que está suspensa do Regime Especial por força de liminar, e assim, não há que se falar em incidência da norma sobre a situação fática (venda de combustível), atingindo assim a eficácia jurídica do dever tributário e, portanto, não se pode falar em fato gerador ou obrigação tributária.

Vale registrar que diferente circunstância, seria se a suspensão tivesse ocorrido em momento posterior às operações entre a Petróleo do Valle Ltda. e o autuado, onde o efeito da liminar atingiria a exigibilidade do crédito tributário e não a sua constituição, permanecendo intacto o crédito tributário lançado até o julgamento de mérito.

Observe que os lançamentos neste Auto de Infração ocorreram entre 21/01/2011, data do COMUNICADO SAT, e 11/04/2011. Aqui, a medida liminar atinge o COMUNICADO SAT, que regulamenta o inciso XVI, da Lei nº 7.014/96, de forma que não se não há Regime Especial para a Petróleo do Valle Ltda. por força de liminar, não se pode falar em incidência da norma sobre a situação fática e assim, não existe fato gerador que possibilite o lançamento tributário.

Diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **022078.0001/12-2**, lavrado contra **POSTO 2001 DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR