

PROCESSO - A. I. N° 232892.0007/11-2
RECORRENTE - CICLOMOTO AUTO POSTO LTDA. (CICLOMOTO MARAMBAIA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF n° 0218-05/12
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 28/02/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0040-11/13

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL ORIGINÁRIO DE CONTRIBUINTE SUBMETIDO A REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **a)** IMCS NORMAL. **b)** ICMS RETIDO. **c)** ICMS SUBSTITUÍDO. FALTA DE PAGAMENTO. É solidariamente responsável, pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, o posto revendedor varejista de combustível, adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS próprio e/ou substituído, no momento da saída da mercadoria, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação. Excluídas as exigências relativas a distribuidora cujo regime especial de fiscalização estava suspensa, por Decisão liminar. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF n° 0218-05/12), que julgou Procedente a presente autuação, da qual constam 2 infrações distintas, a saber:

INFRAÇÃO 1 - 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 seu recebimento por meio de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação, no mês de janeiro de 2011. Lançado ICMS no valor de R\$4.801,77, acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Deixou, o adquirente, de recolher a diferença do ICMS normal, recolhido a menor 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, por meio de nota fiscal com o ICMS destacado a menor e acompanhado do documento de arrecadação correspondente, nos meses de janeiro a abril de 2011. Lançado ICMS no valor de R\$25.741,18, acrescido de multa de 60%.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

Inicialmente, constato que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, vez que foi identificado o autuado, feita a descrição da infração e o seu enquadramento legal, assim como o demonstrativo do montante lançado como imposto devido.

O Auto de Infração lança o valor de R\$30.542,95, relativo à falta de recolhimento e de recolhimento a menos do ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, adquirido junto a remetente sujeito ao Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria.

A defesa se fundamenta na ausência de vínculo obrigacional do autuado em solidariedade ao remetente das mercadorias, por este se encontrar amparado em liminar que suspende o Regime Especial de Fiscalização, o que implicaria em ausência de elemento fundamental ao lançamento tributário, consoante suspensão do vínculo de solidariedade entre remetente e destinatário por conta de ordem judicial.

A responsabilidade solidária tributária é tratada no artigo 124 do Código Tributário Nacional (CTN) e ocorre entre pessoas que:

“I - tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal

II - estejam, expressamente, designadas por lei. A solidariedade tratada, no presente caso, está amparada na hipótese de o posto revendedor varejista adquirir combustível junto ao remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, na ausência da prova desse recolhimento.”

A Lei nº 12.040, de 28.09.10, que deu redação ao artigo 6º, inciso XVI, da Lei nº 7.014/96, estabelece que os postos revendedores varejistas de combustíveis, passam a responder, solidariamente, pelo pagamento do ICMS devido na aquisição do 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.

Assim, estaria o impugnante, livre do vínculo que o obriga a pagar o imposto, se constatado que não existe a solidariedade prevista em lei. Ocorre, que há decisões transitadas em julgado no Superior Tribunal de Justiça, que contemplam a manutenção do lançamento tributário efetuado sob a égide de liminar judicial que implique em suspensão ou desconsideração do status quo atribuído pelo fisco aos contribuintes do ICMS, até a Decisão de mérito, pela simples razão de que prejuízo nenhum trará ao autuado, conforme se depreende do julgamento dos embargos de divergência, ERESP 572.603/PR, onde se entendeu que a “suspensão da exigibilidade do crédito tributário impede a Administração de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança do seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à sua regular constituição para prevenir a decadência do direito de lançar” (Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.09.05).

A situação oposta, impedimento do lançamento por conta de mandado de segurança, traria prejuízo ao fisco, em caso de julgamento de mérito contrário ao impetrante, pelo fato de que não há previsão legal da suspensão do prazo de decadência enquanto durar a medida judicial provisória, e assim, em caso de julgamento contrário ao impetrante após decorrido o prazo decadencial, a Fazenda Pública sofreria prejuízo irreparável.

Também não considero que haja renúncia do impugnante ao julgamento administrativo por conta de mandado de segurança, nos termos do art. 117 do RPAF, pois o impugnante não se encontra no polo ativo da lide judicial, nem a distribuidora de combustíveis se encontra no polo passivo da relação tributária estabelecida neste Auto de Infração, não podendo se atribuir ao adquirente das mercadorias, a responsabilidade por ato unilateral de outrem, sem que haja expressa disposição de lei neste sentido.

Portanto, o autuado é, de forma inofismável, responsável legal pelo recolhimento do ICMS, da forma como consta no Auto de Infração, devendo a Fazenda Pública apenas eximir-se de efetuar a inscrição em dívida ativa e, por consequência, não proceder à execução judicial do crédito fiscal, até trânsito em julgado da Decisão de mérito na esfera judicial, que trará a confirmação ou não da solidariedade entre o remetente das mercadorias e o autuado neste processo.

Quanto ao pedido de redução de multa, o art. 159 do RPAF, concede à Câmara Superior, competência para redução de multa, observadas as condições do § 1º e seus incisos. Logo, não compete a esta JJF contemplar tal pedido.

Do exposto, como as razões de defesa não conseguiram elidir as imputações, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 194/200, aduzindo, inicialmente, que a distribuidora de combustíveis, à época da ocorrência dos fatos geradores, não estava sujeita ao Regime Especial de Fiscalização, por força de Decisão judicial exarada em Mandado de Segurança, o que foi reconhecido pela JJF, apesar de, contraditoriamente, ter mantido a exigência fiscal.

Argumenta que, com base no art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96, não estando a distribuidora submetida ao Regime Especial de Fiscalização, inexistente embasamento jurídico para que se atribua ao recorrente a responsabilidade solidária.

Frisa que a própria SEFAZ emitiu comunicado informando que o Regime Especial aplicado à Distribuidora foi suspenso em razão da referida Decisão liminar.

Em seguida, afirma que, caso a responsabilidade solidária seja mantida, o recorrente possui direito a créditos de ICMS, que foram ignorados pela autuação. Assevera que, quando da

aquisição de mercadoria pela distribuidora de combustíveis, o recorrente faz jus ao crédito relativo às operações anteriores, incluindo, aqui, o tributo recolhido na própria operação de venda da usina para a Distribuidora.

Discorre sobre o princípio da não-cumulatividade, requerendo seja afastada a aplicação de multa e juros, por não ter havido má-fé de sua parte.

Pugna, ao final, pelo provimento do apelo ofertado.

Às fls. 218/221, foi anexada a sentença proferida no Mandado de Segurança nº 0015805-92.2011.8.05.0001, imetrado pela PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA., denegando a segurança vindicada e, via de consequência, revogando a liminar anteriormente concedida.

VOTO

A responsabilidade solidária do recorrente encontra-se prevista na Lei nº 7.014/96, cujo art. 6º, XVI, dispõe, *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;

Há, portanto, suporte legal que legitima a responsabilidade tributária que foi atribuída ao Recorrente na presente autuação e chancelada pela Junta de Julgamento Fiscal.

Com relação ao Mandado de Segurança impetrado pela distribuidora de combustíveis PETROVALLE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA., verifica-se que o recorrente coligiu aos autos cópia da Decisão concessiva da liminar requerida (fls. 165/166), excluindo referido estabelecimento do regime especial de fiscalização. Às fl. 164, foi apresentado o mandado de intimação da referida Decisão, contando com a assinatura do Superintendente da SAT, datando a ciência em 03/02/2011.

Além disso, o contribuinte apresentou comunicado da SEFAZ, disponibilizado no Diário Oficial do Estado, datado de 18/01/2011, dando conta de que a distribuidora PETROVALLE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA., Inscrição Estadual nº 076325343, estava excluída do Regime Especial de Fiscalização por Decisão liminar. E, como bem dito o recorrente, não havendo Regime Especial de Fiscalização, não há falar em responsabilidade solidária.

É oportuno esclarecer que, na hipótese vertente, não se pode admitir a lavratura do presente Auto de Infração para fins de obstaculizar os efeitos da decadência, ficando o crédito suspenso até que ultimada a ação judicial que discute questão essencial à respectiva constituição. Diz-se isso porque, *in casu*, esse entendimento se aplica perfeitamente quando é o próprio sujeito passivo do Auto de Infração o beneficiário da Decisão judicial concessiva de liminar. Aqui, o autuado é um terceiro que não faz parte do Mandado de Segurança e, portanto, não se pode estender-lhe os efeitos da Decisão liminar proferida pelo Judiciário.

Ademais, ainda que a liminar venha a ser, posteriormente, revogada, ela gerou efeitos durante o período de ocorrência dos fatos geradores aqui discutidos, pelo que não se pode falar em responsabilidade solidária do autuado. Apenas após eventual revogação da liminar, poderá o recorrente ser reponsabilizada, solidariamente, pelo crédito ora exigido.

Entendimento diverso se aplica à Distribuidora PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA., pois o recorrente não apresentou Decisão liminar que afastasse o regime especial de fiscalização, nem o comunicado de fl. 210 nos dá essa notícia, além de ter sido apresentada a sentença final denegatória do Mandado de Segurança impetrado junto à 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital (fls. 218/221).

Nesse contexto, entendo que devem ser excluídas as exigências relativas às vendas feitas pela PETROVALLE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA., pois, como visto acima, em todo o período abrangido pela autuação 19/01 a 14/04/2011, o Regime Especial de Fiscalização a ela aplicado estava suspenso por força de Decisão liminar, fato este reconhecido pela própria SEFAZ.

No que concerne aos créditos fiscais, vale registrar que a mercadoria adquirida pelo recorrente que é objeto do Auto de Infração é álcool hidratado carburante, enquadrada na substituição tributária por força do art. 126, do RICMS/97, vigente à época dos fatos. Assim, não possui o sujeito passivo o direito à apropriação dos créditos relativos ao imposto recolhido, consoante estabelecem os arts. 96 e 356, do mesmo RICMS/97, todos a seguir transcritos:

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.

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.

Quanto à multa aplicada, trata-se de penalidade com previsão legal e adequada ao ilícito atribuído ao sujeito passivo, não competindo a este Conselho perquirir acerca da constitucionalidade do percentual previsto na lei.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para julgar IMPROCEDENTE a infração 2, já que tratam de operações de venda realizadas, exclusivamente, pela PETROVALLE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA., reduzindo a infração 1 para o valor de R\$3.192,00 (data da ocorrência - 21/01/2011).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232892.0007/11-2**, lavrado contra **CICLOMOTO AUTOPOSTO LTDA. (CICLOMOTO MARAMBAIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.192,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS