

'A. I. Nº - 206906.0204/13-1
AUTUADO - MAXDIESEL DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA
AUTUANTE - LUIZ CARLOS GARCIA MONTEIRO DA COSTA
ORIGEM - INFAC FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 16.12.2013

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0288-04/13

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE. (ETANOL HIDRATADO) **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. No caso de constatação de nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, 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. Contudo, restou comprovado nos autos que a distribuidora de combustíveis, fornecedora da autuada, se encontrava suspensa do Regime Especial de Fiscalização por força de liminar concedida em Mandado de Segurança, datada de 23/05/2012. Os fatos geradores da presente autuação estão compreendidos no período de vigência da liminar que fora cassada em 23/01/2013, logo, não pode subsistir a exigência fiscal. Infrações Improcedentes. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 05/06/2013 para exigir ICMS no valor de R\$14.962,50, acrescido da multa de 60% referente às seguintes infrações:

- 1- Deixou, o adquirente, de recolher 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 recebimento da mercadoria através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação. NFes números 266, 12826, 13541,14947; 16686, e 17038 emitidas por Arogás Com de Combustiveis Ltda. ICMS no valor histórico de R\$9.813,73, e multa de 60%.
- 2- Deixou o adquirente de recolher o ICMS devido por Responsabilidade Solidária, em aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, em que não houve nem retenção nem recolhimento do imposto. NFes números 266, 12826, 13541,14947, 16686 e 17038 emitidas por Arogás Com de Combustiveis Ltda. ICMS no valor de R\$5.148,77 e multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa, (fls. 25 a 30), inicialmente aduz que não há que se falar em responsabilidade solidária da autuada, vez que a distribuidora que lhe vendeu os combustíveis não estava enquadrada no referido Regime Especial de Fiscalização, ao contrário do que aponta o AI. Informa que a Arogás Comercio de Combustíveis Ltda estava excluída do referido Regime Especial à época das compras realizadas, por força da decisão judicial proferida no Mandado de

Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001, em 24/05/2013. A decisão judicial concedeu a liminar para determinar a suspensão dos efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012, excluindo a distribuidora do regime especial de fiscalização e pagamento referente ao ICMS, para que não sofra quaisquer atos que resultem na aplicação do regime especial elencado no art. 47 da Lei nº 7.014/96. Destaca que os fatos geradores ocorreram no período em que a distribuidora estava excluída de Regime Especial de Fiscalização (06/07/2012 a 13/11/2012), por força da decisão liminar concedida desde 24/05/2012.

Reclama o direito ao crédito fiscal, caso a responsabilidade solidária seja efetivamente mantida, o que não se espera. Quando da aquisição da mercadoria pela distribuidora de combustíveis, fazia jus ao crédito relativo às operações anteriores, incluindo o tributo recolhido na própria operação de venda da Usina para a Distribuidora.

Requer seja afastada a aplicação de multa e dos juros, uma vez que em nenhum momento agiu de má-fé, nem praticou qualquer infração que merecesse ser apenada, à luz do art. 159, § 1º, inciso II e/ou III do RPAF/99.

Pede a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 51 a 55, e ratifica que a cobrança do tributo está amparada no art. 6º da Lei nº 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 facilita ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um, ou de ambos os sujeitos passivos.

Informa que em 23/01/2013 sobreveio a decisão de mérito no Mandado de Segurança impetrado pela fornecedora Arogás Comércio de Combustíveis, denegatória da segurança, com efeitos extunc, que retroage à data da liminar. Assim, foi restabelecido plenamente a sujeição ao regime especial e, em absoluta legalidade o Auto de Infração, fundado na responsabilidade solidária, eis que sua lavratura ocorreu em 05/06/2013, portanto, em data posterior à decisão mandamental.

Quanto ao pedido de creditamento, este esbarra na falta de amparo legal, considerando-se a sistemática tributária que envolve o posto revendedor na cadeia de incidência do imposto, porquanto se sabe que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS normal e da substituição tributária ao posto revendedor é da distribuidora. Logo não há o que se falar em ferimento ao princípio da não cumulatividade. Ressalta que somente quando a distribuidora, uma vez submetida ao regime especial, deixe de cumprir voluntária e corretamente o recolhimento do ICMS normal é que então sujeitará o posto revendedor à solidariedade pelo cumprimento dessa obrigação tributária. Neste sentido dispõe o comando normativo prescrito no art. 512-A, inciso I, “b” do RICMS/97. Salienta que os encargos aplicados (multa e juros), estão em conformidade com a legislação em vigor. Lembra que o Regime Especial de Fiscalização e pagamento do ICMS encontra-se sob o amparo da Lei Complementar 87/96, art. 5º, podendo ser atribuído a terceiros a responsabilidade do pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo. Opina pela procedência da autuação.

VOTO

Incialmente, aduzo que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, visto que inexistiu qualquer ofensa aos princípios constitucionais ou erro de direito, sendo a multa aplicada conforme os ditames legais.

Da análise dos elementos que compõem o presente PAF, vejo que o distribuidor remetente das mercadorias objeto deste lançamento tributário de ofício foi legalmente submetido ao regime

especial de Fiscalização e pagamento do imposto previsto no art. 47, I e II da Lei 7.014/96, através do Comunicado SAT nº 001/2011, tornado público no DOE de 19/01/2011 e pelo site da SEFAZ, página Inspeção Eletrônica>processos>regime especial>comunicado.

A não-cumulatividade do ICMS arguida pelo impugnante não vem ao caso, pois o regime Especial trata da exigência fiscal do imposto normal e da substituição tributária, relativo às diretas transações entre o contribuinte autuado e seu fornecedor, referentes à aquisição de etanol hidratado, operação por operação. Estando essa mercadoria sujeita à antecipação tributária com fase de tributação encerrada, mas cujo montante não foi recolhido totalmente ao Erário, não há crédito fiscal apropriável pelo autuado.

Em face do impedimento previsto no art. 167, I, do RPAF/99, deixo de apreciar a arguição de inconstitucionalidade da multa pelo descumprimento das obrigações principais constantes do auto de infração, sob a alegação de exagero e natureza de confisco.

No presente Auto de Infração consta a exigência do ICMS normal, e o ICMS relativo à substituição tributária, devido por responsabilidade solidária, bem como nas operações de aquisição de combustível, etanol hidratado, adquirido junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização, com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, relativamente aos DANFE's relacionadas às fls. 13/19.

O sujeito passivo, nas razões de defesa, aduz que não há que se falar em responsabilidade solidária da Autuada, uma vez que a distribuidora que lhe vendeu os combustíveis não estava enquadrada no referido Regime Especial de Fiscalização, por força de decisão judicial exarada no Mandado de Segurança nº. 0341915-21.2012.8.05.0001, em 24/05/2013. Ademais, sustenta que a decisão judicial concedeu a liminar para determinar a suspensão dos efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012, excluindo a distribuidora do regime especial de fiscalização e pagamento referente ao ICMS, para que não sofresse quaisquer atos que resultassem na aplicação do regime especial elencado no art. 47 da Lei nº 7.014/96. Destaca que os fatos geradores ocorreram no período em que a distribuidora estava excluída de Regime Especial de Fiscalização (06/07/2012 a 13/11/2012), por força da decisão liminar concedida desde 24/05/2012, logo o ICMS exigido não pode prevalecer, segundo os seus argumentos.

Da análise dos elementos que compõem o PAF, vejo que consta a cópia do mencionado instrumento, em cujo processo impetrado pela empresa AROGÁS COMERCIO DE COMBUSTIVEIS LTDA, o EXMo. Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública, prolatou a Decisão nos seguintes termos: "... Assim, porque previstos nos artigos 7º, inc.III da Lei nº 12.016/2009, CONCEDO A LIMINAR pleiteada, para determinar que a Impetrada suspenda os efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012, para excluir a Impetrante do regime especial de fiscalização e pagamento referente ao ICMS, retornando ao seu status quo ante, 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."

Por consequência da liminar concedida, cai por terra a responsabilidade solidária atribuída ao posto revendedor varejista, a partir da data de ciência da autoridade competente na SEFAZ, portanto, as empresas revendedoras de combustíveis, clientes da Arogás Comercio de Combustíveis Ltda, não mais se submetem à solidariedade da obrigação tributária, não cumprida pela mencionada distribuidora, enquanto vigente estiver a mencionada liminar.

Na informação fiscal foi colacionada a decisão de mérito, prolatada em 23 de janeiro de 2013, na qual a Exma. Juiza de Direito Titular da 2ª Vara da Fazenda Pública após não ter vislumbrado o direto líquido e certo da impetrante e da ilegalidade no ato impetrado acatou o opinativo ministerial e denegou a segurança, e, de imediato, revogou a liminar anteriormente concedida.

Como a autuação registra ocorrências de fatos geradores no período de 06/07/2012 a 13/11/2012, a liminar concedida estava vigente, e 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.

A responsabilidade pelo pagamento do ICMS ora exigido é do fornecedor, no período em que não estava submetido ao Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do imposto.

Deste modo, as infrações não podem subsistir e são improcedentes.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206906.0205/13-8**, lavrado contra **RPMP COMÉCARIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2013

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR