

PROCESSO - A. I. Nº 232892.0028/13-6
RE CORRENTE - POSTO DE COMBUSTÍVEIS VILA OLÍMPICA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0298-01/13
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 31/07/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0174-11/14

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **a)** ATRIBUIÇÃO, AO ADQUIRENTE, DA RESPONSABILIDADE PELO “ICMS NORMAL” DEVIDO PELO REMETENTE DA MERCADORIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** ATRIBUÍDA RESPONSABILIDADE AO ADQUIRENTE PELO IMPOSTO RETIDO PELO REMETENTE DA MERCADORIA, NA AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL EFETUADA A REMETENTE SUJEITO A REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. PAGAMENTO DO ICMS-ST NO MOMENTO DA SAÍDA DA MERCADORIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Liminar em Mandado de Segurança afastou o distribuidor temporariamente do Regime Especial de Fiscalização, o que exclui no período fiscalizado, a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto por parte do destinatário. Prejudicado o pedido de afastamento da multa. Modificada a Decisão recorrida. Auto de Infração **Improcedente**. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF/99, contra a Decisão da 1ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 25/07/13, para reclamar ICMS no valor total de R\$66.262,50, relativo às seguintes infrações:

1. Deixou o adquirente de recolher ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, adquirido junto à 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 – R\$49.748,94, acrescido da multa de 60%;
2. Aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado do pagamento do ICMS Retido no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento da mercadoria, através de nota fiscal não acompanhada do documento de arrecadação do ICMS substituído - R\$16.513,56, acrescido da multa de 60%.

A JJF deliberou pela Procedência do contencioso, inicialmente afastando o pedido de nulidade por entender 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, nem ofensa aos princípios constitucionais ou erro de direito, no tocante ao questionamento de ausência da solidariedade tributária e desobediência ao princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Ressaltou que o distribuidor remetente das mercadorias (AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.), foi legalmente submetido ao Regime Especial de Fiscalização e pagamento do imposto previsto no art. 47, I e II da Lei nº 7.014/96, através do Comunicado SAT nº 001/2011, tornado público no DOE de 19/01/2011 e pelo site da SEFAZ, que 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, com fase de tributação encerrada, mas cujo montante não foi recolhido totalmente ao Erário e não há crédito fiscal que possa ser apropriado pelo autuado.

Destacou que a multa aplicada é prevista na Lei nº 7.014/96, independente da intenção do agente (art. 136, CTN), e mesmo que tenha agido de boa fé, o pedido de dispensa ou redução de multa vinculada à obrigação tributária principal é de competência da Câmara Superior (art. 159, §1º, II e III do RPAF), motivo pelo qual não apreciou tal pedido. Quanto ao mérito, apreciou que:

... as infrações imputadas ao autuado estão previstas no art. 6º, XVI, c/c o art. 47 da Lei nº 7.014/96, tendo o adquirente de combustível a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto, total ou parcial, devido pelo remetente, sujeito ao Regime Especial de Fiscalização que o obriga no pagamento do imposto próprio e/ou substituído, no momento da saída da mercadoria, cujos valores, quando provados através de documento de arrecadação estadual (DAE), fls. 06/07, foram deduzidos do imposto apurado, acorde demonstrativos acostados nos autos, com destaque para o imposto próprio e o ICMS-ST, fls. 105/120.

Impõe esclarecer que a responsabilidade solidária tributária, com esteio no art.124 do CTN, 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. Sabendo-se que a solidariedade não comporta benefício de ordem, a legislação alcança quaisquer das pessoas que tenham interesse comum na situação (distribuidor e posto revendedor), não se admitindo a escusa no cumprimento da obrigação tributária.

Com o advento da Lei nº 12.040, de 28.09.10, que deu redação ao artigo 6º, inciso XVI, da Lei do ICMS, os postos revendedores varejistas de combustíveis, passaram 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, na sua integralidade.

Assim, no caso em exame, por exigência legal, o adquirente autuado está obrigado ao pagamento do ICMS tanto o normal quanto por substituição tributária, por responsabilidade solidária, decorrente da aquisição do combustível “etanol hidratado” junto à sociedade empresária distribuidora (AROGAS), constante do Comunicado SAT nº 001/2011, publicado no DOE, de 19/01/11, o qual produziu efeitos no período de 19/01/11 a 30/06/11, tornando-se público para todos os contribuintes do Estado da Bahia o regime jurídico tributário a que ficaram sujeitas as empresas ali listadas.

No caso em tela, a distribuidora AROGAS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA teve deferido em seu favor autorização para recolher o ICMS relativa à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel, no dia 09 do mês subsequente, dia 15 do mês subsequente na hipótese de substituição tributária e recolher no dia 25 do mês subsequente o ICMS devido por antecipação parcial (entradas interestaduais de AEHC ou álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel. Parecer nº 1392, de 20.01.2011- fl. 26).

Ocorre que o autuado impetrou um Mandado de Segurança (Processo 034915-21.2012.8.05.0001), de 23.05.2012, com pedido liminar em face do Superintendente de Administração Tributária - SAT, da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, para suspender os efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012 e excluir a impetrante do Regime Especial de Fiscalização e pagamento do ICMS e para se abster de praticar quaisquer atos que resultem no seu enquadramento nas demais hipóteses do aludido regime elencadas no art. 47 da Lei 7.014/96.

Contudo, em 23.01.2013, sobreveio a Decisão de mérito e denegatória da segurança, com efeito EX TUNC, retroagindo à data da liminar para restabelecer a sujeição do autuado ao Regime Especial de Fiscalização. Concluiu a Decisão judicial que o Regime Especial de Fiscalização não inviabiliza a atividade empresarial nem impede que a impetrante continue a comercializar as suas mercadorias no Estado da Bahia, desde que observadas as regras estabelecidas na legislação estadual, alterando apenas a sistemática da declaração e o recolhimento do ICMS.

Portanto, o autuado é responsável legal pelo recolhimento do ICMS, da forma como consta no demonstrativo fiscal e na inicial dos autos, período em que, como posto revendedor varejista de combustível, responde 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, na sua integralidade (artigo 6º, inciso XVI, da Lei 7.014/96). Valor que importa R\$ 49.748,94, em relação à infração 01.

Em consequência, na infração 02, correta é a exigência estabelecida, em relação ao mesmo período da infração 01, correspondente ao ICMS retido pela mesma regra de responsabilidade tributária solidária, porquanto já

revigorado os efeitos do Regime Especial de Fiscalização e após a Decisão de mérito e denegatória da segurança impetrada pela distribuidora de combustíveis, no valor que totaliza R\$ 16.513,56.

Os valores devidos encontram-se perfeitamente discriminados no demonstrativo fiscal, fls. 105/120 e sequer foram objeto da questionamento defensivo.

Posto isso, PROCEDENTE a exigência do crédito tributário do contribuinte autuado, consubstanciada no presente Auto de Infração, no valor de R\$ 66.262,50.

Assim é que voto.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 168/173), o recorrente reapresentou os mesmos argumentos da impugnação inicial, em resumo que:

- a) Decisão judicial concedeu liminar para determinar a suspensão dos efeitos do Comunicado SAT 001/2012, excluindo a distribuidora AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA. do Regime Especial (Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001, em 31.05.2013) previsto no art. 47, cuja responsabilidade por solidariedade está prevista no art. 6º, XVI, tudo da Lei nº 7.014/96;
- b) O combustível foi adquirido da citada distribuidora, por não haver responsabilidade solidária, em decorrência do cumprimento da liminar concedida em Mandado de Segurança;
- c) Houve um equívoco por parte do órgão julgador, por desconsiderar a suspensão do Regime Especial relativo ao período que foi abarcado pela liminar concedida e que mesmo que tenha sido denegada, não poderia restabelecer a responsabilidade solidária naquele período;
- d) Caso mantida a responsabilidade solidária, não pode ser ignorado o direito ao crédito fiscal do ICMS, face ao princípio da não cumulatividade, conforme artigos 28 e 29 da Lei nº 7.014/96, e art. 114, RICMS/BA. Requer a dedução dos créditos do ICMS pago nas operações anteriores;
- e) Seja afastada a multa aplicada nos termos do art. 159, §1º, II e III do RPAF.

A PGE/PROFIS no Parecer às fls. 190/191, inicialmente comenta a acusação, enquadramento legal e alegação de que a distribuidora AROGÁS obteve liminar suspendendo o Regime Especial.

Ressalta que segundo inúmeras decisões do CONSEF, não cabia ao posto destinatário o recolhimento por responsabilidade solidária, visto que o restabelecimento do Regime Especial relativo à distribuidora, não pode atribuir efeito ao autuado, por ser terceiro na ação judicial. Opina pelo Provimento do Recurso Voluntário, o que foi homologado pela Procuradora Assistente (fl. 192).

VOTO

Verifico que as infrações imputadas ao autuado decorrem do não recolhimento do ICMS normal (infração 1) e por substituição tributária (infração 2), devido por responsabilidade solidária (art. 6º, XVI, c/c o art. 47 da Lei nº 7.014/96), relativo às aquisições de combustível [ETANOL HIDRATADO] na distribuidora AROGÁS, IE 77.471.279, relativo ao período de junho a novembro/2012, conforme demonstrativo às fls. 6 a 9.

Na Decisão ora recorrida, a 1ª JF fundamentou sua Decisão afirmando que a distribuidora AROGÁS impetrou liminar em Mandado de Segurança em 23/05/12 (Processo 034915-21.2012.8.05.0001), para suspender os efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012 e excluir a impetrante do Regime Especial de Fiscalização, cuja Decisão de mérito e denegatória da segurança ocorreu em 23.01.2013, com efeito retroativo à data da liminar para restabelecer a sujeição ao Regime Especial de Fiscalização. Concluiu que como a Decisão judicial foi retroativa à data da liminar, o autuado é responsável legal pelo recolhimento do ICMS, como exigido, relativo ao período fiscalizado.

Conforme salientado no Parecer da PGE/PROFIS, a distribuidora AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA IE 77.471.279, obteve concessão de Liminar em Mandado de Segurança a partir de 23/05/12 (fls. 131/133), na qual foi determinada a exclusão da impetrante do Regime

Especial de Fiscalização e pagamento do ICMS, conforme previsto no art. 47 da Lei 7.014/96, suspendendo os efeitos do Comunicado SAT 001/2012 quanto aos requisitos previstos no art. 7º, III da mencionada Lei.

Por sua vez, o Processo nº 034915-21.2012.8.05.0001 foi julgado em 23/01/13 (2ª Vara da Fazenda Pública), denegando a segurança e revogando a liminar anteriormente concedida (fls. 147/152).

Pelo exposto, estando à empresa remetente [AROGÁS] acobertada por proteção judicial no sentido de não ser obrigada a promover o pagamento do ICMS Normal e Substituto, “*no momento da saída da mercadoria*”, também não é cabível a exigência do imposto por solidariedade por parte do adquirente, no período de 23/05/12 a 23/01/13, que corresponde a todo o período autuado.

Isso porque, o art. 6º, XVI da Lei 7.014/96 prevê a responsabilidade solidária por parte do posto de combustível que adquirir combustível de empresa remetente que esteja sujeito ao Regime Especial de Fiscalização (art. 47, I da Lei 7014/96), “quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação”. Logo, tendo no período fiscalizado o remetente obtido proteção judicial liminar, durante a sua vigência, estava desobrigado de fazer juntada do comprovante de pagamento no momento da saída da mercadoria, o que exclui os efeitos jurídicos sobre o terceiro (posto de combustível), durante a vigência da liminar concedida.

Consequentemente, improcedente a exigência fiscal relativo às infrações 1 e 2.

Dessa forma, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, reformando a Decisão de Procedente para julgar IMPROCEDENTE, o presente Auto de Infração

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232892.0028/13-6**, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS VILA OLÍMPICA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de junho de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS