

A. I. Nº - 269276.0018/13-9
AUTUADO - R CATARINO COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS LTDA. (POSTO GUIMARÃES)
AUTUANTE - AROLDI FERREIRA LEÃO
ORIGEM - INFAC JUAZEIRO
INTERNET - 19/03/2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0027-05/14

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDARIA. (ETANOL HIDRATADO). FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. Em que pese a infração, ora exigida, está prevista no art. 6º, XVI, c/c o art. 47 da Lei nº 7.014/96, atribuindo a solidariedade ao 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, a exigência é insubstancial em razão da exclusão da responsabilidade ao adquirente em relação aos fatos geradores ocorridos após a ciência da SEFAZ da concessão da Liminar em Mandado de Segurança ao fornecedor do autuado, suspendendo o aludido Regime Especial no momento do ato obrigacional do responsável solidário, não podendo a querela judicial retroagir contra terceiros, independente do seu resultado, em respeito ao princípio da segurança jurídica. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 16/09/13, para exigir ICMS no valor de R\$ 11.939,52, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de que o adquirente deixou 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 recebimento da mercadoria através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação, relativo aos fatos geradores de julho a novembro de 2012, inerentes às Notas Fiscais Eletrônicas nºs 13273, 13665, 14191, 14563, 15276, 15907 e 16636, de emissão da Arogás Comércio de Combustíveis Ltda.

O autuado, às fls. 11 a 16, apresentou defesa asseverando que o Auto de Infração não merece subsistir, uma vez que não houve qualquer infração à legislação tributária, pois não há que se falar em responsabilidade solidária da autuada, visto que a distribuidora AROGÁS COMÉRCIO 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 (2012), cuja 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, elencados no art. 47 da Lei nº 7.014/96. Assim, vê-se que os lançamentos do auto de infração devem ser julgados improcedentes, pois se refere a fatos geradores ocorridos no período em que a distribuidora estava excluída do Regime Especial de

Fiscalização (31/07/2012 a 30/11/2012), por força da decisão liminar concedida desde 24/05/2012.

Salienta que, caso a responsabilidade solidária seja efetivamente mantida, o que não se espera, possui então direito a créditos de ICMS, os quais foram ignorados pela autuação, pois o Fisco estadual está cobrando da impugnante o valor total referente ao ICMS supostamente devido, sem abater os créditos fiscais do ICMS que já foram pagos nas operações anteriores, quando da aquisição da mercadoria pela distribuidora de combustíveis, haja vista que, se está sendo responsabilizada, solidariamente, por um débito de terceiro, também faz jus aos créditos fiscais a que este tem direito, de forma a abatê-los do suposto débito, em respeito ao princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Por fim, caso se entenda pela manutenção da autuação, o que não se espera, 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 penalizada, à luz do art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF.

Foi prestada informação fiscal, às fls. 31 e 32 dos autos, na qual o autuante destaca que a Lei n. 12040/10 obriga os postos revendedores a pagarem, por solidariedade, o valor do ICMS ao Fisco baiano caso adquiram produtos de distribuidoras sujeitas ao Regime Especial da SEFAZ/BA, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação.

Quanto à alegação de que a Arogás Comércio de Combustíveis Ltda, à época da fiscalização, não estava sujeita ao Regime Especial de Fiscalização, informa o autuante que tal procedimento só foi efetuado após a SEFAZ constatar que era possível, através da Operação Solidariedade II, a intimação do referido contribuinte para apresentação dos DAE's do ICMS normal e ST para, caso não fossem apresentados, se efetuar a cobrança dos mesmos, nos termos do art. 2º, XVI, da Lei nº 12040/10.

Inerente à alegação acerca do direito ao crédito fiscal do ICMS, aduz o preposto fiscal que, por parte da SEFAZ, jamais lhe foi retirado.

Em relação à aplicação da multa e juros, diz que estão vinculados à infração, nos termos do art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Pede a procedência do auto de infração.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para lançar crédito tributário em razão de o contribuinte ter deixado de recolher o ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de “etanol hidratado,” adquirido junto a remetente, AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do imposto no momento da saída do citado combustível, em vista do seu recebimento através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação, inerente ao período de julho a novembro de 2012.

Em suas razões de defesa, às fls. 11 a 16, o autuado alega ausência de sua responsabilidade solidária em razão de que a remetente se encontrar excluída do referido regime, à época das compras realizadas, por força da decisão judicial proferida no Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001, de 24/05/2012, cuja decisão judicial concedeu a liminar para determinar a suspensão dos efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012, anexa às fls. 17 a 19 dos autos, 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, elencados no art. 47 da Lei nº 7.014/96. Tal liminar só foi revogada em 23 de janeiro de 2013 pela 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, ao denegar o citado Mandado de Segurança e extinguir o processo com resolução do mérito.

Assim, a exigência fiscal está embasada pela regra de solidariedade estabelecida no art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96, *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 à remetente

sujeito ao regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, quando nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação.

Na hipótese acima definida, o posto revendedor varejista de combustíveis é sujeito passivo de direito, solidariamente responsável pelo pagamento do imposto, sempre que adquirir combustível junto à remetente sujeito ao regime especial previsto no art. 47, incisos I e II da mesma Lei.

Em que pese a infração, ora exigida, está prevista 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, o qual estava sujeito ao Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do imposto próprio e/ou substituído *no momento da saída da mercadoria*, impõe esclarecer que, no caso em exame, em razão da existência de Mandado de Segurança impetrado pela Distribuidora remetente do álcool hidratado, foi concedida Liminar determinando que a SEFAZ suspenda os efeitos do Comunicado SAT n. 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 abstinha 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.

Diante de tal ordem judicial, à época dos fatos geradores, a remetente não estaria obrigada a recolher o ICMS, em razão do manto da referida liminar e, em consequência, por ausência de requisito formal essencial à modificação do polo passivo desta relação jurídica tributária, a responsabilidade solidária do Posto de Combustível, na condição de adquirente, deixa de existir, haja vista a suspensão da obrigação do adquirente exigir do remetente o pagamento do imposto quando da saída da mercadoria, por se encontrar o referido regime especial de fiscalização *sub judice*, no momento do ato obrigacional do responsável solidário, não podendo a querela judicial retroagir contra terceiros, independente do seu resultado, em respeito ao princípio da segurança jurídica, uma vez que não se poderia impor ao adquirente dos combustíveis, conduta contrária ao quanto judicialmente decidido, exigindo a prova de tributo cujo recolhimento antecipado fora, em última análise, dispensado por ordem judicial. Registre-se que assim vem reiteradamente decidindo o CONSEF.

Saliente-se que, conforme discutido na assentada de julgamento, o STJ, nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.028.716-RS, examinado questão correlata relativa à revogação de liminar em mandado de segurança, entendeu que mesmo frente à Súmula nº 405 do STF, em algumas hipóteses não é possível restabelecer a condição anterior à medida para o adquirente da mercadoria, por irreversibilidade da situação.

Assim, em razão de tal conclusão, restam prejudicadas as demais alegações de defesa, relativas ao direito de créditos fiscal de ICMS e de afastar a aplicação de multa e juros.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 269276.0018/13-9, lavrado contra R CATARINO COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS LTDA. (POSTO GUIMARÃES).

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de fevereiro de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR