

A. I. Nº - 232892.0019/13-7
AUTUADO - M&C PORTAL DO RECÔNCAVO DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - HELENA DOS REIS REGO SANTOS
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 08. 04. 2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0047-01/14

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ETANOL HIDRATADO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NORMAL. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RETIDO. O art. 6º, inciso XVI, da Lei nº 7.014/96, atribui ao posto revendedor varejista a responsabilidade pelo pagamento do ICMS normal e retido, em relação ao combustível adquirido junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade de pagamento do imposto no momento da saída da mercadoria, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação. No presente caso, a decisão judicial de mérito contrária ao fornecedor (Distribuidor) não tem o efeito de restabelecer (efeito *ex tunc*) o Regime Especial de Fiscalização para que pudesse ser exigido do adquirente o ICMS normal e o ICMS retido, por responsabilidade solidária, conforme a autuação. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/07/2013, formaliza a constituição de crédito tributário em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

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, nos meses de junho a outubro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$16.971,01, acrescido da multa de 60%;
2. Deixou, o adquirente, de recolher ICMS retido, por responsabilidade solidária, na operação de 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, nos meses de julho a outubro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$8.678,99, acrescido da multa de 60%.

Na defesa apresentada (fls. 42 a 55) o autuado alega, em síntese, que no período objeto da autuação, ou seja, junho a outubro de 2012, o seu fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., se encontrava sob a proteção de medida liminar concedida em Mandado de Segurança, suspendendo o regime especial de fiscalização e recolhimento previsto no art. 6º, inciso XVI da Lei 7014/96, cuja vigência se deu no período de junho de 2012 até a publicação da sentença de mérito que cassou a referida liminar em janeiro de 2013, “isto significando que a SEFAZ não poderia cobrar o ICMS pretendido.”

Na informação fiscal (fls. 78 a 82) a autuante consigna que a argumentação defensiva é verdadeira, razão pela qual em respeito a ordem judicial, enquanto vigente, se absteve de exigir o cumprimento solidário da obrigação tributária. Alega, contudo, que em 23/01/2013, sobreveio a decisão de mérito denegatória da segurança, com efeitos *ex tunc*, retroagindo à data da liminar, sendo restabelecida, plenamente, a sujeição ao regime especial e, por consectário, em absoluta legalidade o Auto de Infração, fundamentado na responsabilidade solidária, haja vista que a sua lavratura ocorreu em 27/07/2013, portanto, em data posterior à decisão mandamental.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

VOTO

Cuida o Auto de Infração em exame sobre exigência de crédito tributário do autuado, na condição de responsável por solidariedade, pela falta de recolhimento de ICMS normal e do ICMS retido, nas aquisições de etanol hidratado efetuadas junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do imposto no momento da saída do citado combustível.

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;

A leitura dos dispositivos legais acima transcritos, permite verificar que 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 etanol hidratado, acobertado pelas notas fiscais arroladas na autuação, junto à AROGÁS COM. DE COMBUSTÍVEIS LTDA., que se encontrava sob Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria.

Observe que o impugnante alega que no período objeto da autuação - junho a outubro de 2012 - o seu fornecedor AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., se encontrava sob a proteção de medida liminar concedida em Mandado de Segurança, suspendendo o Regime Especial de Fiscalização e recolhimento previsto no art. 6º, inciso XVI da Lei 7014/96, cuja vigência se deu no período de junho de 2012 até a publicação da sentença de mérito que cassou a referida liminar em janeiro de 2013, “isto significando que a SEFAZ não poderia cobrar o ICMS pretendido.”

Verifico também que a autuante na informação fiscal diz que a argumentação defensiva é verdadeira, razão pela qual em respeito a ordem judicial, enquanto vigente a liminar, se absteve de exigir o cumprimento solidário da obrigação tributária.

Entretanto, diz que em 23/01/2013 sobreveio a decisão de mérito denegatória da segurança, que no seu entendimento tem efeitos *ex tunc*, retroagindo à data da liminar, sendo restabelecida, plenamente, a sujeição ao Regime Especial de Fiscalização e, por consequência, em absoluta legalidade o Auto de Infração, fundamentado na responsabilidade solidária, haja vista que a sua lavratura ocorreu em 27/07/2013, portanto, em data posterior à decisão mandamental.

Portanto, no caso em exame, o cerne da questão é saber-se se a decisão de mérito denegatória da segurança tem efeitos *ex tunc* ou não.

De início, cumpre registrar que o entendimento prevalecente na jurisprudência deste CONSEF tem sido no sentido que a existência de medida liminar concedida ao Distribuidor afasta a possibilidade de exigência do imposto junto ao Posto Revendedor.

Vale dizer que, com a decisão judicial, o remetente (Distribuidor) das mercadorias não se encontra submetido ao Regime Especial de Fiscalização no momento da saída da mercadoria com destino ao Posto Revendedor, impedindo a imposição da regra da responsabilidade solidária ao adquirente. Sob esse aspecto a Fiscalização laborou em acerto, no presente caso, pois não efetivou lançamento de ofício enquanto vigente a liminar.

Ocorre que, em 23/01/2013, houve a decisão de mérito denegando a segurança, que no entendimento da Fiscalização tem efeitos *ex tunc*, retroagindo à data da liminar, o que motivou a lavratura do Auto de Infração em lide.

Também sobre essa matéria este CONSEF já tem jurisprudência firmada, no sentido de que mesmo sobrevindo decisão de mérito desfavorável ao impetrante - contribuinte -, não é possível exigir o ICMS do adquirente, haja vista que no momento da aquisição da mercadoria inexistia a figura da solidariedade, sendo-lhe impossível exigir do fornecedor – Distribuidor – que realizasse a operação de circulação da mercadoria acompanhada do documento de arrecadação - DAE, atinente ao ICMS normal e ao ICMS retido. Ou seja, não há como fazer retroagir os efeitos da decisão de mérito favorável ao Estado da Bahia, para exigência do imposto do adquirente, pelo fato de a disposição do art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96 possuir caráter temporário, não tendo a decisão judicial o efeito de restabelecer o aspecto temporal da norma.

A título ilustrativo, cabe mencionar decisões deste CONSEF, através de suas Câmaras de Julgamento Fiscal, que apontam no sentido acima exposto, a exemplo, dos Acórdãos CJF Nº. 0305-11/13, CJF Nº. 0282-11/13, CJF Nº. 0305-12/13, CJF Nº. 0278-12/13, CJF Nº. 0354-13/13.

Diante do exposto, considerando que a decisão judicial de mérito contrária ao Distribuidor não tem o efeito de restabelecer (*efeito ex tunc*) o Regime Especial de Fiscalização para que pudesse ser exigido do adquirente o ICMS normal e o ICMS retido, por responsabilidade solidária, as infrações 01 e 02 são insubsistentes.

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 232892.0019/13-7, lavrado contra **M&C PORTAL DO RECÔNCAVO DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR