

A. I. N° - 088444.0108/13-8
AUTUADO - REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS ITAPETINGA LTDA.
AUTUANTE - DERNIVAL BERTOLDO SANTOS
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 11.06.2014

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0067-06/14

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE. ETANOL HIDRATADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. ICMS NORMAL. O art. 6º, inc. XVI, da Lei nº 7.014/96, atribui ao posto revendedor varejista à responsabilidade pelo pagamento do ICMS, em relação ao 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. O caso em análise trata de período em que o remetente da mercadoria se encontrava amparado por medida liminar em Mandado de Segurança que determinava a suspensão do regime especial de fiscalização. Nessa situação, não se poderia impor ao posto revendedor, adquirente dos combustíveis, conduta contrária ao quanto judicialmente decidido, exigindo a prova de quitação de tributo cujo recolhimento antecipado fora dispensado por ordem judicial. Infrações insubstinentes. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 12/11/13, exige ICMS, no valor de R\$54.305,76, acrescida de multa de 60%, em razão de falta de recolhimento de ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível efetuadas junto a remetente sujeito ao Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS quando da saída da mercadoria, em vista do momento do recebimento da mercadoria, através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação correspondente, nos meses de junho a novembro de 2012.

O autuado apresenta defesa (fls. 39 a 50) e, inicialmente, frisa que o Comunicado SAT nº 001/2012 não produziu efeitos a partir de 23/05/12, conforme liminar deferida pelo Juízo da 2^a Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador no Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001, que concedeu liminar determinando *"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"*.

Afirma que lhe parecia certa a impossibilidade de autuação, pois durante o período em questão havia uma decisão judicial determinando a suspensão dos efeitos do Comunicado SAT 001/2012. Aduz que, além disso, após a interpretação do Estado que a liminar não excluiria a responsabilidade solidária houve nova decisão judicial, especificando a abrangência da liminar, o que levou o Estado a republicar o Comunicado SAT nº 001/2012, informando a existência de

liminar quanto à Arogás Comércio de Combustíveis Ltda. Às fls. 53 a 65, acosta ao processo cópia de documentos referentes ao Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001.

Menciona que diversas Juntas de Julgamento Fiscal deste CONSEF têm decidido pela improcedência de Autos de Infração lavrados em idêntica situação, sob o argumento de que durante o período compreendido entre a ciência da liminar e o fim da vigência do Comunicado nº SAT nº 001/2012, a distribuidora Arogás Comércio de Combustíveis Ltda. não estava sob a égide do regime especial de fiscalização, o que afetava diretamente os postos revendedores que, também, não poderiam ser responsáveis solidários pelo recolhimento dos tributos pela Arogás. Reproduz ementa e trecho de voto proferido por Junta de Julgamento deste CONSEF.

Reitera que, portanto, por força da liminar no Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001, a Arogás Distribuidora de Combustíveis Ltda. não estava sob a égide do regime especial de fiscalização e, em consequência, não se podia imputar seus efeitos a terceiros que, se não fosse a existência da decisão, sequer teriam adquirido combustíveis da Arogás ou, se tivessem adquirido, teriam tomado todas as cautelas relativas ao regime especial de fiscalização.

Suscita a nulidade da autuação sob o argumento de que deveria ter sido considerado que, em diversas notas fiscais de saída da Arogás para o autuado, houve a retenção e recolhimento do ICMS das operações subsequentes, devendo tal imposto ser considerado na apuração daquele cobrado no Auto de Infração.

Argui a ilegalidade da utilização de pauta fiscal na apuração do imposto lançado. Diz que conforme a Súmula 431, do Superior Tribunal de Justiça, “é ilegal a cobrança do ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal”. Prosseguindo, transcreve farta jurisprudência acerca da ilegalidade da utilização de pauta fiscal.

Afirma que a obrigação tributária atribuída à distribuidora Arogás por meio do regime especial de fiscalização afronta ao princípio constitucional da não cumulatividade, o que também termina por atingir o responsável solidário. Aduz que o regime especial imposto à Arogás determinava-lhe o pagamento do ICMS das operações próprias a cada saída, sem a possibilidade de abatimento dos créditos, ferindo, assim, o princípio da não cumulatividade.

Ao finalizar, requer que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

O autuante presta a informação fiscal (fls. 88 a 92) e, após sintetizar os argumentos trazidos na defesa, afirma que a cobrança em tela tem amparo no art. 6º, XVI, a Lei nº 7.014/96, que atribui ao posto revendedor varejista de combustíveis a responsabilidade solidária em relação ao combustível adquirido de contribuinte sujeito ao regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação.

Discorre acerca da responsabilidade solidária, faz alusão aos artigos 124, do Código Tributário Nacional, e 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96, e, em seguida, explica que o Fisco está exigindo do destinatário da mercadoria [o autuado] o imposto que deixou de ser pago pelo remetente, conforme permite a lei vigente, o que não se confunde com substituição tributária. Frisa que o Auto de Infração questiona unicamente a falta de pagamento do imposto devido nas operações que deveriam estar comprovadas mediante DAE anexo às notas fiscais.

Rechaça o argumento defensivo atinente à inobservância do princípio da não cumulatividade, pois as compensações relacionadas a tal princípio foram efetivadas.

Diz que a multa indicada no Auto de Infração está correta, não cabendo à instância administrativa apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da multa aplicada.

Quanto à liminar obtida em mandado de segurança pela Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., diz que a concessão de liminar não impede a cobrança de crédito tributário.

Afirma que, quando do julgamento do mérito do Mandado de Segurança 0341915-21.2012.8.05.0001 que dava guarida à suspensão do regime especial de fiscalização, em 23 de janeiro de 2013, o

Poder Judiciário não só denegou a segurança como expressamente revogou a liminar concedida, conforme trecho da sentença que transcreve.

Aduz que o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 405, estabeleceu que uma vez denegada a segurança, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária. Conclui que, dessa forma, a revogação da tutela importa o retorno imediato ao *status quo* anterior (efeitos *ex tunc*).

Frisa que, ao adquirir mercadoria de contribuinte amparado por liminar em mandado de segurança, o autuado assumiu o risco de ver exigido, no caso de denegação da medida, o crédito tributário decorrente da operação que lhe colocava como responsável tributário.

Ao concluir a informação fiscal, o autuante diz que os argumentos defensivos não são capazes de elidir a infração em tela e, assim, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, está sendo exigido do autuado, na condição de responsável por solidariedade, crédito tributário decorrente da falta de recolhimento do ICMS normal, em aquisições de álcool carburante, efetuadas junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade de pagamento do imposto no momento da saída do combustível, no período de junho a novembro de 2012.

A exigência fiscal está respaldada no artigo 6º, inciso XVI, da Lei nº 7.014/96, cujo teor transcrevo a seguir:

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.

O remetente da mercadoria em tela, a Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., fora submetido ao regime especial de fiscalização de que trata o art. 47, I e II, da Lei nº 7.014/96, por meio do Comunicado SAT nº 001/2011, tornado público pelo Diário Oficial do Estado de 19/01/11 e pelo site da SEFAZ, página Inspetoria Eletrônica.

Com base nesse dispositivo legal acima transscrito e no Comunicado SAT nº 001/2011, o autuado, um posto revendedor de combustíveis, era solidariamente responsável pelo pagamento do imposto, quando adquirisse combustível junto à Arogás Comércio de Combustíveis Ltda. sem a comprovação do pagamento do imposto no momento da saída do estabelecimento desse fornecedor.

Visando elidir a exigência fiscal, o autuado sustenta que a autuação não procede, pois no período abrangido pela ação fiscal a Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., não estava sob o regime especial de fiscalização. Explica que, em 29 de maio de 2012, essa referida empresa obteve liminar em Mandado de Segurança (Processo 0341915-21.2012.05.0001) no sentido de que fosse excluída do regime especial de fiscalização.

Apesar de a infração imputada ao autuado estar prevista no art. 6º, inc. XVI, combinado com o art. 47, ambos da Lei nº 7.014/96, no caso em análise assiste razão ao autuado, pois no período abrangido pela ação fiscal a liminar concedida no Mandado de Segurança determinava a exclusão da Arogás Comércio de Combustíveis Ltda. do regime especial de fiscalização. Dessa forma, os efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012 estavam suspensos enquanto vigia a referida liminar e, em consequência, o impetrante do Mandado de Segurança não estava obrigado a efetuar o pagamento do imposto no momento da saída da mercadoria.

Tendo em vista que o remetente do combustível, a Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., por força da liminar vigente, não se encontrava sob o regime especial de fiscalização, a

responsabilidade solidária do posto de combustível adquirente da mercadoria deixa de existir, em respeito ao princípio da segurança jurídica, visto que não se poderia impor ao adquirente dos combustíveis, conduta contrária ao quanto judicialmente decidido, exigindo a prova de tributo cujo recolhimento antecipado fora dispensado por ordem judicial.

Em face ao acima exposto, a infração imputada ao autuado não subsiste.

Voto, portanto, pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 088444.0108/13-8, lavrado contra **REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS ITAPETINGA LTDA**.

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

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA – JULGADOR