

PROCESSO - A. I. Nº 020983.0011/13-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - COELHO, MENDES & SILVA LTDA. (POSTO SAN MARTIN)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JF nº 0029-03/15
ORIGEM - IFMT -DAT/METRO
INTERNET - 13/05/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0113-11/15

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE. ATRIBUIÇÃO, AO ADQUIRENTE, A RESPONSABILIDADE PELO: **a)** “ICMS NORMAL” DEVIDO PELO REMETENTE DA MERCADORIA. **b)** IMPOSTO RETIDO PELO REMETENTE DA MERCADORIA, NA AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 3ª JF, conforme disposto no art. 169, I, “a”, do RPAF/BA, relativo ao Auto de Infração lavrado em 22/08/13, refere-se à exigência de ICMS totalizando R\$198.787,50, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

1. Deixou o adquirente de recolher o ICMS devido por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustível junto a remetente sujeito a regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS Retido no momento da saída da mercadoria, em vista do seu recebimento através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação (junho a novembro de 2012) - R\$56.507,35.
2. Deixou, o adquirente, de recolher ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível junto a remetente sujeito a regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, em vista do seu recebimento através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação (julho a novembro de 2012) - R\$142.280,15.

Na Decisão proferida pela Primeira Instância foi fundamentado que:

O presente Auto de Infração trata da exigência de ICMS por responsabilidade solidária atribuída ao autuado, que na condição de adquirente, deixou de recolher o ICMS devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização, com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, em vista do seu recebimento através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação.

Também foi exigido do adquirente (posto de combustíveis), ICMS normal, que é o imposto relativo à operação própria devido pelo remetente (o distribuidor) e a Nota Fiscal não se encontrava acompanhada do documento de arrecadação do ICMS relativo à substituição tributária.

De acordo com o art. 6º, XVI, da Lei 7.014/96, “são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, 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 outro lado, conforme estabelece o art. 128 do CTN, a lei pode atribuir a responsabilidade solidária a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação tributária, atribuindo ao contribuinte, em caráter supletivo, a responsabilidade pelo cumprimento total ou parcial da obrigação tributária.

Neste caso, tendo sido constatada nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, relativamente ao combustível adquirido de remetente com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria em razão de Regime Especial de Fiscalização, o autuado, que é um posto revendedor varejista, é considerado responsável, por solidariedade, pelo pagamento do imposto.

O defendente alegou que a distribuidora que realizou a venda dos combustíveis não está enquadrada no Regime Especial de Fiscalização, por força de Decisão judicial prolatada no MS nº 0341915-21.2012.8.05.0001.

Observe que o autuado juntou às fls. 63/65 dos autos cópia da liminar que suspendeu o Regime Especial do seu fornecedor (Arogás Comércio de Combustíveis Ltda.), ficando comprovado que a referida Decisão judicial determina “que a Impetrada suspenda os efeitos do Comunicado SAT nº 01/2012, para excluir a Impetrante do regime especial de fiscalização e pagamento referente ao ICMS, retornando ao seu status quo ant, 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”,

Em consequência da liminar concedida, não se aplica a responsabilidade solidária atribuída ao posto revendedor varejista, a partir da data de ciência da autoridade competente na SEFAZ. Neste caso, os postos revendedores de combustíveis, clientes da Arogás Comércio de Combustíveis Ltda, não mais se submetem à solidariedade da obrigação tributária, não cumprida pela mencionada distribuidora, enquanto vigente a mencionada liminar.

Considerando que a autuação se refere a fatos geradores nos meses de julho a novembro de 2012, e a liminar foi concedida em 23/05/2012, no período objeto da autuação 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.

Neste mesmo sentido foram as decisões deste CONSEF, proferidas pelas Câmaras de Julgamento Fiscal, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0056-11/13, 0112-11/13, 0072-12/13, 0094-13/13, 0108-13/13 e 0233-13/13.

Deste modo, as infrações não podem subsistir, haja vista que as ocorrências constantes do demonstrativo de débito foram alcançadas pela mencionada liminar, sendo indevido o imposto lançado neste Auto de Infração, ficando prejudicada a análise das demais razões defensivas, relativamente ao crédito do ICMS incidente sobre as operações anteriores e os pedidos de exclusão de multas e juros.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

VOTO

Verifico que as infrações imputadas ao autuado decorrem do não recolhimento do ICMS normal (infração 2) e por substituição tributária (infração 1), 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 77.471.729, relativo ao período de junho a novembro/2012, conforme demonstrativo às fls. 17 a 52.

Na Decisão ora recorrida, a 3ª JF fundamentou sua Decisão afirmando que a distribuidora AROGÁS impetrou liminar em Mandado de Segurança em 23/05/12 (Processo nº 0341915-21.2012.8.05.0001), 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, restabelecendo a sujeição ao Regime Especial de Fiscalização. Concluiu que como a Decisão judicial foi retroativa à data da liminar, o autuado não é responsável legal pelo recolhimento do ICMS, como exigido, relativo ao período fiscalizado.

Conforme salientado na Decisão recorrida, tendo a distribuidora AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA IE 77.471.279, obtido concessão de Liminar em Mandado de Segurança a partir de 23/05/12 (fls. 65 a 65), na qual foi determinada a exclusão da impetrante do Regime Especial de Fiscalização e pagamento do ICMS, conforme previsto no art. 47 da Lei nº 7.014/96, suspende os efeitos do Comunicado SAT 001/2012 quanto aos requisitos previstos no art. 7º, III da mencionada Lei.

Por sua vez, conforme outras Decisões proferidas por este Conselho de Fazenda, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0056-11/13, CJF 0112-11/13, CJF 072-12/13, CJF 094-13/13, CJF 0108-13/13 e CJF 0233-13/13, 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.

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 nº 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 nº 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 NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **020983.0011/13-3**, lavrado contra **COELHO, MENDES & SILVA LTDA. (POSTO SAN MARTIN)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS