

PROCESSO - A. I. Nº 020983.0031/13-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SÃO RAFAEL POSTOS DE SERVIÇOS LTDA. (POSTO SÃO RAFAEL)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0064-03/15
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 31/07/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0168-11/15

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO. IMPOSTO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA. A remetente das mercadorias não se encontrava submetida ao Regime Especial de Fiscalização, quando das saídas destas com destino ao estabelecimento autuado, não sendo possível fazer incidir a regra da solidariedade passiva. Ainda que tenha sobrevivendo a decisão de mérito desfavorável à empresa Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., não é possível promover a cobrança do ICMS à empresa autuada, pois no momento da aquisição não havia solidariedade, não lhe sendo possível, portanto, exigir da vendedora que circulasse com um DAE do imposto quitado. Infração elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário nos termos da alínea “a”, inciso I do artigo do RPAF/99. O Auto de Infração foi lavrado em 29/08/2013 em decorrência de duas irregularidades, ambas objeto da reanálise:

INFRAÇÃO 1 – 02.14.01: 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 seu recebimento através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação, nos meses de julho a novembro de 2012. ICMS no valor histórico de R\$92.361,12.

INFRAÇÃO 2 – 07.10.04: 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, nos meses de julho a novembro de 2012. ICMS no valor histórico de R\$35.888,88.

O Fisco acostou documentos às fls. 10 a 41.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 45 a 50, em apertada síntese aduzindo que não há que se falar em responsabilidade solidária relativa às imputações, uma vez que a distribuidora que lhe vendeu os combustíveis não estava enquadrada no Regime Especial de Fiscalização. Que a distribuidora Arogás Comércio de Combustíveis Ltda. encontrava-se 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. Relatou que a 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 sofresse quaisquer atos que resultassem na aplicação do regime especial conforme elencado no art. 47 da Lei nº 7.014/96. Expôs que os lançamentos do Auto de Infração deveriam ser julgados improcedentes, pois se referem a fatos geradores ocorridos no período em que a distribuidora estava excluída do Regime Especial de Fiscalização (20/07/2012 a 15/11/2012, e 20/07/2012 a 14/11/2012), por força da decisão liminar concedida desde 24/05/2012. Acostou documentos às fls. 51 a 78.

Auditor Fiscal estranho ao feito, designado pela Inspetoria em decorrência da aposentadoria do autuante, prestou informação fiscal às fls. 81 a 84 mantendo a autuação.

O julgamento unânime em Primeira Instância decidiu pela Improcedência do Auto de Infração, conforme Acórdão JJF nº 0064-03/15, às fls. 87 a 90. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

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 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 recebimento da mercadoria através de nota fiscal desacompanhada de 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 nº 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 Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001.

Observe que o autuado juntou às fls. 51/53 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 Comercio 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 Junta de Julgamento recorreu de Ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99.

VOTO

Trata-se de reexame necessário nos termos da alínea “a”, inciso I do artigo do RPAF/BA.

Não merece reparo a Decisão recorrida e em verdade nada há a acrescentar ao texto do voto que a baseia, consentâneo com o entendimento já pacificado neste Conselho sobre o tema.

De fato, uma vez que o contribuinte responsável pelo pagamento do imposto – *in casu*, a distribuidora de combustível que vendeu ao autuado os combustíveis nas operações objeto do Auto de Infração - não se encontrava sob regime especial de fiscalização, por estar então ao abrigo de decisão judicial interlocutória, com efeitos às datas dos fatos geradores alvo da exação, resta impossível demandar do comprador do combustível, o ora autuado, que exigisse da mencionada distribuidora o pagamento de imposto no momento da saída do combustível.

A Decisão judicial interlocutória que menciono, cuja cópia foi acostada pelo sujeito passivo aos autos às fls. 51 a 53, determinava a esta SEFAZ/BA que fossem suspensos os efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012, assim excluindo do regime especial a empresa Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., então impetrante do Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001.

Os efeitos da Decisão Liminar em favor da distribuidora de combustível atingem de forma direta o autuado, porque em não podendo cobrar-se o imposto ao vendedor que não se encontre sob regime especial de fiscalização, cobrá-lo do comprador seria clara desobediência ao mandamento judicial então em vigor.

Observo que ainda que a liminar tenha sido revogada posteriormente, gerou efeitos durante o período de sua vigência. Por conseguinte, no momento da saída do combustível o autuado não estava obrigado a exigir da distribuidora o comprovante do pagamento do ICMS.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

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 **020983.0031/13-4**, lavrado contra **SÃO RAFAEL POSTOS DE SERVIÇOS LTDA. (POSTO SÃO RAFAEL)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de junho de 2015

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

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