

A. I. Nº - 020983.0011/13-3
AUTUADO - COELHO MENDES & SILVA LTDA.
AUTUANTE - LUIZ OTÁVIO LOPES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 24/02/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0029-03/15

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE. FALTA DE RECOLHIMENTO. Constatando-se 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 posto revendedor varejista é o responsável, por solidariedade, pelo pagamento do imposto. Entretanto, restou comprovado nos autos que a distribuidora de combustíveis, fornecedora do autuado, se encontrava suspensa do Regime Especial de Fiscalização por força de liminar concedida em Mandado de Segurança, datada de 23/05/21012. Os fatos geradores da presente autuação estão compreendidos no período de vigência da referida liminar, logo, não subsiste a exigência fiscal. Infrações improcedentes. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/08/2013, refere-se à exigência de R\$198.787,50 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 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 junho a novembro de 2012. Valor do débito: R\$56.507,35.

Infração 02 – 02.14.01: 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, nos meses de julho a novembro de 2012. Valor do débito: R\$142.280,15.

O autuado apresentou impugnação às fls. 57 a 62 do PAF, alegando que não há que se falar em responsabilidade solidária do defendente, uma vez que a distribuidora que lhe vendeu os combustíveis não estava enquadrada no Regime Especial de Fiscalização, ao contrário do que aponta o Auto de Infração.

Informa que a 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. Ressalta que a decisão judicial concedeu 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 elencado no art. 47 da Lei 7.014/96.

Afirma que o lançamento efetuado por meio do presente Auto de Infração deve ser julgado improcedente, por que se refere a fatos geradores ocorridos no período em que a distribuidora estava excluída do Regime Especial de Fiscalização, por força da decisão liminar concedida desde 24/05/2012.

O defendente também alega que, se a responsabilidade solidária for mantida, o que não espera, possui direito aos créditos de ICMS, o quais foram ignorados pela fiscalização. Diz que o Fisco estadual está cobrando o valor total referente ao ICMS supostamente devido, sem abater os créditos fiscais do ICMS que já foram pagos nas operações anteriores. Quanto da aquisição da mercadoria pela distribuidora de combustíveis, ela fazia jus ao crédito relativo às operações anteriores, incluindo o tributo recolhido na própria operação de venda da Usina para a Distribuidora.

Se o autuado está sendo responsabilizado solidariamente por um débito de terceiro, entende que também faz jus aos créditos fiscais a que este tem direito. Se a distribuidora tem créditos fiscais, não considerados, o autuado afirma que tem direito de vê-los abatidos do suposto débito. Entende que tal procedimento está amparado pelo princípio da não-cumulatividade do ICMS. Transcreve os arts. 28 e 29 da Lei 7.014/96 e 114 do RICMS-BA/97.

Quanto à multa e encargos, alega que se for entendido pela manutenção da autuação, deve ser afastada a aplicação de multa e dos juros, uma vez que em nenhum momento o defendente agiu de má-fé, nem praticou qualquer infração que merecesse ser penalizada, à luz do art. 159, §1º, inciso II e/ou III o RPAF/BA.

Conclui pedindo a improcedência do presente Auto de Infração. Caso se entenda pela existência de responsabilidade solidária, requer seja considerado o creditamento referente ao ICMS que acompanhou todo o processo de circulação da mercadoria, desde o momento de sua entrada no território baiano, até sua aquisição pelo posto de combustível. Também requer o afastamento de aplicação da multa e dos juros.

A informação fiscal foi prestada às fls. 112 a 115 autos pelo Auditor Fiscal Dante Grisi, com base no art. 127, § 2º do RPAF/99. Após reproduzir os itens da autuação e fazer uma síntese das alegações defensivas, afirma que a alegação de que a distribuidora estava amparada por Liminar concedida pelo Poder Judiciário, esse fato por si só não constitui impeditivo para a constituição do crédito tributário, a fim de evitar a decadência, ficando apenas suspensa a sua exigibilidade, nos termos do Código Tributário Nacional - CTN e da dominante jurisprudência sobre o tema, a exemplo do Acórdão do STJ no Recurso Especial – Resp 1168226/AL 2009/0222428-2, Rel. Ministra Eliana Calmon.

Informa que a cobrança do tributo de que trata o presente Auto de Infração está amparada no art. 6º da Lei 7.014/96, inciso XVI, que atribui ao posto revendedor varejista de combustíveis, responsabilidade solidária em relação ao combustível adquirido de contribuinte sujeito a Regime Especial de Fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação correspondente, bem assim, o § 3º do mesmo diploma legal, que faculta ao Fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos.

Reproduz o mencionado dispositivo legal e diz que a descrição das infrações não deixa dúvida quanto aos fatos geradores, nem ao que objetivamente se referem. Ressalta que o Regime Especial de Fiscalização e pagamento do ICMS encontram amparo na Lei Complementar 87/96, tratando-se de exigência de imposto por responsabilidade solidária, tendo como fato gerador operações de venda das distribuidoras submetidas ao Regime Especial de Fiscalização e obrigadas ao pagamento no momento da saída da mercadoria para o autuado, tendo em vista a comprovação de recebimento da mercadoria por nota fiscal não acompanhada do DAE relativo ao pagamento do ICMS normal e por substituição tributária.

Sobre o alegado direito ao creditamento do imposto, em respeito ao princípio da não-cumulatividade, o autuante afirma que tal pretensão não tem amparo legal, considerando a sistemática tributária que envolve o posto revendedor na cadeia de incidência do imposto. Entende que, se direito assiste ao defendente, será o de cobrar regressivamente do remetente as quantias que recolher para a Fazenda Pública. Também afirma que não há que se falar em exclusão da multa e dos encargos aplicados, porque são exigidos em conformidade com a legislação em vigor.

Por fim, considera insubsistentes os argumentos defensivos, pedindo a procedência do presente lançamento, e que o autuado seja instado a efetuar o pagamento do imposto exigido, acrescido da multa de 60%.

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 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 Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001.

Observo 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 números 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 020983.0011/13-3**, lavrado contra **COELHO MENDES & SILVA LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA