

PROCESSO - A.I. Nº 03642012/98
RECORRENTE - COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO ESPECIAL – Acórdão 1ª CJF nº 2157-11/01
ORIGEM - IFESP/DAT-METRO
INTERNET - 03.06.02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0072-21/02

EMENTA. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. MERCADORIA DESTINADA A COMERCIALIZAÇÃO. Parte das operações foi realizada com amparo em Liminar em Mandado de Segurança, fato que não impede a exigência fiscal mediante lançamento de ofício, mas suspende a exigibilidade do crédito tributário até a Decisão final. Infração parcialmente caracterizada, após efetuadas as correções no valor do imposto, mediante revisão fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Especial, apresentado pelo autuado contra o Acórdão CJF nº 2157-11/01, que deu provimento parcial ao Recurso de Ofício apresentado pela 4ª JJF, para modificar a Decisão Recorrida tão somente quanto ao item 1, no que pertine à exclusão dos valores relativos às aquisições das empresas Teixeira de Freitas Derivados de Petróleo e Litorânea Derivados de Petróleo Ltda., para restabelecer a exigência do imposto em decorrência da falta de retenção do ICMS e da conseqüente falta de pagamento, relativo às operações de vendas de combustíveis e lubrificantes com destino a contribuintes localizados no Estado da Bahia.

A 4ª JJF concluiu que, relativamente às aquisições efetuadas pela Litorânea Derivados de Petróleo Ltda. e pela Teixeira de Freitas Derivados de Petróleo, os autos comprovam que o autuado deixou de efetuar a retenção do ICMS em decorrência de uma determinação judicial, e, por essa razão, não poderia ser responsabilizado pelo imposto que deixou de ser retido por ele ter acatado uma determinação judicial, e que esse entendimento é corroborado pelo Acórdão CJF nº 394/01, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, que tratou de idêntica matéria envolvendo o próprio autuado e que se encontra às fls. 488 a 493.

A 1ª CJF modificou a Decisão Recorrida ao entender que a concessão de liminar em Mandado de Segurança traz como efeito à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas não impede a sua constituição, e tal fato não é olvidado pelos doutrinadores e nem tampouco deve sê-lo pelos aplicadores da lei, e que, assim, somente após a Decisão final, ou seja, após o seu trânsito em julgado, poderá o Fisco exigir o crédito tributário até então suspenso, se esta lhe for favorável. Se for desfavorável, afastando a exigência fiscal, esta deverá ser obedecida e o crédito não poderá ser exigido, aplicando-se, aí então, a regra de extinção do crédito tributário, inserta no CTN.

Assim, no que pertine às aquisições realizadas pelas empresas Teixeira de Freitas Derivados de Petróleo Ltda e Litorânea Derivados de Petróleo, muito embora tenham sido de fato concedidas as liminares, como informa a PROFAZ e comprovam os documentos acostados aos autos, ainda não há Decisão transitada em julgado que permita extinguir o crédito tributário aqui exigido, portanto ficando os mesmos apenas suspensos, aguardando tal Decisão.

O presente Recurso (fls. 602 a 612) foi interposto conjuntamente com o Recurso de Revista (fls. 616 a 628), que ficará sobrestado para apreciação oportuna, após a Decisão desta Câmara Superior acerca da sorte deste.

Esclareceu o Recorrente que o Recurso Especial versa apenas sobre o item 1 da autuação, já descrito.

Preliminarmente, suscitou a nulidade do Auto de Infração por erro na identificação do sujeito passivo, pois não era mais responsável pelo recolhimento do tributo, em virtude do impedimento judicial que lhe recaiu.

No mérito, aduziu que não pode ser responsabilizado pelo suposta falta de recolhimento do ICMS, pelo simples fato de ter obedecido estritamente a uma ordem judicial, e que não integrou o Mandado de Segurança que impediu a substituição tributária, mas foi notificado pelo Juízo, tão somente para dar cumprimento a esta ordem judicial.

Argumentou que os efeitos da concessão da medida liminar começam a surtir desde a sua notificação, até que ocorra a notificação do contrário, no caso de cassação da liminar, e que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em caso de liminares, expressa no artigo 151, IV, do CTN, se cancelada, só pode tornar o tributo novamente exigível de quem lhe deu causa, ou seja, o impetrante do Mandado de Segurança.

Disse que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS relativo às operações envolvendo o impetrante do mandado de segurança, a partir do momento em que foi concedida a liminar, passou a ser do Impetrante, somente dele, e concluiu solicitando a nulidade do Auto de Infração.

A PROFAZ se manifestou nos autos, entendendo não assistir razão ao autuado, pois, mesmo sem analisar o mérito da liminar, esta só teria o poder de suspender a exigibilidade do crédito tributário e não a sua constituição. Opinou, portanto, pelo não provimento do Recurso Especial, para que seja mantida a Decisão da 1ª CJF.

VOTO

O recorrente argüiu a nulidade do Auto de Infração, por erro na identificação do sujeito passivo, pois não seria mais responsável pelo recolhimento do tributo, em virtude do impedimento judicial que lhe recaiu. Tal arguição não pode prosperar, porque a responsabilidade como substituto tributário lhe foi atribuída na forma da lei, e, em sendo assim, é parte legítima da presente relação, e, quanto à existência de medida liminar concedida em Mandado de Segurança, esta é questão a ser apreciada no mérito da lide.

Por esta razão, afasto a nulidade suscitada.

No mérito, devo reconhecer que, até pouco tempo atrás, comungava do entendimento de que a existência de medida liminar concedida em Mandado de Segurança impetrado pelo Contribuinte Substituído, afastaria a responsabilidade pelo recolhimento do tributo do Contribuinte Substituto, transferindo-a ao primeiro.

No entanto, revi este meu posicionamento para concluir, de forma idêntica à Relatora da Decisão atacada, que a liminar ou mesmo a sentença ainda não transitada em julgado, não tem o condão de retirar a responsabilidade do contribuinte substituto, que, como mencionei, lhe foi atribuída na forma da lei, ou de afastá-lo da relação jurídico tributária existente entre este e o Fisco.

Da mesma forma, acato também a tese de que não poderia o recorrente deixar de obedecer a Decisão que lhe obrigou a não efetuar a retenção, entretanto, isto não impede que o Fisco, como garantia, exerça a atividade do lançamento contra aquele a quem a lei atribuem a responsabilidade por substituição, visando assegurar o seu crédito tributário, que, no entanto, ficará suspenso de exigibilidade até que Decisão final ponha fim à lide.

Pelo que expus, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Especial apresentado, para homologar a Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, **NÃO PROVER** o Recurso Especial apresentado e homologar a Decisão Recorrida que, em decisão por maioria, **PROVEU PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício, e por unanimidade, o Recurso Voluntário apresentados, e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 03642012/98, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.919.963,72**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, apenas sobre R\$33,96, prevista no art. 61, III, “b”, da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROF AZ