

A. I. Nº - 022078.0010/12-1
AUTUADO - ED DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO LUIZ DO CARMO
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET 08.08.20121

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0215-05/12

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS PRÓPRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. É responsável solidário, pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, o posto revendedor varejista de combustível, que adquiriu junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação, por expressa disposição de lei, e o lançamento tributário independe de haver concessão de mandado de segurança, como foi o caso em lide. Exigência subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/04/2012, faz lançamento do ICMS, conforme infração a seguir: “*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 de pagamento do ICMS no momento de saída da mercadoria, em vista do recebimento por meio de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação*”. Imposto lançado no valor de R\$13.248,40, acrescido de multa de 60%.

O autuado, às fls. 40/48 apresenta impugnação ao lançamento tributário onde aduz as seguintes razões defensivas:

Que na descrição dos fatos constantes no Auto de Infração, foi relatado que a impugnante deixou de recolher a diferença do ICMS devido, tendo em vista o recolhimento a menor pela distribuidora de combustíveis, substituta tributária da operação, pois, segundo a notificação, esta estaria sujeita ao Regime Especial de Fiscalização. Portanto, em virtude de ter, supostamente, adquirido combustível de distribuidora sujeita a Regime Especial, a impugnante possui responsabilidade solidária em relação ao montante devido a título de ICMS.

Ocorre que não há que se falar em responsabilidade solidária, uma vez que a distribuidora que vendeu a ela os combustíveis não estava enquadrada no referido Regime Especial de Fiscalização, por força de decisão judicial exarada no Mandado de Segurança nº. 0008425-18.2011.805.0001 (cópias anexas). Note-se que, à época das compras realizadas, o Comunicado (cópia anexada) constante no site da SEFAZ/BA informava que o Regime Especial de Fiscalização e pagamento aplicado à distribuidora de combustíveis estava “Suspensos por Liminar”. Dessa forma, como a distribuidora da qual a Autuada adquiriu os produtos por ela comercializados não estava sujeita ao Regime Especial, por força de medida liminar, não há que se falar na cobrança do ICMS diretamente do posto de combustível. Transcreve o teor do art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96.

Pede a improcedência da notificação, uma vez que não é responsável solidário pelo recolhimento do ICMS no caso dos autos; que, caso a responsabilidade solidária seja efetivamente mantida, o que não se espera, a autuada possui direito a créditos de ICMS, os quais foram ignorados pela autuação. Que, com efeito, o Fisco estadual está cobrando da Impugnante, o valor total referente

ao ICMS supostamente devido, sem abater os créditos fiscais do ICMS que já foram pagos nas operações anteriores; que quando da aquisição da mercadoria pela distribuidora de combustíveis, ela fazia jus ao crédito relativo às operações anteriores, incluindo, aqui, o tributo recolhido na própria operação de venda da Usina para a Distribuidora. Que se a impugnante está sendo responsabilizada, solidariamente, por um débito de terceiro, ela também faz jus aos créditos fiscais a que este tem direito. Se a distribuidora tem créditos fiscais não considerados, a impugnante tem direito de vê-los abatidos do suposto débito. O direito à não-cumulatividade está previsto na Constituição Federal (art. 155, § 2º, I), bem como na Lei Estadual do ICMS (7.014/96). Transcreve os arts. 28 e 29 da Lei nº7.014/96 e que neste mesmo sentido prevê o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, no art. 114.

Que caso se entenda pela manutenção da autuação, o que não se espera, requer seja afastada a aplicação de multa e dos juros, uma vez que em nenhum momento a Impugnante agiu de má-fé nem praticou qualquer infração que merecesse ser penalizada, à luz do art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF, que transcreve. Requer que o Auto de Infração seja julgado Improcedente, diante da ausência de responsabilidade solidária da Autuada.

Subsidiariamente, 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 a sua aquisição pelo posto de combustível. Requer, também, caso seja mantida a infração, o afastamento da aplicação de multa e juros, à luz do quanto dito no tópico anterior.

O autuante, em informação fiscal às fls. 58/59, contesta a defesa do autuado, com o argumento de que ele demonstra que conhece a responsabilidade solidária, motivo da autuação e também pede o direito de crédito amparado pela não-cumulatividade; que o auto foi lavrado dentro da legalidade, com base nos parágrafos 1º e 2º da do artigo 40 da Lei nº7.014/96. Acrescenta que há julgamentos com questões idênticas conforme acórdãos 0054-05/12 e 0055-05/12. Pugna pela Procedência da infração.

VOTO

O auto de infração foi lavrado com as devidas formalidades legais, inerentes ao procedimento, onde foi descrita a infração, feito o enquadramento legal, identificado o autuado e demonstrado o montante devido, não havendo, portanto, vícios de natureza formal que maculem o processo administrativo fiscal.

O impugnante fundamenta a sua defesa no mandado de segurança concedido pela justiça, retirando a distribuidora do Regime Especial de Fiscalização, conforme provas anexas, e subsidiariamente requer, em caso de julgamento favorável ao fisco, os créditos decorrentes das operações que resultaram no auto de infração e ainda, absolvição das multas de caráter pecuniário, fundamentada na boa-fé do impugnante.

O assunto em pauta, a concessão de mandado de segurança em momento anterior à lavratura do auto de infração já foi objeto de controvérsias até no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, onde a primeira e segunda turmas apresentavam entendimentos diversos quanto ao direito da Fazenda Pública constituir créditos fiscais em situações em que havia liminares judiciais.

Entendia uma turma, que o mandado de segurança impedia a ocorrência do fato gerador, seja porque atingia a eficácia da lei em que se fundamentava a incidência, seja porque atingia a condição do contribuinte quanto ao regime de tributação, de forma que praticamente se afastava a ocorrência do fato gerador do imposto. A outra turma arguia o fato de que não havia previsão de suspensão da decadência até o julgamento do mérito, e em caso de cassação ou negativa ao direito pleiteado pelo contribuinte, a Fazenda Pública ficaria prejudicada por não mais poder constituir o crédito, em caso de demora da solução definitiva da lide, e que nenhum prejuízo traria ao contribuinte enquanto o mérito não fosse julgado.

Hoje esta situação se encontra pacificada, pois dirimindo a divergência existente entre as diferentes posições da 1^a e 2^a Turmas, o STJ manifestou-se no sentido da possibilidade de a Fazenda Pública realizar o lançamento do crédito tributário, mesmo quando verificada uma das hipóteses previstas no citado art. 151 do CTN. Por ocasião do julgamento dos embargos de divergência, ERESP 572.603/PR, entendeu-se que a “*suspensão da exigibilidade do crédito tributário impede a Administração de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança do seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à sua regular constituição para prevenir a decadência do direito de lançar*” (Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.09.05).

Do voto do Relator, destaca-se o seguinte trecho:

“(...) No que se refere à segunda questão, o entendimento segundo o qual a Fazenda está impedida de efetivar o lançamento do tributo, cuja exigibilidade encontra-se suspensa em decorrência de ordem judicial, implica admitir-se a interrupção do prazo decadencial, o que não se coaduna com a natureza do instituto. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário impede a Administração de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança do seu crédito, tais como inscrição em dívida ativa, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à sua regular constituição para prevenir a decadência do direito de lançar.”¹ (gn) Pelo visto acima, ocorrendo a suspensão da exigibilidade do crédito por força de decisão judicial (ex: liminar em MS ou Cautelar; antecipação de tutela), sem que tenha sido efetivado anterior ao lançamento do crédito tributário objeto da lide, deverá ser feito lançamento de ofício para prevenir a decadência nos termos do art. 149 do CTN. Note-se que o contribuinte não tem qualquer prejuízo com a efetivação do lançamento, pois poderá obter certidões positivas com efeitos de negativa, nos exatos termos do art. 206 do CTN. As hipóteses do art. 151 do CTN dão ensejo ao fornecimento desse tipo de certidão, que possui os mesmos efeitos da certidão negativa de débito.

Assim, é responsável solidário, pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, o posto revendedor varejista de combustível, que adquiriu junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação, por expressa disposição de lei, e o lançamento tributário independe de haver concessão de mandado de segurança, como foi o caso em lide. Exigência subsistente

Quanto ao crédito pedido pelo impugnante, desde o momento de sua entrada no território baiano, até a sua aquisição pelo posto de combustível decorrente das operações anteriores que envolvem a mercadoria que consta nas notas fiscais de aquisição, necessária se faz, uma análise da Seção II do Capítulo IV, Título II(Obrigações Tributária) que envolve os arts. 124 e 125 do CTN.

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

- I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;*
II - as pessoas expressamente designadas por lei. Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Art. 125. Salvo disposição de lei em contrário, são os seguintes os efeitos da solidariedade:

- I - o pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita aos demais;*
II - a isenção ou remissão de crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo, nesse caso, a solidariedade quanto aos demais pelo saldo;
III - a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais.

A Lei nº7.014/96, fonte do Regulamento do ICMS no Estado da Bahia, trata do responsável solidário em todo o art. 6º, que por ser longo, não convém aqui repeti-lo, mas é fato incontestável que tanto a Lei Federal nº 5.172/66 - CTN, quanto a supracitada lei estadual, ao dispor da obrigação do responsável solidário sobre o “*quantum debeatur*” exigido no lançamento tributário, não cuidou da questão do direito ao crédito das operações anteriores, nem permitindo nem proibindo.

Conforme a Constituição de 1988, art. 37, a Administração Pública, direta e indireta, obedecerá aos princípios da legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência. Assim, o primeiro princípio relacionado no art. 37 da CF, é o basilar de todo o Direito Público e a doutrina costuma usar a seguinte expressão: *enquanto na atividade particular tudo o que não está*

proibido é permitido, na Administração Pública é o inverso, ela só pode fazer o que a lei permite, deste modo, tudo o que não está permitido é proibido.

Então, se na administração pública, somente é permitido fazer o que a lei autoriza, ou seja, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei, e é fato incontestável que não existe na lei tributária, qualquer previsão de concessão quanto ao pedido feito pelo impugnante, acerca da utilização do crédito fiscal, não vislumbra possibilidade de acolher tal pedido, mesmo porque este crédito, presumidamente até prova em contrário, nas operações que antecederam a emissão da nota fiscal com a mercadoria destinada ao impugnante, foi lançado pela distribuidora em seu favor, e concedê-lo também ao responsável solidário, seria autorizar a duplicidade de creditamento, situação vedada na legislação do ICMS. Assim, em respeito ao princípio da legalidade, não concedo amparo ao pleito do impugnante, por não haver expressa disposição legal em seu favor.

Quanto ao pedido de redução de multa, o próprio impugnante cita em sua defesa, o art. 159 do RPAF, que concede à Câmara Superior, competência para redução de multa, observadas as condições do parágrafo 1º e seus incisos. Logo, não compete a esta JJF contemplar tal pedido.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **022078.0010/12-1** lavrado contra **ED DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.248,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSE LANDIN – RELATOR

JOSE RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR