

PROCESSO - A. I. Nº 088585.0003/11-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - HP COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 14/03/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0037-12/14

EMENTA: ICMS. ILEGALIDADE. REDUÇÃO PARCIAL DO DÉBITO. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL ORIGINÁRIO DE CONTRIBUÍNTES SUBMETIDOS A REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. IMCS NORMAL E RETIDO. Representação proposta com fulcro no Art. 113, § 5º, I do RPAF/BA, para que seja reduzido o débito a partir da data da concessão de liminar pelo Poder Judiciário suspendendo o Regime Especial em que se encontravam os estabelecimentos distribuidores de combustível. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de representação proposta pela PGE/PROFIS, da lavra da i.procuradora Maria Olívia T. de Almeida, com espeque no art. 113, § 5º, inciso I do RPAF/BA, pugnando pela redução parcial do débito consignado no presente Auto de Infração, ante os fundamentos que seguem.

Inicia informando que após o resultado da diligência solicitada às fls. 391 e 392 deste processo, onde se buscou verificar o quanto afirmado pelo contribuinte em seu pedido de controle da legalidade, anteriormente indeferido e ora reiterado, restou, neste momento, apenas uma re-análise no que concerne à possibilidade ou não da exigência do ICMS por responsabilidade solidária, conforme previsto no art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96.

Isto posto, esclarece que cingiu-se a referida diligência à confirmação do quando expendido pelo autuado no sentido de que a distribuidora Petróleo do Valle Ltda., remetente do combustível por ela adquirido, foi excluída do Regime Especial de Fiscalização a que alude o art. 6º, XVI da Lei nº 7.014/96, por força de liminar exarada em Mandado de Segurança. Cita que o assunto foi direcionado ao Núcleo de Representação Judicial da PGE/PROFIS, tendo vindo aos autos, em consequência, a documentação de fls. 396 a 644.

Observa que analisando a questão, identificou que o contribuinte em apreço adquiriu combustível não apenas da Petróleo do Valle Ltda, mas, também, das empresas Gasforte Combustíveis e Derivados Ltda e Petromotor Derivados de Petróleo Ltda., conforme comprova o demonstrativo de fs. 10 a 25, no período de 18/01/2011 a 22/03/2011, sendo-lhe exigido o ICMS devido por responsabilidade solidária, em face da aludida aquisição ter sido efetuada junto a remetentes sujeitos a Regime Especial de Fiscalização, sem que se tenha exigido a prova da quitação antecipada do tributo.

Esclarece que o Mandado de Segurança citado pelo contribuinte é o de nº 0008425-18.2011.805.0001, cuja liminar, de fato, exonerou a distribuidora Petróleo do Valle Ltda, do multicitado Regime Especial de Fiscalização e que, conforme extrato do Portal de Serviços e-SAJ, do Tribunal de Justiça deste Estado, a referida ação mandamental foi ajuizada em 31/01/2011, tendo a Decisão liminar respectiva sido publicizada em 03/02/2011.

Nesta linha, considera que há de se aplicar o entendimento de que, não estando a distribuidora

em comento sujeita, **à época dos fatos geradores**, ao Regime Especial de Fiscalização, não se poderia impor ao posto adquirente do combustível a responsabilidade solidária prevista no art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96 e dele exigir o ICMS decorrente da aquisição do produto desacompanhada da prova do recolhimento antecipado do tributo. Assim, considera que o requisito a que alude o multicitado dispositivo legal caiu por terra, de sorte que não se permite impor, na vigência da Decisão liminar, a responsabilidade solidária do adquirente.

Em seguida cita que em relação à empresa Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., de quem também o autuado adquiriu combustível, vê-se no sítio do TJ/BA, e-SAJ (fls. 543 a 571) que, em ação mandamental, foi-lhe deferida liminar em favor da tese ora em destaque em 01/03/11, Decisão esta, posteriormente revogada por força da sentença exarada em 16/07/2012, que denegou a segurança pleiteada.

Continuando, cita que em conformidade com o entendimento já externado pela PGE/PROFIS em situações anteriores semelhantes a que ora se apresenta, bem como com apoio em vasta jurisprudência do CONSEF a respeito desta matéria, conclui que ***"é flagrantemente ilegal pretender a responsabilização do autuado por não ter exigido do contribuinte remetente a prova do recolhimento antecipado do tributo, cuja obrigação este último fora judicialmente exonerado"***.

Por fim, com arrimo no art. 113, § 5º, I do RPAF/BA, que estabelece que a PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade do crédito tributário, deverá representar ao CONSEF em casos de flagrante ilegalidade ou de vício insanável constatado em Auto de Infração, opina no sentido de que o presente PAF seja encaminhado à este Colegiado Administrativo, a fim de que, ***apreciando-se a hipótese dos autos, possa excluir da autuação os valores concernentes aos fatos geradores ocorridos na vigência da liminar, haja vista restar indubitoso que não se poderia, naquele período, impor ao posto autuado conduta contrária ao quanto judicialmente decidido, exigindo a prova de tributo cujo recolhimento antecipado fora pelo Judiciário, em última análise, dispensado***.

Através de despacho exarado à fl. 648, a i.procuradora assistente da PGE/PROFIS/NCA Paula Gonçalves Morris Matos, acolheu o Parecer supra, e encaminhou a representação ao CONSEF ***"com vistas à exclusão da autuação dos valores concernentes aos fatos geradores ocorridos na vigência da liminar obtida"***.

VOTO

A questão encaminhada pela PGE/Profis através da presente representação, já foi enfrentada por este CONSEF em diversas oportunidades, tendo sido decidido, em todos os julgamentos que, na situação descrita nos presentes autos, os fatos geradores anteriores a concessão da medida liminar devem ser mantidos na autuação, em consonância ao disposto pelo art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96, enquanto aqueles ocorridos em datas posteriores devem ser afastados, ante a exclusão dos distribuidores do Regime Especial de Fiscalização, fato este que o desobriga do pagamento antecipado do imposto.

A propósito, este é um entendimento firmado pela PGE/PROFIS e já reiterado em outras representações encaminhadas à este Conselho, a exemplo de uma recente, pertinente ao Processo Administrativo Fiscal nº 206895.0025/11-5, lavrado contra a empresa MP COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., Acórdão nº 0006-12/14, no qual a PGE/PROFIS assim se referiu, ao se reportar a ata extraída de reunião realizada pelo Núcleo de Consultoria e Assessoramento - NCA da PGE/PROFIS, onde se consolidou o entendimento de que nos casos em que os fatos geradores da autuação são posteriores à suspensão liminar do Regime Especial e ***"em se tratando de atuação por responsabilidade solidária, lavrada contra o posto, e não contra o distribuidor, não se teria como, na vigência da referida liminar, impor ao posto conduta contrária ao quanto judicialmente decidido, exigindo a prova de tributo cujo recolhimento antecipado fora, em última análise, por ela dispensado"***.

Este órgão julgador administrativo, conforme já acima citado, consolidou este entendimento, a exemplo dos Acórdãos nºs 282-11/13, 346-11/13, 268-12/13, 278-12/13, 305-12/13 e 477-13/13, dentre outros.

Desta maneira, ante a farta documentação presente nos autos, comprovando que a distribuidora PETROVALLE - Petróleo do Valle Ltda., se encontrava com a liminar deferida e publicada desde 03 de fevereiro de 2011, enquanto que, por igual, a distribuidora PETROMOTOR Derivados de Petróleo Ltda., obteve o deferimento da liminar em 01/03/2011, voto no sentido de ACOLHER a representação proposta para reduzir o débito das infrações 1 e 2, constantes dos demonstrativos de fls. 10 a 26, dos valores originais respectivos de R\$78.015,08 e R\$6.754,45 para R\$35.668,97 e R\$2.081,97, na forma abaixo demonstrada, remanescendo inalterado o débito pertinente a infração 3 no valor de R\$762,37:

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 1				
D.OCORRÊNCIA	D.VENCIMENTO	ALIQ. %	VLR. LANÇADO	VLR. DEVIDO
18/01/2011	18/01/2011	19	1.609,77	1.609,77
19/01/2011	19/01/2011	19	1.658,98	1.658,98
20/01/2011	20/01/2011	19	1.425,00	1.425,00
21/01/2011	21/01/2011	19	2.850,00	2.850,00
25/01/2011	25/01/2011	19	5.681,24	5.681,24
26/01/2011	26/01/2011	19	1.425,00	1.425,00
27/01/2011	27/01/2011	19	2.850,00	2.850,00
31/01/2011	31/01/2011	19	2.840,62	2.840,62
01/02/2011	01/02/2011	19	1.668,36	1.668,36
03/02/2011	03/02/2011	19	1.415,62	1.415,62
04/02/2011	04/02/2011	19	1.668,36	1.668,36
07/02/2011	07/02/2011	19	1.334,69	1.334,69
08/02/2011	08/02/2011	19	1.415,62	1.415,62
10/02/2011	10/02/2011	19	1.415,62	1.415,62
14/02/2011	14/02/2011	19	1.668,36	1.668,36
15/02/2011	15/02/2011	19	1.425,00	0,00
16/02/2011	16/02/2011	19	1.668,36	1.668,36
17/02/2011	17/02/2011	19	1.415,62	1.415,62
18/02/2011	18/02/2011	19	4.275,00	0,00
21/02/2011	21/02/2011	19	4.275,00	0,00
22/02/2011	22/02/2011	19	2.850,00	0,00
23/02/2011	23/02/2011	19	1.425,00	0,00
24/02/2011	24/02/2011	19	2.850,00	0,00
28/02/2011	28/02/2011	19	1.657,75	1.657,75
01/03/2011	01/03/2011	19	2.924,23	0,00
02/03/2011	02/03/2011	19	1.299,67	0,00
03/03/2011	03/03/2011	19	2.850,00	0,00
09/03/2011	09/03/2011	19	1.624,59	0,00
10/03/2011	10/03/2011	19	1.299,67	0,00
11/03/2011	11/03/2011	19	4.674,18	0,00
14/03/2011	14/03/2011	19	1.624,59	0,00
15/03/2011	15/03/2011	19	1.624,59	0,00
16/03/2011	16/03/2011	19	2.850,00	0,00
17/03/2011	17/03/2011	19	1.425,00	0,00
18/03/2011	18/03/2011	19	1.425,00	0,00
22/03/2011	22/03/2011	19	1.624,59	0,00
TOTAL DA INFRAÇÃO			78.015,08	35.668,97

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 2				
D.OCORRÊNCIA	D.VENCIMENTO	ALIQ. %	VLR. LANÇADO	VLR. DEVIDO
19/01/2011	19/01/2011	19	9,38	8,39
25/01/2011	25/01/2011	19	18,76	16,79
31/01/2011	31/01/2011	19	9,38	8,39
01/02/2011	01/02/2011	19	469,14	419,76
03/02/2011	03/02/2011	19	9,38	8,39
04/02/2011	04/02/2011	19	469,14	419,76
07/02/2011	07/02/2011	19	375,31	335,80
08/02/2011	08/02/2011	19	9,38	8,39
10/02/2011	10/02/2011	19	9,38	8,39
14/02/2011	14/02/2011	19	469,14	419,76

16/02/2011	16/02/2011	19	469,14	419,76
17/02/2011	17/02/2011	19	9,38	8,39
01/03/2011	01/03/2011	19	926,69	0,00
09/03/2011	09/03/2011	19	514,83	0,00
10/03/2011	10/03/2011	19	411,87	0,00
11/03/2011	11/03/2011	19	1.029,66	0,00
14/03/2011	14/03/2011	19	514,83	0,00
15/03/2011	15/03/2011	19	514,83	0,00
22/03/2011	22/03/2011	19	514,83	0,00
TOTAL DA INFRAÇÃO			6.754,45	2.081,97

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de fevereiro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

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