

PROCESSO - A. I. Nº 088444.0066/13-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BARBOSA TORRES COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO PONTO VERDE)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0049-05/14
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 04/08/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0186-12/14

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. ICMS NÃO RECOLHIDO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LANÇAMENTO APÓS CASSAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. Reiteradamente este Conselho de Fazenda, em ambas as instâncias, vem julgando improcedentes autos de infração desta natureza, isto é, lavrados para alcançar períodos albergados pela vigência das liminares concedidas pelo Poder Judiciário, ao entendimento de que os efeitos dessas liminares são *ex-nunc*, ou seja, não tem efeitos retroativos à data da sua concessão. A Decisão judicial liminar, válida e eficaz, confia que o ato administrativo/normativo que inseria a distribuidora remetente no Regime Especial de Tributação, suspensa no cerne do Mandado de Segurança impetrado, que traduz na preservação dos atos válidos e/ou eficazes para que não se frustra a legítima expectativa estabelecida nas pessoas ou, no caso, nos contribuintes, diante de um posicionamento expedido pelo próprio Estado. Não cabe dizer que a sentença do Mandado de Segurança restabeleceu o direito do Fisco lançar o tributo por responsabilidade solidária sobre os fatos geradores ocorridos durante o prazo de vigência da medida liminar inicialmente concedida. A revogação da medida liminar, com a prolação da sentença no Mandado de Segurança, assegura perfeitamente possível incluir a distribuidora no Regime Especial de Tributação em relação aos fatos ocorridos após a sua publicação e não antes, como entendeu a fiscalização. Assiste razão o contribuinte que mesmo com a concessão da medida liminar no Mandado de Segurança, poderia o Fisco cobrar o ICMS devido contra a distribuidora de combustíveis, consoantes às regras ordinariamente previstas na Lei nº 7.014/96, mas nunca contra o posto varejista, com base no citado inciso XIV do art. 6º da mesma Lei, devido à exclusão realizada por força da Decisão liminar. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal que, nos termos do Acórdão nº 049-05/14, julgou Improcedente o Auto de Infração em referência,

lavrado em 04/10/2013, para lançar ICMS no valor de R\$62.882,24, acrescido da multa de 60%, ao argumento de que “*o contribuinte deixou 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 recebimento da mercadoria através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação*”, relativamente a aquisições ocorridas no período de junho a novembro de 2012.

Em suas Razões de Defesa o autuado, ora recorrido, dentre outros argumentos, sustentou que a empresa distribuidora e remetente do etanol hidratado, AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., IE 77471729, foi excluída do Regime Especial de Fiscalização através de Mandado de Segurança, Processo de nº 0341915-21.2012.805.0001, com tramitação na 2º Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, portanto, não estaria obrigado recolher o ICMS ora exigido, por ausência de requisito formal essencial à modificação do polo passivo desta relação jurídica tributária.

Aduziu, também, que se a empresa remetente não estava sujeita ao Regime Especial de Fiscalização, condição essencial prevista no 6º, inciso XVI, da Lei nº 7014/96, não há que se falar em responsabilidade solidária do adquirente, neste caso, o posto revendedor de combustíveis, caindo, desta maneira, por terra a pretensão do Erário em exigir o imposto nesta condição. Requereu a improcedência do Auto de Infração em lide.

Na informação fiscal prestada às fls.64/68, o autuante refutou a tese defensiva, com os seguintes argumentos, em síntese:

- Que o crédito tributário aqui exigido é decorrente da aquisição de combustível por posto revendedor varejista junto a fornecedor sujeito ao Regime Especial de Fiscalização que está previsto o artigo 47, inciso I da Lei nº 7.014/96 e que a responsabilidade do autuado advém da aplicação do disposto art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96. Desta forma, ao adquirir mercadorias de contribuinte sob regime especial de fiscalização, sem a exigência do DAE de pagamento do ICMS incidente sobre a operação, o defendant atrai para si a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido, não havendo que se falar em tributação incidente no preço. Trata-se de responsabilidade tributária por solidariedade prevista no art. 124 do CTN.
- Que não encontra guarida o argumento da falta de respeito ao princípio da não cumulatividade, pois o que se pretendeu com a instituição do regime especial de fiscalização, é de que o fornecedor do produto, no caso as distribuidoras, comprovem o recolhimento do imposto da operação, que em tese estaria lançado no livro fiscal próprio, em atendimento a uma sistemática de recolhimento diferenciada e transitória.
- Que somente por força do disposto no art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96 se transferiu à responsabilidade do pagamento do ICMS normal não recolhido ou recolhido a menor, para o posto revendedor varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido junto à remetente sujeito ao regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação, decorrente da operação de saída do distribuidor.
- Quanto ao fato da remetente estar amparada por liminar em Mandado de Segurança no Processo nº 0341915-21.2012.8.05.0001, que a seu ver a excluiria do regime especial de fiscalização e por consequência afastaria a responsabilidade solidária da defendant, confessa ter conhecimento da concessão da liminar em mandado de segurança impetrado pela remetente, suspendendo os efeitos do comunicado SAT 001/2012. Acrescentou que o art. 151, inciso IV do Código Tributário Nacional estabelece a concessão de medida liminar em mandado de segurança como uma das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Que dessa maneira, a concessão de medida liminar na ação mandamental impede a atuação Estatal quanto à cobrança do crédito tributário, mas que a suspensão da exigibilidade

do crédito tributário, que acarreta no impedimento da atuação do Estado quanto à cobrança do crédito tributário, só ocorre enquanto a medida liminar produzir efeitos.

- Que não há dúvida em se afirmar que a medida liminar no mandado de segurança possui características de medida cautelar, a tutela preventiva na via mandamental pode ser cassada no curso do processo ou ainda com a sentença denegatória da segurança. Que com a revogação da liminar, o Estado retoma o seu direito de proceder à cobrança do crédito tributário, voltando este, portanto, a ser exigível. Acrescenta que, quando do julgamento do mérito do Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001 que dava guarida à suspensão do regime especial de fiscalização em 23 de janeiro de 2013, o judiciário não só denegou a segurança, como expressamente revogou a liminar concedida. Que o Supremo Tribunal Federal, através da Súmula nº 405, estabeleceu que uma vez denegada a segurança, fica sem efeito a liminar, retroagindo os efeitos da Decisão contrária. Diante disso, as coisas retornam ao chamado “*status quo ante*”, ou seja, mais claramente, as coisas retornam ao seu estado anterior. Não seria exagerado afirmar que é como se a liminar anteriormente concedida nunca tivesse existido. Conclui-se, pois, que a revogação da tutela, na sentença, importa retorno imediato ao *status quo* anterior (efeito *ex tunc*).
- Concluiu que é lícito o entendimento de que a aquisição das mercadorias sem o recolhimento do imposto devido trouxe ao defendant uma vantagem mercadológica, pela qual, ele assumiu o risco de que eventualmente, quando do julgamento do mérito, a Decisão fosse desfavorável ao remetente, fazendo com que a responsabilidade tributária incidente sobre a operação recaísse sob sua responsabilidade, ao teor do disposto no art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96. Requeru a procedência do Auto de Infração.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com fundamento no Voto a seguir reproduzido:

“Constato que o Auto de Infração resulta de lançamento pela atribuição legal do autuado, como responsável solidário pelo recolhimento do ICMS tanto normal, quanto do retido por substituição tributária, nas aquisições de combustível de distribuidora de combustível submetida a regime especial de fiscalização, não existindo na impugnação, qualquer discordância quantos aos cálculos dos valores lançados. Assim, a presente lide se resume, no mérito, a dois aspectos a serem considerados no julgamento: a retroatividade dos efeitos da cassação do mandado de segurança no período em que ocorreram as operações, e o direito ao creditamento quando do lançamento do imposto, pelas operações anteriores.

*Argumenta o impugnante que no período da vigência do mandado de segurança, os fatos geradores de ICMS estariam protegidos por força de lei, e que a posterior cassação, portanto, não opera efeitos *ex-tunc* na obrigação tributária, não havendo que se falar em solidariedade durante o período de vigência da liminar.*

Evidente que as liminares concedidas pelo Poder Judiciário prestam-se a garantir a necessária segurança jurídica ao contribuinte acerca dos seus atos, ficando, pois, protegido pela Lei, com a devida autorização a não recolher o tributo devido, pois durante a vigência da imposição legal, a fornecedora de combustíveis havia sido retirada do regime especial por força de Decisão judicial em medida liminar, e também é evidente que a posterior reforma ou cassação da liminar, não retira do impugnante o direito de não haver recolhido os impostos naquele momento, sob a estrita observância da lei, não constituindo em infração, a priori, a ausência do recolhimento durante a vigência da Decisão judicial, ainda que provisória.

Assim, entendeu este Conselho, em inúmeras decisões, inclusive de segunda instância, que toda autuação e o consequente lançamento levado a efeito pelo fisco durante a vigência do mandado de segurança, revestia-se de nulidade, e, por conseguinte, foram desconstituídos seguidos autos de infração, por clara ofensa ao princípio da segurança jurídica e afronta às decisões do Poder Judiciário.

*Assevera o impugnante, que mesmo após a cassação do mandado de segurança, continuaria protegido pelos efeitos daquela medida, não podendo ser feito o lançamento. Contra o entendimento do impugnante, poderia se arguir aqui, a Súmula nº 405 do STF, que diz textualmente que tem efeito retroativo, *ex-tunc*, o mandado de mandado de segurança denegado pela sentença ou no julgamento do agravo.*

Sumula 405 do STF - denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da Decisão contrária.

Assim, nos termos da citada súmula, denegado o mandado de segurança, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da Decisão contrária e os recolhimentos não efetuados pela atribuição de responsabilidade solidária, voltam a ser devidos, pois a liminar produziu efeitos e teve eficácia temporal

restrita. Há inclusive julgamentos de primeira instância deste Conselho de Fazenda, que acataram os termos do lançamento, com base no entendimento da citada súmula, conforme se verifica pela transcrição da ementa abaixo:

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACORDÃO JJF Nº 0023-03/14

EMENTA:ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ATRIBUIÇÃO, AO ADQUIRENTE, DA RESPONSABILIDADE PELO “ICMS NORMAL” DEVIDO PELO REMETENTE DE COMBUSTÍVEL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO “ICMS NORMAL”. A responsabilidade por solidariedade do contribuinte que adquire combustível de remetente sujeito a regime especial de fiscalização sem retenção do imposto afigura-se expressamente estatuída no inciso XVI do art. 6º, da Lei 7.014/96. Os fatos geradores ocorridos no período fiscalizado não são afetados pelo efeito da Decisão judicial liminar em Mandado de Segurança em favor da distribuidora de combustíveis remetente que foi derrogado por Decisão de mérito denegando a segurança, anteriormente, concedida ao impetrante, para restaurar o aludido regime especial de fiscalização com efeito ex-tunc à data da medida liminar, conforme entendimento expressamente consolidado na Súmula nº 405 do STF. Infração caracterizada. Indeferido o pedido de afastamento da multa. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.

No entanto, não há até o presente momento pronunciamento de instância superior deste Conselho, a respeito do tema, e esta 5^a Junta de Julgamento tem firmado entendimento contrário ao do julgamento cuja ementa está acima transcrita, no sentido de que não se aplica ao presente caso o teor da Súmula nº 405 do STF, tendo em vista a relativização do efeito ex-tunc da Decisão que cassa o mandado de segurança concedido, por conta de recentes decisões do STJ (vide Acórdãos JJF Nº 0019-05/14 e JJF Nº 0020-05/14). Assim, é conveniente ao fundamento deste acórdão, transcrição da ementa de um dos julgamentos do STJ, que em caso similar contrariou a Súmula nº 405 do STF.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.090.414 - RS (2008/0199375-0)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO NAO RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO POR FORÇA DE SENTENÇA JUDICIAL IMPEDITIVA EM AÇÃO MANDAMENTAL MOVIDA PELO SUBSTITUÍDO. COBRANÇA DO SUBSTITUTO. INVIABILIDADE.

1. O substituto que deixe de apurar e recolher o ICMS por força de Decisão mandamental favorável ao substituído não responderá pelo tributo, quando não caracterizada culpa ou dolo. Precedente: (REsp 1028716/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 03/05/2010). (grifo nosso)

2. In casu , o recorrido-substituto deixou de recolher o ICMS na sistemática da substituição tributária por conta Decisão liminar proferida em ação movida pelo substituído. Posteriormente, a sentença foi reformada pelo Tribunal, e o Fisco passou a cobrar o tributo do recorrido-substituto.(grifo nosso)

3. A e. Segunda Turma, em hipótese análoga, firmou entendimento nos seguintes termos, verbis :

2. No Direito Tributário brasileiro, nos termos dos arts. 121 e 128 do CTN, sujeito passivo é contribuinte ou responsável.

3. O contribuinte tem relação pessoal e direta com o fato gerador e, como regra, responde diretamente pelo ônus da tributação, em atenção ao princípio da capacidade contributiva.

4. Na sistemática da substituição tributária, o substituto apura e recolhe o ICMS que incidirá na operação futura a ser realizada pelo substituído. É este último, como contribuinte, que deve suportar diretamente o ônus do tributo, ainda que o repasse ao consumidor final, por se tratar de imposto indireto.

5. Caso o substituto deixe de apurar e recolher o ICMS por culpa ou dolo, responderá pelo tributo, pois descumpriu a obrigação legal correspondente, mantendo-se como sujeito passivo.

6. Inviável exigir do recorrido-substituto o ICMS não recolhido, se inexistiu culpa ou dolo. Ao contrário, respeitou-se determinação judicial para não apurar e recolher o tributo. Em caso de cobrança, seria impossível ao responsável repassar o ônus do tributo ao substituído-contribuinte. (grifo nosso)

7. Entender de maneira diversa seria subverter o disposto nos arts. 121 e 128 do CTN, interpretados à luz do princípio da capacidade contributiva, para exonerar o contribuinte e onerar exclusivamente o responsável tributário, um despropósito e uma injustiça.

8. Recurso Especial não provido. (Resp. 887585/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ, 13.03.2009).

4. Recurso especial a que se nega provimento, nos termos da uniforme jurisprudência desta E. Corte.

No caso julgado pelo STJ, o contribuinte substituído obteve liminar para que não fosse retido o imposto pelo contribuinte substituto tributário, atraindo pra si, a responsabilidade pelo recolhimento do tributo, uma vez que não foi feita a retenção do imposto pelo contribuinte substituto tributário, em cumprimento à determinação

judicial.

Entendeu o STJ, que uma vez reformada a Decisão proferida em caráter liminar, não cabe o lançamento contra o substituto tributário, vez que inexistiu dolo ou culpa, pois este apenas cumpriu determinação judicial para não reter e recolher o imposto, passando a responsabilidade para aquele que pleiteou a concessão da determinação judicial provisória. Assim, entendeu o STJ que uma vez denegada em sentença a ação mandamental obtida pelo contribuinte substituído, é impossível onerar o contribuinte substituto, repassando-lhe o ônus tributário.

Devo admitir que embora já tenha comungado da aplicação irrestrita do conteúdo da Súmula nº 405, a situação aqui em lide neste PAF, se assemelha ao caso acima exposto como paradigma, visto que ao obter a concessão de liminar para exclusão do regime especial de fiscalização, o distribuidor de combustíveis atraiu para si, de forma exclusiva, a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido na operação. Da mesma forma que o contribuinte substituto tributário no caso julgado pelo STJ, o posto revendedor de combustíveis não pleiteou qualquer medida judicial, apenas sofre efeitos de medida interposta por terceiros, desincumbindo-se de qualquer responsabilidade solidária.

Além disso, as inúmeras decisões em segunda instância deste Conselho de Fazenda, de que revestiam-se de nulidade os lançamentos levados a efeito pelo fisco durante a vigência do mandado de segurança no caso dos postos de combustíveis, evidentemente que tais decisões corroboram o sentido de exclusão definitiva da responsabilidade solidária dos adquirentes de combustíveis durante a vigência das liminares.

Afirmo isto, porque o STJ se manifestou no sentido da possibilidade da Fazenda Pública realizar o lançamento do crédito tributário, mesmo quando verificada uma das hipóteses previstas no citado art. 151 do CTN, incisos IV e V:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança(...); V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial.

Assim, 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).

Ora, se as decisões das Câmaras deste Conselho tivessem conteúdo adequado ao pensamento do STJ, expressado nos termos da Decisão do ERESP 572.603/PR (as concessões de medidas liminares em mandado de segurança não impedem o lançamento tributário), teria sustentado os lançamentos durante a vigência das liminares, aguardando-se tão somente as decisões definitivas, não havendo porque anular os autos lavrados e esperar o julgamento de mérito ou cassação das liminares para se efetuar novamente o lançamento, inclusive abrindo mão da segurança jurídica por conta da decadência em eventual demora do julgamento de mérito ou da cassação da liminar.

Entendo que se a segunda instância deste Conselho julgou reiteradamente improcedentes os autos lavrados durante a vigência das liminares, é porque entendeu que os efeitos daquelas liminares eram ex-nunc, ou seja não teriam efeitos retroativos à data da sua concessão, pois do contrário, é certo que aplicaria os preceitos do art. 151 do CTN e manteria a legalidade dos lançamentos, fazendo assim, coerência quantos aos efeitos dos lançamentos durante a vigência de medidas liminares professados na súmula 405 do STF. No entanto, repito, não foi isto que ocorreu. Uma vez denegado o mandado de segurança, os efeitos sobre a obrigação da responsabilidade solidária do adquirente passam a existir a partir da data da sentença, não retroagindo à data de concessão da liminar, nos mesmos termos do RECURSO ESPECIAL Nº 1.090.414 – RS, cuja ementa foi reproduzida neste voto.

Pelo exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do lançamento em virtude dos efeitos ex-nunc da cassação do mandado de segurança e, assim, considero prejudicado o julgamento dos demais pedidos ou questionamentos, como o de diligência, do crédito do ICMS, da não cumulatividade, e o caráter confiscatório da multa”.

Da Decisão acima, a 5ª JJF recorreu, de ofício, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste 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.

VOTO

Incialmente, considero importante registrar que o presente Auto de Infração foi lavrado pelo auditor fiscal autuante em 04/10/2013, na Inspetoria Fiscal de Mercadorias em Trânsito – IFMT SUL para fatos ocorridos no período compreendido entre junho/2012 a novembro/2012, alcançando

contribuinte inscrito no regime normal de apuração do imposto. Portanto não se trata de ocorrência verificada no âmbito da atuação da fiscalização do trânsito de mercadorias.

Registro, também, que o demonstrativo de fls. 6 e 7, intitulado de "Demonstrativo 1 - Antecipação Tributária - Entradas", base para a autuação, não foi elaborado pelo autuante, constando, apenas, um "*visto*" por este aposto em 04.10.2013, enquanto que o imposto lançado no total de R\$62.882,24, de acordo com o mencionado demonstrativo, se refere ao valor correspondente ao crédito de ICMS e não ao valor lançado a título de ICMS normal não recolhido, e devido por responsabilidade solidária, consoante consta na acusação.

Estas são questões importantes que mereceriam uma análise pontual, antes de se adentrar ao exame do mérito, se fosse o caso, entretanto, considerando a conclusão a qual chegou a Junta de Julgamento as ultrapassou.

A Junta de Julgamento, objetivamente, decidiu pela improcedência do Auto de Infração ao entendimento de que “*as Câmaras de Julgamento vem julgando improcedentes os autos lavrados durante a vigência das liminares, é porque entendeu que os efeitos daquelas liminares eram ex-nunc, ou seja não teriam efeitos retroativos à data da sua concessão*”.

Não resta dúvida que este tem sido o reiterado entendimento consagrado pela 2ª Instância deste órgão julgador administrativo. Portanto, não encontro razões para modificá-lo. Entretanto, faz-se necessário destacar um ponto importante, que passou despercebido pelo julgador de piso e que julgo oportuno destacar.

No item 2.4 das Razões de Defesa, a ilustre subscritora, pontuando “*ad argumentandum tatum*”, alegou que a distribuidora remetente do etanol hidratado, a empresa Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., foi excluída do Regime Especial de Fiscalização através do Mandado de Segurança concernente ao Processo nº 0341915-21.2012.805.001, com tramitação na 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA e que, nesta condição, não estaria obrigada recolher o imposto exigido, por ausência de requisito formal essencial à modificação do polo passivo desta relação jurídica tributária. Nada foi juntado aos autos que atestasse este fato. Por sua vez, a Junta de Julgamento silenciou a este respeito.

Entendo que esta seria uma situação em que deveria ter sido diligenciada para se confirmar o alegado pela defesa. Entretanto, considero que o autuante, quando da sua informação fiscal, supriu essa lacuna quando assim se pronunciou: “*Busca socorro a defendente na alegação de que estaria a remetente amparada por liminar em mandado de segurança no processo 0341915-21.2012.8.05.0001 que a seu ver a excluiria do regime especial de fiscalização e por consequência afastaria a responsabilidade solidária da defendente*”. E, em seguida, acrescenta, taxativamente: “***De fato, temos conhecimento da concessão da liminar em mandado de segurança impetrado pela remetente suspendendo os efeitos do comunicado SAT 001/2012***”. (grifos nossos).

Destarte não vislumbro alternativa senão a de manter a Decisão recorrida e, para isto, valho-me do reiterado entendimento já consolidado nesta 2ª Câmara de Julgamento, a exemplo do voto proferido pelo i.conselheiro Rodrigo Lauande Pimentel proferido no Acórdão nº 098-12/14 , que em matéria idêntica a presente, e relativa a mesma empresa distribuidora, onde não houve posicionamento em contrário por parte da representante da PGE/PROFIS presente àquela sessão de julgamento, assim se posicionou:

“Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª JJF que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, lançado pelo suposto cometimento da falta de recolhimento de ICMS por responsabilidade solidária.

Pela análise dos autos, vejo que merece reparo o julgamento de Primeira Instância.

Entendo que no presente caso está comprado que, no período de ocorrência dos fatos geradores, a empresa distribuidora de combustíveis, a AROGAS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA, estava amparada por liminar que a excluía do Regime Especial de tributação. A Decisão Liminar acostada aos autos, tanto na Defesa, quanto no Recurso, é clara neste sentido, com se vê abaixo:

“Assim, porque presentes os requisitos previstos nos artigos 7º, III, da Lei 12.016/2009, CONCEDO A LIMINAR pleiteada, para determinar que a Impetrada suspendam os efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012, para excluir a Impetrante do regime especial de fiscalização e pagamento referente ao ICMS, retomando ao seu status quo ante, 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 elencada no art. 47 da lei nº 7014/96-BA”.

Logo, não há que se falar em responsabilidade solidária do adquirente da mercadoria durante a vigência da liminar concedida pelo Poder Judiciário. Tenho como certo que durante o período compreendido entre 23 de maio de 2012 (dia da concessão da medida liminar) a 23 de janeiro de 2013 (dia do julgamento do mérito do Mandado de Segurança), não havia possibilidade de se aplicar a regra de solidariedade do posto varejista de combustíveis, contida no artigo 6º, inciso XVI, da Lei nº 7.014.

Em que pese o julgamento do mérito do Mandado de Segurança ser contrário ao entendimento exarado na medida liminar, não é crível considerar que tal revogação, ocorrida somente quando da sentença do feito, implicou na retroação dos efeitos jurídicos (efeitos ex tunc), possibilitando, então, que o Fisco lançasse a exação sobre fatos geradores albergados sob o manto de mandamento judicial liminar.

Como bem disse o Recorrente, entendimento contrário (pela retroação dos efeitos) fere de morte o princípio basilar da segurança jurídica, eis que, o mandamento judicial era existente, válido e eficaz no mundo jurídico no momento de ocorrência dos fatos geradores.

Creio que, pela simples existência de uma Decisão judicial liminar, válida e eficaz, o Contribuinte confiou que o ato administrativo/normativo que inseria a distribuidora Arogas no regime especial de tributação, estava suspenso enquanto não fosse decidido o cerne do Mandado de Segurança impetrado. Tal situação nada é um típico exemplo do princípio da confiança legítima que se traduz na preservação dos atos válidos e/ou eficazes (mesmo que depois passem a ser considerados ilegais, inválidos ou até mesmo inconstitucionais) para que não se frustra a legítima expectativa estabelecida nas pessoas ou, no caso, nos contribuintes, diante de um posicionamento expedido pelo próprio Estado.

Em suma, não cabe dizer que a sentença do Mandado de Segurança restabeleceu o direito do fisco lançar o tributo por responsabilidade solidária sobre os fatos geradores ocorridos durante o prazo de vigência da medida liminar inicialmente concedida. A revogação da medida liminar, com a prolação da sentença no Mandado de Segurança tão somente assegurou que era perfeitamente possível incluir a distribuidora no Regime Especial de tributação em relação aos fatos ocorridos após a sua publicação e não antes, como entendeu a fiscalização e os julgadores de piso.

Como dito, pensar diferente é atentar contra os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, pilares do Estado Democrático de Direito.

Noutro giro, também tem razão o Contribuinte ao alegar que, mesmo com a concessão da medida liminar no Mandado de Segurança, poderia o Fisco cobrar o ICMS devido contra a distribuidora de combustíveis, consoantes as regras ordinariamente previstas na Lei nº 7.014/96, mas nunca, repise-se, contra o posto varejista, com base no citado inciso XIV do art. 6º da mesma Lei, devido à exclusão realizada por força da Decisão liminar.

Diante do tudo ora exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar insubsistente a infração 1”.

Em conclusão, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 088444.0066/13-3, lavrado contra BARBOSA TORRES COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO PONTO VERDE).

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de julho de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS