

PROCESSO - A. I. Nº 278937.1014/13-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LDC BIOENERGIA S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0070-02/14
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 06/08/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0223-12/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. (ETANOL HIDRATADO). FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DE ICMS. Exigência insubsistente em razão da exclusão da responsabilidade ao remetente de sua condição de contribuinte substituto para retenção e recolhimento do ICMS, relativo às operações subsequentes, em relação aos fatos geradores ocorridos durante a vigência do Regime Especial, concedido pela SEFAZ ao adquirente, no sentido de o mesmo efetuar o recolhimento do ICMS-ST. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso de Ofício em relação à Decisão proferida pela 2ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 22/04/2014 que julgou, por unanimidade, Improcedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 07/11/2013, com o objetivo de exigir crédito tributário, no valor histórico de R\$ 107.184,91 (cento e sete mil cento e oitenta e quatro reais e noventa e um centavos), em decorrência do cometimento da seguinte infração.

***Infração 01.** – Deixou de proceder à retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.*

O autuado apresentou impugnação ao Auto de Infração (fls.11/34), alegando a nulidade do mesmo, pois foi informada pela empresa destinatária, qual seja, FIX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA – ME, que à época esta era beneficiária do regime especial de antecipação do ICMS especificamente em relação ao produto contratado, tal regime esteve vigente entre 05/12/2012 (conforme Parecer juntado à fl. 32) até 18/03/2013 (fl. 34). Também requereu subsidiariamente, caso a junta não reconhecesse a nulidade do auto, a dispensa ou a redução da multa, em face da manifesta boa fé do autuado, que foi levada a erro ao considerar o benefício da empresa supramencionada.

O autuante apresentou informação fiscal, concluindo pela manutenção total do Auto de Infração guerreado (fls. 35/36), com o argumento de que o regime especial concedido à empresa destinatária tinha caráter de liminar concedido em Mandado de Segurança, tendo sido o mesmo revogado. Opinou de igual forma pela manutenção da multa, alegando que se o contribuinte foi levado a erro, não foi por culpa da autuante ou da legislação.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 2ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, improcedente o Auto de Infração nº 278937.1014/13-9/11-1, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para lançar crédito tributário em razão de o contribuinte ter deixado de proceder à retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos termos previstos no art. 10 da Lei nº 7.014/96 e no Convênio ICMS 110/2007.

Em suas razões de defesa o autuado alega ausência de sua responsabilidade em razão da remetente se encontrar excluída da sua condição de sujeito passivo por substituição, à época das operações realizadas, por força do regime especial que autorizava a adquirente, FIX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA, a não sofrer as ditas retenções do imposto por substituição, ficando a mesma obrigada a recolher o imposto próprio e por substituição devidos que não foram retidos. Portanto, à época das operações, o autuado não estava obrigada a proceder com a retenção e recolhimento do ICMS-ST nas operações interestaduais com destino à FIX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.

Por sua vez, o autuante informa que o regime especial concedido a Fix Distribuidora de Petróleo Ltda. foi obtido através de Liminar em Mandado de Segurança, sendo, portanto, de natureza precária. Logo, revogado a liminar, com o foi, estaria autorizada a cobrança do ICMS devido, desde o dia posterior à alteração havida na legislação tributária, atingindo inclusive operações ocorridas durante o período de vigência da liminar.

Admitindo-se a existência da aludida liminar ou simplesmente do citado regime especial em favor da adquirente do AEHC, a exclusão da condição do remetente como contribuinte substituto ocorreu quando da realização das operações, sob vigência de tal condição, ou seja, a autorização dada pela SEFAZ à FIX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA para efetuar, até o dia 15 do mês subsequente, o recolhimento do ICMS por substituição tributária na saída do álcool etílico hidratado combustível (AEHC), com base no disposto no inciso XIII do art. 332 do RICMS/12.

Portanto, a regra vigente à época dos fatos é clara e, posteriormente, revogada, impõe esclarecer que, no caso em exame, foi concedida tal autorização ao adquirente das mercadorias, o que, em consequência, excluía a responsabilidade do remetente de sua condição de contribuinte substituto para retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes.

Diante de tal ordem emanada pela própria SEFAZ/BA, à época dos fatos geradores, a remetente não estaria obrigada a reter e recolher o ICMS-ST, em razão do manto do referido Regime Especial e, em consequência, por ausência de requisito formal essencial à modificação do polo passivo desta relação jurídica tributária, a responsabilidade por substituição tributária, na condição de remetente, deixou de existir, haja vista a suspensão da obrigação do próprio remetente exigir do adquirente o valor do ICMS-ST a ser retido quando da saída da mercadoria do seu estabelecimento, não podendo a suposta querela judicial ou a própria revogação do regime especial retroagir contra terceiros, em respeito ao princípio da segurança jurídica, uma vez que não se poderia impor ao remetente dos combustíveis, conduta contrária ao quanto lhe foi imposto no ato da venda, por irreversibilidade da situação.

Assim, em razão de tal conclusão, restam prejudicadas as demais alegações de defesa, relativas à ilegitimidade passiva e de afastar a aplicação de multa. Diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 2ª JF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrido:

- a) No que concerne à alegação da nulidade da infração, a junta se posicionou de forma favorável ao contribuinte, pois a regra vigente à época dos fatos era a que concedia o regime especial à empresa destinatária, o que acabou por excluir a responsabilidade do autuado de sua condição de contribuinte substituto para recolhimento do ICMS.
- b) Em relação às demais alegações da defesa, julgou-as prejudicadas em razão da resolução pela nulidade do Auto de Infração.

A junta em mesma ocasião recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, I, “a”, item 01, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Após, os autos foram remetidos para o CONSEF para apreciação do Recurso.

VOTO

Basicamente, o contribuinte alegou que, de fato, a legislação estabelece a responsabilidade do remetente, por substituição, nas operações interestaduais de AEHC com destino a contribuintes localizados nesta unidade federada. Destacou que sempre cumpriu suas obrigações fiscais e que sempre procedeu com a retenção do ICMS-ST nas operações com destino ao Estado da Bahia. Entretanto, quando da realização das operações acima mencionadas, foi informada pela própria destinatária de que a FIX DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS era beneficiária do regime especial

de antecipação do imposto especificamente às operações com AEHC e de álcool não destinado ao uso automotivo, nos termos previstos no artigo 332, § 5º do RICMS/BA, cuja norma determina que as distribuidoras de combustíveis adquirentes de AEHC, oriundo de outros Estados, poderão, quando responsáveis solidariamente pelo recolhimento do imposto e mediante autorização da COPEC, ser responsáveis pelo recolhimento do ICMS-ST.

Para corroborar com a afirmação de que usufruía de tal regime especial, a destinatária das operações enviou a remetente o inteiro teor do Parecer nº 28730/2012, emitido pela SAT/COPEC/GEFIS em 05/12/2012, nos autos do Processo nº 232541/2012-7, à fl. 32 dos autos, no qual a destinatária teve o seu pedido de autorização DEFERIDO no sentido de efetuar o recolhimento do ICMS nas operações com álcool etílico hidratado combustível (AEHC), nos seguintes prazos:

- a) Até o dia 9 do mês subsequente ao das operações, o imposto relativo a operação própria, com base no disposto no § 5º do art. 332 do RICMS;
- b) Até o dia 15 do mês subsequente, o ICMS por substituição tributária na saída do álcool etílico hidratado combustível (AEHC), com base no disposto no inciso XIII do art. 332 do RICMS/12;
- c) Para a antecipação tributária parcial de pagamento até o dia 25 do mês subsequente, o interessado já se encontrava previamente credenciada.

Assim, segundo o contribuinte, insuscetível de dúvidas que a partir de 5 de dezembro de 2012, a destinatária das operações denunciadas (FIX DISTRIBUIDORA) possuía regime especial que lhe autorizava a não sofrer as ditas retenções do imposto por substituição, ficando, em contrapartida, obrigada a recolher o imposto próprio e por substituição devidos que não foram retidos, em detrimento da regra ordinária de obrigação da remetente, nas operações interestaduais, de proceder à retenção e recolhimento do ICMS-ST. Ou seja, à época em que as operações denunciadas foram realizadas, isto é, fevereiro de 2013, o autuado não estava obrigada a proceder com a retenção e recolhimento do ICMS-ST nas operações interestaduais com destino à FIX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA-ME (I.E. nº 67.715.792).

Salienta que, a empresa destinatária teve sua autorização de regime especial para dilação do prazo do pagamento do ICMS cassada em 18/03/2013, conforme Parecer nº 6229/2013, à fl. 34, igualmente emitido pela COPEC nos autos do Processo nº 046737/2013-1, à fl. 33 dos autos.

O autuante não negou tal fato em sua informação fiscal, tão somente aduziu que tal regime especial fora obtido através de liminar em Mandado de Segurança ajuizado pelo contribuinte, apesar de não trazer a fonte dessas informações, e que em se tratando de medida provisória posteriormente cassada seria devido o tributo.

Entendo não assistir razão ao autuante e ter agido com total acerto a JJF.

Não há, no presente PAF, nenhuma informação acerca de eventual medida judicial promovida pelo contribuinte, e tal fato não interferiria na ide.

A questão é que, conforme os Pareceres emitidos pela própria SEFAZ/BA, e anexados aos autos (fls. 32 a 34), a empresa FIX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA fazia jus, entre 05/12/2012 e 18/03/2013 a regime especial para dilação do prazo de pagamento do ICMS e por substituição tributária, que excluí do autuado qualquer obrigação de retenção do ICMS devido nas operações ocorridas durante esse período. Exatamente o caso dos autos.

Assim, entendendo restar irretocável a Decisão de piso, que concluiu:

Diante de tal ordem emanada pela própria SEFAZ/BA, à época dos fatos geradores, a remetente não estaria obrigada a reter e recolher o ICMS-ST, em razão do manto do referido Regime Especial e, em consequência, por ausência de requisito formal essencial à modificação do polo passivo desta relação jurídica tributária, a responsabilidade por substituição tributária, na condição de remetente, deixou de existir, haja vista a suspensão da obrigação do próprio remetente exigir do adquirente o valor do ICMS-ST a ser retido quando da saída da mercadoria do seu estabelecimento, não podendo a suposta querela judicial ou a própria revogação do regime especial retroagir contra terceiros, em respeito ao princípio da segurança jurídica, uma vez que não se poderia impor ao remetente dos combustíveis, conduta contrária ao quanto lhe foi

imposto no ato da venda, por irreversibilidade da situação.

Desta forma, diante do quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

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 **278937.1014/13-9**, lavrado contra **LDC BIOENERGIA S.A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS