

A. I. N° - 278937.1014/13-9
AUTUADO - LDC BIOENERGIA S.A.
AUTUANTE - WILDE RABELO DIAS FILHO
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 14.05.2014

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0070-02/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. (ETANOL HIDRATADO). FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DE ICMS. Exigência insubstancial 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. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 07/11/13, para exigir ICMS no valor de R\$107.184,91, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de que o remetente, ora autuado, localizado no Estado de Minas Gerais, deixou de proceder a 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, conforme demonstrado à fl. 5 dos autos, relativo às notas fiscais nº 57722, 57792, 57798, 57960, 57961, 57971 e 58097.

O autuado apresentou defesa, na qual esclarece que as operações glosadas ocorreram entre os dias 22 e 27 de fevereiro de 2013, tiveram como destinatário a FIX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA – ME (Inscrição Estadual nº 67.715.792) e cuja mercadoria vendida era o Álcool Etílico Hidratado Combustível – AEHC (NCM 2207.10).

Diz que a legislação estabelece a responsabilidade do remetente, por substituição, nas operações interestaduais de AEHC com destino a contribuintes localizados nesta unidade federada. Destaca 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.

Diz que 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 defendant, 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, a autuada 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 defendant observa que o próprio ato de cassação do regime especial, ocorrido apenas em 18/03/2013, somente corrobora a informação anteriormente dada pela própria destinatária de que, entre 22/02/2013 e 27/02/2013, era beneficiária de regime especial do qual dispensava a retenção do ICMS-ST, pelo remetente, nas aquisições interestaduais de AEHC de contribuinte não inscrito no Estado da Bahia. Assim, pelas razões expostas, diz ter se surpreendido com a cobrança do ICMS-ST não retido e recolhido por força de autorização concedida pela própria legislação estadual da Bahia e por ato administrativo expresso que lhe dispensou de tal obrigação tributária, razão de pedir a nulidade, por ilegitimidade passiva da autuada, haja vista a inexistência de sua responsabilidade, excluída da sistemática da substituição tributária, ou improcedência do Auto de Infração e, subsidiariamente, a dispensa ou redução da multa, em face da manifesta boa-fé da autuada, à luz do art. 159 do RPAF/BA.

Foi prestada informação fiscal, às fls. 35 e 36 dos autos, na qual o autuante destaca 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, isto é, revogado a liminar, com o foi, autorizada está 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.

Relativamente à multa, informa o autuante que se o contribuinte foi levado a erro, este erro foi praticado pela Fix Distribuidora de Petróleo Ltda. Já quanto à dúvida razoável e justificada de interpretação, diz que não procede, pois, como reconhecido pelo autuado, “é cediço que o ICMS possui disciplinamento específico a depender de sua destinação, se para fins carburantes ou não, em razão da sistemática adotada pela Constituição Federal de incidência do imposto sobre os combustíveis. Por sua vez, a legislação estabelece a responsabilidade do remetente, por substituição, nas operações interestaduais de AEHC com destino a contribuintes localizados nesta Unidade Federada.”, devendo deste modo prevalecer a multa cobrada. Requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para lançar crédito tributário em razão de o contribuinte ter deixado de proceder a 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, a autuada 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 278937.1014/13-9, lavrado contra **LDC BIOENERGIA S.A.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA – JULGADOR