

A. I. N° - 089643.0006/13-1
AUTUADO - TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO GETÚLIO VARGAS)
AUTUANTE - WERTHER PEREIRA DA SILVA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 27/05/2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0081-05/14

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. ICMS NÃO RECOLHIDO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **a)** IMPOSTO DEVIDO EM RAZÃO DA APURAÇÃO NORMAL. **b)** IMPOSTO DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (infrações 2 e 3). LANÇAMENTO APÓS CASSAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. A segunda instância deste Contencioso Administrativo Fiscal julgou reiteradamente improcedentes os autos lavrados, cujos fatos geradores ocorreram durante a vigência da liminar, tendo em vista que, em razão dessa, não haver o Regime Especial no período em questão e, por conseguinte, não nasceu a responsabilidade solidária do Posto Revendedor, numa opção clara pelos efeitos *ex-nunc*, uma vez caçada a medida liminar em mandado de segurança. O presente entendimento acompanha o proferido pelas Câmaras de Julgamento Fiscal. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 05/08/2013, no valor de R\$102.341,54, apura os seguintes fatos:

INFRAÇÃO 1 - Deixou, o adquirente, de recolher ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, adquirido junto à remetente sujeito a regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, ICMS no valor de R\$75.598,33, multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Deixou o adquirente, de recolher o ICMS devido por Responsabilidade Solidária, em aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, em que não houve nem retenção nem recolhimento do imposto. ICMS no valor de R\$24.863,37.

INFRAÇÃO 3 - Deixou de recolher, por responsabilidades solidária, o valor do ICMS substituído, devido porem não retido em operações de aquisição de combustível junto ao remetente sujeito a regime Especial de Fiscalização, e obrigado ao pagamento do ICMS no momento da saída de mercadoria através de nota fiscal sem retenção do ICMS substituído e consequentemente desacompanhada do respectivo documento de arrecadação. ICMS no valor de R\$ 1.879,84, multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, às fls. 183 a 188, afirmando que não há que se falar em responsabilidade solidária da Autuada, uma vez que a distribuidora que lhe vendeu os combustíveis não estava enquadrada no referido Regime Especial de Fiscalização, ao contrário do que aponta o auto de infração.

Afirma que a AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA estava excluída do referido Regime

Especial à época das compras realizadas, por força da decisão judicial proferida no Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001, em 24/05/2013 (doc.3). A decisão judicial concedeu a liminar para determinar a suspensão dos efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012, excluindo a distribuidora do regime especial de fiscalização e pagamento referente ao ICMS, para que não sofra quaisquer atos que resultem na aplicação do regime especial elencadas no art. 47 da Lei nº 7.014/96-BA.

Complementa afirmando que os lançamentos do Auto de Infração nº 089643.0006/13-1 devem ser julgados improcedentes, pois se refere a fatos geradores ocorridos no período em que a distribuidora estava excluída do Regime Especial de Fiscalização (22/06/2012 a 14/11/2012), por força da decisão liminar concedida desde 24/05/2012.

Registra que, caso a responsabilidade solidária seja efetivamente mantida, o que não se espera, a Impugnante possui então direito a créditos de ICMS, os quais foram ignorados pela autuação

Consigna que 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. 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.

Alinha que a Autuada 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. Tal procedimento está amparado pelo princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Argumenta que o direito a não-cumulatividade está previsto na Constituição Federal (art. 155, § 2º, I), bem como na Lei Estadual do ICMS (7.014/96).

Quanto às multas, assegura 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.

Pede pela improcedência da autuação e subsidiariamente que sejam concedidos os créditos fiscais.

Consta, às fls.248, pedido de diligência, considerada desnecessária pela ASTEC/CONSEF.

O autuante, às fls. 210 a 214, apresenta a informação fiscal afirmando que o lançamento tributário contemplou operações de vendas realizadas, no período de junho a novembro de 2012, pela distribuidora AROGAS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., Inscrição Estadual 077.471.729 e CNPJ 01.252726/0010-31, por estarem desacompanhadas da devida comprovação do recolhimento do ICMS, obrigação imposta por força de regime especial de recolhimento, tendo por destinatário o adquirente ora impugnante, responsável por solidariedade.

Afirma que a cobrança do tributo de que trata o AI está amparada no art. 6º da Lei nº 7.014/96, inciso XVI, que atribui ao posto revendedor varejista de combustíveis, responsabilidade solidária em relação ao combustível adquirido de contribuinte sujeito a regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação correspondente, bem assim, o § 3º, do mesmo diploma legal, que faculta ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos.

Quanto à arguição de existência de liminar, afirma que, em respeito à ordem judicial, enquanto vigente, se absteve de exigir o cumprimento solidário da obrigação tributária, contudo, em 23/01/2013, sobreveio à decisão de mérito, denegatória da segurança, com efeitos *ex tunc*, retroage à data da liminar, assim, teve-se por restabelecido, plenamente, a sujeição ao regime especial e, por consectário, em absoluta legalidade o Auto de Infração, fundado na responsabilidade solidária, eis que sua lavratura ocorreu em 05/08/2013, portanto, em data posterior à decisão

mandamental.

Alinha que, por outro lado, aduz o impugnante assistir-lhe direito ao creditamento do imposto, caso seja mantida a exigência da obrigação por responsabilidade solidária do tributo, em consonância com o princípio da não cumulatividade, de modo que possa creditar-se do ICMS correspondente ao que foi pago pela distribuidora quando da aquisição à usina.

Entende que a pretensão da impugnante para creditamento do ICMS, na hipótese, esbarra na falta de amparo legal, considerando-se, sobretudo, a sistemática tributária que envolve o posto revendedor na cadeia de incidência do imposto, porquanto se sabe que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS normal e da substituição tributária ao posto revendedor é da distribuidora. Logo, não há se falar em ferimento ao princípio da não cumulatividade. Convém ressaltar que, somente, quando a distribuidora, uma vez submetida ao regime especial, deixe de cumprir voluntária e corretamente o recolhimento do ICMS normal é que então sujeitará o posto revendedor à solidariedade pelo cumprimento dessa obrigação tributária. Logo, na espécie, se direito lhe assiste será o de cobrar regressivamente do remetente as quantias que repassar para a Fazenda Pública.

Argumenta que não há se falar em exclusão dos encargos aplicados, uma vez que exigidos em conformidade com a legislação em vigor.

Assegura que as descrições das infrações não deixam dúvida quanto aos fatos geradores nem ao que objetivamente se referem. Ressaltando que o Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS, encontram-se, também, sob o amparo da Lei Complementar nº 87/96, que na forma da lei, nos termos do seu art. 5º, poderá ser atribuído a terceiros a responsabilidade do pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

Conclui que nos termos da presente informação e dos fundamentos expendidos, a autuação fiscal deve ser julgada integralmente procedente, e o autuado instado ao pagamento do imposto contido no AI, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla a exigência de três infrações, já devidamente relatadas.

Verifico que a impugnação tem destaque, no que alude ao mérito, à arguição da inexistência dos efeitos retroativos que teriam a cassação do mandado de segurança quanto aos fatos geradores que estavam sob sua proteção durante sua vigência, bem como o direito do sujeito passivo em se creditar do imposto devido pelo seu fornecedor cujo pagamento por solidariedade lhe é atribuído.

Entende o sujeito passivo que 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.

Essa questão já foi alvo de duas decisões por unanimidade dessa mesma unidade fracionaria do CONSEF, conforme ACÓRDÃOS da 5ª JJF Nºs 0059-05/14 e 0053-05/14, em relação às quais participei como julgador.

Diante das aludidas Decisões se tornou desnecessário o pedido de diligência, relativo ao presente processo, razão do indeferimento do acenado pedido pela ASTEC/CONSEF, por conseguinte, não havendo razão para modificar o entendimento reiterado dessa 5ª JJF, cabe seguir a mesma linha do que já decidido anteriormente.

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.

Destarte, entendeu este Conselho de Fazenda, em inúmeras decisões, inclusive de segunda instância, que toda autuação e o conseqüente lançamento levado a efeito pelo fisco durante a vigência do mandado de segurança, em relação à solidariedade do posto revendedor, revestia-se de improcedência.

Assevera o impugnante que, mesmo após a cassação do mandado de segurança, continuaria protegido pelos efeitos daquela medida, não podendo ser feito o lançamento. Para contrapor a tal arguição, poderia se arguir aqui, a Súmula nº 405 do STF, que diz textualmente que tem efeito retroativo, *ex-tunc*, o 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.

Por conseguinte, 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:

3ª 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 derogado 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.

A respeito do tema esta 5ª 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).

No caso julgado pelo STJ, REsp 1028716/RS, 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 em casos como esse, uma vez denegada em sentença a ação mandamental obtida pelo contribuinte substituído, é impossível onerar o contribuinte substituto, repassando-lhe o ônus

tributário. Considera que foi concedida a tutela de cunho satisfativo, gerando situação caracterizada como definitiva.

Apesar 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.

Consoante a aludida decisão do STJ, no presente caso, foi também concedida à tutela de cunho satisfativo, provocando uma situação qualificada como definitiva.

Além do mais, alcançar o Posto Revendedor, para lhe atribuir uma responsabilidade solidária após a revogação da medida liminar, sem que o aludido Posto Revendedor nem mesmo tenha integrado a lide é no mínimo violar o direito ao contraditório e da ampla defesa.

Ademais, as inúmeras decisões em segunda instância deste Conselho de Fazenda (ACÓRDÃOS 2ª CJF Nº 0044-12/13 e 1ª CJF Nº 0056-11/13), de que se revestiam da improcedência 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 da inexistência da responsabilidade solidária dos adquirentes de combustíveis durante a vigência das liminares, em outro dizer, sem o regime especial, não nasce a responsabilidade solidária do posto revendedor.

Assim, entendo que se a segunda instância deste Conselho de Fazenda julgou reiteradamente improcedentes os autos lavrados, cujos fatos geradores ocorreram durante a vigência da liminar, tendo em vista que, em razão dessa, não haver o Regime Especial no período em questão e, por conseguinte, não nasceu a responsabilidade solidária do Posto Revendedor, numa opção clara pelos efeitos *ex-nunc*, uma vez caçada a medida liminar em mandado de segurança.

No presente caso, estamos diante de uma decisão liminar que foi ajuizada pelo Distribuidor, fornecedor do autuado, a quem deve ser exigido o tributo, ora reclamado, uma vez que foi reformada a decisão proferida em caráter liminar.

Pelo exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do lançamento 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **089643.0006/13-1**, lavrado contra **TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO GETÚLIO VARGAS)**.

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”, 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2014.

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR