

A. I. Nº - 269276.0015/13-0
AUTUADO - POSTO VIENA COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA
AUTUANTE - AROLDO FERREIRA LEÃO
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
INTERNET - 01.10.2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0180-05/14

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. 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 cassada a medida liminar em mandado de segurança. O presente entendimento acompanha o proferido pelas CÂMARAS. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 11/09/2013, para imputar ao sujeito passivo a falta de recolhimento do 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. ICMS no valor de R\$17.006,24. Multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, às fls. 17 a 31 dos autos, arguindo que os produtos comercializados pela autuada foram adquiridos junto a fornecedores regulares, com inscrição no CNPJ, inscrição estadual e autorização da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP. Os produtos adquiridos foram contabilizados e escriturados na forma legal, inclusive no livro de movimentação de combustíveis, LMC, de exigência da ANP e que serve também para a análise da fiscalização do Estado, em face do convênio que existe entre este e a ANP. A autuação foi porque deixou o adquirente de recolher o ICMS normal, devido por solidariedade, nas operações de aquisição de combustível, adquirido junto ao 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 (violação da Lei nº 7.014/96).

Afirma que lhe foi atribuída a responsabilidade solidária, quando sequer existiria multa formal por descumprimento de obrigação acessória, já que o imposto foi recolhido pela fonte que forneceu o combustível, tanto que foram encaminhados os comprovantes de pagamento que ora são anexados.

Inicialmente, quer a autuada indicar a incompetência do INFAZ – JUAZEIRO para lavrar auto de

infração, considerando que a cidade de Santa Bárbara fica vinculado a INFAZ de Feira de Santana, distando cerca de 30Km uma cidade da outra, enquanto que a cidade de Juazeiro estaria a quase 380Km da cidade de Santa Bárbara. A incompetência da autoridade fazendária implica na nulidade do próprio auto de infração o que de logo fica requerido.

Alega que a norma modificativa da Lei nº 7.014/96, que instituiu a possibilidade de solidariedade do posto para com a distribuidora quando o regime especial de fiscalização for imposto a esta, somente poderia ser exigido com ampla publicação da condição do regime especial. Não se deu publicidade necessária ao fato, somente se tendo notícia através do site da SEFAZ. Ora, a própria lei que determina a publicidade pra validade da norma não estabelece a possibilidade de que se cumpra o mandamento tão somente através do site na internet. Restringiu-se o direito do contribuinte, já que sem as informações necessárias adquiriu o produto de distribuidora no regime especial, todavia esta tinha inscrição estadual regular, inscrição no CNPJ e autorização da ANP. A Constituição Estadual não traz imposições de princípios gerais para a administração pública, isto porque deve ser seguido os princípios impostos pelo art. 37 da CF/88 a saber:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ... (grifo nosso).

Consigna que a SEFAZ não pode obrigar ao contribuinte a buscar no seu site notícias acerca do regime especial, furtando-se em cumprir o determinado pelo princípio constitucional que impõe que todos os atos administrativos sejam publicados e, como se sabe, para alcançar a todos e não uma pequena parte como se alcança com a publicação somente através da internet.

Alinha considerações e doutrina sobre a publicidade dos atos administrativos, para, em seguida afirmar que e o período que se busca a cobrança (junho a outubro de 2012), por solidariedade, do ICMS devido pela distribuidora AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., não tem fundamento legal.

Argui que a SEFAZ através de comunicado SAT nº 0001/2012, informou ao contribuinte que a AROGÁS estaria sob regime especial, porém indica que foi concedida liminar em 29 de maio de 2012, Processo nº 003005/2012 (nº do CNJ 0341915-21.2012.805.0001, da 2ª Vara da Fazenda Pública de Salvador) e, esta, foi no sentido de que a empresa fosse excluída do regime especial de fiscalização. Foi feito comunicado ao SINDICOMBUSTÍVEIS – BAHIA dizendo que a liminar teria sido cassada no início de 2013, pela sentença de mérito (prolatada em 23 de janeiro de 2013, publicada em 31 de janeiro de 2013), conforme anexos. Ante a tal contexto, tem-se que a liminar vigeu durante o período de junho a até a publicação da sentença de mérito – janeiro de 2013, - isto significando que a SEFAZ não poderia cobrar o ICMS pretendido.

Invoca o princípio da segurança jurídica, trazendo farta doutrina, e dispositivos legais. Assegura que a aplicação e efeitos da Liminar, antes, inspira as normas que, no âmbito do Direito Positivo, lhe atribuem efetividade, não se podendo, portanto, esquecer que a liminar concedida importou em atos que não podem ser desconhecidos e nem tampouco tomá-los por infracionais depois da queda da liminar. Os efeitos subsistem e têm que ser respeitados.

Pede, por fim, a improcedência do auto de infração, requer, ainda, acaso não for considerado o auto improcedente, por cautela, que se descaracterize a multa aplicada, pois que o correto seria a aplicação do disposto do RICMS, que prevê a multa acessória e ainda teria de considerar que já se pagou parte do imposto, para não ocorrer bitributação, por ser de direito.

Requer, mais, que para o caso de manutenção do auto seja determinado a compensação sobre os valores já pago regularmente pela distribuidora e como comprovado pelos documentos anexados, porquê se acaso for mantida a imputação dos valores constantes do auto, restará evidente que o Estado pretende cobrar duas vezes por uma só operação de circulação de

mercadorias, ocorrendo bitributação. A distribuidora praticamente pagou todos os valores do ICMS substituição, ficando quitado um terço do valor devido. Além disso, mesmo que se considere a cassação da liminar, não haveria a incidência de multa, juros e correção enquanto perdurou a liminar.

Requer o direito de ser intimada de todos os atos do procedimento administrativo, em especial a impugnação a ser apresentada pelo autuante, sob pena de nulidade processual.

O autuante, por sua vez, apresenta às fls. 48 e 49 dos autos informação fiscal aduzindo que quer a autuada indicar a incompetência da INFAZ – Juazeiro para lavrar auto de infração. Argumenta que o auto de infração está sendo lavrado por quem de direito, após se seguir todos os trâmites legais para que o mesmo ocorresse. No que alude a falta de publicidade necessária ao fato, afirma que se trata de uma argumentação falsa e que a SEFAZ agiu dentro da lei, mostrando que o mesmo infringe a lei nº 12040/10, que garante em seu texto a responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, adquirido junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização, obrigando os Postos revendedores a pagarem o valor do ICMS ao Fisco Baiano caso adquiram produtos de distribuidoras sujeitas ao dito Regime Especial da SEFAZ/BA, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação.

Quanto à argumentação, na terceira justificativa, de que a Arogás Comércio de Combustíveis Ltda, à época da fiscalização, não estava sujeita ao Regime Especial de Fiscalização, na página 20, alude que há novo engano, visto que tal procedimento só foi efetuado visto que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, agindo dentro das normas e abrangências relativas ao caso, constatou que era possível, através da Operação Solidariedade II, a intimação do referido contribuinte, para apresentação dos DAE's do ICMS normal e ST, para, caso não fossem apresentados, se efetuar a cobrança dos mesmos. O art. 2º da lei nº 12040/10, traz no inciso XVI, o detalhamento do que foi exposto anteriormente, ou seja, a fundamental importância do fato de o contribuinte, por solidariedade, estar sujeito ao pagamento do ICMS:

“XVI - o posto revendedor varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação;”

No que alude ao pedido de afastamento da multa e juros, assegura que a referida aplicação de multa e juros está vinculada à infração relacionada neste auto de infração. O fato do contribuinte ter deixado de recolher o 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, o penaliza com o art. 42, inciso II, alínea “f” da lei 7014/96. O contribuinte, em sua conclusão, erroneamente, pede a nulidade do Auto. Descumprindo a lei nº 12040/10, não apresentou os DAE's solicitados pelo Fisco referentes ao ICMS Normal. Desta forma, infringindo a lei, pede o impossível, renega o teor, a expansão, a agudeza e essência dos fatos, mantém-se alheio aos ditames e preceitos coerentes do RICMS/BA e da lei nº 12040-10.

Pede, assim, a procedência do auto de infração.

Consta, às fls. 31 a 33 dos autos, cópia da decisão liminar em Mandado de Segurança, concedido a Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., excluindo a mesma do Regime Especial de Fiscalização, expedida em 23 de maio de 2012.

VOTO

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

Visto a prevalência do entendimento quanto ao mérito, constante do presente voto, cabe passar para tal exame, ultrapassando as arguições quanto aos aspectos formais suscitadas pelo impugnante.

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.

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 fracionária do CONSEF, conforme ACÓRDÃO da 5ª JJF Nº 0059-05/14 e ACÓRDÃO da 5ª JJF Nº 0053-05/14, em relação às quais participei como julgador, 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.

Assim, entendeu este Conselho, 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.

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:

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.

Esta 5ª Junta de Julgamento, contudo, 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 para 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.

Assim, como na 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.

Além disso, as inúmeras decisões em segunda instância deste Conselho de Fazenda (ACÓRDÃO 2ª CJF Nº 0044-12/13, ACÓRDÃO 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 houve 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 cassada 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 **269276.0015/13-0**, lavrado contra **POSTO VIENA COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de Setembro de 2014

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE / RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN –JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR