

PROCESSO - A. I. Nº 020983.0027/13-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
(POSTO MEMORIAL)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JJF nº 0012-03/15
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 13/05/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0109-12/15

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO. IMPOSTO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA. A remetente das mercadorias não se encontrava submetida ao Regime Especial de Fiscalização, quando das saídas destas com destino ao estabelecimento autuado, não sendo possível fazer incidir a regra da solidariedade passiva. Ainda que tenha sobrevindo a Decisão de mérito desfavorável à empresa Arogás Comércio de Combustíveis Ltda, não é possível promover a cobrança do ICMS à autuada, pois no momento da aquisição não havia solidariedade, não lhe sendo possível, portanto, exigir da vendedora que circulasse com um DAE do imposto quitado. Infração elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Consta dos autos Recurso de Ofício proposto em face do acórdão epigrafado que julgou pela Improcedência do Auto de Infração lavrado em 28/08/2013, para exigir ICMS, no valor de R\$138.937,50, acrescido de multa de 60% por imputar as seguintes irregularidades:

Infração 01 (02.14.01) – Na condição de adquirente, deixou de recolher ICMS Normal, no valor de R\$98.955,44, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível 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 através da nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação, de Junho a novembro de 2012.

Infração 02 (07.10.04) – Na condição de adquirente, deixou de recolher ICMS retido, no valor de R\$39.982,06, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível junto a remetente sujeito a regime Especial de Fiscalização, com obrigatoriedade do pagamento do ICMS retido no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento através da nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação do ICMS substituído, nos meses de junho a novembro de 2012.

A JJF ao dirimir o contencioso administrativo proferiu Decisão nestes termos:

“Este Auto de Infração cuida da falta de recolhimento do ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, etanol hidratado, adquirido junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização, com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, nos meses de junho a novembro de 2012, infração 01 e falta de recolhimento do ICMS retido, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível junto a remetente sujeito a regime Especial de Fiscalização, infração 02.

Constatou que o autuante descreveu detalhadamente os fatos objeto do presente lançamento de ofício, tendo apresentado um demonstrativo de débito anexo à peça inaugural, no qual relaciona todos os documentos fiscais que acobertaram as operações em foco, minuciando o valor de cada uma das aquisições, e a base de cálculo utilizada, além do imposto devido apurado. Afasto, portanto, as preliminares de nulidades arguidas pelo autuado.

O autuado nas razões de defesa negou o caráter ilícito da conduta a ela atribuída, alegando que a Distribuidora 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, cópia fls. 53/55, portanto, a defendant não estaria obrigada a recolher o ICMS ora exigido, por ausência de requisito formal essencial à modificação do pólo passivo desta relação jurídica tributária.

O próprio autuante reconheceu que, à época da saída das mercadorias, a distribuidora (vendedora das mercadorias) encontrava-se amparada por medida liminar em mandado de segurança, no entanto, disse que a concessão de medida liminar na ação mandamental não impede a atuação estatal quanto à cobrança, objetivando resguardar o crédito tributário enquanto vigente dos efeitos da decadência.

No caso em comento, a liminar foi concedida conforme Comunicado SAT nº 0001/2012 em 29.05.2012.

É de conhecimento da administração fazendária que a empresa Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., se encontrava desde 29/05/2012, amparada por Decisão liminar, exarada pelo Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, mediante a qual foi expedida a ordem para que a administração fazendária suspendesse os efeitos do Comunicado SAT e, por conseguinte, excluisse a impetrante do Regime Especial de Fiscalização.

Merce registro quanto ao mérito da questão, as manifestações da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS) em outros processos envolvendo idêntica discussão. A PGE vem consolidando entendimento no sentido de que para os casos em que a autuação por responsabilidade solidária fosse lavrada contra o posto, e não contra o distribuidor, não se poderia impor ao posto revendedor, adquirente dos combustíveis, conduta contrária ao quanto judicialmente decidido, exigindo a prova de tributo cujo recolhimento antecipado fora, em última análise, dispensado por ordem judicial. Nesse sentido os Pareceres exarados nos Processos nº A. I. 022078.0004/12-1 e A. I. 206985.0013/11-7, que resultaram nos Acórdãos nºs 0265-12/13 e 0394-12/13, respectivamente, exarados pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF.

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 ainda que haja 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.

No mesmo sentido cito outras decisões deste CONSEF, proferidas nas Câmaras de Julgamento Fiscal, a exemplo dos Acórdãos nºs 0056-11/13, 0067-11/13, 0112-11/13, 0072-12/13, 0094-13/13, 0108-13/13, 0233-13/13.

Isto posto, acolho a pretensão defensiva para afastar a exigência tributária incidente sobre as operações que envolveram aquisições feitas junto à Distribuidora AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA, nos períodos objeto da autuação, visto que por Decisão judicial em sede de Liminar, a referida Distribuidora não se sujeitava ao Regime Especial de Fiscalização e Pagamentos do ICMS (art. 47, I e II, da Lei nº 7.014/96).

Registre-se ainda que os efeitos da Decisão Liminar em favor da Distribuidora alcançaram diretamente o autuado, pois, em tais circunstâncias não pode ser exigido o ICMS de terceiros por solidariedade, em razão da suspensão dos efeitos da Lei nº 12.040/2010 que deu redação ao art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96.

Fica prejudicado o exame das demais razões defensivas relativas ao creditamento do ICMS incidente nas operações anteriores e os pedidos de exclusão de multas e juros.

Ante ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Ao final do voto, a JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

Na assentada de julgamento, a conselheira Alexandrina Natália Bispo dos Santos, declarou-se impedida por ter participado do julgamento da JJF na condição de Relatora.

VOTO

Por força da Decisão de origem, sobe ao crivo desta CJF, o exame da acusação fiscal no sentido de que, na condição de adquirente, o sujeito passivo deixou de recolher ICMS Normal, no valor de R\$98.955,44, devido por responsabilidade solidária nas operações de aquisição de combustível

junto ao remetente sujeito a regime Especial de Fiscalização, com obrigatoriedade do pagamento.

De início, com lastro no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, considero presentes todos os requisitos necessários à lavratura do Auto de Infração em tela, tendo sido observados os princípios do devido processo legal, a teor dos incisos LIV e LV do art. 5º, da Carta Magna.

A defesa, conforme relato supra, tem como essência a tese de que, cabia à Distribuidora remetente do etanol hidratado, ou seja, a AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA. IE 77471729 a retenção do ICMS, a qual, todavia, foi excluída do Regime Especial de Fiscalização através de Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.805.0001, ante a Decisão limitar exarada pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, como verifico das cópias de fls. 53/55.

E, de fato, como dos autos consta, a AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., desde 29/05/2012, estava amparada pela dita Decisão liminar da qual emana ordem para que a administração fazendária deste Estado suspendesse os efeitos do Regime Especial de Fiscalização.

Constatou que o próprio autuante admitiu que, quando da saída das mercadorias, essa distribuidora encontrava-se desobrigada, do que se conclui inexistir conduta ilícita que possa ser imputada, à vista da exclusão do Regime Especial de Fiscalização.

Logo, devo concluir ainda, que o autuado não estaria obrigado a recolher o ICMS exigido no lançamento tributário em foco, lhe assistindo razão para requerer o afastamento da exigência tributária incidente sobre as operações que envolveram aquisições feitas junto à Distribuidora AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA, nos períodos objeto da autuação, à luz da Liminar, já que a distribuidora não mais se subordinava ao Regime Especial de Fiscalização e, por conseguinte, ao pagamento do ICMS a teor do art. 47, I e II, da Lei nº 7.014/96.

E como os efeitos dessa Decisão referida se estendem diretamente ao sujeito passivo, descabe lhe exigir o ICMS de terceiros por solidariedade, face à suspensão dos efeitos da Lei nº 12.040/2010, que deu redação ao art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96.

Do 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 **020983.0027/13-7**, lavrado contra **RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO MEMORIAL)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS