

PROCESSO - A. I. Nº 020983.0005/13-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO MATATU)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0025-03/15
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 13/05/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0115-12/15

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 sobrevivendo 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

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 3ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 03/02/2015 que julgou, por unanimidade, Improcedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/08/2013, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 141.075,00 (cento e quarenta e um mil e setenta e cinco reais), em decorrência do cometimento de 02 (duas) infrações.

***Infração 01. RO** – Deixou o adquirente, de recolher ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível junto a remetente sujeito ao Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, em vista do seu recebimento através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação. Período fiscalizado: 20/06/2012 a 13/11/2012. Valor do débito: R\$101.175,03, acrescido da multa de 60%;*

***Infração 02. RO** – Deixou o adquirente, de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações de vendas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Período fiscalizado: 20/06/2012 a 13/11/2012. Valor do débito: R\$39.899,97, acrescido da multa de 150%.*

O autuado apresentou defesa administrativa face o Auto de Infração em epígrafe (fls. 47/52), atacando o mérito do lançamento.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls.72/75), mantendo o Auto de Infração em seu inteiro teor.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 3ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Improcedente o Auto de Infração nº 020983.0005/13-3, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

Cuida o presente lançamento 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, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações de vendas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados neste Estado - infração 02.

Afiguram-se devidamente circunstanciados nos autos os fatos objeto do presente lançamento de ofício, alicerçado em demonstrativo de apuração e de débito, fls. 16 a 42, que discrimina individualizadamente os documentos fiscais que acobertaram as operações, indicando o valor de cada uma das aquisições, e a base de cálculo utilizada, além do imposto devido apurado. Portanto, resta evidenciada a devida formalização do Auto de Infração.

Em suas razões de defesa, o impugnante denegou o cometimento das irregularidades atribuídas, consoante acusação fiscal, alegando que a Distribuidora remetente do etanol hidratado AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., Inscrição Estadual nº 77471729 fora excluída do Regime Especial de Fiscalização através de Mandado de Segurança, processo de nº 0341915-21.2012.805.0001, com tramitação na 2ª vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador - BA, cópia fls. 53 a 55, portanto, a defendente não estaria obrigada a recolher o ICMS ora exigido, por ausência de requisito formal essencial à modificação do pólo passivo desta relação jurídica tributária.

Ao prestar informação fiscal, o auditor fiscal designado 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, aduziu 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.

Consta no sistema de controle de liminares da SAT/SEFAZ 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, excluísse a impetrante do Regime Especial de Fiscalização.

Registro que a Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS) vem consolidando entendimento no sentido de que, para os casos em que a autuação por responsabilidade solidária, seja lavrada contra o posto, e não contra o distribuidor, sob o fundamento de não se poder 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. Ressalto que, nesse sentido, os Pareceres exarados nos Processos nº A. I. 022078.0004/12-1 e A. I. 206985.0013/11-7 desaguaram, respectivamente, nos Acórdãos CJF de nºs 0265-12/13 e 0394-12/13, exarados pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Convém salientar que as decisões em caráter liminares concedidas pelo Poder Judiciário se prestam a garantir a necessária segurança jurídica ao contribuinte acerca dos seus atos, ficando, pois, protegido pela Lei, com a devida autorização para 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, mesmo havendo 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.

Saliento que, nesse mesmo alinhamento tem sido o teor de decisões deste CONSEF, proferidas pelas Câmaras de Julgamento Fiscal, a exemplo dos Acórdãos CJF nº 0056-11/13, CJF nº 0067-11/13, CJF nº 0112-11/13, CJF nº 0072-12/13, CJF nº 0094-13/13, CJF nº 0108-13/13 e CJF nº 0233-13/13.

Assim, fica patente que os efeitos da Decisão Liminar em favor da Distribuidora alcançaram diretamente o autuado, pois, em tais circunstâncias é descabida a exigência o ICMS de terceiros por solidariedade, em razão da suspensão dos efeitos da Lei nº 12.040/2010 que promoveu nova redação ao art. 6º, inciso XVI, da Lei nº 7.014/96.

Isto posto, concluo pela insubsistência das duas infrações do Auto de Infração, afastando a exigência tributária incidente sobre as operações que envolveram aquisições feitas junto à Distribuidora AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA. Eis que, nos períodos objeto da autuação, por Decisão judicial em sede de Liminar, a referida Distribuidora não se sujeitava ao Regime Especial de Fiscalização e Pagamentos do ICMS, consoante expresse teor do art. 47, inciso I e inciso II, da Lei nº 7.014/96.

No que diz respeito às razões defensivas relativas ao creditamento do ICMS incidente nas operações anteriores e os pedidos de exclusão de multas e juros, por perda de objeto, ficam prejudicadas.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Em seguida, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da presente Decisão para uma das

Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 3ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrido:

- a) Preambularmente afirmou estarem devidamente circunstanciados nos autos, os fatos objeto do lançamento, alicerçado em demonstrativo de apuração e de débito, o qual teria discriminado individualizadamente os documentos fiscais que acobertaram as operações, indicando o valor de cada uma delas, bem como a base de cálculo utilizada e o imposto devido;
- b) Em relação ao mérito das infrações, constatou que no sistema de controle de liminares da SAT/SEFAZ, 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 e Salvador, a qual a excluiria do Regime Especial de Fiscalização;
- c) Continuou argumentando que, conforme as impugnações do sujeito passivo, a Distribuidora Arogás não estaria sujeita, no período fiscalizado, ao Regime Especial de Fiscalização e Pagamentos do ICMS, consoante expresso teor do art. 47, inciso I e II, da Lei nº 7.014/96;
- d) Quanto às razões relativas ao creditamento do ICMS incidente nas operações anteriores e aos pedidos de exclusão de multas e juras, julgou que as mesmas quedariam prejudicadas, por perda de objeto.

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

Em sessão de julgamento a Conselheira Alexandrina Bispo se julgou impedida de participar do julgamento por compor a JJF que prolatou a Decisão recorrida.

VOTO

Constato que o presente Recurso de Ofício fora interposto pela 3ª JJF, com fundamento no art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11, após proferir Decisão julgamento o AIIM ora combatido, totalmente improcedente.

O procedimento fiscalizatório versa sobre duas infrações. A primeira tem como escopo a ausência de recolhimento, no momento das saídas, do ICMS normal por responsabilidade tributária, nas operações de aquisição de combustível proveniente de empresa sujeita ao Regime Especial de Fiscalização.

Já a segunda, trata da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas operações de venda de combustíveis e lubrificantes realizadas perante contribuintes localizados neste Estado.

De fato, ao analisar o teor da liminar proferida no Mandado de Segurança de nº 0341915-21.2012.8.05.0001 (fls.53/55), a empresa Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., estava, no período fiscalizado, excluída do Regime Especial de Fiscalização, conforme trecho da referida Decisão, que determinou a suspensão dos efeitos do Comunicado SAT nº 01/12:

“que a Impetrada suspenda os efeitos do Comunicado SAT nº 01/2012, para excluir a Impetrante do regime especial de fiscalização e pagamento referente ao ICMS, retornando ao seu status quo ante, bem como que se abstenha de praticar quaisquer atos que resultem no enquadramento da Impetrante em outras hipóteses que resultem na aplicação do regime especial elencadas no art. 47 da Lei nº 7.014/96-BA”.

Destarte, considerando o supra exposto, é inconteste a impossibilidade de se imputar à recorrida a responsabilidade solidária na ocasião da compra de combustíveis comercializados pela Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., bem como o dever de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição; enquanto vigente a liminar.

Por consectário lógico, tendo em vista que a liminar fora concedida em 23/05/2012, e que as infrações abarcam os meses de junho a novembro de 2012, período no qual a Distribuidora já se encontrava excluída do Regime Especial de Fiscalização, revela-se plenamente acertada a Decisão proferida pela 3ª JJF.

Tal posição é pacífica neste CONSEF.

Nesses termos, 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 **020983.0005/13-3**, lavrado contra **TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO MATATU)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS