

PROCESSO - A. I. Nº 020983.0029/13-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDOS - RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0027-03/15
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 13/05/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0118-12/15

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 de Ofício contra Decisão proferida pela 3ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 04/02/2015 que julgou, por unanimidade, Improcedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/08/2013, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 136.800,00 (cento e trinta e seis mil e oitocentos 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 14/11/2012. Valor do débito: R\$ 97.287,08;

Infração 02. RO – Deixou o adquirente, de recolher ICMS retido, por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito ao Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS retido no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento da mercadoria, através de nota fiscal não acompanhada do documento de arrecadação do ICMS substituído. Período fiscalizado: 20/06/2012 a 14/11/2012. Valor do débito: R\$ 39.512,92.

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.69/72), mantendo o AIIM 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 020983.0029/13-0, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

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.

Constato 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 argüidas 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 2ª vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador - BA, cópia fls. 53/55, 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.

O próprio auditor responsável pela informação fiscal 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, excluísse a impetrante do Regime Especial de Fiscalização.

Merece 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.

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 saída, 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”.

Dessarte, 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 ACOLHIMENTO 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 **020983.0029/13-0**, lavrado contra **RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR.PGE/PROFIS