

PROCESSO - A. I. Nº 020983.0007/13-6
RECORRENTE - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO MIRANGA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JJF nº 0042-03/15
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 18/05/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0130-12/15

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 Recurso de Ofício interposto pela 3ª JJF que julgou Improcedente o Auto de Infração lavrado em 20/08/2013, no qual exigiu o valor de R\$156.037,50 de ICMS em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 02.14.01. 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\$111.575,19, acrescido da multa de 60%.

Infração 02 - 07.10.06. Deixou o adquirente, de recolher por solidariedade o valor do ICMS substituído, devido, porém não retido em operação de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria. Verificado através de Nota Fiscal sem retenção de ICMS substituído e consequentemente desacompanhada do respectivo documento de arrecadação. Período fiscalizado: 20/06/2012 a 14/11/2012. Valor do débito: R\$44.462,31, acrescido da multa de 60%.

A Decisão de Primeira Instância relata ser o presente lançamento originado pela falta de recolhimento do ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, (etanol hidratado), junto à remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização, e com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria. Tem-se em vista o recebimento da mercadoria através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação (infração 1) e falta de recolhimento do ICMS por solidariedade, substituído, porém não retido junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria (infração 2).

Os fatos objeto do presente lançamento de ofício, restam demonstrados e apurados os débitos, fls. 18 a 47, com discriminação individualizada dos documentos fiscais que acobertaram as operações, evidenciada a devida formalização do Auto de Infração.

O recorrido denegou o cometimento das irregularidades atribuídas na 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. 58 a 60, portanto, não estaria obrigada a recolher o ICMS ora exigido, por ausência de requisito formal essencial à modificação do pólo passivo desta relação jurídica tributária.

Cita que na informação fiscal o auditor 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 os efeitos da decadência.

Observa 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 de Salvador, por conta da 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.

Comenta que a PGE/PROFIS vem consolidando entendimento 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, (exigência da prova de tributo, cujo recolhimento antecipado fora, em última análise, dispensado por ordem judicial).

Aponta nesse sentido, os Pareceres exarados nos Processos nº A. I. 022078.0004/12-1 e A. I. 206985.0013/11-7 os quais desaguarão, respectivamente, nos Acórdãos CJF de nºs 0265-12/13 e 0394-12/13, exarados pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Aduz 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, detém a devida autorização para não recolher o tributo, 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; 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.

Indica, mais e no mesmo alinhamento, 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.

Conclui ser 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.

E pela insubsistência das duas infrações do Auto de Infração, afastam a exigência tributária incidente sobre as operações que envolveram aquisições feitas junto à Distribuidora AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA, porque conforme visto, 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 exposto teor do art. 47, inciso I e inciso II, da Lei nº 7.014/96.

Finaliza citando ficarem prejudicadas por perda de objeto as razões defensivas oferecidas pelo autuado, relativas ao creditamento do ICMS incidente nas operações anteriores assim como os

pedidos de exclusão de multas e juros.

E julga pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

E interposto o presente Recurso de Ofício, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, oriundo da Decisão de piso, 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.

Em assentada de julgamento, a Conselheira Alexandrina Natalia Bispo dos Santos manifestou-se por estar impedida nos presentes feitos.

VOTO

O presente Recurso de Ofício foi interposto para esta 2ª Câmara 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, em virtude da desoneração do sujeito passivo.

A matéria em comento trata, de acordo com a descrição dos fatos constantes no Auto de Infração, da acusação por ter deixado de recolher a diferença do ICMS devido, tendo em vista a falta de recolhimento pela Distribuidora de combustível, substituta tributária da operação, já que esta última estaria sujeita a Regime Especial de Fiscalização.

Julgo improcedente se falar em responsabilidade solidária do autuado, dado que seu fornecedor, a Distribuidora que lhe vendeu os combustíveis, não estava enquadrada ou sob os efeitos, no referido Regime Especial de Fiscalização citado adiante, ao contrário do que aponta o Auto de Infração.

Nitidamente os autos revelam 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, fls. 58 a 60, tendo a Decisão judicial concedido a liminar para determinar a suspensão dos efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012, excluindo assim a Distribuidora do regime especial de fiscalização e pagamento referente ao ICMS, para que ficasse a salvo de quaisquer atos que resultassem na aplicação do regime especial de fiscalização e pagamento elencado no art. 47 da Lei nº 7.014/96, a seguir:

SUBSEÇÃO II

Do Responsável por Solidariedade

Art. 6º - São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

IV - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea;

Art. 47 - O regime especial de fiscalização e pagamento será determinado por ato do Diretor do Departamento de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda, por solicitação do Diretor de Fiscalização, e consistirá, segundo as situações enumeradas no artigo anterior, isolada ou cumulativamente:”.

Desta forma, o lançamento se referindo a fatos geradores ocorridos no período em que a Distribuidora estava excluída Regime Especial de Fiscalização (20/06/2012 a 13/11/2012), por força da Decisão liminar concedida desde 24/05/2012, deve ser sumariamente julgado improcedente.

As resultantes questões levantadas em sua irresignação, quanto a Distribuidora deter créditos fiscais não considerados, com direito a abatê-los do suposto débito, dentro do princípio da não-cumulatividade do ICMS (previsto no art. 155, §2º, inciso I, da CF/88, bem como nos artigos 28 e 29 da Lei nº 7.014/96 e, do mesmo modo, o art. 114 do RICMS-BA), quanto ao afastamento da aplicação de multa e dos juros, ficam de plano afastadas haja vista serem despidiendas por terem sucumbido.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício em comento.

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 **020983.0007/13-6**, lavrado contra **TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO MIRANGA)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

MARIA HELENA MENDONÇA CRUZ - REPRS.PGE/PROFIS