

PROCESSO - A. I. Nº 020983.0028/13-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - HP COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0022-03/15
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 26/06/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0154-12/15

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO. IMPOSTO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA. O estabelecimento 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 ao autuado, 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 insubsistente. 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 proferida em 28/01/2015 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\$ 177.412,50 (cento e setenta e sete mil quatrocentos e doze reais e cinquenta centavos), 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 no período de 20/06/2012 a 13/11/2012. Exigido o valor de R\$126.300,22, acrescido da multa de 60%;

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 com obrigatoriedade do pagamento do ICMS retido no momento da saída da mercadoria, em vista do seu recebimento através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação do “ICMS substituído, no período de 20/06/2012 a 13/11/2012”. Exigido o valor de R\$51.112,28, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou defesa administrativa face o Auto de Infração em epígrafe (fls. 55/60), atacando o mérito do lançamento.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls.77/80), 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 020983.0028/13-3, 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, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível junto a remetente sujeito a regime Especial de Fiscalização, 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. 18 a 49, 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. IE 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. 61 a 63, 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 próprio 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.

Nestes termos, por perda de objeto, 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

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 declarou a devida formalização do Auto de Infração, por estarem devidamente circunstanciados nos autos, os fatos objeto do presente lançamento, bem como que esse estaria alicerçado nos demonstrativos fiscais (fls. 18/49), que discriminariam individualizadamente os documentos fiscais que teriam acobertado as operações, com a devida indicação do valor da aquisição, 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, e que, por isso, ambas as infrações deveriam ser consideradas insubsistentes;
- d) Por fim, afirmou que, por perda de objeto, ficaria prejudicado o exame das demais razões defensivas, relativas ao creditamento do ICMS incidente nas operações anteriores, assim como os pedidos de exclusão de multas e juros.

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

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 AI ora combatido, totalmente improcedente.

O procedimento fiscalizatório versa sobre duas infrações. A primeira tem como escopo a ausência de recolhimento, no momento da 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.61/63), 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”.

Outrossim, 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 JF.

Corroborando esse entendimento, destaco trecho de julgamento idêntico proferido por esta Câmara, referente ao Acórdão nº 0218-05/13:

“Ora, se há Decisão judicial com o teor acima transcrito, bem como há manifestação da SEFAZ por via do comunicado SAT 01/2012, obvia é a conclusão de que não se pode imputar à recorrente a responsabilidade solidária atribuída ao posto revendedor varejista, a partir da data de ciência da autoridade competente na SEFAZ, ou seja, os postos revendedores de combustíveis, como no caso dos autos, adquirentes de combustíveis da Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., não se submetem à solidariedade da obrigação tributária, não cumprida pela mencionada distribuidora, enquanto vigente a referida liminar.”

Nesses termos, entendo restar irretocável a Decisão de piso, ao passo em que 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 **020983.0028/13-3**, lavrado contra **HP COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS