

PROCESSO - A. I. Nº 020983.0026/13-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
(POSTO ALAMEDA DA BARRA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3^a JJF nº 0043-03/15
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 03/08/2015

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0171-11/15

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE. ATRIBUIÇÃO AO ADQUIRENTE, A RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO: **a)** “ICMS NORMAL” DEVIDO PELO REMETENTE DA MERCADORIA. **b)** IMPOSTO RETIDO PELO REMETENTE DA MERCADORIA, NA AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL. Liminar em Mandado de Segurança afastou o distribuidor temporariamente do Regime Especial de Fiscalização, o que exclui no período fiscalizado, a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto por parte do destinatário. Infração descharacterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 3^a JJF, conforme disposto no art. 169, I, “a”, do RPAF/BA, relativo ao Auto de Infração lavrado em 28/08/13, refere-se à exigência ICMS no valor de R\$136.800,00 em decorrência das seguintes infrações:

1. *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: 21/06/12 a 13/11/12 - R\$97.685,84, acrescido da multa de 60%.*
2. *Deixou o adquirente, de recolher ICMS Retido, por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado do pagamento do ICMS Retido no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento, através de nota fiscal não acompanhada do documento fiscal de arrecadação do ICMS substituído. Período fiscalizado: 21/06/12 a 13/11/12 - R\$39.114,16, acrescido da multa de 150%.*

Na Decisão proferida a 3^a JJF fundamentou que:

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 1 e pela falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações de vendas de combustíveis realizadas para contribuintes localizados neste Estado - infração 2.

Afiguram-se devidamente circunstaciados 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 a ele atribuídas, consoante acusação fiscal, alegando que, por ocasião da ocorrência dos fatos geradores, 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, 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, excluisse 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 nºs A.I. 022078.0004/12-1 e A.I. 206985.0013/11-7 desagaram, 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. Eis que, os fatos geradores objeto da autuação ocorreram na vigência Decisão judicial proferida, ocasião em que a remetente das mercadorias encontrava-se excluída do referido Regime Especial. Nessas circunstâncias, a exigência o ICMS de terceiros por solidariedade é descabida 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 expresso teor do art. 47, incisos I e 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.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, "a", do RPAF/99.

VOTO

Verifico que as infrações imputadas ao autuado decorrem do não recolhimento do ICMS normal (infração 1) e por substituição tributária (infração 2), devido por responsabilidade solidária (art. 6º, XVI, c/c o art. 47 da Lei nº 7.014/96), relativo às aquisições de combustível [ETANOL HIDRATADO] na distribuidora AROGÁS, IE 77.471.729, relativo ao período de junho a novembro/2012, conforme demonstrativo às fls. 16 a 41.

Na Decisão ora recorrida, a 3ª JJF fundamentou afirmado que a distribuidora AROGÁS impetrhou

liminar em Mandado de Segurança em 23/05/12 (Processo nº 0341915-21.2012.8.05.0001), para suspender os efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012 e excluir a impetrante do regime especial de fiscalização, cuja Decisão de mérito e denegatória da segurança ocorreu em 23.01.2013, restabelecendo a sujeição ao regime especial de fiscalização. Concluiu que como a Decisão judicial foi retroativa à data da liminar, o autuado não é responsável legal pelo recolhimento do ICMS, como exigido, relativo ao período fiscalizado.

Conforme salientado na Decisão recorrida, tendo a distribuidora AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA IE 77.471.279, obtido concessão de Liminar em Mandado de Segurança a partir de 23/05/12 (fls. 53 a 55), na qual foi determinada a exclusão da impetrante do regime especial de fiscalização e pagamento do ICMS, conforme previsto no art. 47 da Lei nº 7.014/96, suspende os efeitos do Comunicado SAT 001/2012 quanto aos requisitos previstos no art. 7º, III da mencionada Lei.

Por sua vez, conforme outras Decisões proferidas por este Conselho de Fazenda, a exemplo dos Acórdãos CJF nº^s 0056-11/13, CJF 0112-11/13, CJF 072-12/13, CJF 094-13/13, CJF 0108-13/13 e CJF 0233-13/13, o Processo nº 0341915-21.2012.8.05.0001 foi julgado em 23/01/13 (2ª Vara da Fazenda Pública), denegando a segurança e revogando a liminar anteriormente concedida.

Pelo exposto, estando à empresa remetente [AROGÁS] acobertada por proteção judicial no sentido de não ser obrigada a promover o pagamento do ICMS Normal e Substituto, “*no momento da saída da mercadoria*”, também não é cabível a exigência do imposto por solidariedade por parte do adquirente, no período de 23/05/12 a 23/01/13, que corresponde a todo o período autuado.

Isso porque, o art. 6º, XVI da Lei nº 7.014/96 prevê a responsabilidade solidária por parte do posto de combustível que adquirir combustível de empresa remetente que esteja sujeito ao regime especial de fiscalização (art. 47, I da Lei nº 7014/96), “*quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação*”. Logo, tendo no período fiscalizado o remetente obtido proteção judicial liminar, durante a sua vigência, estava desobrigado de fazer juntada do comprovante de pagamento no momento da saída da mercadoria, o que exclui os efeitos jurídicos sobre o terceiro (posto de combustível), durante a vigência da liminar concedida.

Consequentemente, improcedente a exigência fiscal relativo às infrações 1 e 2.

Dessa forma, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 020983.0026/13-0, lavrado contra RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO ALAMEDA DA BARRA).

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

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

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