

A. I. Nº - 020983.0027/13-7
AUTUADO - RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - LUIZ OTÁVIO LOPES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 04/02/2015

ACORDÃO JJF Nº 0012-03/15

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

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 sobrevivido 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. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 28/08/2013, para exigir ICMS, no valor de R\$138.937,50, acrescido de multa de 60% em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 (02.14.01) – Na condição de adquirente, deixou de recolher ICMS Normal, no valor de R\$98.955,44, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível junto a remetente sujeito a regime Especial de Fiscalização, com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento através da nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação, de Junho a novembro de 2012.

Infração 02 (07.10.04) – Na condição de adquirente, deixou de recolher ICMS retido, no valor de R\$39.982,06, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível junto a remetente sujeito a regime Especial de Fiscalização, com obrigatoriedade do pagamento do ICMS retido no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento através da nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação do ICMS substituído, nos meses de junho a novembro de 2012.

O autuado em defesa, fls. 47/52, após reproduzir as infrações, impugna lançamento com base nos argumentos a seguir alinhados.

Diz que o auto de infração não merece subsistir, uma vez que não houve qualquer infração à legislação tributária.

Repete a acusação fiscal afirmando que na descrição dos fatos constante no Auto de Infração, foi relatado que teria deixado de recolher o ICMS devido em função da falta de recolhimento pela distribuidora de combustível, substituta tributária da operação, tendo em vista que esta estaria sujeita a Regime Especial de Fiscalização.

Menciona que segundo a autuação, em decorrência dessa inclusão da distribuidora no Regime Especial de Fiscalização, o adquirente, no caso a Autuada, seria responsável solidária pelo

pagamento do imposto. No entanto, argumenta que não há que se falar em responsabilidade solidária da Autuada, uma vez que a distribuidora que lhe vendeu os combustíveis não estava enquadrada no referido Regime Especial de Fiscalização, ao contrário do que aponta o auto de infração.

Sustenta 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 (doc.3).

Aduz que a decisão judicial concedeu a liminar para determinar a suspensão dos efeitos do Comunicado SAT nº 001/2012, excluindo a distribuidora do regime especial de fiscalização e pagamento referente ao ICMS, para que não sofra quaisquer atos que resultem na aplicação do regime especial, elencadas no art. 47 da Lei nº 7.014/96-BA. Sobre o regime especial de fiscalização e a solidariedade tributária, transcreve o art. 6º, XVI, da citada Lei.

Frisa que os lançamentos do auto de infração devem ser julgados improcedentes, pois se referem a fatos geradores ocorridos no período em que a distribuidora estava excluída do Regime Especial de Fiscalização (21/06/2012 a 13/11/2012), por força da decisão liminar concedida desde 24/05/2012.

Protesta pela improcedência do Auto de Infração, uma vez que a Autuada não é responsável solidária pelo recolhimento do ICMS, seja integral, seja da diferença, ou retido, tendo em vista que, a distribuidora da qual adquiriu os combustíveis, à época dos fatos geradores não estava sujeita ao mencionado Regime Especial de Fiscalização, por força de ordem judicial, reconhecida pela SEFAZ/BA.

Aduz que não obstante o quanto afirmado no tópico anterior, caso a responsabilidade solidária seja efetivamente mantida, o que não espera, a Impugnante possui direito a créditos de ICMS, os quais foram ignorados pela autuação.

Diz que o Fisco estadual está cobrando da Impugnante o valor total referente ao ICMS supostamente devido, sem abater os créditos fiscais do ICMS que já foram pagos nas operações anteriores. Quando da aquisição da mercadoria pela distribuidora de combustíveis, ela fazia jus ao crédito relativo às operações anteriores, incluindo, o tributo recolhido na própria operação de venda da Usina para a Distribuidora.

Conclui que se está sendo responsabilizada, solidariamente, por um débito de terceiro, ela também faz jus aos créditos fiscais a que este tem direito. Se a distribuidora tem créditos fiscais não considerados, a Impugnante tem direito de vê-los abatidos do suposto débito. Tal procedimento está amparado pelo princípio da não-cumulatividade do ICMS. Discorre sobre este princípio previsto na Constituição Federal (art. 155, § 2º, I), bem como na Lei Estadual do ICMS (7.014/96), conforme art. 28 e 29 que transcreve além do art. 114 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia/1997.

Salienta ainda, que caso se entenda pela manutenção da autuação, o que não espera, requer seja afastada a aplicação de multa e dos juros, uma vez que em nenhum momento a Impugnante agiu de má-fé nem praticou qualquer infração que merecesse ser penalizada, à luz do art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF/99.

Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente, diante da ausência de responsabilidade solidária da Autuada e subsidiariamente, caso se entenda pela existência de responsabilidade solidária, o que diz não crê, requer seja considerado o creditamento referente ao ICMS que acompanhou todo o processo de circulação da mercadoria, desde o momento de sua entrada no território baiano, até a sua aquisição pelo posto de combustível. Pede também, caso seja mantida a infração, o afastamento da aplicação de multa e juros, à luz do quanto dito anteriormente.

Auditor estranho ao feito, designado pela Inspetoria em função da aposentadoria do autuante, presta a informação fiscal fls. 69/72. Repete as irregularidades imputadas ao autuado.

Diz que o contribuinte, autuado e cientificado em 29/10/2013 fls. 01 a 45, por falta de recolhimento de ICMS por substituição tributária, na condição de responsável solidário, incidente nas operações de aquisição de etanol efetuadas junto a estabelecimento de empresa remetente sujeita a regime especial de fiscalização, com obrigatoriedade de pagamento do imposto no momento da saída da mercadoria, inconformado, tempestivamente, em 12/11/2013, fls. 47 a 66, opôs impugnação no prazo legal, prescrito no artigo 53 do RPAF/99, conforme registro SIPRO 404534/2013-1, fl. 46, alegando a improcedência do auto de infração, aduzindo razões de fato e de direito que entende lhe assistir. Sintetiza os termos da defesa.

Afirma que a alegação de que a distribuidora estava amparada por liminar concedida pelo Poder Judiciário, este fato por si, não se constitui em impeditivo a constituição do crédito tributário. Diz que com a finalidade de evitar a decadência, o auto de infração deve ser lavrado ficando apenas suspensa a sua exigibilidade, nos termos do CTN e da dominante jurisprudência sobre o tema, a exemplo do Acórdão do STJ no RECURSO ESPECIAL - REsp 1168226/AL 2009/0222428-2. Rel. Ministra ELIANA CALMON (1114) da T2 - SEGUNDA TURMA. DJ 18/05/2010. D. Publicação/Fonte: DJe 25/05/2010, que transcreve.

Assevera que a cobrança do tributo de que trata a presente notificação está amparada no art. 6º da Lei 7.014/96, inciso XVI, que reproduz, atribui ao posto revendedor varejista de combustíveis, responsabilidade solidária em relação ao combustível adquirido de contribuinte sujeito a regime especial de fiscalização, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação correspondente, bem assim, o § 3º, do mesmo diploma legal, que faculta ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos.

Observa que as descrições das infrações não deixam dúvida quanto aos fatos geradores nem ao que objetivamente se referem. Ressalta que o Regime Especial de Fiscalização e Pagamento do ICMS, encontram-se, também, sob o amparo da Lei Complementar 87/96, que na forma da lei, nos termos do seu art. 5º, poderá ser atribuído a terceiros a responsabilidade do pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

Conclui que se trata de exigência por responsabilidade solidária, incidente sobre operações de venda das distribuidoras submetidas ao Regime Especial de Fiscalização e obrigadas ao pagamento no momento da saída da mercadoria para o autuado, tendo em vista a comprovação de recebimento da mercadoria por nota fiscal não acompanhada do DAE relativo ao pagamento do ICMS normal e substituído.

Explica que ao se manifestar sobre o direito de creditamento do imposto, em respeito ao princípio da não cumulatividade constitucional, em face da assunção do pagamento do tributo devido pelo contribuinte responsável direto, conclui-se pela falta de amparo legal a essa pretensão, considerando-se, sobretudo, a sistemática tributária que envolve o posto revendedor na cadeia de incidência do imposto. Logo, na espécie, se direito lhe assiste será o de cobrar regressivamente do remetente as quantias que repassar para a Fazenda Pública.

Sustenta que no caso, não há se falar em exclusão da multa e dos encargos aplicados, uma vez que exigidos em conformidade com a legislação em vigor. Dessa forma, afirma que considerando serem insubsistentes os fundamentos e incongruentes os pedidos formulados pelo impugnante, nos termos da presente informação e dos fundamentos expendidos, a autuação fiscal deve ser julgada integralmente procedente, e o autuado instado ao pagamento do imposto no montante de R\$ 138.937,50, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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 arguídas 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 autuante 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE**, o Auto de Infração nº **020983.0027/13-7**, lavrado contra **RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA**.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de janeiro de 2015.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR