

A. I. Nº - 020983.0028/13-3
AUTUADO - HP COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - LUIZ OTÁVIO LOPES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 10/02/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0022-03/15

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

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/08/2013, refere-se à exigência de R\$177.412,50 de ICMS, acrescido da multa de 60%, 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 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 - **07.10.04**. 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 apresenta impugnação às fls. 55 a 60, aduzindo as seguintes razões de defesa.

Esclarece inicialmente que de acordo com a descrição dos fatos, constante no Auto de Infração, foi acusado de 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 estaria sujeita a Regime Especial de Fiscalização.

Menciona que a autuação, em decorrência dessa inclusão da distribuidora no Regime Especial de Fiscalização, na condição de adquirente seria responsável solidário pelo pagamento do imposto.

Sustenta não haver que se falar em responsabilidade solidária, 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!

Assinala 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, fls. 61 a 63.

Informa 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 elencado no art. 47 da Lei nº 7.014/96.

Reproduz o art. 6º, inciso XVI, da Lei nº 7.014/9 para esclarecer seu teor a respeito do regime especial de fiscalização.

Afirma que o lançamento deve ser julgado improcedente, pois se refere a fatos geradores ocorridos no período em que a distribuidora estava excluída do Regime Especial de Fiscalização (20/06/2012 a 13/11/2012), por força da decisão liminar concedida desde 24/05/2012.

Protesta pela improcedência do Auto de Infração, uma vez que não é responsável solidário 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.

Registra que, caso seja mantida a responsabilidade solidária, deve prevalecer seu direito aos créditos de ICMS, os quais foram ignorados pela autuação.

Destaca que o Fisco estadual está cobrando o valor total referente ao ICMS devido, sem abater os créditos fiscais do ICMS que já foram pagos nas operações anteriores. Frisa que, quando da aquisição da mercadoria pela distribuidora de combustíveis, fazia jus ao crédito relativo às operações anteriores, incluindo, o tributo recolhido na própria operação de venda da Usina para a Distribuidora. Arremata asseverando que, ao ser sendo responsabilizado, solidariamente, por um débito de terceiro, também faz jus aos créditos fiscais a que este tem direito.

Afirma que se a distribuidora tem créditos fiscais não considerados, tem direito de abatê-los do suposto débito. Revela que tal procedimento está amparado pelo princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Observa que o direito a não-cumulatividade está previsto no art. 155, §2º, inciso I, da CF/88, bem como nos artigos 28 e 29 da Lei 7.014/96 e, do mesmo modo, o art. 114 do RICMS-BA.

Assinala que, mesmo se fosse o caso de responsabilidade solidária, o que não é, deveria a autuação ter considerado o valor referente ao creditamento do ICMS em favor da Impugnante para que fosse calculado o tributo supostamente devido (encontro débitos-créditos), o que não foi feito.

Requer seja afastada a aplicação de multa e dos juros, uma vez que em momento algum agiu de má-fé nem praticou qualquer infração que merecesse ser penalizada, à luz do art. 159, §1º, incisos II e/ou III do RPAF-BA/99, cujo teor reproduz.

Conclui pugnando pela improcedência do Auto de Infração. E, subsidiariamente, caso se entenda pela existência de responsabilidade solidária, requer seja considerado o creditamento referente ao ICMS, bem como o afastamento da aplicação de multa e juros

Auditor fiscal designado presta informação, fl. 77 a 80. Depois de reproduzir as razões de defesa articuladas pelo impugnante, alinha as ponderações que se segue.

De início, informa que o contribuinte foi cientificado da autuação em 30/10/2013, fls. 01 a 50, pela 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 art. 53 do RPAF-BA/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.

Quanto à alegação de que a distribuidora estava amparada por liminar concedida pelo Poder Judiciário, sustenta que este fato por si não se constitui em impeditivo à 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 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.

Esclarece tratar-se 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.

No tocante ao direito de creditamento do imposto reivindicado pelo impugnante, em respeito ao princípio da não-cumulatividade constitucional, em face da assunção do pagamento do tributo devido pelo contribuinte responsável direto, assevera inexistir amparo legal a essa pretensão, considerando-se, sobretudo, a sistemática tributária que envolve o posto revendedor na cadeia de incidência do imposto.

Assinala que, se direito assiste ao autuado, será o de cobrar regressivamente do remetente as quantias que repassar para a Fazenda Pública.

Rebate o pedido de exclusão da multa e dos encargos aplicados asseverando que foram exigidos em conformidade com a legislação aplicável em vigor.

Conclui sustentando que a autuação fiscal deve ser julgada procedente, e exigido do autuado o pagamento do imposto no montante de R\$177.412,50, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, tendo em vista serem insubsistentes os fundamentos e incongruentes os pedidos formulados pelo impugnante.

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 desaguarão, 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 expresso 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **020983.0028/13-3**, lavrado contra **HP COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**

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

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA