

A. I. Nº - 020983.0001/13-8
AUTUADO - OITIS COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - LUIZ OTÁVIO LOPES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 14/05/2015

ACORDÃO JJF Nº 0093-03/15

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** IMPOSTO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA. **b)** ATRIBUIÇÃO, AO ADQUIRENTE, DA RESPONSABILIDADE PELO IMPOSTO RETIDO PELO REMETENTE DA MERCADORIA. 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. Infrações elididas. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 13/08/2013, para exigir ICMS, no valor de R\$49.162,50, 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\$32.496,53, 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\$16.665,97, 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.41/46, após reproduzir as infrações, impugna lançamento com base nos argumentos a seguir alinhados. Diz que o presente auto de infração não merece subsistir, uma vez que não houve qualquer infração à legislação tributária.

Afirma que a SEFAZ/BA incluiu a distribuidora no Regime Especial de Fiscalização, e em decorrência dessa inclusão, o adquirente, no caso a Autuada, seria responsável solidária pelo pagamento do imposto.

No entanto, 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.

Menciona 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.

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. A respeito do regime especial de fiscalização, transcreve o teor do art. 6º, XVI, da Lei nº. 7.014/96:

Conclui que os lançamentos do auto de infração nº. 020983.0001/13-8 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.

Registra que, caso a responsabilidade solidária seja efetivamente mantida, o que não espera, a Impugnante possui então direito a créditos de ICMS, os quais foram ignorados pela autuação. Informa 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, aqui, o tributo recolhido na própria operação de venda da Usina para a Distribuidora.

Assevera que se a Autuada está sendo responsabilizada, solidariamente, por um débito de terceiro, ela também faz jus aos créditos fiscais a que este tem direito e que tal procedimento está amparado pelo princípio da não-cumulatividade do ICMS, previsto na Constituição Federal (art. 155, § 2º, I), bem como na Lei Estadual do ICMS (7.014/96) conforme dispositivos que reproduz.

Diz 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 que transcreve.

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, 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. Requer, 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. 58/63. Repete as irregularidades imputadas ao autuado.

Reproduz o lapso temporal transcorrido entre a lavratura e ciência do autuado para arguir que a defesa seria intempestiva, considerando que teria constatado um espaço de 35 dias, entre a data da intimação e defesa, impondo-se seja julgada a procedência do auto de infração e constituído em definitivo o crédito tributário, a teor dos comandos normativos do RPAF /99.

Sobre a impugnação diz que o contribuinte autuado é cientificado 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, alega a improcedência do auto de infração, aduzindo razões de fato e de direito que entende lhe assistir, conforme termos da defesa.

Afirma que na remota hipótese de que seja ultrapassada a preliminar, no mérito tem-se por revelada a comprovação dos fatos e do direito que corroboram pela procedência do auto de infração.

Menciona que a alegação de que a distribuidora estava amparada por liminar concedida pelo Poder Judiciário, por si só não se constitui em impeditivo a constituição do crédito tributário, a fim de evitar a decadência, 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, cuja ementa 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.

Reitera 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.

A respeito da manifestação do autuado 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 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. Afirmar que, na espécie, se direito lhe assiste será o de cobrar regressivamente do remetente as quantias que repassar para a Fazenda Pública.

Informa que no caso, não há que se falar em exclusão da multa e dos encargos aplicados, uma vez que exigidos em conformidade com a legislação em vigor.

Dessa forma, considera serem insubsistentes os fundamentos e incongruentes os pedidos formulados pelo impugnante em sua defesa, e opina que a autuação fiscal deve ser julgada integralmente procedente.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado. A infração 01 diz respeito à exigência de crédito tributário em razão da falta de recolhimento do ICMS devido pelo regime normal de apuração. A infração 02 cuida da exigência do ICMS devido por substituição tributária, retido e não recolhido.

O preposto designado pela Inspeção, na informação fiscal, afirmou que a impugnação apresentada pelo autuado seria intempestiva considerando que teria constatado um lapso temporal de 35 dias, entre a data da intimação e a defesa, extrapolando dessa forma, o prazo de 30 dias conforme previsão do RPAF/99 à época da ocorrência dos fatos geradores.

Entendo que deve ser superada a preliminar de nulidade arguída pelo auditor fiscal, considerando que no mérito o auto de infração é improcedente.

Constatado 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, demonstrativo fls.09/20, minuciando o valor de cada uma das aquisições, e a base de cálculo utilizada, além do imposto devido apurado.

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. 47/49, 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.

Voto pela IMPROCEDENCIA 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 **020983.0001/13-8**, lavrado contra **OITIS COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2015.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR