

A. I. N° - 269117.0001/13-2
AUTUADO - RPMP COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - CLÁUDIO MARCELO MASCARENHAS DE CASTRO
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 21/08/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0173-03/19

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE. FALTA DE RECOLHIMENTO. Constatando-se nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, relativamente ao combustível adquirido de remetente com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria em razão de Regime Especial de Fiscalização, o posto revendedor varejista é o responsável, por solidariedade, pelo pagamento do imposto. Entretanto, restou comprovado nos autos que a distribuidora de combustíveis, fornecedora do autuado, se encontrava suspensa do Regime Especial de Fiscalização por força de liminar concedida em Mandado de Segurança, datada de 23/05/21012. Os fatos geradores da presente autuação estão compreendidos no período de vigência da referida liminar, logo, não subsiste a exigência fiscal. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 05/12/2013, refere-se à exigência de R\$37.765,39 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da Infração **01 - 07.10.04**. Falta de recolhimento de ICMS retido, por responsabilidade solidária, na operação 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 seu recebimento através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação de ICMS, nos meses de junho a novembro de 2012.

Consta como complemento na “Descrição dos Fatos” que “O destinatário, posto revendedor varejista de combustíveis, deixou de recolher, na condição de responsável solidário, o ICMS retido, lançado nas NF-es abaixo relacionadas, relativo à substituição tributária em operações de aquisição de combustíveis, efetivadas sem os DAES de pagamento do imposto, junto a empresa distribuidora sob Regime Especial de Fiscalização, com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída das mercadorias.

Lavrado o Termo de Revelia, fl. 107, em 20 de março de 2017, e inscrito na dívida ativa, consoante, Termo de Inscrição na Dívida Ativa, fl. 125 a 131, o Autuado requereu junto à PGE/PROFIS a Revisão de Ofício do Auto de Infração com base no Controle de Legalidade de acordo com o art. 149, do CTN, fls. 158 a 162, pugnando pela nulidade da Certidão de Dívida Ativa por ausência de Citação válida.

A 2ª CJF através do Acórdão CJF N° 0082-12/16, fls. 233 e 234, acolheu a Representação proposta pela PGE/PROFIS, fls. 220 a 225, deliberando pela anulação de todos os atos a partir da intimação inválida à fl. 103 dos autos, devendo o PAF ser encaminhado à INFAZ de origem para adotar as providências cabíveis.

À fl. 247, o Autuado informa que recebeu intimação para ciência do Acórdão CJF Nº 0082-12/16, proferido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, ao invés de ser intimado para ciência do auto de infração e consequentemente, da abertura de prazo para apresentação de defesa, nos termos do art. 123, do RPAF-BA/99, abre prazo para quitação do auto de infração em até 60 dias, perpetrando, desta forma, a nulidade que fora combatida por meio do *decisum suso* citado, contrariando-o sobremaneira.

Assinala que ora, apresenta impugnação objetivando refutar os lançamentos de ofício promovidos através da lavratura do Auto de Infração.

Diz tratar-se de lançamento fiscal em que lhe é imputado suposta infração à legislação tributária consistente na falta de recolhimento do ICMS devido por responsabilidade tributária, 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.

Observa que foi notificado apenas por edital, a despeito de manter completos e atualizados seus dados cadastrais, inclusive endereço, junto ao órgão fazendário e que após a dilação, sobreveio nova notificação para pagamento do suposto débito.

Frisa que em face da ausência de contraditório, apresentou pedido de declaração de nulidade de todos os atos a partir da intimação editalícia, o que foi deferido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal no Acórdão CJF Nº 0082-12/16. Informa que este julgamento determina expressamente a reabertura do prazo para oferecimento de impugnação.

Menciona que a INFAZ de origem, ao invés de dar cumprimento integral à decisão proferida pela 2ª Câmara, lhe notifica novamente para efetuar o pagamento do débito. Diz que tal notificação é manifestamente equivocada, e enseja, uma vez mais, possível declaração de nulidade de todos os atos processuais.

Arremata destacando, despeito disso, e com o objetivo de colaboração com a Administração, a apresenta, dentro do interstício previsto em lei, suas razões de defesa.

Observa que Regime Especial de Fiscalização, pressuposto para imputação de responsabilidade tributária ao defendente, foi instituído pela Lei 12.040/2010, que acrescentou o inciso XVI, do art. 6º, da Lei 7.014/1996, alterando também a redação do art. 47, desta mesma legislação, cujo teor reproduz.

Diz verificar-se que o referido Regime Especial modifica a sistemática de arrecadação do imposto, cominando ao distribuidor de combustível um regime mais severo à medida que, despropositadamente, não lhe permite apurar mensalmente os créditos de ICMS obtido quando das aquisições da mercadoria, obrigando-o a efetuar o recolhimento do imposto em cada uma das operações subsequentes de forma imediata e sem proceder às devidas compensações a que faz jus.

Revela que se impõe ao revendedor varejista uma obrigação impossível de ser cumprida: a de fiscalizar o recolhimento do imposto pelo distribuidor, de forma fracionada, em relação a cada um dos milhares de litros de combustível que são adquiridos diuturnamente, sob pena de impor-lhe a responsabilização solidária pelo pagamento da exação em relação à totalidade do produto adquirido.

Diz ser sabido que o comércio de combustíveis é realizado por intermédio de caminhões transportadores, chamados “bi-trens”, alguns deles com capacidade para armazenamento superior a 40.000 l (quarenta mil litros). Menciona que, como o distribuidor vende simultaneamente para diversos revendedores em grandes quantidades, é impossível o adquirente aferir se houve recolhimento integral do imposto na origem, uma vez que não se dispõe de instrumento algum de controle para tanto.

Afirma ser impossível verificar se na saída da mercadoria, quando o autuado “define” a mercadoria para o comércio varejista, se o distribuidor cumpriu com a sua obrigação tributária.

Prossegue ressaltando não ser preciso maiores ilações para se concluir que este regime obstaculiza o normal desenvolvimento das atividades empresariais dos que nele se encontram envolvidos, principalmente no que toca ao revendedor varejista de combustíveis, incutido dos deveres de fiscalização - que são próprios e afetos às Autoridades Administrativas – sem dispor dos poderes de que foram investidos estas autoridades.

Revela que as relações entre fornecedor e adquirente de combustíveis são marcadas pela horizontalidade, não dispondo do poder de intimar o distribuidor a apresentar documentos, franquear-lhe o livre acesso ao seu estabelecimento ou à sua escrituração contábil. Observa que, contrário da Administração Fiscal, o contribuinte não se encontra em posição de supremacia, mas sim de paridade em relação aos demais, e assim sendo, a sua possibilidade de “fiscalizar” o cumprimento das obrigações tributárias pelos seus fornecedores é nula.

Frisa que se a própria autoridade administrativa, revestida do regime jurídico de direito público que a coloca em posição de supremacia em relação ao particular já encontra dificuldade para exercer seu *munus*, é de se reconhecer ao contribuinte uma dificuldade ainda maior, decorrente justamente da ausência de toda uma gama de prerrogativas que não lhe foram outorgadas.

Assinala que a circunstância de ser o Regime Especial imposto de forma individualizada pela Autoridade Fazendária, que possui ampla discricionariedade para escolher, ao seu inteiro alvedrio, quais contribuintes devem ou não estar sujeitos a suas regras, torna-o ainda mais infundado à medida que, sem justificativa para tanto, introduz tratamento desigual entre contribuintes que realizam a mesma atividade econômica, favorecendo uns em detrimento de outros.

Revela que eivado de manifesta contrariedade aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o Regime Especial começou a ser questionado judicialmente pelos contribuintes que nele foram incluídos. Continua informando que o Poder Judiciário não permaneceu silente aos reclames e, instado a se manifestar, acolheu o pleito daqueles que pugnaram pela sua exclusão.

Salienta que, por força de decisão judicial, o fornecedor do combustível adquirido pelo defendente e que constitui o objeto da presente autuação (Arogás Comércio de Combustíveis Ltda.) não mais se encontra sujeito ao Regime Especial de Fiscalização, conforme consta e faz prova documentação anexa à presente impugnação. Acrescenta esclarecendo que a aludida empresa, com efeito, foi excluída do regime especial por força de decisão liminar proferida pelo MM. Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública, nos autos do Mandado de Segurança 0341915-21.2012.8.05.0001. A decisão foi publicada em 24/05/2012, portanto, anteriormente ao período a que se refere os fatos geradores do suposto crédito exigido. Arremata assinalando que se a inclusão no Regime Especial de Fiscalização é pressuposto para atribuição de responsabilidade solidária ao defendente, a saída de seus fornecedores deste regime torna carente de fundamento o Auto de Infração, impondo-se o reconhecimento de sua manifesta improcedência.

Lembra que a decisão judicial obtida confere validade às operações de circulação de combustíveis objeto da autuação, tendo em vista que em todas elas houve o destaque pelo distribuidor do ICMS substituído, nos exatos termos do Parecer 016222/2011, da Secretaria da Fazenda do Estado, datado de 24/01/2011.

Ressalta que por atenção ao postulado da separação dos poderes, descabe à Administração Pública exercer juízo de valor quanto ao acerto ou desacerto das decisões judiciais, sendo o seu dever cumpri-las integralmente. Por consectário, este Egrégio Conselho também se encontra vinculado ao quanto decidido na ação judicial acima referida, sendo a decisão pela improcedência da autuação a única que confere efetividade ao provimento jurisdicional.

Pontua que, caso este órgão julgador assim proceda, existem outros motivos que conduzem, inexoravelmente, à improcedência da autuação.

Registra que para benefício do próprio Estado, o imposto, em seu maior montante, é cobrado de forma antecipada, mediante a aplicação da alíquota interna (17%), acrescida da alíquota de 2%, relativa ao fundo de pobreza, quando da aquisição do combustível pelo distribuidor, contribuinte de fato. Menciona que estes valores são todos retidos pelo remetente da mercadoria (Usina) na qualidade de responsável tributário, mediante aplicação dos valores constantes na pauta fiscal.

Observa que o ICMS “normal”, de obrigação do distribuidor, é apurado mensalmente através do sistema de débitos e créditos, normalmente chamado de “conta corrente”. Destaca que encontrando-se a empresa no Regime Especial de Fiscalização não há este intervalo, de modo que todo o tributo deve ser adimplido quando realizada a operação.

Informa que o imposto devido pelo comerciante varejista é recolhido pelo distribuidor, que faz a retenção, por substituição tributária e, em função disto, o combustível chega ao revendedor varejista com todo o ICMS recolhido nas operações anteriores, não restando, portanto, saldo de imposto a pagar.

Chama atenção ao fato de ter sido autuado com a base de cálculo correspondente ao valor integral da operação, tendo a autoridade fazendária simplesmente desprezado o imposto recolhido por antecipação e que constitui o maior percentual da arrecadação em função da aplicação da alíquota interna.

Diz haver cobrança em duplicidade, tendo grande parte dos valores apurados no auto de infração já ingressado nos cofres públicos por força da antecipação tributária parcial quando da aquisição do álcool das usinas dentro ou fora do Estado. Afirma que a imposição representa a aceitação de figura repudiada pelo Direito Tributário – o *bis in idem* -, se apresentando indevida uma vez que a relação fisco - contribuinte deve se desenvolver sob a mais ampla proteção da segurança jurídica, o que só é alcançado com o absoluto respeito ao princípio da legalidade tributária.

Por isso, assevera impor-se o refazimento dos cálculos de modo a determinar a exclusão do *quantum debeatur* do ICMS já recolhido a título de antecipação.

Diz que também lhe é imputada infração à legislação tributária consistente na falta de recolhimento do ICMS substituído, “verificado através de Nota Fiscal sem retenção de ICMS substituído e consequentemente desacompanhada do respectivo documento de arrecadação”.

Esclarece que em todas as operações de aquisição de combustível junto às distribuidoras houve o destaque do imposto substituído e seu efetivo recolhimento, conforme se verifica nas notas fiscais e documentos de arrecadação, acostados à presente petição. Arremata frisando que o cálculo do suposto quantum debeatur está equivocado e deve ser refeito de modo a excluir o montante já recolhido pelo sujeito passivo.

Registra que a aplicação de multa na sua forma agrava no percentual de 60% do valor da exação também se afigura indevida, posto que a penalidade imposta representa clara violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Menciona que chamado também de princípio da proibição de excessos, o princípio da proporcionalidade funciona como controle dos atos estatais, com a inclusão e manutenção desses atos dentro do limite da lei e adequado a seus fins. Observa que seu verdadeiro sentido é de que a proporcionalidade deverá pautar a extensão e intensidade dos atos praticados levando em conta o fim a ser atingido e não visa o emprego da letra fria da lei, e sim sua adequação aos fatos concretos, devendo o aplicador da norma usá-la de modo sensato, com vistas à situação específica de cada contribuinte.

Assinala que no tocante às multas tributárias, é assente na doutrina que os critérios para sua fixação devem obedecer aos padrões do Princípio da Razoabilidade, e, bem assim, devem levar em consideração a intenção manifestada pelo agente em seu agir para que não fique caracterizada a responsabilidade objetiva.

Revela que o Supremo Tribunal Federal reiteradamente vem considerando crível a intervenção do Poder Judiciário, inclusive na estreita via do Recurso Extraordinário, para reduzir multa aplicada em descompasso com o critério da razoabilidade.

Observa que trazendo tais ilações para o caso em tela, o que se verifica é o total descompasso entre a gravidade da sanção imposta ao contribuinte, quando comparadas ao quadro fático que ensejou sua aplicação, restando evidente a desproporcionalidade.

Menciona que a autoridade fazendária lhe impôs multa correspondente a uma atuação dolosa, em hipótese no qual ele figura como responsável tributário, respondendo, portanto, por tributo devido por terceiro. Diz que se houve infração à legislação tributária, esta foi praticada pelo contribuinte de direito - distribuidor de combustível - ao não recolher o tributo na forma e nos prazos devidos. Sustenta que, por não ter efetivo controle sobre os atos praticados por terceiros, não pode ser responsabilizado como se ele próprio agisse no intuito de ocasionar prejuízo ao erário.

Afirma que sua conduta representa apenas e, tão-somente, uma infração a um dever instrumental cujo cumprimento é quase impossível: o de agir como verdadeiro fiscal tributário, apurando se houve fiel cumprimento das obrigações fiscais em todas as etapas anteriores da cadeia de circulação, nas quais, inclusive, sequer toma parte.

Declara que em situações semelhantes, reconhecendo à inexistência de dolo por parte do contribuinte este Egrégio Conselho excluiu ou reduziu em patamares consideráveis a multa aplicada, conforme pode ser verificado nos acórdãos, Acórdãos CJF Nº 1558/00 e JJF Nº 0010-01/03.

Arremata destacando que, na hipótese de não acolhimento da preliminar de nulidade, requer a redução da penalidade imposta, face à ausência de dolo do contribuinte e uma vez inexistente prejuízo ao erário público, com fulcro no que dispõe o §7º, do art. 42, da lei 7014/96.

Requerer a juntada dos instrumentos de mandato anexos, com fins a regularizar a representação processual, pugnando que todas as futuras intimações sejam endereçadas a Patrícia Falcão, OAB/BA nº 10.931, com endereço profissional na Rua Espírito Santo, nº. 106, Edf. Maia Empresarial, 2º andar, Pituba, em Salvador-BA, ou Rua Boticário Monkorvo, 790, Kalilândia, em Feira de Santana -BA, sob pena de nulidade.

Conclui pugnando pelo reconhecimento da nulidade da autuação, face à ausência de fundamento legal do auto de infração ou, que o presente Auto de Infração seja julgado improcedente, diante da ausência de responsabilidade solidária, nos termos em que já decidido pelo CONSEF no Acórdão CJF Nº 0289-12/14. Alternativamente, caso não acolhido o pedido anterior, requer o refazimento do cálculo do montante devido, excluindo-se os valores do imposto efetivamente recolhidos pelo sujeito passivo e a exclusão da penalidade imposta ou a sua redução, em atenção à ausência de dolo do contribuinte, a proporcionalidade, a razoabilidade e a equidade ante a inexistência de prejuízo ao erário público.

O Autuante presta informação fiscal, fls. 269 a 273, depois de sintetizar as alegações da Defesa alinha as seguintes ponderações

Cita que a Defesa traz a informação de que o fornecedor do autuado obteve, na ação de mandado de segurança nº 0341915.21.2012.8.05.2012 (o número correto é 0341915.21.2012.8.05.0001), decisão liminar, publicada em 24/05/2012, determinando a sua exclusão do regime especial de fiscalização e pagamento em que foi incluído por ato da SAT.

Revela que de fato, consta do site do TJ/BA a movimentação do processo referido, no qual, inclusive, já foi proferida sentença que denegou a segurança e cassou a liminar concedida como pode se verificar, também, no site do TJ/BA, que a SAT tomou conhecimento da liminar em 29/05/2012.

Observa que os fatos geradores das obrigações tributárias que deram origem aos créditos tributários exigidos no presente PAF ocorreram entre 21/06/2012 e 13/11/2012; em datas posteriores,

portanto, àquela da ciência da medida liminar, o que os coloca sob os efeitos desta, enquanto perdurar a sua eficácia.

Afirma que cassação da medida liminar ou a sua revogação, que pode ser decretada a qualquer tempo, a declaração de sua perempção ou caducidade, a denegação do mandado de segurança por sentença ou no julgamento da apelação dela interposta têm, todos esses atos judiciais, efeito *ex-tunc*, restabelecendo o *status quo ante*; o que significa dizer que a liminar, anteriormente concedida, além de não mais produzir efeito para o futuro, tem, extintos, os efeitos do passado, produzidos desde a sua concessão.

Declara que nas circunstâncias mencionadas, tudo se passa como se a liminar nunca tivesse existido. Dessa forma, ocorrendo a sucumbência do impetrante do mandado de segurança, ou qualquer medida judicial que suprima a eficácia da liminar concedida, restauram-se os efeitos do ato da autoridade da Administração Tributária, desde a data de sua expedição.

Ressalta que no caso deste PAF, estes efeitos, sendo restaurados, repercutem também na esfera jurídica do autuado, porque, embora não seja ele o impetrante do *mandamus*, permitiu-se figurar como adquirente e destinatário de mercadorias em operações que se realizavam sob a salvaguarda de liminar, a todos os títulos, inçada de incertezas e vicissitudes, como lhe é próprio.

Pondera que pensar de outro modo conduz a uma contradição incontornável entre a medida judicial liminar (que, embora desativada, ainda teria efeitos remanescentes) e a sentença que denegue a segurança. Sustenta que atribuir permanência ou definitividade a efeitos da liminar que foram produzidos anteriormente à denegação da segurança gera uma contradição inaceitável do ponto de vista lógico-jurídico.

Frisa que na verdade, estar-se-ia restringindo, arbitrariamente, o alcance da sentença denegatória da segurança e, também, consecutivamente, o alcance do ato administrativo guerreado que, a final, teria sido considerado idôneo pelo Poder Judiciário e restaria inaplicada a norma legal contida no inciso XVI, do art. 6º, da Lei nº 7.014/96, apesar de verificarem-se todos os pressupostos de sua incidência.

Revela que a Notificação Fiscal ou o Auto de Infração têm, apenas, a função de constituir o crédito tributário, não ensejando estes atos administrativos, qualquer ofensa à ordem judicial expressa através da liminar, desde que o crédito tributário que eles representem não seja inscrito na dívida ativa e nem implique qualquer restrição aos direitos do contribuinte.

Diz ser necessário separarem-se os créditos tributários decorrentes de obrigações que se originaram, anteriormente à data da ciência da liminar, daqueles cujas obrigações tiveram origem em data posterior a esta. Os primeiros, caso não sejam pagos, deverão ser inscritos na dívida ativa - tendo em vista que não foram alcançados pela restrição judicial - e os demais, caso não sejam espontaneamente satisfeitos, deverão ser inscritos na dívida, tão-somente, se houver, na tramitação do *mandamus*, decisão judicial contrária à liminar concedida.

Afirma que a concessão de medida liminar em mandado de segurança não configura óbice à lavratura de Notificação Fiscal ou de Auto de Infração e, tampouco, a que se decida pela sua procedência em processo administrativo fiscal – que é, apenas, uma etapa, eventualmente a ser cumprida, na constituição do crédito tributário -, não se erigindo, assim, a concessão de medida liminar em mandado de segurança, em causa de improcedência do lançamento *ex officio*.

Registra que o inciso IV, do art. 151, do CTN atribui à concessão de medida liminar em mandado de segurança o efeito exclusivo de suspender a exigibilidade do crédito tributário, deixando incólume, e, mesmo, pressupondo, nesta circunstância, a sua constituição. Por conseguinte, há de distinguir-se a exigibilidade do crédito tributário, de sua constituição, que, como visto, não se confundem.

Registra que, em havendo concessão de medida liminar em mandado de segurança que afete os elementos constitutivos da obrigação tributária, rege a matéria a norma de direito positivo – *norma agendi* - contida no inciso IV, do art. 151, do CTN que, como dito acima, apenas, suspende

a exigibilidade do crédito dela decorrente, tornando, assim, incabível e injurídica qualquer posição subjetiva sobre o assunto que negue o direito/dever do Estado de efetuar o respectivo lançamento *ex officio*.

Observa que se incorre em equívoco ao impugnar-se, às fls. 256, um suposto lançamento de ICMS dito normal, que não consta do Auto de Infração. Procura-se impugnar esta cobrança inexistente, com a afirmação de que créditos fiscais decorrentes de antecipação tributária parcial não foram considerados no cálculo do imposto devido. Assinala que neste PAF, cobra-se do responsável solidário, apenas e, tão-somente, os valores do ICMS-ST (ICMS retido) devidos nas operações autuadas, os quais foram obtidos após a necessária compensação com os créditos relativos às operações próprias do remetente das mercadorias. Não há falar, portanto, em *bis in idem*, como faz a defendente.

Revela que, contrariamente ao que se declara na peça defensiva, fls. 257, não há, nos autos, prova de pagamento dos valores de ICMS-ST - ICMS retido, cobrados no Auto de Infração.

Quanto à solicitação de exclusão ou redução da multa aplicada, registra que as Juntas de Julgamento Fiscal não são competentes para apreciar pedido de dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal.

Conclui mantendo a autuação.

A 5ª JJF converteu os autos em diligência, fl. 275, para que fosse encaminhado à INFAZ de Origem para se efetuar uma nova intimação válida e reaberto o prazo de defesa.

O Autuado atende a intimação e apresenta sua defesa reproduzindo todos os argumentos já manifestado em sua peça acostada às fls. 247 a 261.

Às fls. 317 a 321, o Autuante presta nova informação fiscal reprisando seus argumentos articulados na informação anterior.

A 3ª JJF decide converter novamente os autos em diligência à INFAZ Alagoinhas para que o Autuado fosse intimado mediante recibo para reabertura do prazo de defesa entregando-se cópia do Auto de Infração e dos demonstrativos elaborados por ocasião da sua lavratura.

Intimado o Autuado se manifesta às fls. 329 e 330, afirmando seu entendimento, de que nesse momento processual, a repetição da impugnação já oferecida em nada acrescentaria ao deslinde do feito, razão pela qual diz evocar os argumentos já expostos, clamando que sejam considerados como igualmente reproduzidos nesta manifestação.

Por fim, aduz que, como a motivação da autuação guarda estreita relação com o aludido regime especial, outra conclusão não se faz possível senão pela manifesta improcedência do lançamento.

O Autuante presta nova informação fiscal às fls. 336 a 339, reprisando todos os seus argumentos já articulados nas informações prestadas anteriormente e reafirma a manutenção da autuação.

VOTO

O presente Auto de Infração, trata da exigência de ICMS por responsabilidade solidária atribuída ao autuado, que na condição de adquirente, deixou de recolher o ICMS 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 seu recebimento através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação.

Também foi exigido do adquirente (posto de combustíveis), ICMS normal, que é o imposto relativo à operação própria devido pelo remetente (o distribuidor) e a Nota Fiscal não se encontrava acompanhada do documento de arrecadação do ICMS relativo à substituição tributária.

De acordo com o art. 6º, XVI da Lei 7.014/96, “são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, o posto revendedor

varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação”.

Por outro lado, conforme estabelece o art. 128 do CTN, a lei pode atribuir a responsabilidade solidária a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação tributária, atribuindo ao contribuinte, em caráter supletivo, a responsabilidade pelo cumprimento total ou parcial da obrigação tributária.

Neste caso, tendo sido constatada nota fiscal desacompanhada do respectivo documento de arrecadação, relativamente ao combustível adquirido de remetente com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria em razão de Regime Especial de Fiscalização, o autuado, que é um posto revendedor varejista, é considerado responsável, por solidariedade, pelo pagamento do imposto.

Em sede de defesa, em suma, o Autuado alegou que a distribuidora que realizou a venda dos combustíveis, por força de decisão judicial prolatada no Mandado de Segurança nº 0341915-21.2012.8.05.0001, em 23/05/2012, impetrado pela distribuidora e remetente, Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., não se encontrava enquadrada no Regime Especial de Fiscalização.

Verifico que no presente caso, a autuação se refere a fatos geradores ocorridos nos meses de junho a novembro de 2012, e a liminar foi concedida em 23/05/2012, no período objeto da autuação. Logo o sujeito passivo, na qualidade de adquirente de combustível, não detinha a responsabilidade solidária de efetuar o recolhimento do ICMS, haja vista que o fornecedor não se encontrava sob a égide do Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria.

Assim, resta patente que o Autuado, como posto revendedor de combustível, cliente da Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., não mais se submete à solidariedade da obrigação tributária, enquanto vigente a mencionada liminar.

Pelo exposto, entendo que, em consequência da liminar concedida, não deve ser aplicada a responsabilidade solidária atribuída ao posto revendedor varejista.

Saliento que, mesmo tendo sido proferida em 23/01/2013, a sentença que denegou a segurança e cassou a liminar concedida, como informou o Autuante e consta no Acórdão CJF Nº 0289-12/14, cópia acostada às fls. 307 a 312, entendo que a revogação da medida liminar, tão-somente, assegurou ser possível incluir a distribuidora no Regime Especial de tributação, em relação aos fatos ocorridos após a sua publicação e não antes, uma vez que por força do princípio basilar da segurança jurídica, o mandamento judicial era existente, válido e eficaz no mundo jurídico no momento da ocorrência dos fatos geradores objeto da autuação.

Aliás, neste mesmo sentido foram as decisões deste CONSEF, proferidas pelas Câmaras de Julgamento Fiscal, a exemplo dos Acórdãos CJF números 0056-11/13, 0112-11/13, 0072-12/13, 0094-13/13, 0108-13/13 e 0233-13/13.

Nestes termos, a infração não pode subsistir, haja vista que as ocorrências constantes do demonstrativo de débito foram alcançadas pela mencionada liminar, sendo indevido o imposto lançado neste Auto de Infração, ficando prejudicada a análise das demais razões defensivas, relativamente ao crédito do ICMS incidente sobre as operações anteriores e os pedidos de exclusão de multas e juros.

Quanto ao pleito do Autuado, para que todas as futuras intimações sejam endereçadas a Patrícia Falcão, OAB/BA nº 10.931, com endereço profissional na Rua Espírito Santo, nº. 106, Edf. Maia Empresarial, 2º andar, Pituba, em Salvador-BA, ou Rua Boticário Monkorvo, 790, Kalilândia, em Feira de Santana -BA, sob pena de nulidade, saliento que nada obsta que a Secretaria deste CONSEF atenda a solicitação, no entanto, convém esclarecer que os requisitos legais para a intimação do sujeito passivo, afiguram-se definidas expressamente no art. 108 do RPAF-BA/99.

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 269117.0001/13-2, lavrado contra **RPMP COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2019

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA