

PROCESSO - A. I. Nº 210560.0010/03-0
RECORRENTE - AGRÍCOLA CANTAGALO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0249-02/03
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET -22.10.03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0110-12/03

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. CACAU EM BAGAS. **a)** DESTINATÁRIO HABILITADO PARA OPERAR NO REGIME. Comprovado que o destinatário se encontrava habilitado. A fiscalização não fez prova da cassação do regime de habilitação e da publicação do ato administrativo para efeitos de levar ao conhecimento do interessado e de terceiros. Infração não caracterizada. **b)** UTILIZAÇÃO DE HABILITAÇÃO PERTENCENTE A TERCEIROS. Neste caso, restou comprovado que se trata, efetivamente, de habilitação pertencente a outro contribuinte lançada na nota fiscal de remessa dos produtos. Mas ausente prova de que o erro cometido pelo sujeito passivo tenha implicado em falta de recolhimento do tributo. Os envolvidos na operação são habilitados para o regime de diferimento e as operações foram acobertadas por notas fiscais regularmente escrituradas. Restou provado o cometimento de infração de natureza acessória. Modificada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, através do qual, o contribuinte, por intermédio de seu advogado, regularmente constituído, se insurge contra a Decisão proferida pela 2ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) que julgou Parcialmente Procedente Auto de Infração em que se exige ICMS em virtude da ter sido imputado ao sujeito passivo realização de operações tributáveis como não tributáveis, sob o amparo do regime de diferimento.

No que restou de controvérsia nos autos, após o julgamento da 1ª Instância, verifica-se que a acusação fiscal está pautada nas seguintes ocorrências:

- 1 – venda de cacau com ICMS diferido para contribuinte não habilitado, no caso, a EMPRESA CONCORDIA EXP E IMPORTAÇÃO LTDA;
- 2 – utilização de CNPJ, inscrição estadual e habilitação de diferimento pertencentes à empresa diversa da destinatária do produto, situação que envolveu as operações promovidas para o contribuinte denominado BAHIA COM. DE CACAU LTDA; e

3 – utilização de CNPJ e inscrição estadual pertencente à BAHIA COM. DE CACAU LTDA e habilitação para diferimento pertencente ao contribuinte INDUMCOMPRE – INDÚSTRIA, COMÉRCIO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.

A Decisão recorrida, em relação aos itens acima enumerados, se pronunciou da seguinte forma:

“3 – O adquirente da mercadoria não possui habilitação para diferimento e sua atividade é comércio de automóveis (NFs 55, 56, 60 e 61). Trata-se da CONCÓRDIA EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LTDA., sendo alegado pelo defendente que a mencionada empresa tem como um de seus objetivos sociais o comércio de produtos agropecuários, e por isso, entende que não é procedente o argumento de que a sua atividade seria tão somente de comércio de automóveis. Quanto à sua habilitação para o regime de diferimento, esclareceu que a Concórdia Exportação e Importação Ltda. ingressou com o processo de nº 903.096/94, sendo deferida a sua solicitação para operar no regime de diferimento nas operações com cacau em bagas, na condição de comerciante. Entretanto, a comprovação anexada aos autos pelo defendente não se refere ao exercício em que foram emitidas as notas fiscais objeto da autuação, e de acordo com a consulta efetuada no Sistema de Informações da Administração Tributária (SIDAT), não consta no histórico cadastral do autuado a alteração da atividade e habilitação para diferimento alegada nas razões de defesa. Assim, considero subsistente a exigência fiscal.

4 - Venda de cacau em amêndoas à CHAVES CACAU LTDA. com a utilização pelo autuado de CNPJ, Inscrição Estadual da BAHIA COMÉRCIO DE CACAU e habilitação para diferimento pertencentes à INDUCOMPRE (NFs 65, 66 e 68), de acordo com as notas fiscais em confronto com o documento Informações do Contribuinte à fl. 29 do PAF, e não ficou comprovada nos autos a habilitação do adquirente das mercadorias quanto ao diferimento alegado nas razões de defesa, considerando-se procedente o imposto exigido, tendo em vista que foi consignado nos documentos fiscais um destinatário, e constou habilitação de outro contribuinte e de outros produtos para efeito do diferimento.

De acordo com a análise dos fatos e comprovações acostadas aos autos, verifica-se que foi elidido pelo autuado apenas o item 02, relativamente à venda de cacau em amêndoas à empresa CHAVES CACAU LTDA. com a utilização de dados corretos de CNPJ, Inscrição Estadual e habilitação para diferimento (NFs 51, 52, 53, 54, 57, 63 e 70), ficando alterado o imposto devido ...”

Neste julgamento, remanesceu o débito de R\$3.770,18, tendo o contribuinte reconhecido como devido apenas o ICMS referente à Nota Fiscal nº 59, cujo recolhimento foi providenciado na fase de impugnação, conforme DAE anexo (fl. 56), portanto, antes da Decisão proferida pelo órgão de 1ª Instância.

Em relação à parte em que sucumbiu, o recorrente fundamentou a sua inconformidade afirmando, dentre as razões, que as operações destinadas à empresa CONCÓRDIA EXP. E IMP. Ltda, consta nos autos declaração, à fl. 107, firmada pelo Inspetor Fiscal de Itabuna de que o referido contribuinte é habilitado a operar no regime diferimento, do produto cacau em bagas, concedida em 27.05.94. É, também, juntada ao processo cópia do contrato social da empresa (fls. 73 a 78). Portanto, as operações deveriam ser realizadas sem débito do ICMS, pois amparadas no regime de diferimento.

Aduz que o autuante fundamentou o Auto de Infração no argumento de que a habilitação para o regime de diferimento fora cassada, mas não fez juntada aos autos de qualquer documento que desse sustentação às suas alegações. Afirma, ainda, que o fato de ter sido efetuado consulta ao Sistema de Informações da Administração Tributária (SIDAT) e não ter constatado no histórico cadastral da empresa CONCÓRDIA a alteração das atividades e a habilitação para o diferimento, não quer significar que as citadas modificações cadastrais e a habilitação não existam.

Com referência à utilização do número de habilitação do diferimento da empresa INDUMCOMPRES, as notas fiscais emitidas revelam que as mercadorias se destinaram à empresa CHAVES CACAU LTDA, sucedida pela empresa BAHIA COMÉRCIO DE CACAU LTDA, conforme atestam os documentos acostados às fls. 63 e 64 do PAF.

Sustentou que o número da habilitação da empresa sucedida transfere-se para a sucessora, nos termos da lei. Houve, no item 4 do Auto de Infração, em relação às Notas Fiscais de nºs 65, 66 e 68, a utilização de número de habilitação do diferimento de outra empresa, a INDUMCOMPRES, e o recorrente confessa ter cometido o engano. Entende, também, que as referidas operações estariam albergadas pelo regime de diferimento, e, portanto, não poderiam ser exigidas no Auto de Infração.

Pede que o Acórdão recorrido seja revisto para julgar totalmente improcedente o Auto de Infração impugnado.

Remetidos os autos para a Procuradoria Fiscal (PGE/PROFIS), inicialmente foi solicitada diligência, indeferida pelo colegiado desta Câmara, sob o argumento de que os elementos de prova existentes no processo são suficientes para a apreciação de mérito da lide. O processo retornou à representação da PGE/PROFIS para emissão do parecer conclusivo. Foi o mesmo distribuído para a ilustre procuradora, Dra. Sylvia Amoêdo, que se pronunciou entendendo que as infrações julgadas procedentes na 1ª Instância não foram elididas no Recurso interposto, devendo ser mantido o julgamento recorrido. Entendeu que a venda de cacau com ICMS diferido para contribuinte não habilitado e a utilização de dados de contribuinte diverso do destinatário das mercadorias não foi elidido pelo recorrente. Por isso, conclui que o Recurso interposto deva ser indeferido.

VOTO

Compulsando as provas acostadas ao processo, verifiquei que em relação à empresa CONCÓRDIA EXP. E IMP. Ltda há declaração, a fl. 107 dos autos, firmada pelo Inspetor Fiscal de Itabuna de que o referido contribuinte é habilitado a operar no regime diferimento, do produto cacau em bagas, concedida em 27.05.94. É, também, juntada ao processo cópia do contrato social da empresa. (fls. 73 a 78), onde se encontra consignado que a mesma tem por objeto social, entre outras atividades, o comércio de produtos agropecuários, especialmente cacau em amêndoas e bovinos. A alegação do agente fiscal de que a habilitação se encontrava cassada não foi trazida aos autos. Além disso, não bastaria provar o cancelamento do regime, pois o ato demanda também a sua publicidade para que possa produzir efeitos em relação ao interessado e terceiros que como ele praticam as operações mercantis. No PAF inexistem as provas que demonstrem o cometimento da infração imputada ao recorrente. A exigência fiscal é, portanto, improcedente.

Com referência à utilização do número de habilitação de diferimento da empresa INDUMCOMPRES, as notas fiscais emitidas revelam que as mercadorias se destinaram à empresa CHAVES CACAU LTDA, sucedida pela empresa BAHIA COMÉRCIO DE CACAU LTDA, conforme atestam os documentos acostados às fls. 63 e 64 do PAF. O número da habilitação da empresa sucedida transfere-se para a

sucessora, nos termos da lei. Essa circunstância encontra-se plenamente demonstrada no processo, evidenciando que o autuado não cometeu qualquer infração à legislação tributária.

Já com relação ao item 4 do Auto de Infração, houve, em relação às Notas Fiscais de nºd 65, 66 e 68, a utilização de número de habilitação do diferimento de outra empresa, a INDUMCOMPRES, e o recorrente confessa ter cometido o engano, não havendo controvérsia sobre essa questão. No mérito, verifico que essa irregularidade, cuja prática é assumida pelo recorrente, não tem o condão de se converter em descumprimento de obrigação principal, visto que as operações foram documentadas com a emissão de nota fiscal e os envolvidos na operação são habilitados a operar no regime diferimento. Não demonstrada pela fiscalização a prática de fraude que tenha implicado no falta de recolhimento de tributo. A prática de fraude não se presume, deve ser demonstrada, e a fiscalização não evidenciou ter o contribuinte incorrido em ação danosa aos interesses da arrecadação do Estado. Houve, apenas, neste caso, o descumprimento de obrigação acessória, que deve ser apenada com a multa fixa de R\$40,00, prevista no art. 42, inc. XXII, da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 7.753, de 13/12/00, que aplico ao sujeito passivo por ser mais benéfica, de acordo a norma que me autoriza a adotar esta medida, prevista no art. 157, do RPAF/99. Adotou-se a solução de aplicar a legislação menos gravosa ao contribuinte, ainda que não mais vigente, adotando-se a teoria da ultratividade da norma sancionadora, acolhida no Direito Tributário no CTN, na jurisprudência e na doutrina majoritárias.

A Decisão da Junta de Julgamento Fiscal deve, portanto, ser parcialmente modificada, sendo procedente a exigência de ICMS somente em relação a operação acobertada pela Nota Fiscal nº 59, no valor de R\$126,23, base de cálculo de R\$742,50, à alíquota de 17%, homologando-se os valores recolhidos pelo sujeito passivo, e, em relação ao item 4, a exigência tributária converte-se em multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 7.753, de 13/12/00, aplicada ao caso por ser mais benéfica.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210560.0010/03-0**, lavrado contra **AGRÍCOLA CANTAGALO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$126,23**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, devendo ser homologado o valor já recolhido, e a multa no valor de **R\$40,00**, prevista no art. 42, inc. XXII, da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 7.753, de 13/12/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de Outubro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS