

PROCESSO - A. I. Nº 180503.2689/07-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e LATICÍNIO OURO BRANCO LTDA.
RECORRIDOS - LATICÍNIO OURO BRANCO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJE nº 0005-02/08
ORIGEM - INFAZ TEXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 21/08/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJE Nº 0240-12/08

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. AQUISIÇÕES DE LEITE “IN NATURA” A PRODUTORES NÃO INSCRITOS NO CADASTRO DE CONTRIBUÍNTES. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. FALTA DE HABILITAÇÃO PARA OPERAR COM DIFERIMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Excluídos os valores relativos ao período em que o responsável tributário era inscrito no SimBahia, sendo, por isso, impedido de habilitar-se para o regime de deferimento, por força do art. 408-I do RICMS, haja vista que a legislação então vigente previa que, nas situações em que não fosse possível a adoção do diferimento, o imposto deveria ser pago no momento da saída das mercadorias (art. 348, § 1º, I), porém era dispensada tal antecipação em se tratando de leite fresco pasteurizado ou não, postergando o pagamento do tributo para o prazo previsto para pagamento do imposto relativo às operações próprias do responsável (art. 348, § 3º, I). Mantido o lançamento relativo ao período em que o contribuinte passou para o regime normal de tributação, quando poderia ter pedido habilitação para operar no regime de diferimento e não o fez. Não acolhidas as arguições de nulidade. Decisão recorrida mantida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício, interpostos pelo sujeito passivo e pela Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99.

O presente Auto de Infração foi lavrado para se exigir imposto no valor de R\$305.083,26, acrescido de multa no importe de 60%, através da responsabilidade solidária, decorrente da ausência de recolhimento de ICMS referente às aquisições de mercadorias de produtor rural não inscrito no cadastro estadual do ICMS, não tendo o autuado autorização para operar com diferimento do pagamento do imposto.

A 2ª JJE, ao analisar a impugnação interposta pelo autuado afastou a preliminar de nulidade do lançamento - inexistência de previsão legal para a exigência fiscal em exame -, e julgou o Auto de Infração parcialmente procedente aduzindo, em síntese que:

Quanto à preliminar de inexistência de previsão legal para a exigência fiscal, aduziu que tal exame não se trata de matéria preliminar, tratando-se, portanto, de matéria de fundo, devendo ser compreendida conjuntamente com os fatos, as provas e o direito aplicável.

No que concerne ao mérito da autuação, inicialmente ressalta que embora o autuante não tivesse indicado as regras especiais concernentes à exigência do tributo em relação às operações com Leite “*in natura*”, este equívoco procedimental não invalidou o lançamento, uma vez que a descrição dos fatos está clara e presume-se que o contribuinte deveria ter conhecimento da legislação que rege seus negócios.

Destaca que o caso em apreço não se trata de isenção, mas de hipótese de diferimento do imposto. Aduz que pelo fato do recorrente não estar habilitado para operar no regime de diferimento, como prevê o art. 344 do RICMS, deixou de ser atendida uma condição legal para a utilização do benefício fiscal. Evidencia que entre os meses dezembro de 2003 e maio de 2004, o sujeito passivo era vedado de habilitar-se para operar no regime de diferimento, conforme o art. 408-I do RICMS, e que fora deste período ele não requereu a devida habilitação para ser beneficiado pelo diferimento.

Ressalta que quando a legislação veda a adoção de diferimento, implica em obrigatoriedade do destaque do imposto no documento fiscal, bem como no pagamento antecipado, porém, enquanto o autuado encontrava-se enquadrado no regime simplificado de apuração de ICMS - SimBahia - encontrava-se dispensado do lançamento e o pagamento do imposto antecipado.

A JJF, após transcrever o art. 348, do RICMS, conclui o seu voto da seguinte maneira:

Portanto, nos termos do § 1º, I, nas situações em que não fosse possível a adoção do diferimento (note-se que o adquirente, quando inscrito no SimBahia, não podia habilitar-se para operar no regime de diferimento), o imposto deveria ser pago no momento da saída das mercadorias, porém o § 3º, I, dispensava a exigência de tal antecipação em se tratando de leite fresco, pasteurizado ou não, postergando o pagamento do tributo para o prazo previsto para o pagamento do imposto relativo às operações próprias do responsável. Com isso, o imposto diferido confundia-se com o imposto das operações próprias do responsável, fosse qual fosse o regime de apuração.

Em virtude disso, no período em que o autuado era inscrito no SimBahia (dezembro de 2003 a maio de 2004), a autuação é insubsistente, haja vista que a legislação da época dispensava o lançamento e o pagamento do ICMS, na forma acima exposta.

Mantenho o lançamento relativo ao período em que o contribuinte passou para o regime normal de tributação, quando poderia ter pedido habilitação para operar no regime de diferimento e não o fez.”

Diante das reduções realizadas pelos Julgadores de Primeira Instância administrativa, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício.

Inconformado com a Decisão proferida em primeiro grau, o autuado interpôs Recurso Voluntário, arguindo, em sede de preliminar, a seguinte nulidade.

Violação ao princípio do devido processo legal/cerceamento de ampla defesa - Segundo o recorrente o seu direito de ampla defesa foi cerceado, pelo fato da junta ter julgado o presente Auto de Infração parcialmente procedente sem conceder a oportunidade do autuado se manifestar sobre a informação fiscal prestada pelo fiscal autuante. Em decorrência desta suposta violação, sofreu restrições no seu direito da ampla defesa. Para fundamentar tal argumentação, colacionou aos autos diversos julgados a derredor da matéria.

No tocante ao mérito da autuação, assevera que o FISCO ao exigir o cumprimento da obrigação principal em decorrência do descumprimento da obrigação acessória - falta de solicitação para operar no regime de diferimento - quando se trata de operação não tributável, é no mínimo injusta.

Alega que a operação de circulação, do leite do produtor para o estabelecimento beneficiador, não se trata de operação tributável. Desta forma, não há porque converter-se em obrigação principal relativa ao pagamento do ICMS, sob pena de se estar exigindo ICMS em duplicidade, por diferentes sujeitos passivos.

Ao final de suas razões recursais, sustenta que “*diante da imputação de infração sem a devida fundamentação que caracterizou a falha procedimental observada pela eminente 2ª Junta de Julgamento Fiscal; diante da confusão entre o pagamento antecipado ou a postergação do pagamento do imposto diferido, independente do regime de apuração; diante da ausência de prejuízo para o erário público estadual, pelo mero descumprimento de obrigação acessória, ou seja, de solicitar autorização para continuar no regime do diferimento e, diante do*

descumprimento do seu próprio desequilíbrio do SimBahia para normal e qual fato implicaria na obrigatoriedade de cumprir com a obrigação acessória de ter que efetuar a referida solicitação, o autuado vem requerer a nulidade do Auto de Infração em comento consoante prescreve o art. 20 do RPAF/BA.”

No item DO PEDIDO, da sua súplica recursal, o autuado reitera o pleito de nulidade, e caso não seja acatada tal pretensão, requer seja o Auto de Infração julgado improcedente.

A PGE/PROFIS, ao se manifestar acerca do Recurso Voluntário, opina pelo seu Não Provitimento para se manter inalterada a Decisão recorrida.

No que concerne à preliminar argüida pelo recorrente-cerceamento do direito da ampla defesa - a PGE/PROFIS opinou pelo seu afastamento, argumentando, em apertada síntese, que a oportunizarão ao defendente de manifestação acerca da informação fiscal somente deve acontecer quando esta trouxer elementos novos ao processo, o que significa, documentos ou argumentos não conhecidos pelo contribuinte, sendo, que no presente caso, os “fatos ou documentos novos” trazidos pelo fiscal autuante, se referem à condição cadastral do contribuinte a resposta à consulta por ele próprio formulada, não havendo qualquer fato novo.

Quanto à preliminar de nulidade da autuação - ausência de subsunção do fato à norma - assevera que tal nulidade não merece ser acolhida, isto porque a fundamentação jurídica apresentada na autuação, apesar de ser pertinente ao caso, a JJF não entendeu como a mais específica, pelo que se utilizou de outros dispositivos para embasar a sua Decisão.

No tocante ao mérito, alega que não foi um descumprimento de obrigação acessória que conduziu a exigência da obrigação principal, isto porque ao adquirente de leite “*in natura*” cabe a antecipação do ICMS, com exceção daqueles contribuintes que se enquadram no regime de apuração do imposto por diferimento, o qual é responsável para recolher o imposto na saída da mercadoria. Assim, como o contribuinte não se encontrava enquadrado para operar no regime do diferimento, deveria recolher o imposto antecipadamente.

VOTO

Compulsando os autos, observo que a Decisão proferida pelo órgão *a quo* não merece qualquer reforma, uma vez que a mesma foi proferida em consonância com a legislação, preservando todos os direitos e garantias inerentes ao Processo Administrativo Fiscal.

Inicialmente, venho afastar as preliminares argüidas pelo sujeito passivo, por não vislumbrar qualquer vício insanável no presente Auto de Infração.

Argüi o sujeito passivo que lhe foi tolhido o seu direito à ampla defesa. Segundo o contribuinte, o autuante, quando da informação fiscal, acostou ao PAF documentos e fatos novos, sendo que não lhe foi concedido prazo para se manifestar sobre tais documentos.

Ocorre que a documentação em que o recorrente se refere como “novos”, trata-se, na verdade de uma consulta, feita pelo contribuinte à SEFAZ, no ano de 2004, a fim de sanar algumas dúvidas acerca do recolhimento, ou não do ICMS, nas operações idênticas ao do presente PAF, sendo que, após o resultado da consulta, lhe foi conferido o prazo de 20 dias para que recolhesse os impostos decorrentes das infrações que tivesse cometido, sendo que não o fez.

Em análise às razões recursais, e o Parecer acostado, às fls. 490/492, não se verifica nenhum vício insanável, uma vez que o recorrente já havia tomado ciência de tal Parecer, há aproximadamente 03 (três) anos, sem que tivesse tomado qualquer atitude para evitar tais infrações a legislação. Vale, ainda, destacar, que os argumentos trazidos pelo recorrente, não demonstra, de fato, qual o prejuízo, efetivamente ocasionado, com a colação do inusitado Parecer aos autos.

Vale, destacar, a conclusão da PGE no sentido de que “*a oportunizarão ao defendente de manifestação acerca da informação fiscal somente deve acontecer quando esta trouxer elementos novos ao processo, o que **significa, documentos ou argumentos não conhecidos pelo contribuinte***”. (grifos adotados)

Diante do que foi externado acima, afasto a preliminar suscitada, por não visualizar qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa, requisito este indispensável para a declaração de nulidade do procedimento, nos termos do § 2º, do art. 18 do RPAF.

Quanto à segunda preliminar suscitada pelo recorrente, ausência de subsunção do fato à norma, esta também não merece prosperar.

Segundo o recorrente a imputação da infração sem a devida fundamentação legal, caracterizou uma falha insanável no presente Auto de Infração. Em que pesem tais argumentos, a análise de todo o *in fôlio*, não se contata a presença de tal equívoco na autuação. O que ocorreu *in casu*, foi que a Junta de Julgamento Fiscal, entendeu que a fundamentação jurídica utilizada pelo Fiscal autuante não era a mais específica, utilizando-se, portanto, de outros dispositivos, mais específicos para embasar a sua Decisão.

O art. 19 do RPAF determina que “*a indicação de dispositivo regulamentar equivale a menção do dispositivo de Lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.*”

Assim, só será considerada nula a ação fiscal, quando, além do dispositivo de lei infringido não estiver indicado corretamente, não for possível se verificar o seu enquadramento com a descrição dos fatos.

No caso subanálise, não se vislumbra a hipótese descrita no artigo supracitado, isto porque o autuante, ao lavrar o Auto de Infração indicou corretamente os dispositivos em que a infração imputada ao recorrente encontrava-se enquadrada, bem como na descrição dos fatos restou evidenciado que “*o contribuinte trabalha no ramo de laticínios, comprando leite (produto diferido) diretamente do produtor rural, não inscrito, responsabilizando pelo recolhimento do imposto por solidariedade. Não tem autorização para operar com diferimento.*” Assim, pode-se concluir que o Autuado ao tomar conhecimento da infração que lhe estava sendo imputada, detinha o conhecimento da mesma, no entanto, não se insurgiu contra tal enquadramento na sua impugnação, muito pelo contrário, exerceu o seu direito de ampla defesa, interpondo Recurso e atacando os pontos da autuação que considerava insubsistente.

Não havendo qualquer prejuízo que pudesse macular o presente Procedimento Administrativo, afasto a preliminar suscitada.

Quanto ao mérito, entendo que a Decisão proferida pela 2ª JJF não merece qualquer reparo, uma vez que a mesma foi proferida sob a égide da mais lúdima justiça.

Busca o recorrente tergiversar acerca dos fatos que ocasionaram a presente exigência fiscal, visando confundir os institutos do descumprimento da obrigação acessória e da exigência da obrigação principal.

À análise dos autos, constata-se que o Autuado não efetuava o recolhimento antecipado do ICMS no momento das aquisições, aduzindo, para tanto, que tais operações não deveriam incidir o ICMS, fundamentando suas razões no § 3º, II, do art. 347 e art. 466, § 1º, ambos do RICMS.

Porém, como restou devidamente caracterizado no procedimento subanálise, o presente Auto de Infração foi lavrado com o intuito de se exigir ICMS, através da responsabilidade solidária, pelo fato do recorrente, não enquadrado em operar sob o regime do diferimento, ter deixado de recolher imposto sobre as aquisições de leite *in natura* de produtores rurais não inscritos no cadastro de contribuintes deste estado.

Conforme a legislação pertinente à matéria, deveria o autuado, no momento das aquisições do leite “*in natura*” de produtores rurais não inscritos no cadastro de contribuintes, ter efetuado o recolhimento do ICMS antecipadamente, na qualidade de responsável solidário.

Caso o recorrente optasse por recolher o ICMS da aquisição do leite “*in natura*”, no momento da sua saída, deveria requerer, junto a SEFAZ, a habilitação para operar no regime do diferimento. Não tendo prova dos autos de que o contribuinte não realizou esta opção perante a repartição fazendária, é devido o ICMS de todas as aquisições do leite *in natura*, a partir de quando o autuado deixou de ser enquadrado no regime simplificado de apuração de imposto - SimBahia,

ou seja, a partir de junho de 2004.

Quanto à argüição do desconhecimento do seu enquadramento no regime normal de ICMS, tal argumento não merece qualquer respaldo, tendo em vista que a empresa encontrava-se operacionalizando no regime normal, emitindo notas fiscais normais, o que evidencia o seu conhecimento do regime normal de apuração de ICMS.

Quanto ao período da autuação, em que o autuado encontrava-se enquadrado no SimBahia, a autuação é insubsistente, tendo em vista que a legislação à época dispensava a exigência do imposto na forma antecipada, nos termos do § 1, I, e § 3º, I, ambos do art. 348, do ICMS.

No que concerne ao Recurso de Ofício, comungo com o entendimento externado da 2ª CJF, no sentido de que houve um período em que nas operações com leite fresco havia uma exceção, prevista no inciso I, do parágrafo 3º, do art. 348 do RICMS, que dispensava o lançamento e o pagamento do imposto quando não fosse possível a aplicação do diferimento. À época evidenciada pela JJF seria o período de dezembro de 2003 a maio de 2004, uma vez que o autuado encontrava-se sob o regime do SimBahia, portanto desobrigado de efetuar o lançamento e o pagamento do ICMS na forma antecipada, isto porque o imposto diferido confundia-se com o imposto das suas operações próprias.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 180503.2689/07-9, lavrado contra **LATICÍNIO OURO BRANCO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$258.577,99**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de agosto de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS