

PROCESSO - A. I. Nº 207140.0034/14-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e OLEOQUÍMICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.
RECORRIDOS - OLEOQUÍMICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0211-01/14
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 13/04/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0089-12/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIACÃO DE MÉRITO. NOVA DECISÃO. O autuado tem responsabilidade legal pelo pagamento do tributo exigido na infração 1, se devido for. Não há ilegitimidade passiva. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recursos de Ofício e Voluntário, previstos no artigo 169, inciso I, alíneas “a” e “b” do RPAF/1999 (Decreto nº 7.629/1999, Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), interpostos, respectivamente, pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) e pelo sujeito passivo, contra a Decisão que, através do Acórdão JJF nº 0211-01/14, julgou o Auto de Infração acima epigrafoado procedente em parte, lavrado no dia 11/06/2014 para exigir crédito tributário no montante de R\$ 15.364.677,66, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento do ICMS por diferimento, na condição de responsável substituto. Trata-se de aquisições de vapor d’água, cujas saídas do fornecedor estavam sujeitas ao regime de substituição tributária por diferimento. A responsabilidade pelo recolhimento havia sido transferida pela legislação para o adquirente ou destinatário (autuado e recorrido), na condição de sujeito passivo por substituição. Segundo a fiscalização, o contribuinte ingressou tal mercadoria sem o pagamento do tributo diferido. R\$ 7.682.338,83 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 2 - Utilização indevida de crédito, referente às aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Trata-se de compras de vapor d’água, cujas saídas do fornecedor estavam sujeitas ao regime de substituição tributária por diferimento, em que a responsabilidade pelo pagamento do imposto havia sido transferida (pela legislação) para o adquirente ou destinatário. R\$ 7.682.338,83 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996.

A remessa necessária decorre de ter sido julgada nula a primeira imputação, por ilegitimidade passiva, enquanto o Recurso Voluntário do fato de a segunda infração ter sido declarada procedente.

As operações (fatos geradores) que ensejaram as duas acusações são as mesmas.

O remetente é a OXITENO NORDESTE S/A, que lançou o imposto diferido nas notas fiscais de saída e não pagou os valores respectivos, uma vez que possuía créditos acumulados de exportação. Tais créditos, na concepção do autuado, absorveram os débitos das notas fiscais de fornecimento de vapor d’água.

A JJF (Junta de Julgamento Fiscal) apreciou a lide no dia 30/09/2014, decidindo unanimemente pela Procedência Parcial, de acordo com o texto a seguir reproduzido (fls. 254 a 259).

“Os lançamentos em discussão nestes autos referem-se a duas situações intimamente relacionadas entre si: a) falta de recolhimento do “ICMS substituído por diferimento” [leia-se: falta de recolhimento do ICMS relativo à substituição tributária por diferimento], em virtude de o autuado ter recebido vapor d’água, cujas saídas do estabelecimento fornecedor estavam sujeitas ao regime de diferimento, sendo a responsabilidade pelo imposto transferida para o adquirente ou destinatário, na condição de sujeito passivo por substituição, tendo o autuado dado entrada daquela mercadoria sem o pagamento do ICMS diferido, e b) o imposto correspondente foi utilizado como crédito.

Ou seja, o item 1º trata da falta de recolhimento, pelo autuado, do ICMS cujo lançamento se encontrava diferido, em virtude da responsabilidade que lhe é atribuída por lei, na qualidade de responsável tributário por substituição, por ter ocorrido em seu estabelecimento o fato que encerra a fase de diferimento do lançamento do imposto, relativamente a aquisições de vapor d’água em operações internas, nos termos do inciso XIX do art. 343 do RICMS/97, e o item 2º cuida da glosa do crédito fiscal porque o autuado não recolheu o imposto diferido relativo a tais operações.

Note-se que o crédito glosado (item 2º) correspondente exatamente ao valor do imposto que deixou de ser pago (item 1º).

Na informação prestada, a autoridade fiscal que efetuou o lançamento manifestou o entendimento de que o Regulamento, ao transferir a responsabilidade do fornecedor para o adquirente ou destinatário das mercadorias, tornou a tributação efetuada por fornecedor irregular e inidôneo o crédito utilizado pelo adquirente. O autuante considera que estaria havendo apenas uma “aparente” dupla tributação da mesma operação. A seu ver, a “regularização” se operaria assim: o contribuinte deveria efetuar o pagamento do Auto de Infração; a Oxitenos faria o estorno do débito fiscal lançado por ela nas operações de saída de vapor; o crédito fiscal da Oleoquímica, ora glosado, poderia ser “relançado” na escrita fiscal, ficando desfeito assim o “bis in idem” e a glosa dos créditos ficaria sem efeito prático.

Na descrição do fato, foi omitido um dado substancial: o imposto que deveria ser recolhido pelo destinatário havia sido destacado nas Notas Fiscais pelo remetente.

No tocante ao item 1º, cumpre notar que, ao estabelecer a substituição tributária por diferimento, o que o Estado pretende é assegurar o recolhimento do imposto. Se o imposto é pago pelo contribuinte de direito, em vez de ser recolhido pelo substituto, isso não significa que o pagamento se tornasse indevido. Seria uma afronta ao princípio da moralidade exigir-se o pagamento do imposto em duplicidade relativamente ao mesmo fato. Se houvesse prova de que o imposto que deveria ser pago pelo destinatário foi pago pelo remetente, não haveria por que se exigir que o imposto fosse pago de novo.

O problema neste caso é que, apesar de o remetente ter destacado o imposto nas Notas Fiscais de fornecimento de vapor d’água, o imposto não foi “pago” – apenas foi debitado. Isto porque, de acordo com as informações verbais colhidas na sessão de julgamento, o remetente, Oxitenos Nordeste S.A. Indústria e Comércio, tem vultosos créditos de exportação, e tais créditos absorveram os débitos das Notas Fiscais de fornecimento de vapor d’água. Assim, os valores destacados nas Notas Fiscais de saída do remetente foram compensados escrituralmente, e ao final o imposto não foi “pago” pelo remetente.

Neste caso, ao destacar o imposto nos documentos fiscais, o remetente chamou para si a responsabilidade pelo imposto. Prevê nesse sentido o art. 346, § 2º, do RICMS/97, que não é permitido o destaque do imposto nos documentos fiscais relativos a operações beneficiadas com o regime de diferimento. Complementando essa regra, o art. 347, inciso II, prevê que o ICMS será lançado sempre que a saída da mercadoria for efetuada em circunstâncias em que não seja possível a adoção do diferimento; o art. 348, § 1º, inciso I, “a”, dispõe que o contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer tal situação efetuará o recolhimento do imposto por ele lançado, tendo o imposto de ser pago no momento da saída das mercadorias, devendo o documento fiscal ser emitido com destaque do imposto, ao qual será anexado o correspondente documento de arrecadação; e o art. 348, em seu § 4º, inciso I, orienta como deve proceder o remetente da mercadoria quanto à escrituração das Notas Fiscais no Registro de Saídas e aos ajustes a serem feitos no Registro de Apuração.

Sendo assim, concluo que o item 1º deste Auto é nulo por ilegitimidade passiva, pois o lançamento deveria ser feito em nome do contribuinte que emitiu as Notas Fiscais com o destaque do imposto e não juntou a elas os comprovantes do seu pagamento. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento, a salvo da falha acima descrita. É evidente que se o interessado, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Com relação ao item 2º, é evidente que, em consonância com os dispositivos que acabo de mencionar, o autuado, na condição de destinatário da mercadoria, só poderia utilizar o crédito se o comprovante do pagamento do imposto se encontrasse anexado às Notas. Mantenho a glosa do crédito.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração”.

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estatuído no art. 169, I, “a” do RPAF/1999, a

1ª Junta de Julgamento recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JF N° 0211-01/14.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do sobredito Regulamento processual, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário (fls. 281 a 297), no qual inicia aduzindo a tempestividade da peça e sintetizando os fatos.

Sem prejuízo dos pagamentos efetuados pelo remetente, entende, no que concerne às infrações 01/02, que, no próprio Auto de Infração, há lançamento de imposto em duplicidade sobre operações idênticas, consoante as planilhas e gráficos de fls. 285 a 288, situação caracterizada ou agravada pela negativa de apropriação dos créditos.

Citando doutrina e jurisprudência, aduz que, ainda que não tenha resultado em recolhimento, o mecanismo de débito x crédito levado a efeito pelo remetente, em observância ao postulado da não cumulatividade, equivale a um efetivo pagamento de tributo.

A comprovação de que houve débito nas saídas não deixaria dúvidas de que possui direito de se apropriar das quantias em análise, mantendo os respectivos créditos. Como não houve prejuízo para o Erário, no máximo, segundo alega, caberia aventar a aplicação de penalidade de natureza instrumental.

Em relação à primeira infração, argumenta que a mesma não é nula por ilegitimidade de parte, mas insubsistente, em razão dos “pagamentos” supostamente efetuados.

Encerra pleiteando o acolhimento das razões apresentadas.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 301 a 303, assinala que o procedimento de fiscalização observou os ditames do art. 39 do Decreto n° 7.629/1999 e que Acórdão de primeira instância não merece reparo, pois o recorrente não trouxe aos autos argumentos capazes de modificá-lo.

No mérito, destaca que o crédito somente poderia ser utilizado mediante a apresentação do comprovante de pagamento do imposto, o que não ocorreu. O que houve foi uma mera compensação escritural, efetivada pelo remetente.

Na assentada de julgamento (30/03/2015), o ilustre representante da PGE/PROFIS manifestou o entendimento de que não há ilegitimidade passiva na infração 01, tendo restado clara a ocorrência de “bis in idem” com a segunda acusação.

Sugeriu, assim, a declaração de nulidade da Decisão recorrida.

VOTO

A remessa necessária decorre da declaração em Primeira Instância de nulidade por ilegitimidade de parte (sujeito passivo) da primeira imputação.

Preliminarmente, é preciso esclarecer a questão da sujeição passiva, e para isto tomo como fundamento a norma do art. 343, XIX, RICMS/1997 vigente quando das ocorrências. O texto abaixo vigorou entre 21/06/2007 e 31/10/2011.

“Art. 343. É diferido o lançamento do ICMS incidente: (...) XIX - nas saídas internas de ar comprimido, vapor d'água e água clarificada, desmineralizada ou potável, para o momento em que ocorrer a entrada dos produtos no estabelecimento do adquirente; (...)”.

Portanto, o termo final da suspensão do pagamento do gravame ocorreu no instante da entrada nas instalações físicas do destinatário, ora recorrido e autuado, razão porque a única conclusão a que se pode chegar é de que o mesmo (destinatário) tem responsabilidade legal pelo adimplemento da obrigação tributária principal, caso existente, o que não se pode afirmar neste momento, por se tratar de mérito.

Relativamente ao equivocado destaque do ICMS nas notas fiscais emitidas pelo remetente (OXITENO NORDESTE S/A), pessoa jurídica estranha à presente relação de direito processual, veja-se o que dispõe o art. 346, § 2º do RICMS/1997.

"Art. 346. Salvo disposição regulamentar em contrário, as operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento deverão ser realizadas com emissão do documento fiscal próprio. (...) § 2º Não é permitido o destaque do imposto nos documentos fiscais relativos a operações beneficiadas com o regime de diferimento".

Na qualidade de não responsável pelo pagamento do tributo, responsabilidade esta que não é solidária, mas própria, do destinatário (recorrido), o remetente destacou de forma ilegal o gravame nos documentos fiscais relativos às operações beneficiadas com o regime de diferimento, ao arripio dos artigos 343, XIX e 346, § 2º, RICMS/1997.

Não é a OXITENO NORDESTE S/A a sociedade responsável pela obrigação tributária aqui tratada, mas o autuado, pois aquela, não sendo responsável pelo pagamento, pode e deve ingressar com pedido de restituição de indébito das quantias indevidamente escrituradas nas saídas. Como possuía, à época das ocorrências, um montante de crédito, originário de exportações, maior do que os valores indevidamente escriturados em seu desfavor, tem o direito de tomar providências, junto à repartição fiscal de origem, no sentido de lançar os créditos correlatos nos livros apropriados.

Anote-se, mais uma vez, que a responsabilidade do recorrido é própria, jamais solidária.

Assim, data vênua, tenho como incorreto o julgamento que reputou nula a infração 01, pois, de acordo com as razões acima apresentadas, não há ilegitimidade de parte neste processo.

Esta CJF (Câmara de Julgamento Fiscal) não pode ingressar no mérito da imputação, sob pena de suprimir instância. Por tal motivo, fica prejudicado o apelo voluntário. O PAF deve retornar ao órgão prolator da Decisão recorrida para novo julgamento.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, com vistas a declarar NULA a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **207140.0034/14-0**, lavrado contra **OLEOQUÍMICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA**. Os autos devem retornar à Junta de Julgamento Fiscal para nova deliberação.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS