

A. I. Nº - - 269138.0002/15-1  
AUTUADO - A. N. R. AGROPECUÁRIA LTDA.  
AUTUANTE - JEFFERSON MARTINS CARVALHO  
ORIGEM - SAT/COPEC  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 28.04.2016

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0048-04/16

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração não elidida. 2. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Não restou caracterizada a infração. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. **a)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Razões de defesa não elidem a ação fiscal em relação ao item **a)** e quanto ao item **b)**, infração não contestada. No entanto, conforme dispõe o art. 106, II, “c”, do CTN a multa aplicada passa para o percentual de 1% vez que o inciso IX do art. 42, da Lei nº 7.014/96 foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/05/2015, exige ICMS no valor de R\$187.364,14, mais multas de caráter acessórios no valor de R\$43.319,87, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades à legislação tributária deste Estado:

Infração 01 - Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Período: março e dezembro de 2011, fevereiro e agosto de 2012. Valor: 177.076,29. Multa de 60%.

Infração 02 - Deixou de recolher o ICMS referente à aquisição de mercadorias de produtor rural ou extrator não inscrito no cadastro estadual do ICMS, na qualidade de responsável solidário. Consta descrito no corpo do Auto de Infração: “*Segue em anexo a cópia da nota fiscal eletrônica número 872 emitida pela Alcana Destilaria de Alcool de Nanuque S/A, empresa não inscrita no estado da Bahia, relativa a compra de cana-de-açúcar – vide os campos base de cálculo do ICMS e valor do ICMS*”. Período: janeiro de 2010. Valor: R\$10.287,85.

Infração 03 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Consta descrito no corpo do Auto de Infração: *Segue em anexo a relação das notas fiscais não tributadas e não registradas na escrita fiscal*. Valor da multa: R\$32.032,02.

Infração 04 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Valor da multa: R\$5.911,24.

Após transcrever as infrações e os demonstrativos de débito, o impugnante traz os seguintes argumentos visando desconstituir o lançamento ora impugnado (fls. 31/36).

Infração 01 - diz que vendeu cana-de-açúcar para a empresa ALCANA Destilaria de Alcool de Nanuque S/A, em operação interestadual, conforme quadro que apresenta (fls. 34). Acrescenta: “*Como é prática comum entre o Estado da Bahia e as usinas processadoras de cana-de-açúcar*

*para a produção de açúcar e álcool localizada em outros estados, fica a cargo da adquirente da mercadoria (cana-de-açúcar), a retenção e o recolhimento do ICMS. Mesmo localizada em outro estado a adquirente da mercadoria usufrui do direito ao parcelamento solicitado através do REQUERIMENTO DE PARCELAMENTO DE DÉBITO precedido da DENÚNCIA ESPONTÂNEA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO. (doc. 02)”.*

Informa, ainda, que a ALCANA Destilaria de Álcool de Nanuque S/A descontou, dos seus créditos pelo fornecimento da cana-de-açúcar, os valores referentes ao ICMS destacados nas notas fiscais para repasse à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, conforme lhe foi informado pela mesma.

Que como se pode verificar nas Denúncias Espontâneas nº 600000.0756/12-4, protocolo 100925/2012-1 e nº 600000.1181/12-5, protocolo 180015/2012-0, a ALCANA Destilaria de Álcool de Nanuque S/A declarou que *“Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido – Referente aquisição de cana-de-açúcar do Município de Mucuri-BA.”*, confirmando tais pagamentos. Consequentemente, nada mais deve ao Estado da Bahia referente às notas fiscais autuadas.

Infração 02 - esta infração diz respeito cobrança do imposto sobre a mercadoria (cana-de-açúcar) constante da NF-e nº 872, emitida por ALCANA Destilaria de Álcool de Nanuque S/A, em 31/01/2010, pela aquisição de 2.041,2400 toneladas de cana-de-açúcar, com a base de cálculo no valor de R\$85.732,08, alíquota de 12,00% e ICMS no valor de R\$10.287,85.

Declara não ter conhecimento da referida NF-e. Portanto, não reconhece o débito de ICMS no valor de R\$10.287,85, nela destacado.

Infração 03 - que o valor de R\$32.032,02 se originou da falta do registro de diversas notas fiscais do período compreendido entre 31/05/2010 a 31/12/2014. Ao analisar este montante, o valor de R\$24.783,14 se refere a 28 NF-e's emitidas pela empresa UNIÃO Industrial Açucareira Ltda., inscrita no CNPJ sob o nº 03.333.102/0004-60. Declara não ter conhecimento das notas fiscais relacionadas no anexo ao auto de infração, emitidas por tal empresa e, portanto, não reconhece o débito referente à multa no valor de R\$24.783,14 por falta de registro na escrita fiscal.

Requer o cancelamento do Auto de Infração.

O autuante em manifestação (fls. 78/79), assim se posiciona:

Infração 01 - primeiramente ressalta o argumento de defesa, qual seja: que a retenção e o recolhimento do ICMS devido por ela “ficou a cargo” do adquirente da mercadoria (ALCANA Destilaria de Álcool de Nanuque Ltda.), já que as partes assim acordaram, ficando a ALCANA responsável por tais recolhimentos sendo descontado *"dos créditos da requerente pelos fornecimentos da cana-de-açúcar, os valores referentes ao ICMS destacados nas notas fiscais para repasse à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia"*.

No entanto, embora a empresa tenha apresentado parcelamentos de débitos realizados pela ALCANA, em nome próprio (fls. 58/63), segundo o art. 123 do Código Tributário Nacional - CTN, *"salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes."*

Em assim sendo, como não há previsão em lei para o fisco aceitar tal acordo particular, não há que se falar em responsabilização da ALCANA pelos débitos próprios do autuado.

E ressalta, os valores parcelados pela ALCANA não geram reconhecimento pelo Estado da mudança da responsabilidade tributária. Na verdade, se eles realmente incluíram os valores devidos pelo autuado, o que não resta demonstrado, pode solicitar a restituição desses valores pagos, em pedido próprio, onde comprove essa alegação porque são indevidos ao Estado.

Em relação às infrações 02 e 03 a empresa apenas alega não ter conhecimento das notas fiscais que fundamentaram a autuação. Portanto, não reconhece os débitos decorrentes. Neste caso, tal alegação não é defesa e *“a simples alegação da autuada de que não tem conhecimento das notas fiscais relacionas não deve ser aceita sem outros argumentos que a robusteça.”*

Quanto à quarta infração, a autuada não apresenta contra-argumentos aceitando, tacitamente, os fundamentos da autuação.

Pugna pela manutenção do lançamento fiscal.

## VOTO

A infração 01 do presente lançamento fiscal exige ICMS não recolhido tempestivamente referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios da empresa autuada nos meses de março e dezembro de 2011 e fevereiro e agosto de 2012.

Inicialmente ressalto de que o impugnante é uma sociedade empresarial limitada.

O autuante, com base nos lançamentos, efetuados pelo próprio impugnante, no seu livro Registro de Apuração do ICMS - RAICMS exigiu o imposto não recolhido e devido (fls. 11/14 dos autos).

A empresa alega, conforme suas próprias palavras: *“Como é prática comum entre o Estado da Bahia e as usinas processadoras de cana-de-açúcar para a produção de açúcar e álcool localizada em outros estados, fica a cargo da adquirente da mercadoria (cana-de-açúcar), a retenção e o recolhimento do ICMS. Mesmo localizada em outro estado a adquirente da mercadoria usufrui do direito ao parcelamento solicitado através do **REQUERIMENTO DE PARCELAMENTO DE DÉBITO** precedido da **DENÚNCIA ESPONTÂNEA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO**. (doc. 02).”*

Esta é afirmativa que não se pode dar guarida. Não existe “prática comum” entre o Estado da Bahia e as usinas processadoras de cana-de-açúcar. O Estado da Bahia se pauta, por dever, na legislação tributária. Se, acaso, o contribuinte, por livre vontade, celebrou com o adquirente da cana-de-açúcar, localizado em Minas Gerais, no caso a ALCANA Destilaria de Álcool de Nanuque S/A, acordo para que ela recolhesse o imposto devido, é situação sem qualquer participação do Estado da Bahia. Inclusive ao verificar o seu RAICMS tal fato (e não poderia ser de outra ordem) não encontra respaldo. Ou seja, o próprio impugnante expressa ser devedor do imposto ora exigido.

E aqui razão assiste ao autuante ao trazer aos autos as determinações do art. 123 do CTN, que claramente expressa: *“salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.”*

Quanto ao fato da ALCANA Destilaria de Álcool de Nanuque S/A ter solicitado parcelamento de débito através de Denúncia Espontânea, por não ter recolhido o “ICMS substituído por diferimento na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido”, não se pode saber qual o motivo que ela assim procedeu já que na presente discussão não se está a falar em imposto diferido, conforme determinações dos artigos 286 a 289, do RICMS/12. E acrescento: diferimento somente se aplica em operações internas ou em operações interestaduais quando assim especificar a norma legal. No presente caso, as operações foram interestaduais.

E ao derredor deste parcelamento, a ALCANA poderia fazê-lo, mesmo não sendo cadastrada neste Estado. Porém entre realizá-lo e provar que o valor do imposto exigido e tais parcelamentos existe grande diferença.

Primeiro, e somente em consideração ao quanto argumentado pela empresa, em tais parcelamentos, não se pode saber se o valor do imposto denunciado se refere a pagamento equivocado pelo adquirente relativo às notas fiscais autuadas, se tais pagamentos são de outros

fornecedores baianos, se ela, de fato, nas compras realizadas tinha a obrigação fiscal de recolher o imposto, por diferimento ou outro instituto tributário, a exemplo da substituição tributária. Enfim, as denúncias espontâneas feita pela adquirente da mercadoria, embora demonstrem que ela tenha realizado pagamentos ao Estado da Bahia, não servem de prova para elidir a presente ação fiscal. Não há qualquer vínculo destas denúncias com o imposto ora exigido.

E o mais importante: o que aqui se apura, é o próprio imposto devido pelo contribuinte, e por ele mesmo escriturado, no seu livro Registro de Apuração do ICMS - RICMS. Precisamente, nem o instituto do diferimento, previsto no art. 343, V, do RICMS/97 pode ser alegado.

Diante de tais situações, somente posso me alinhar às considerações apresentadas pelo autuante, mantendo integralmente a infração 01.

A infração 02 exige o ICMS pela falta do seu recolhimento referente à aquisição de mercadorias de produtor rural ou extrator não inscrito no cadastro estadual do ICMS, na qualidade de responsável solidário.

O impugnante apenas “declara” não conhecer a NF-e nº 872. Assim, não é devedor do valor de R\$10.287,85, destacado no referido documento.

Ao analisar o fulcro da infração, percebe-se que o autuante exige o imposto destacado no documento fiscal pelo fato do emitente do documento fiscal (produtor rural ou extrator) não possuir inscrição no cadastro estadual. Assim, interpreta que a empresa autuada é a responsável solidária por este recolhimento.

Entendo que aqui existe interpretação equivocada do autuante em relação à norma tributária vigente à época do fato gerador, mais precisamente, o RICMS/97.

O art. 38, I equiparava a comerciante ou industrial o produtor rural ou extrator constituído como pessoa jurídica. No presente caso, o emitente do documento fiscal (ALCANA Destilaria de Álcool de Nanuque S/A) é pessoa jurídica, emitindo regularmente documento fiscal, portanto inscrito no cadastro de contribuinte do seu Estado, no caso MG, não existindo nos autos qualquer indício de que se encontrava com situação cadastral irregular, e por consequência, o documento fiscal era inidôneo (art. 39, V).

Por outra banda, o art. 128 dispunha que *“o recolhimento do imposto pelo responsável solidário será feito no momento da caracterização da responsabilidade por solidariedade, em face da ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 39”*.

Ao analisar as hipóteses de responsabilidade solidária elencadas no art. 39 elas não se encontram presentes. Mesmo a situação do art. 39, VIII (responsabilidade solidária do *“adquirente em relação às mercadorias recebidas de pessoas físicas ou jurídicas não obrigadas a emissão de documento fiscal”*) não se pode aventar, já que a ALCANA Destilaria de Álcool de Nanuque S/A estava, como contribuinte do ICMS, obrigada a emitir nota fiscal quando de suas vendas, o que e alias, foi realizado.

Se, acaso, a ALCANA não possuisse inscrição estadual regular, poderia ser considerada produtora rural não equiparada à comerciante ou industrial. Neste caso, não poderia emitir NF-e. Esta seria emitida pela empresa autuada, a qual ficaria como responsável tributária pelo recolhimento do imposto, no prazo regulamentar, conforme disposições do art. 129, do RICMS/97.

Diante destas colocações, não vejo como enquadrar a situação de responsável tributário solidário da empresa autuada.

Porém o fiscal autuante afirma que o emitente do documento fiscal não possuía inscrição estadual. Presumido de que tal afirmativa tem a ver com a inscrição estadual neste Estado. A situação poderia caminhar para a responsabilidade por substituição tributária, conforme art. 40 da nominada norma regulamentar que assim dispunha:

*Art. 40. São sujeitos passivos por substituição as pessoas que se enquadrarem nas situações:*

*I - do art. 349, nos casos de substituição tributária por diferimento;*

*II - dos arts. 353 e 380, nos casos de substituição tributária por antecipação.*

A mercadoria “cana-de-açúcar” não se encontra enquadrada no regime da substituição tributária por antecipação para que a empresa autuada se caracterizasse como substituto tributário por antecipação (art. 353, II e 371). Não exista acordo interestadual que determine o fornecedor, como substituto tributário (art. 370), deva possuir inscrição estadual neste Estado, conforme norma legal.

Em assim sendo, se poderia estar diante da substituição tributária por diferimento, que, em linha geral e para a mercadoria ora autuada.

Dispõe o art. 343, V de que é diferido o lançamento do ICMS incidente nas saídas de cana-de-açúcar, observado o disposto no art. 468 (diferimento para outra unidade da Federação, para o exterior ou dos produtos resultantes de sua industrialização ou moagem).

O art. 347, § 3º, III dispensa o lançamento do imposto cujo lançamento tenha sido diferido, relativamente às entradas de cana-de-açúcar, observado o disposto no art. 469 (exportação de produtos dela decorrentes).

Indo adiante, o art. 348 dispunha de que o contribuinte em cujo estabelecimento ocorresse qualquer das situações previstas no art. 347 efetuar o recolhimento do imposto por ele lançado, inclusive o correspondente às operações anteriores, na condição de responsável por substituição. E o seu § 4º, III acrescentava que: *“quando o termo final do diferimento for a entrada da mercadoria no estabelecimento do responsável, o documento fiscal será escriturado normalmente no Registro de Entradas, no período da aquisição ou da entrada da mercadoria no estabelecimento, podendo o responsável utilizar o crédito fiscal, quando admitido”*.

E, por fim, o art. 349 assim determinava. *“A responsabilidade tributária por substituição relativa ao imposto cujo lançamento seja diferido, correspondente às operações ou prestações antecedentes, é atribuída ao contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer a operação, evento, fato ou circunstância que encerre a fase do diferimento”*.

Como visto, a norma regulamentar acima descrita se refere a uma operação de saída da mercadoria “cana-de-açúcar”, cujo instituto do diferimento é, basicamente, benefício interno de cada Estado. O documento fiscal autuado foi de entrada, ou seja, de aquisição e em uma operação interestadual.

E mais, ele foi emitido para uma operação normal de venda com o imposto destacado na NF-e. Se o destaque deste imposto esta ou não correto (alíquota de 12% para o estado de MG e crédito fiscal para a empresa autuada) é matéria que não diz respeito a presente lide.

Além de todas estas considerações, ou seja, não resta caracterizada a responsabilidade solidária, nem, tampouco, a substituição tributária na forma comentada, ainda se constatam que o valor do imposto exigido foi o lançado no documento fiscal, ou seja, aquele devido ao estado de MG e não à BA.

Voto pela improcedência da autuação.

A infração 03 trata de multa no percentual de 1% pela entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

A empresa diz ter verificado os documentos fiscais e, desta verificação, “declara” não reconhecer as NF-e’s emitidas pela empresa UNIÃO Industrial Açucareira Ltda., inscrita no CNPJ sob o nº 03.333.102/0004-60, no valor de R\$24.783,14. Não apresenta qualquer prova que embase a sua afirmativa.

Este é argumento que não se pode dar guarida, diante do que dispõe o art. 143, do RPAF/BA, ou seja, *“A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”*.

Pelo exposto, os argumentos de defesa não possuem o condão de desconstituir a infração ora em discussão, a qual fica mantida.

A infração 04, de igual maneira, trata da aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, ou seja, deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias adquiridas, como dispõe o art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96.

A empresa omite-se de contestá-la, caracterizando, assim, a sua aceitação integral, conforme dispõe o art. 140 e 142, do RPAF/BA. E, neste caso, a lide não restou estabelecida.

Porém aqui existe matéria a ser enfrentada, matéria desconhecida quando do lançamento fiscal.

Ressalto neste momento de que o art. 149, VIII, do CTN assim dispõe:

*Art. 149. O lançamento é efetuado e **revisto de ofício** (grifo não original) pela autoridade administrativa nos seguintes casos:*

.....

*VIII - Quando deva ser apreciado **fato não conhecido** (grifo não original) ou não provado por ocasião do lançamento anterior.*

No caso presente e quando do lançamento fiscal, o autuante, corretamente, aplicou a multa de 10% sobre o valor das mercadorias tributadas entradas no estabelecimento da empresa, porém não registradas e tudo com base no quanto disposto no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, vigente quando da autuação.

Acontece que o inciso IX do art. 42, da Lei nº 7.014/96 foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015, DOE de 11/12/2015, efeitos a partir de 11/12/2015, passando a ter a seguinte redação:

*IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;*

Por outra banda, o art. 106, II, “c”, do CTN, determina:

*Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:*

*II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:*

...

*c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.*

Em assim sendo, com base no art. 149, VIII (fato desconhecido à época) e em obediência ao quanto disposto no art. 106, II, “c”, ambos do CTN, reviso, de ofício, a multa aplicada para o patamar de 1%, vez que o inciso IX do art. 42, da Lei nº 7.014/96 foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015, DOE de 11/12/2015, efeitos a partir de 11/12/2015, conforme demonstrativo a seguir.

**DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 04**

<b>DATA OCORRÊNCIA</b>	<b>% MULTA</b>	<b>VALOR</b>
31/07/2010	1%	20,86
31/07/2012	1%	56,00
31/10/2012	1%	5,70
31/07/2013	1%	480,74
30/11/2013	1%	0,50
28/02/2014	1%	4,29
30/06/2014	1%	3,06
31/12/2014	1%	19,97
<b>TOTAL</b>		<b>591,12</b>

Por tudo exposto, voto pela procedência da infração 01, 03 e 04, sendo que a infração 04, embora procedente tem, de ofício, o valor da multa reduzida para R\$591,12 por força da alteração

procedida pelo Lei nº 13.461/15 ao art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96 e pela improcedência da infração 02.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269138.0002/15-1**, lavrado contra **ANR AGROPECUÁRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$177.076,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$32.623,14**, previstas no art. 42, IX e XI, com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei 9.837/2005.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2016

MÔNICA MARIA ROTERS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA- JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA