

PROCESSO - A. I. Nº 206875.3005/16-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.
RECORRIDO - INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A. - ILPISA
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO– Acórdão 3ª JF nº 0241-01/16
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/10/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0288-12/18

EMENTA: ICMS. NULIDADE. RETORNO DOS AUTOS À PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. O lançamento fiscal direcionou-se a uma das pessoas legalmente responsáveis pelo pagamento do imposto, incidente sobre as operações autuadas, descabendo falar-se em ilegitimidade passiva, diferentemente do que decidiu o juízo a quo. Retorno dos autos à primeira instância. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Temos em análise o Recurso de Ofício em relação a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/06/2016 para cobrar ICMS no valor de R\$3.113.379,10, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido.

Após tramitação regular do presente PAF em Primeira Instância, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0241-01/16, decidiu, por unanimidade, pela nulidade do presente auto, conforme voto transcrito abaixo:

VOTO

Inicialmente, não acolho a nulidade argüida pelo impugnante por falta de previsão legal da cobrança referente ao leite in natura. Isto porque, conforme muito bem consignado pelo autuante, o leite fresco – previsto no arg. 286, IV, do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12 – é o mesmo leite in natura, existindo, portanto, previsão para sua cobrança.

Verifico que a infração encontra-se claramente descrita no Auto de Infração, sendo perfeitamente possível identificar-se a base de cálculo; a alíquota aplicada; o montante do débito; o sujeito passivo, portanto, permitindo o exercício pleno do direito de ampla defesa e do contraditório por parte do autuado.

Entretanto, constato a impossibilidade de se dar prosseguimento a lide, em face de existência de vício insanável que inquina de nulidade o lançamento de ofício, por ilegitimidade passiva do autuado.

A Lei nº. 7.014/96 ao tratar da substituição tributária por diferimento estabelece o seguinte:

[...]

Art. 7º Dar-se-á o diferimento quando o lançamento e o pagamento do imposto incidente sobre determinada operação ou prestação forem adiados para uma etapa posterior, atribuindo-se a responsabilidade pelo pagamento do imposto diferido ao adquirente ou destinatário da mercadoria, ou ao usuário do serviço, na condição de sujeito passivo por substituição vinculado a etapa posterior.

§ 1º Na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações antecedentes, salvo disposição em contrário, o imposto devido pelas referidas operações ou prestações será pago pelo responsável, quando:

I - da entrada ou recebimento da mercadoria, do bem ou do serviço;

II - da saída subsequente por ele promovida, ainda que isenta ou não tributada;

III - ocorrer qualquer saída ou evento que impossibilite a ocorrência do fato determinante do pagamento do imposto.

§ 2º O regulamento poderá submeter ao regime de diferimento operações ou prestações, estabelecendo o momento em que devam ocorrer o lançamento e o pagamento do imposto, ficando atribuída a

responsabilidade por substituição ao contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer o termo final do diferimento.

§ 3º O regulamento poderá estabelecer exigências e condições para autorizar o contribuinte a operar no regime de diferimento.

[...]

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

[...]

§ 1º O pagamento do imposto cujo lançamento tenha sido diferido atenderá ao disposto no § 1º do art. 7º.

Já o RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12 dispõe o seguinte ao tratar do diferimento:

[...]

Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

IV - nas saídas internas de leite fresco, pasteurizado ou não (Conv. ICM 25/83 e ICMS 121/89);

[...]

Art. 287. Nas operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento a fruição do benefício é condicionada a que o adquirente ou destinatário requeira e obtenha, previamente, sua habilitação para operar nesse regime, perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário, e desde que:

I - apure o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal;

A leitura dos dispositivos normativos acima reproduzidos permite constatar que as saídas internas de leite fresco/in natura são amparadas pelo diferimento do ICMS. Porém, para fruição do benefício, existe uma condição indispensável, no caso que o adquirente ou destinatário esteja habilitado para operar nesse regime de diferimento.

Significa dizer que, não estando o adquirente/destinatário habilitado para operar nesse regime - como é o caso do autuado - não há que se falar em diferimento do imposto e, conseqüentemente, em sua responsabilidade por substituição, devendo a operação de saída realizada pelo remetente ser tributada normalmente com destaque do ICMS devido no documento fiscal.

Ou seja, nessa situação, não pode ser imputada ao autuado a responsabilidade pelo pagamento do imposto diferido, haja vista que a ausência de habilitação para operar no regime de diferimento exige que a operação seja realizada normalmente pelo remetente, a quem cabe à obrigação de destacar e apurar o ICMS porventura devido.

Diante disso, o Auto de Infração é nulo por ilegitimidade passiva, conforme determina o art. 18, IV, "b", do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 13.780/12.

Nos termos do artigo 21 do mesmo RPAF/99 recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de instauração de novo procedimento fiscal para exigência do imposto porventura devido pelo remetente, em face de ter realizado operações tributáveis sem o devido destaque do imposto.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

A 1ª JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO VENCIDO

Verifico nos cadernos processuais que a recorrente não possui habilitação para operar no regime de diferimento. Assim me filio a Decisão a quo, conforme transcrevo: "(...) constato a impossibilidade de se dar prosseguimento a lide, em face de existência de vício insanável que inquinou de nulidade o lançamento de ofício, por ilegitimidade passiva do autuado".

Fica claro, mediante leitura da legislação abaixo transcrita, que a recorrente, ao não possuir habilitação para operar no regime de diferimento, não pode usufruir deste benefício. Por conseguinte, suas operações devem ser realizadas normalmente pelo remetente, a quem cabe à obrigação de destacar e apurar o ICMS porventura devido.

Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

IV - nas saídas internas de leite fresco, pasteurizado ou não (Conv. ICM 25/83 e ICMS 121/89);

[...]

Art. 287. Nas operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento a fruição do benefício é condicionada a que o adquirente ou destinatário requeira e obtenha, previamente, sua habilitação para operar nesse regime, perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário, e desde que:

I - apure o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal;

Desta forma fica claro que: “*não estando o adquirente/destinatário habilitado para operar nesse regime - como é o caso do autuado - não há que se falar em diferimento do imposto e, conseqüentemente, em sua responsabilidade por substituição, devendo a operação de saída realizada pelo remetente ser tributada normalmente com destaque do ICMS devido no documento fiscal.*”

“Ou seja, nessa situação, não pode ser imputada ao autuado a responsabilidade pelo pagamento do imposto diferido, haja vista que a ausência de habilitação para operar no regime de diferimento exige que a operação seja realizada normalmente pelo remetente, a quem cabe à obrigação de destacar e apurar o ICMS porventura devido.”

Ante tudo o exposto, e com base art. 18, IV, “b”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 13.780/12. Entendo que o Auto de Infração é nulo por ilegitimidade passiva.

Na sentada do julgamento, 09/06/2017, os membros da 2ª CJF decidiram por unanimidade enviar o processo para parecer da PGE/PROFIS.

Em 04/12/2017, a PGE/PROFIS emite parecer do i. Procurador Dr. JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR (fls. 143/145), no sentido de manter a decisão de Piso, que declarou a nulidade do lançamento em face da ilegitimidade passiva do autuado.

Em 26/01/2018 a Procuradora Assistente Dra. ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS acolhe o parecer do Processo Administrativo PGE 2017.326315-0 e submete a censura do Procurador Chefe da PROFIS, Dr. NILTON ALMEIDA FILHO, que em 29/01/2018 acolhe o parecer de fls. 143/145.

Destarte, penso que nenhum reparo merece a Decisão recorrida e voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Ofício apresentado, mantendo inalterada a Decisão de Piso.

Nos termos do artigo 21 do mesmo RPAF/99 recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de instauração de novo procedimento fiscal para exigência do imposto porventura devido pelo remetente, em face de ter realizado operações tributáveis sem o devido destaque do imposto.

VOTO VENCEDOR

Quero pedir vênia ao nobre Relator para apresentar entendimento divergente, pois vejo reparo a ser feito à decisão recorrida, nos termos em que segue.

O exame dos autos revela que as operações autuadas foram as saídas de leite *in natura* de produtores rurais não inscritos para o estabelecimento industrial autuado, cujo diferimento foi cassado por força de débito inscrito em dívida ativa.

Tais operações possuem previsão normativa no art. 286, inciso IV do RICMS/12, conforme abaixo.

“Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

...

IV - nas saídas internas de leite fresco, pasteurizado ou não (Conv. ICM 25/83 e ICMS 121/89);

...”

Como se vê, a partir da leitura do texto regulamentar reproduzido, o lançamento do ICMS incidente sobre as saídas de leite fresco é diferido para um momento subsequente, desde que o adquirente das mercadorias possua habilitação para operar no regime de diferimento, nos termos do art. 287 do diploma regulamentar citado, conforme abaixo.

“Art. 287. Nas operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento a fruição do benefício é condicionada a que o adquirente ou destinatário requeira e obtenha, previamente, sua habilitação para operar nesse regime, perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário, ...”

Ora, não sendo o destinatário habilitado a operar nesse regime, não há que se cogitar de diferimento do lançamento e recolhimento do ICMS, devendo, as saídas de leite, serem tributadas pelo regime normal, com responsabilidade tributária atribuída ao vendedor, como é a regra geral do microsistema do ICMS.

Embora a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento seja do vendedor, na ausência de diferimento, é possível a exigência do ICMS normal, incidente na operação, ao destinatário, pois possui responsabilidade passiva solidária pelo tributo, nos termos do art. 6º, inciso VIII, conforme abaixo.

“Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

...

VIII - o adquirente em relação às mercadorias saídas de estabelecimento de produtor rural ou extrator não constituído como pessoa jurídica;

...”

Assim, entendo que o lançamento fiscal direcionou-se a uma das pessoas legalmente responsáveis pelo pagamento do imposto, incidente sobre as operações autuadas, descabendo falar-se em ilegitimidade passiva, diferentemente do que decidiu o juízo *a quo*.

Descabe, contudo, o julgamento do mérito nesse momento processual, sob pena de supressão de instância, pois a 1ª JF não examinou, ainda, os demais aspectos formais do auto de infração, de forma a exaurir a cognição processual.

Do exposto, dou provimento ao recurso de ofício para anular a decisão, devendo o feito retornar à primeira instância. Tal não quer significar, contudo, que o presente lançamento não possa vir a ser julgado nulo por algum outro aspecto formal, ainda não examinado pela instância *a quo*, apreciação esta que deverá ser levada a termo, antes mesmo de se adentrar ao mérito da questão.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **206875.3005/16-6**, lavrado contra **INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A. - ILPISA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Marcelo Mattedi e Silva Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Paulo Sérgio Sena Dantas, José Carlos Barros Rodeiro e Tiago de Moura Simões.

Sala das Sessões CONSEF, 12 de setembro de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR/VOTO VENCIDO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS