

A.I. Nº 140780.0016/21-0
AUTUADO COOPERATIVA DOS PRODUTORES DE PALMITO DO BAIXO SUL DA BAHIA
COOPALM
AUTUANTE MAGNO DA SILVA CRUZ
ORIGEM DAT NORTE / INFAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO-INTERNET – 08/03/2023

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0013-01/23-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR DIFERIMENTO. O autuante declarou em sua informação fiscal que o autuado não possuía habilitação para operar no regime de diferimento. Evidenciada a contradição na determinação da infração. Impossibilidade de se imputar ao contribuinte o pagamento do imposto por substituição tributária por diferimento quando ele sequer possuía habilitação para tal. Auto de Infração **NULO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 30/03/2021, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 1.870.826,52 em decorrência do autuado ter deixado de recolher o ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável por substituição (02.10.01), ocorrido nos meses de junho a setembro de 2020, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "f" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. O autuante acrescentou que o autuado apresentou divergências entre o ICMS diferido informado na DMA e o recolhido nos períodos autuados.

O autuado apresentou defesa das fls. 14 a 25. Destacou que não basta o autuante informar que houve recolhimento a menos do ICMS e indicar o valor devido, é necessário apresentar todos os documentos que comprovam a infração e que demonstrem o crédito tributário. Disse que não foram apresentadas as razões de fato e de direito que ensejaram o presente lançamento. Afirmou que as provas do cometimento da infração devem ser apresentadas por quem alegou a infração, nos termos do art. 142 do CTN. Alegou que não lhe foi oportunizado o exercício do seu direito de defesa, pois não teve acesso aos demonstrativos elaborados para apuração do crédito tributário. Requereu a nulidade do auto de infração.

Afirmou que a multa imposta contraria o inciso IV do art. 150 da Constituição Federal, que proíbe a utilização do tributo com finalidade confiscatória.

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 64 a 66 (frente e verso). Afirmou que não há no auto de infração qualquer desconformidade com o art. 142 do CTN ou no art. 18 do RPAF, pois descreve claramente as infrações praticadas, o enquadramento legal e a tipificação da multa aplicada. Destacou que os demonstrativos de apuração do imposto devido foram entregues ao autuado, produzidos com base nas DMAs transmitidas pelo autuado. Disse que não há previsão legal para entrega de demonstrativos em arquivos editáveis.

Ressaltou que o presente auto de infração e seus demonstrativos foram entregues ao autuado via DTE, não existindo fundamento para alegação de cerceamento do direito de defesa. Disse que a multa aplicada está prevista na Lei nº 7.014/96 e está dentro do limite máximo admitido pelo STF.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do processo em diligência para que o AUTUANTE identificasse as mercadorias adquiridas com diferimento, apresentando demonstrativo relacionando as notas fiscais que deram origem a presente exigência fiscal com a apuração do imposto devido.

O autuante apresentou informação fiscal à fl. 24 (frente e verso). Explicou que, ao buscar as notas

fiscais requeridas na diligência, constatou que os valores indicados no auto de infração como imposto devido, baseados na declaração feita pelo autuado em sua DMA, correspondiam à base de cálculo das operações realizadas, conforme relação de notas fiscais anexadas das fls. 77 a 85.

Acrescentou que o autuado não possuía habilitação para operar no regime de diferimento no período da ocorrência dos fatos geradores, que foi de junho a setembro de 2020, pois a habilitação somente foi concedida em dezembro de 2020, conforme documento à fl. 87.

Em razão do equívoco constatado, o autuante apresentou novo demonstrativo de débito, reduzindo a exigência fiscal para R\$ 336.748,77, conforme planilha à fl. 76.

O autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal prestada, conforme documento às fls. 89 e 90, mas não se manifestou.

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

O presente auto de infração foi lavrado em decorrência do autuado ter deixado de recolher o ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável por substituição, ocorrido nos meses de junho a setembro de 2020. O autuante acrescentou que o autuado apresentou divergências entre o ICMS diferido informado na DMA e o recolhido nos períodos autuados.

Para que o lançamento tributário tenha validade, ele deve ser claro, de modo tanto a estar provado o fato gerador, como correto e claramente tipificado, além de indicar, de forma clara e precisa, o sujeito passivo da obrigação tributária.

Somente após ser instigado pela junta de julgamento para apresentar documentos fiscais que comprovassem a procedência do crédito tributário reclamado, o autuante constatou que o autuado sequer possuía habilitação para operar no regime de diferimento, além de constatar que o suposto valor do imposto diferido correspondia, na verdade, à sua base de cálculo.

Não é possível exigir do autuado o ICMS na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido quando consta adicionalmente que ele não possuía habilitação para operar no regime de diferimento. Se o autuado, destinatário da mercadoria, não estava habilitado a operar no regime de diferimento, jamais o fisco poderá exigir dele o imposto devido por substituição tributária por diferimento. A contradição da infração torna nula a presente exigência fiscal, pois a infração não foi determinada corretamente.

Ademais, diante dos desdobramentos no curso do processo, o autuante abandonou o roteiro de fiscalização inicialmente utilizado para tentar demonstrar a existência de débito fiscal. O autuante deixou de se basear em suposta diferença entre o declarado e o recolhido, passando a examinar os documentos fiscais emitidos para apurar o valor supostamente devido, mas continuando a atribuir ao autuado a responsabilidade pelo pagamento do imposto por substituição tributária, mesmo reconhecendo que o autuado não estava habilitado para tal.

Desse modo, por ser inconcebível a manutenção da presente exigência fiscal sob a argumentação da ocorrência de qualquer outra infração que não a que foi imputada pelo autuante, voto pela **NULIDADE** do auto de infração, sugerindo que seja refeito o lançamento tributário para se determinar corretamente a infração cometida.

VOTO DIVERGENTE

Respeitosamente, divirjo do voto do emérito Julgador/Relator.

Isso porque, quando o ilustre Relator afirma que *não é possível exigir do autuado o ICMS na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido quando consta adicionalmente que ele não possuía habilitação para operar no regime de diferimento. Se o autuado, destinatário da mercadoria, não estava habilitado a operar no regime de diferimento, jamais o*

fisco poderá exigir dele o imposto devido por substituição tributária por diferimento. A contradição da infração torna nula a presente exigência fiscal, pois a infração não foi determinada corretamente, não leva em consideração ou não percebe que foi o próprio autuado que declarou na sua DMA se tratar de imposto diferido.

Vale dizer que o autuante realizou o levantamento fiscal com base nos dados e informações fornecidas à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia pelo próprio autuado, portanto, o autuante não inovou nem incorreu em equívoco ao exigir o ICMS diferido declarado pelo autuado na DMA, contudo não recolhido.

Ora, se o próprio Contribuinte declara na sua DMA a existência de imposto diferido - diferimento este do lançamento e pagamento do imposto que exige prévia habilitação do destinatário da mercadoria para operar no referido regime de diferimento -, por certo que a premissa verdadeira é que esteja habilitado.

Portanto, se inobservância da legislação tributária ocorreu não foi por parte do autuante, mas sim do próprio autuado.

A afirmativa que *somente após ser instigado por esta Junta de Julgamento Fiscal para apresentar documentos fiscais que comprovassem a procedência do crédito tributário exigido, o autuante constatou que o autuado sequer possuía habilitação para operar no regime de diferimento, além de constatar que o suposto valor do imposto diferido correspondia, na verdade, à sua base de cálculo*, a meu ver, vai de encontro a nulidade proferida. Primeiro, porque não pode ser atribuída ao autuante o descumprimento de uma obrigação acessória que é do Contribuinte, no caso a solicitação prévia de habilitação para operar no regime de diferimento. Segundo, porque o erro constante na DMA que resultou no erro da base de cálculo apontada no Auto de Infração foi cometido pelo próprio autuado, haja vista que declarou na sua DMA como imposto diferido o valor da base cálculo. Terceiro, porque o autuante ao cumprir a diligência laborou, inclusive, em favor do autuado, haja vista que procedeu as correções dos valores do imposto diferido declarado na DMA em valores superiores ao efetivamente devido.

Não concordo com a afirmativa de que, *o autuante abandonou o roteiro de fiscalização inicialmente utilizado para tentar demonstrar a existência de débito fiscal. O autuante deixou de se basear em suposta diferença entre o declarado e o recolhido, passando a examinar os documentos fiscais emitidos para apurar o valor supostamente devido, mas continuando a atribuir ao autuado a responsabilidade pelo pagamento do imposto por substituição tributária, mesmo reconhecendo que o autuado não estava habilitado para tal*, haja vista que o exame dos documentos fiscais foi uma solicitação contida na diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal.

Conforme a acusação fiscal, imputa-se ao autuado o cometimento de infração por falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, ***na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido.***

Adicionalmente, o autuante consignou na descrição da infração que o autuado foi intimado a apresentar as planilhas com memórias de cálculos dos recolhimentos do ICMS Diferimento declarado nas DMAs do período objeto da autuação, contudo não atendeu a intimação, não enviou as planilhas solicitadas, restando comprovada a falta de recolhimento do ICMS Diferimento lançado nas DMAs nos períodos acima mencionados.

O art. 6º, inciso VIII, da Lei nº. 7.014/96 estabelece:

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; (g.n.).

Já o artigo 7º do mesmo Diploma legal dispõe:

*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** (g.n.).*

A leitura dos dispositivos legais acima reproduzidos permite concluir que, se as mercadorias forem adquiridas de produtores rurais - independentemente de se tratar de produto enquadrado no regime de Diferimento ou tributada normalmente - **a responsabilidade pelo pagamento do imposto é do adquirente.**

No presente caso, é indubitoso que o autuado, na condição de adquirente de mercadorias de produtores rurais, emitiu as Notas Fiscais arroladas na autuação sem destaque do imposto - quando deveria ter destacado por não estar habilitado a operar sob o regime de diferimento -, situação que impõe a exigência do imposto por responsabilidade solidária e não por responsabilidade pelo pagamento do imposto diferido.

Também é indubitoso que o imposto exigido é devido, haja vista que as aquisições junto aos produtores rurais foram realizadas pelo autuado mediante a emissão de Notas Fiscais de entradas idôneas. Observe-se que isto sequer foi objeto de impugnação, ou seja, a verdade material é que o imposto exigido é devido.

Diante do exposto, considero que, especificamente, no presente caso, não houve qualquer prejuízo com a indicação na descrição da infração de se tratar de exigência por **responsabilidade pelo pagamento do imposto diferido e não por responsabilidade solidária**, mesmo porque foi o próprio autuado que declarou nas DMAs que se tratava de imposto diferido, razão pela qual considero que descabe falar-se em nulidade da infração, mas sim em procedência parcial nos termos do resultado da diligência trazido pelo autuante.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **140780.0016/21-0**, lavrado contra **COOPERATIVA DOS PRODUTORES DE PALMITO DO BAIXO SUL DA BAHIA - COOPALM**, devendo ser intimado o autuado para tomar conhecimento da decisão.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de fevereiro de 2023

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/VOTO DIVERGENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR