

**PROCESSO** - A.I. Nº 279462.0012/01-7  
**RECORRENTE** - UNA AGRÍCOLA CACAU LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0041-02/02  
**ORIGEM** - INFAZ ILHÉUS  
**INTERNET** - 12.06.02

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0183-11/02

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO POR CONTRIBUINTE COM HABILITAÇÃO CANCELADA. Neste caso, não há diferimento do lançamento do imposto, cabendo a cobrança do imposto por antecipação. Inaplicabilidade da regra do art. 915, §1º, inciso II, “b”, do RICMS/BA, por não ter sido comprovado pelo sujeito passivo o recolhimento do imposto nas operações subsequentes. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. É devida a multa pelo extravio de documento fiscal. Infração caracterizada. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09.07.99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 2ª JJF, através do Acórdão nº 0041-02/02, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao recorrente o cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS referente a aquisição produtos agropecuários sujeitos ao diferimento, quando se encontrava com inscrição estadual cancelada e, conseqüentemente, com a habilitação também cancelada.
2. Falta de apresentação de 2.060 notas fiscais quando regularmente intimado, alegando que tais documentos foram extraviados. Multa.

A Decisão Recorrida – fls. 63 a 66 - foi pela Procedência “in totum” da exigência fiscal, com a seguinte fundamentação, que aqui transcrevemos “in verbis”:

*“Quanto à preliminar de nulidade argüida pelo defendente, constatei que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram presentes os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF. Por isso, fica rejeitada a preliminar de nulidade requerida nas razões de defesa.*

*Quanto ao mérito, analisando os elementos acostados ao presente processo, constatei que, de acordo com a descrição dos fatos relativos à infração 01, o autuado deixou de recolher o ICMS referente às aquisições de produtos agropecuários, quando encontrava-se cancelada a sua inscrição estadual e, conseqüentemente, a habilitação para operar no Regime de Diferimento. O cancelamento está comprovado através do extrato SIDAT, fl. 18, e na data de emissão dos documentos fiscais relacionados pela autuante, fls. 08/09, o contribuinte encontrava-se com situação*

*cadastral irregular, embora o defendente tenha alegado que não tomou conhecimento da exclusão de sua inscrição do cadastro estadual.*

*Vale ressaltar, que o cancelamento da inscrição implica não ser o estabelecimento considerado inscrito enquanto persistir a pendência, e foi exigido o imposto por antecipação, conforme demonstrativos, fls. 08 e 09 dos autos, considerando ainda o fato que em consequência da exclusão da inscrição do autuado do cadastro estadual, ficou automaticamente cancelada a sua habilitação para operar no Regime de Diferimento.*

*O art. 11 do RICMS/97 estabelece que, para fruição de benefício fiscal que depender de condição, sendo esta não satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob a condição, sendo que, o prazo de pagamento do imposto deve ser considerado o vencimento caso a operação não tivesse sido efetuada com o benefício.*

*Vale ressaltar que a legislação prevê que não haverá diferimento do lançamento do imposto quando o adquirente ou destinatário não for inscrito na condição de contribuinte normal, e no presente caso, ficou comprovado o cancelamento da inscrição estadual do autuado.*

*O defendente juntou aos autos, fls. 31 a 33, três notas fiscais para comprovar que o imposto foi pago em etapa posterior. Entretanto, de acordo com a informação fiscal prestada pela autuante, foi realizada uma pesquisa sobre o destino das mercadorias, sendo constatado que a empresa Agroindustrial Chislaine Esmeralda Ltda. é optante pelo regime do SIMBAHIA desde 01/04/00, e por isso, não poderia adquirir mercadoria sob o regime do diferimento. Disse que a empresa Cargil Agrícola informou através da declaração de fl. 42 que não recebeu as mercadorias e somente a empresa Marcelo Pithon Bittencourt confirmou o recebimento das mercadorias, embora se constate, que não ficou comprovado o pagamento do tributo pelo adquirente, além da quantidade constante da nota fiscal não representar a totalidade das mercadorias objeto do presente PAF.*

*Assim, entendo que está caracterizada a infração apurada, sendo devido o imposto exigido, conforme demonstrativos elaborados pela autuante.*

*A infração 02 se refere a aplicação de multa, tendo em vista que o contribuinte deixou de apresentar 2.060 notas fiscais alegando através da declaração de fl. 20, que tais documentos foram extraviados por motivos alheios à vontade do autuado, pedindo dispensa da multa a ser aplicada.*

*A obrigação do contribuinte pela guarda de livros e documentos fiscais está prevista no art. 144 do RICMS/97 estabelecendo que todos os documentos fiscais relacionados com o imposto deverão ser conservados, no mínimo pelo prazo decadencial previsto no art. 965 do mencionado Regulamento, e quando objeto de processo pendente, até sua Decisão definitiva, ainda que esta venha a ser proferida após decorrido o citado prazo.*

*O defendente alegou que os talonários de notas fiscais tidos como extraviados, despareceram dentro da própria Inspeção Fiscal, haja vista que para impressão de notas fiscais ora em uso, foram solicitados os talões anteriores, sendo atendido de imediato. Entretanto, a alegação não foi comprovada nos autos, haja vista que o próprio contribuinte informou que não recebeu o correspondente protocolo ou recibo comprobatório de entrega dos documentos.*

*Observo que a multa aplicada em decorrência do extravio das notas fiscais encontra amparo na legislação em vigor, considerando que está prevista no art. 42, inciso XIX, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 7.753/00”.*

Irresignado com o Julgado, o sujeito passivo interpôs o presente Recurso Voluntário – fls. 75 a 77 – onde alega que os julgadores de Primeira instância não levaram em consideração algumas circunstâncias que contradizem os princípios da não cumulatividade do imposto e da bi tributação, bem como o caráter confiscatório da multa aplicada. Afirma que no julgamento se desconsideraram as normas contidas no art. 915, inciso II, do RICMS/BA, que citou e transcreveu na peça defensiva, pois este dispensaria o tributo nas entradas de produtos amparados pelo diferimento, quando ficar comprovado que este foi recolhido nas operações de saídas posteriores. Alega, no entanto, que é impossível a ela provar que este imposto foi pago, pois não tem acesso aos livros e documentos daquelas empresas, e que cabe ao Fisco fazer esta prova.

Assevera que a venda à empresa Cargill Agrícola de fato ocorreu, e que não pode ser punida pelo fato desta não ter registrado a aquisição. Em relação à empresa Agroindustrial Chislaine Esmeralda, alega que não poderia saber que ela era SIMBAHIA, pois lhe foi apresentada à habilitação para operar no diferimento. Quanto à empresa Marcelo Pithon, afirma que ficou comprovado o recebimento da mercadoria e que a mesma possui o benefício do diferimento, e que tal fato não foi considerado pela JJF.

Reitera seu entendimento de que sendo as mercadorias vendidas a pessoas beneficiárias do regime de diferimento, cabe a exigência do imposto na operação final de interrupção do benefício; e se este não for pago, cabe ao Fisco detectar quem não o recolheu e efetuar a cobrança. Entende que se lhe for cobrado o imposto estará ocorrendo bi tributação.

No que toca ao item 2 da autuação, alega que não tem como comprovar que os talões das notas fiscais foram entregues na Inspetoria de Ilhéus, e que lá estas foram extraviadas. Questiona a multa aplicada, entendendo-a confiscatória e injusta, haja vista ser empresa de pequeno porte, de pequena capacidade contributiva, não podendo arcar com o montante exigido. Conclui requerendo a Improcedência do lançamento de ofício, ou a redução da multa do item 2, alegando não ter havido dolo, fraude, ou simulação, ou falta de recolhimento do imposto.

A PROFAZ, em Parecer – fl. 88 – manifesta-se pelo Improvimento do Recurso, por entender que a peça recursal é uma cópia da defesa e que são insuficientes para proporcionar a alteração do julgamento de Primeira Instância. Afirma, ainda, que para operar no diferimento a habilitação deve estar válida, caso contrário o recolhimento deve se dar por antecipação.

## **VOTO**

Entendemos inatacável a Decisão Recorrida ao julgar procedente a exigência fiscal do item 1 da autuação, pois, de fato, a falta de habilitação para operar no regime de diferimento importa na exigência antecipada do imposto, como prevê o art. 344, “caput”. Frise-se que, na falta de habilitação, sequer há que se falar em regime de diferimento. Embora a mercadoria esteja enquadrada no regime de diferimento, a operação não será objeto de diferimento, daí porque o imposto é exigido de logo, de forma antecipada. É a dicção do §1º, inciso I, do art. 348, do RICMS/BA.

Nesta hipótese, o imposto poderá ser exigido do remetente (produtor agrícola) ou do destinatário não habilitado. Portanto, correta a exigência do imposto pelo sujeito passivo, pois detectada a falta de recolhimento antecipado quando já tinha a mercadoria adentrado no seu estabelecimento.

A alegação do contribuinte de que o imposto exigido foi recolhido pelos destinatários das mercadorias nas operações subsequentes, não se fez acompanhar de prova inequívoca neste sentido, primeiro porque as operações objeto da autuação ocorreram durante o período de dezembro de 2000 a julho de 2001, e este acosta tão somente três notas fiscais com o fito de comprovar que deu saída das mercadorias com diferimento – Notas Fiscais nºs 108, 119 e 120 - emitidas, respectivamente em 04.06.2001; 17.08.2001 e 01.09.2001. Ora, apenas três notas fiscais não representam o universo de operações realizadas pela empresa neste período, obviamente, além do que não se comprova a correlação entre elas e as mercadorias objeto da exigência fiscal, adquiridas dentro do período autuado.

Por outro lado, verificação realizada pela autuante - conforme afirmado na sua informação fiscal – constatou que o destinatário da Nota Fiscal 1089 (Cargill Agrícola) não recebeu a mercadoria nela constante, como atestou o mesmo em declaração firmada à fl.42; bem como que o destinatário da Nota Fiscal nº 119, era inscrito no SIMBAHIA, situação que o impede de operar no diferimento, conforme regra expressa do §2º, do art. 344, do diploma regulamentar supra citado, o que obriga o remetente da mercadoria – no caso do recorrente – a efetuar o pagamento do imposto logo na saída do seu estabelecimento, o que não foi feito. Assim, imprestáveis estes dois documentos fiscais como meio de prova a dar guarida ao quanto alegado pelo recorrente.

Em relação à Nota Fiscal nº 120, emitida para o contribuinte Marcelo Pithon – primeiramente não há comprovação, como colocado acima, de que as mercadorias vendidas tenham sido aquelas objeto da exigência fiscal no período autuado (inclusive em relação à quantidade), e, em segundo lugar, ainda que se comprove tal correlação, não há também comprovação do pagamento do imposto diferido.

Ressalte-se que a regra do art. 912, §1º, inciso II, alínea “b”, do RICMS/BA citado pelo recorrente, é inaplicável ao caso presente, posto que, não há comprovação, repetimos, de que o imposto que deixou de ser pago de forma antecipada, ora exigido, tenha sido pago na operação ou operações subsequentes. A dicção deste dispositivo é clara ao exigir a comprovação deste pagamento, para que seja dispensada a exigência do imposto não pago na forma antecipada, convertendo-o na penalidade fixa de 60% do valor do imposto não recolhido (art. 912, inciso I, alínea “d”).

A assertiva do recorrente de que cabe ao Fisco comprovar se houve o pagamento do imposto na operação subsequente com estas mercadorias, não deve encontrar guarida, como bem colocado pela PROFAZ em seu Parecer, posto que, cabe ao sujeito passivo o ônus desta prova, e não ao Fisco. Se o mesmo alega fato que extinga ou mesmo modifique a exigência fiscal, deve prová-lo, o que não foi feito pelo contribuinte como vimos acima.

Em relação ao item 2 da autuação, primeiramente devermos registrar que, embora a autuante tenha citado dispositivo da multa e do enquadramento que não correspondem à descrição da infração, tal fato não vicia o Auto de Infração, à uma porque não há dúvida de que a infração cometida foi o extravio de documentos fiscais – o que é confessado pelo próprio sujeito passivo, embora alegue que não lhe deu causa - e, à duas, porque a multa aplicada (R\$4.000,00) é consentânea com a exigência fiscal elencada no art. 42, inciso XIX, e não XX, como equivocadamente consignou a autuante, aliado ao quanto determina o art. 19, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF-BA.

Por outro lado, muito embora alegue o sujeito passivo que o extravio ocorreu na Repartição Fazendária, não traz nenhuma prova neste sentido. Alegação desprovida de prova não pode merecer guarida. Registre-se, ainda, que caberia ao contribuinte, ao apresentar os documentos fiscais que lhe teriam sido solicitados, exigir a entrega de comprovante deste fato. A falta desta comprovação impede a aceitação da alegação de que o extravio se deu na Repartição.

Quanto à alegação de que a multa aplicada é confiscatória, também merece ser rechaçada, visto que o percentual estabelecido é compatível com o ilícito cometido, não se vislumbrando, assim, nenhuma pecha de confiscatoriedade, pois cabe ao legislador graduá-la de acordo com a natureza e gravidade da infração cometida, e de fato o extravio de documentos fiscais traz dificuldades ao Fisco pois o impossibilita de saber se ocorreram ou não operações, seu montante, quais os destinatários das mercadorias, e outros elementos que possam configurar a exigência de imposto. Aliás, esta penalidade sofre restrição ao limitar-se a multa ao valor de R\$4.000,00 (quatro mil reais), pois se a aplicação fosse por cada documento fiscal, o valor a ser exigido seria bem maior, diante do volume de notas fiscais extraviadas (2.060 unidades).

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução desta multa, entendemos que deva ser indeferido, à uma porque o sujeito passivo não logra comprovar que não houve a prática de dolo, fraude ou simulação no extravio, bem como não comprova que este fato não tenha importado em falta de recolhimento do imposto, até porque, tratando-se de contribuinte que opera com produtos diferidos, sendo o benefício condicionado a alguns requisitos (tais como, habilitação do destinatário, interrupção do diferimento nas saídas para fora do Estado e para o exterior, e outras) a falta de apresentação dos documentos fiscais impede a constatação do cumprimento ou não destas condições.

Assim, diante das razões acima aduzidas, somos pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, mantendo-se, assim, inalterada a Decisão Recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279462.0012/01-7, lavrado contra **UNA AGRÍCOLA CACAU LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.836,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$4.000,00**, prevista no art. 42, XIX, “a”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 7.753/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFUZ