

PROCESSO - A. I. Nº 146552.0002/04-6
RECORRENTE - BAHIA COMÉRCIO DE CACAU LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0283-03/04
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 24/02/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0010-12/05

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO RESPONSÁVEL. O imposto diferido deve ser recolhido pelo contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer o termo final do diferimento na condição de substituto tributário. Entretanto, quando as notas fiscais de aquisição da mercadoria não são escrituradas pelo comprador em seus livros fiscais, não há como a fiscalização verificar se, no momento da ocorrência do termo final do diferimento, o contribuinte efetivamente recolheu o ICMS devido. Infração caracterizada. Mantida a Decisão. Afastadas as alegações de nulidade do lançamento. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/03/04, para exigir o ICMS, no valor de R\$ 2.608,20, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Falta de registro, na escrita fiscal, de notas fiscais de aquisição, a produtores rurais, de cacau em amêndoas, sob o regime de diferimento, *“no qual assume a responsabilidade pelo pagamento do ICMS na qualidade de responsável solidário”* – R\$2.533,20;
2. Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias, oriundas de outras unidades da Federação, e destinadas a consumo do estabelecimento – R\$75,00.

O autuado apresentou defesa e, em relação à infração 1, alegou que está habilitado para operar no regime de diferimento, nos termos do artigo 491 c/c o artigo 344, do RICMS/97. Diz que como não ocorreu o termo final do diferimento (hipótese dos incisos do artigo 489, do RICMS/97), não há que se falar na ocorrência do fato gerador do imposto estadual. Acrescenta que o fato relatado na autuação pode ser configurado como uma irregularidade de caráter acessório, prevista no artigo 915, inciso XV, alínea “d”, do citado RICMS-BA. Pede a *“nulidade do lançamento fiscal do imposto e a revisão da multa exigida pelo Sr. Fiscal, para fixá-la em conformidade com o dispositivo supra apontado”*.

Quanto à infração 2, afirma que deixou de recolher o imposto em razão de crédito que possuía desta mesma natureza e origem, que foi objeto de compensação recíproca.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado discorreu sobre as garantias estatuídas na Constituição Federal e ressaltou que o órgão julgador não pode se abster de apreciar as questões ora expostas,

sob a alegação de serem de caráter constitucional. Cita doutrina e jurisprudência para embasar suas alegações.

Na informação fiscal, o autuante ressalta que o lançamento está revestido das formalidades legais e encontra-se fundamentado nos demonstrativos acostados ao processo. Diz que é inadmissível a nulidade suscitada, já que há, no lançamento, elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração, o autuado e o montante do débito.

No mérito, argumenta que o sujeito passivo não trouxe nenhuma prova capaz de elidir a ação fiscal. Ao finalizar, solicita a procedência do Auto de Infração.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0283-03/04, o Auto de Infração foi julgado Procedente.

A relatora, Dra. Denise Mara Andrade Barbosa, afastou a alegação defensiva referente à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, afirmando que não cabe a este órgão julgador a apreciação de tal matéria, consoante o disposto no art. 167, I, do RPAF/99. As preliminares de nulidade também foram ultrapassadas, pois entendeu a relatora que o lançamento encontrava-se embasado em demonstrativos elaborados pelo autuante e em documentos acostados ao processo. Também afirmou que a descrição dos fatos foi satisfatória e que não houve cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Adentrando no mérito da lide, a ilustre relatora fundamentou a sua Decisão quanto à primeira infração da seguinte forma:

[...]

Efetivamente, de acordo com o inciso XII do artigo 343 combinado com o artigo 489, do RICMS/97, é diferido o lançamento do imposto incidente nas saídas de cacau em amêndoas, dentro do Estado, para o momento em que ocorrer a saída da mercadoria para outra unidade da Federação, para o exterior ou a saída dos produtos resultantes de sua industrialização. Entretanto, para que a operação de circulação de mercadoria esteja sujeita às regras do regime do diferimento, faz-se necessário que seja emitida a nota fiscal e que tal documento seja registrado na escrituração dos contribuintes envolvidos.

Na situação em lide, verifica-se que, apesar de emitidas as notas fiscais de venda, elas não foram devidamente escrituradas nos livros fiscais do autuado (comprador) e, portanto, não há como a fiscalização verificar se, quando da ocorrência do termo final do diferimento, o contribuinte efetivamente recolheu o ICMS devido. Por essa razão, entendo que deve ser exigido, por responsabilidade solidária, o tributo que seria diferido ou postergado para momento posterior e não uma penalidade de caráter acessório, como pleiteado pelo contribuinte. Pelo exposto, entendo que está caracterizada a infração e é devido o imposto exigido.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, o autuado apresentou o Recurso Voluntário, onde alega que o Acórdão JJF Nº 0283-03/04 deve ser reformado, conforme relatados a seguir.

Referindo-se à infração 1, o recorrente afirma que o fato gerador da operação, em razão do regime do diferimento, está postergado para o momento da saída da mercadoria do estabelecimento do adquirente, o que torna inadmissível a exigência do imposto por solidariedade. Diz que está habilitado a operar no regime do diferimento e que não tinha ocorrido o termo final deste regime, portanto, não havia como se falar em ocorrência do fato gerador. Para embasar a sua alegação, transcreve o art. 489 do RICMS-BA.

Aduz que houve uma mera inobservância da obrigação acessória de escriturar as notas fiscais de mercadorias adquiridas sob o regime do diferimento, com multa prevista no art. 915, XV, “d”, do RICMS-BA, cujo teor transcreveu. Frisa que é “imprescindível a nulidade do lançamento fiscal do imposto e a revisão da multa exigida pelo Sr. Fiscal, para fixá-la em conformidade com o dispositivo supra apontado.”

Prosseguindo em seus argumentos recursais, o recorrente diz que, no máximo, se poderia cogitar a aplicação da multa prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, no montante de 10% sobre o valor da operação, embora entenda que tal dispositivo não seja o mais apropriado para o caso em tela, pois a base de cálculo da referida multa é o valor comercial das mercadorias sujeitas à tributação, o que não ocorre na situação em apreço, haja vista a inexistência do fato gerador do ICMS.

Após transcrever parcialmente a ementa do Acórdão JFJ Nº 0289-01/04, que trata de situação análoga a que ora se discute, o recorrente diz que é imprescindível a revisão da Decisão recorrida, a fim de evitar decisões conflitantes sobre o mesmo tema.

Ao finalizar, o recorrente solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, com a aplicação da multa prevista no art. 915, XV, “d”, do RICMS-BA, ou, no máximo, a pena capitulada no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96. Pede que as intimações sejam enviadas para o endereço que declina ao final do Recurso Voluntário interposto.

A Secretaria do CONSEF considerou o Recurso Voluntário como sendo intempestivo e, em consequência, determinou o seu arquivamento (fl. 68). O contribuinte apresentou Pedido de Reconsideração (fls. 71 a 73), impugnando o arquivamento do Recurso Voluntário, alegando que não houve a referida intempestividade. Ao se pronunciar sobre o Pedido de Reconsideração, a PGE/PROFIS diz que o Recurso Voluntário apresentado é tempestivo e opina pelo acolhimento do Pedido de Reconsideração como sendo uma Impugnação ao Arquivamento, prevista no art. 10, § 2º, do mesmo Regulamento. Conforme despacho do Senhor Presidente do CONSEF à fl. 87 dos autos, o pedido do contribuinte foi deferido. O processo foi encaminhado à PGE/PROFIS para emissão de Parecer referente ao Recurso Voluntário interposto.

A PGE/PROFIS, ao emitir o Parecer de fls. 91 e 92, afirma que as alegações recursais apresentadas são as mesmas já apreciadas pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal. Frisa que o lançamento em questão não trata de punir o mero descumprimento de obrigação tributária acessória, e sim exigir o pagamento do imposto conforme previsto no art. 489 do RICMS-BA/97. Ao finalizar, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

No presente processo não há nenhum vício formal capaz de inquinar de nulidade o Auto de Infração, conforme bem ressaltou a ilustre relatora da Decisão recorrida. Além disso, não cabe a este órgão julgador apreciar a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, ao teor do art. 167, I, do RPAF/99.

Adentrando no mérito, observo que o Recurso Voluntário interposto versa apenas sobre a primeira infração, uma vez que o recorrente não pronunciou sobre a segunda irregularidade que lhe foi imputada.

Conforme alega o recorrente, o lançamento do ICMS incidente sobre as saídas sucessivas de cacau em amêndoas, dentro deste Estado, fica diferido para quando ocorrer a saída da mercadoria para outra unidade da Federação, para o exterior ou quando ocorrer a saída do produto decorrente da sua industrialização. Esse regime de diferimento constitui em um benefício fiscal, onde o pagamento do imposto decorrente do fato gerador do imposto fica

diferido para um momento posterior previsto na legislação. Todavia, para que os contribuintes usufruam deste benefício fiscal, é necessário que as operações sejam acompanhadas do documento fiscal, o qual deverá ser escriturado nos livros fiscais próprios.

Estando a operação desacompanhada de documentação fiscal ou sem a devida escrituração, o contribuinte, mesmo habilitado a operar no regime do diferimento, não poderá gozar do citado benefício fiscal. Nessa situação, o fato gerador do imposto considerar-se-á ocorrido no momento da saída do estabelecimento – no caso em tela, na saída do estabelecimento da Cabana da Ponte Agropecuária Ltda.

Ao deixar de escriturar as notas fiscais de entradas de mercadorias, o recorrente impede que o fisco verifique o efetivo recolhimento do imposto no momento em que ocorrer o termo final do diferimento. Portanto, o recorrente é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto que deixou de ser recolhido pela Cabana da Ponte Agropecuária Ltda. Nessa situação, entendo que não é cabível apenas a aplicação de multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, pois houve também o descumprimento de uma obrigação tributária principal – falta de recolhimento do imposto. Todavia, a multa pelo descumprimento da obrigação acessória fica absorvida pela multa prevista para o descumprimento da obrigação principal, nos termos da legislação tributária.

Quanto ao Acórdão JJF Nº 0289-01/04, o mesmo não pode ser utilizado como paradigma, pois se trata de uma Decisão de Primeira Instância e que pode ser modificada posteriormente.

Em face do comentado acima, entendo que a Decisão recorrida está correta e, portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **146552.0002/04-6**, lavrado contra **BAHIA COMÉRCIO DE CACAU LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.608,20**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$75,00 e 70% sobre R\$2.533,20, previstas no art. 42, II, “f” e III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) Álvaro Barreto Vieira, Fauze Midlej, César Augusto da Silva Fonseca e Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Tolstoi Seara Nolasco e José Carlos Barros Rodeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS