

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 - INFRAZ 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 deferido 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 deferido 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 3<sup>a</sup> 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 JJF 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 constitucionalidade 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 AMOÉDO CAVALCANTE - REPR. DA PGF/PROFIS