

**PROCESSO** - A. I. Nº 209732.1101/12-3  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - BONI COMÉRCIO DE BORRACHA LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0153-03/13  
**ORIGEM** - INFAC ILHÉUS  
**INTERNET** - 26.12.2013

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0488-13/13

**EMENTA:** ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DA INFRAÇÃO RELATIVA AO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. A exação em análise trata-se da responsabilidade por solidariedade do adquirente, ora autuado, pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito (fornecedor), em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível, conforme previsto no art. 6º, inciso IV, da Lei nº 7.014/96, hipótese legal esta que difere da prevista para a operação ocorrida “*com documentação*” para a aquisição de produto sujeito ao diferimento, nos termos previstos no art. 343, VII, “g”, do RICMS/97, como entendeu a Decisão recorrida. Devolva-se o PAF ao órgão prolator da Decisão reformada para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, item 1, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 3ª JJF, através do Acórdão nº 0153-03/13, por ter desonerado o sujeito passivo do valor de R\$ 377.369,78, ao julgar o Auto de Infração, lavrado para exigir o débito de R\$ 614.556,12, Procedente em Parte, no valor de R\$ 237.186,34, sendo objeto deste Recurso de Ofício apenas a infração 6, a saber:

INFRAÇÃO 6. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 377.369,78, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2010 e 2011. Foi consignado que “Deixou de recolher o ICMS devido pela aquisição junto a produtor rural não inscrito no cadastro do ICMS, de mercadoria enquadrada no regime de Diferimento (Cernambi), na qualidade de responsável por solidariedade, sem emissão das respectivas notas fiscais de entrada, apurada na Auditoria de Estoques referentes aos Exercícios de 2010 e 2011, conforme demonstrativos de auditoria de estoque fechado em anexo ao presente processo”.

A Decisão de primeiro grau considerou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 237.186,34, após salientar que o autuado impugnou as infrações 1, 2 e 6, tendo o órgão julgador concluído pela procedência dos dois primeiros itens e pela nulidade da infração 6, objeto deste recurso, diante das seguintes considerações:

*“O argumento defensivo de que “não foi infringido o RICMS/BA, pois de todas as operações realizadas nenhum prejuízo trouxe ao Erário Público uma vez que a fase de diferimento é encerrada pela empresa compradora dentro do Estado” seria plausível ou mereceria uma atenção especial se acompanhado da prova de que*

*efetivamente aquela mercadoria que entrou saiu tributada diretamente ou compôs a título de matéria prima ou produto intermediário o resultado final do seu uso. Como dissemos se comprovado que o produto diferido sofreu tributação regular quando da saída teríamos que fazer uma análise fiscal-contábil para confirmarmos ou não tal argumento.*

*Os levantamentos efetuados pelo autuante foram suficientes para demonstrar que houve aquisição de mercadorias sujeitas ao regime do diferimento, também identificado como “substituição tributária subsequente” em que o contribuinte-substituto no caso o autuado não efetuou o pagamento do imposto.*

*Acrescento que não é do perfil constitucional do ICMS a verificação da ocorrência ou não de aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica pelos seus contribuintes. Observo ainda que diversamente do que arguiu a autuada o ICMS foi exigido no presente caso tendo o auto de infração comprovado materialmente com documento inequívoco o ingresso de mercadorias sem o pagamento do imposto e a prova material concreta, documentada, por usar expressões trazidas pela defesa, foi juntada pelo autuante e posta com a devida antecedência para ser apreciada pela empresa.*

*Não há entretanto no presente PAF comprovação suficiente para que possamos afirmar que efetivamente a mercadoria submetida ao diferimento – cernambi – não tenha sido objeto de tributação quando da saída do produto final.*

*Isto posto voto no sentido de que a infração descrita no item 06 seja considerada nula cabendo a Infaz reprogramar uma outra ação fiscal para que através de uma análise fiscal-contábil que detecte com clareza o não pagamento do imposto diferido.”*

Por fim, a JJF recorre de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

## VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 3<sup>a</sup> JJF, inerente ao Acórdão de nº 0153-03/13, referente à exação 6, por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo do débito exigido, julgando-a nula, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “a-1”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Examinando as peças que integram os autos depreendo que a Decisão recorrida merece reparo, uma vez que nela consigna que seria plausível a alegação de defesa se acompanhada da prova de que efetivamente aquela mercadoria que entrou saiu tributada diretamente ou compôs a título de matéria prima ou produto intermediário o resultado final do seu uso, ou seja, se comprovado que o produto diferido sofreu tributação regular quando da saída, para, em seguida, se fazer uma análise fiscal-contábil para se confirmar ou não tal argumento.

No entanto, vislumbro que por se tratar de produto fungível que se consome com o primeiro uso, o qual não possui identificação própria para se determinar, especificamente, se aquele insumo que compõe uma saída tributada é o mesmo que deixou de se fazer a substituição tributária, sob regime de diferimento, torna-se impossível a comprovação da alegação defensiva de que não houve prejuízo ao erário estadual.

O certo é que, como salientou a Decisão recorrida, os levantamentos efetuados pelo autuante foram suficientes para demonstrar e comprovar que houve aquisição de mercadorias sujeitas ao regime do diferimento, previsto no art. 343, VII, “g”, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente à época dos fatos, também identificado como “substituição tributária subsequente” (entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2010 e 2011).

A exação em análise trata da responsabilidade por solidariedade do adquirente, ora autuado, pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito (fornecedor), em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível, conforme previsto no art. 6º, inciso IV, da Lei nº 7.014/96, cujo adquirente, nesta condição, tem a *responsabilidade legal por solidariedade pelo recolhimento do tributo devido pelo remetente*, haja vista a constatação de entradas sem documentação fiscal, conforme apurada na auditoria de estoque, hipótese legal esta que difere da prevista para a operação ocorrida “com documentação” legal para a aquisição do produto

“cernambi”, com previsão de diferimento para o momento em que ocorrer sua saída, nos termos previstos no art. 343, VII, “g”, do RICMS/97, como entendeu a Decisão recorrida.

Ademais, conforme salientou o autuante em sua informação fiscal, o diferimento é um benefício fiscal concedido pelo ente tributante, o qual só se pode implementá-lo com a devida documentação legal da operação, condição necessária para fruição ou reconhecimento do benefício fiscal. Assim, não satisfeita tal condição, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação sob condição, conforme previsto no art. 11 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, previsto à época.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO deste Recurso de Ofício para decretar a nulidade da Decisão recorrida, afastando a nulidade da sexta infração, devendo os autos retornar à 1ª instância para novo julgamento.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **209732.1101/12-3**, lavrado contra **BONI COMÉRCIO DE BORRACHA LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para submeter o feito a novo julgamento pela JJF.

Sala das Sessões do CONSEF, 2 de dezembro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS