

A. I. Nº - 206921.0016/08-4
AUTUADO - DALVA BISPO DOS SANTOS
AUTUANTE - MARCUS VINÍCIUS BADARO CAMPOS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 10/02/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0001-03/12

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Refeitos os cálculos, o imposto originalmente apurado ficou reduzido. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Após excluir o documento fiscal relativo a prestação de serviço, cuja operação estava sujeita ao ISSQN e as notas fiscais não localizadas pelo autuante, não ficou comprovada irregularidade apontada, sendo insubsistente este item da autuação fiscal. 3. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Após revisão efetuada pelo autuante, excluindo as notas fiscais não acostadas aos autos, não ficou comprovado saldo credor de Caixa no período fiscalizado, sendo insubsistente a exigência fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2008, refere-se à exigência de R\$838.202,82 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária. Notas fiscais resgatadas do CFAMT e junto a Fornecedores, no período de janeiro de 2006 a julho de 2007. Valor do débito: R\$53.072,09. Multa de 60%.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento. Notas fiscais resgatadas do CFAMT e junto a Fornecedores (SINTEGRA), nos meses de junho e julho de 2007. Valor do débito: R\$1.729,11. Multa de 60%.

Infração 03: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa. Notas fiscais resgatadas do CFAMT e junto a Fornecedores (SINTEGRA), nos meses de abril de 2006 a dezembro de 2007. Valor do débito: R\$783.401,62. Multa de 70%.

O autuado apresentou impugnação (fls. 434 a 444), alegando que a legislação exige que a intimação seja pessoal, na pessoa do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto o que não ocorreu. Afirma que a pessoa que tomou ciência do auto de infração é pessoa incompetente para tal. Trata-se do senhor João Rodrigues Sobrinho, contador do autuado, mas sem poderes para tomar ciência em auto de infração, pois não lhe fora dada procuração para esse fim. Entende que a intimação deve ser considerada inválida, devendo a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia proceder a nova intimação para que se assegure ao autuado o direito de se valer do prazo legal de trinta dias para análise e impugnação do auto de infração, haja vista que o responsável legal do autuado somente tomou conhecimento da existência da autuação em 30 de abril de 2008, ao verificar que sua situação cadastral foi alterada para “INTIMADO P/ INAPTIDÃO” e consultado a SEFAZ sobre o motivo, foi surpreendido com a notícia da existência de auto de infração lavrado contra si. O autuado diz que, mesmo que soubesse dos procedimentos de fiscalização realizados pelo fiscal autuante, a lavratura do auto de infração não era de seu conhecimento. Requer, em caráter preliminar, que a ciência seja declarada inválida e que seja realizada nova intimação fiscal para ciência e abertura de prazo de defesa.

No mérito, quanto à infração 03, alega que a exigência do imposto baseia-se em presunção legal que não encontra fundamento jurídico na Lei Complementar nº 87/96. Não se inclui a atribuição de se definir fato gerador para o ICMS além daqueles previstos na própria Constituição Federal, que não contempla nenhum fato gerador para o ICMS a partir de presunção legal, muito menos dá competência aos Estados e ao Distrito Federal para dispor sobre fato gerador.

Quanto à primeira infração, alega: a) somente foram encontradas cópias das Notas Fiscais de números 239939 e 239940, emitidas pela Avícola Felipe, 16952, emitida por Grupo Oriente, e 15185, 19253, 19254, 19474, emitidas pela Sapeka; b) as Notas Fiscais emitidas pela Sapeka referentes a fraldas, apresentam retenção do ICMS por substituição tributária, não sendo devido o pagamento da antecipação tributária nessa hipótese.

Infração 02: Alega que: a) somente foi encontrada a Nota Fiscal de número 32732, emitida por Formulários Piloto Ltda., tendo essa como natureza da operação o CFOP 6933, correspondente a prestação de serviço tributado pelo ISSQN, pois refere-se a confecção de formulário contínuo personalizado, sob encomenda da autuada; b) foram relacionadas duas Notas Fiscais relativas a material de embalagem, cujas cópias não foram encontradas. Apresenta comentários sobre material de embalagem, de acordo com o que dispõe a Constituição Federal, salientando que de acordo com o estabelecido na mencionada Constituição Federal, é direito do contribuinte apropriar-se de crédito de ICMS pago em operação anterior e que este pode ser utilizado para compensação com o que for devido nas operações subsequentes. Quanto a esta matéria, comenta sobre o que estabelece a Lei Complementar 87/96 e o RICMS/BA. O defendente assegura que adquiriu material de embalagem para uso em mercadorias a serem comercializadas, não se trata de aquisição de material destinado ao uso ou consumo no estabelecimento, e neste caso, não é devido o imposto relativo à diferença de alíquota.

Infração 03: Alega que o prazo para impugnar os lançamentos, em razão dos fatos descritos na preliminar, não foi suficiente para análise de toda a documentação trazida aos autos, e que não foram apresentadas provas de que as mercadorias foram efetivamente adquiridas pelo autuado, tais como comprovação de pagamento ou entrega em seu domicílio comercial.

O defendente requer que seja observada a norma contida no § 1º do art. 18 do RPAF-BA, ocorrendo sua hipótese, e que seja acatada a preliminar argüida.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 447/448 dos autos. Quanto ao argumento do autuado de que a pessoa do seu Contador não é competente para tomar conhecimento do Auto de Infração, diz que não procede, conforme dados cadastrais na SEFAZ. Informa que as cópias das notas fiscais objeto da autuação, além de terem sido entregues ao contribuinte, encontram-se no PAF. Quanto à primeira infração, diz que em relação às notas fiscais de entradas referentes à empresa Fraldas Sapeka, do Estado de Goiás, que possui inscrição estadual de substituto

tributário, houve retenção do imposto e o recolhimento ocorreu com GNRE, ficando reduzido o valor desta infração, de acordo com as planilhas de fls. 449 a 456.

Infração 02: Informa que em relação à NF 32.732, o defendente alegou que se refere a impressos, mas o autuante apresenta o entendimento de que, por se tratar de formulários contínuos, deve ter o mesmo tratamento de material de consumo. Quanto aos documentos fiscais restantes do levantamento (NFs 4649 e 5261), informa que serão providenciadas as cópias junto ao fornecedor. Diz que esta infração não sofreu qualquer alteração.

Infração 03: Diz que é insuficiente o argumento do autuado em relação ao prazo para impugnação.

Finaliza, dizendo que a primeira infração ficou reduzida para R\$28.687,14, ficando inalterados os valores relativos às demais infrações.

À fl. 469, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência para que o setor responsável da Inspetoria Fiscal fizesse a entrega ao defendente dos demonstrativos elaborados pelo autuante (fls. 36 a 76), e que fosse reaberto o prazo de defesa.

O autuado foi intimado na forma solicitada, tendo apresentado nova impugnação à fl. 480, alegando que nenhuma cópia recebida encontrava-se numerada e, considerando que o PAF tem suas folhas numeradas, entende que as cópias fornecidas não foram extraídas do PAF em referência. Pede que o material seja organizado e suas páginas devidamente numeradas para que tenha condições de ser analisado corretamente. Após tal providência, que seja reaberto o prazo de defesa.

O autuante prestou nova informação fiscal à fl. 550, dizendo que o autuado não entrou no mérito da autuação, somente se reportando a formalidades processuais. Por isso, entende que a Coordenação de Cobrança deve verificar se houve irregularidade quanto ao procedimento de entrega das cópias ao contribuinte.

O Coordenador de Processos se manifestou às fls. 552/553, aduzindo que as cópias que foram entregues ao contribuinte (fls. 12 a 76) fazem parte dos papéis de trabalho elaborados pelo autuante, foram numerados e rubricados pelo Auditor Fiscal e a primeira intervenção do setor quanto à numeração do PAF aconteceu a partir da folha 432. A defesa apresentada tem a numeração 433 a 445, tendo sido apresentada a primeira informação fiscal pelo autuante com a numeração fl.446. Pede que os membros da Junta de Julgamento Fiscal observem mais atentamente as folhas da defesa do autuado de números 483 a 548, especificamente a fl. 546. Na parte superior da folha aparece o número 76, que é a última folha do demonstrativo solicitado na diligência para entrega ao contribuinte. Assegura que o setor enviou ao contribuinte somente documentos que estão anexados ao processo, numerados e ordenados conforme prevê o RPAF/BA, desconhecendo os documentos apresentados pelo autuado às fls. 483 a 548.

Considerando as informações prestadas pela Coordenação de Cobrança o PAF foi encaminhado pelo CONSEF à Infaz de origem para intimar o contribuinte a tomar conhecimento da referida manifestação, concedendo o prazo de dez dias para o defendente se manifestar, querendo.

O defendente foi intimado, conforme Edital à fl. 564, e não apresentou qualquer manifestação.

Considerando que no levantamento fiscal constam mercadorias inseridas em Convênios e Protocolos, a exemplo de açúcar (Protocolo 21/91), lâmina de barbear (Protocolo 15/97), algodão, fralda e absorvente (Convênio 76/94), esta JJF, converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 568), para que o autuante elaborasse dois demonstrativos: um para as mercadorias inseridas em Convênios ou Protocolo; outro demonstrativo para as demais mercadorias não previstas em acordos interestaduais.

Quanto às infrações 01, 02 e 03, constam nos autos cópias de notas fiscais, inexistindo comprovação de que o autuado recebeu estes documentos fiscais obtidos junto ao SINTEGRA/CFAMT, e que foram utilizados nos demonstrativos elaborados pelo autuante. Foi

alegado pelo defendente que diversas notas fiscais não foram encontradas nos autos. Neste caso, foi solicitado para que o autuante excluísse do levantamento fiscal todas as notas fiscais que não foram acostadas ao presente PAF, elaborando novos demonstrativos apurando o débito remanescente. Em seguida, que a repartição fiscal intimasse o autuado e lhe entregasse cópias de todas as notas fiscais que lastrearam o presente lançamento, do encaminhamento de diligência e de todos os demonstrativos elaborados pelo autuante, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de trinta dias para se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

Em atendimento, foi prestada informação fiscal às fls. 579/580 do PAF, por estranho ao feito, dizendo que elaborou os dois demonstrativos solicitados, e que foram excluídas dos demonstrativos referentes às infrações 01, 02 e 03 todas as notas fiscais que não se encontram neste PAF.

Quanto à infração 01, informou que foram acostadas ao presente processo somente as notas fiscais de números 239939, 239940, 16952 e 15185, todas do mês 05/2005; e as notas fiscais de números 2461, 19253, 19254 e 19474, todas do mês 12/2006. Em relação à infração 02, esclareceu que não foi anexada nenhuma nota fiscal. Por isso, não há novo demonstrativo para esta infração. Quanto à infração 03, diz que foram acostadas diversas notas fiscais a este PAF, e aquelas não anexadas foram excluídas, o que não resultou débito de imposto, haja vista que em decorrência das exclusões efetuadas não foi apurado saldo credor de caixa, conforme novo demonstrativo que elaborou às fls. 577/578 dos autos.

O autuado foi intimado no endereço cadastrado nesta SEFAZ e no endereço dos sócios, entretanto, as intimações foram devolvidas pelos Correios porque os destinatários não se encontravam no endereço indicado. Por isso, o autuado foi intimado por meio do Edital nº 44/2011, sendo concedido o prazo de trinta dias para a sua manifestação, reabrindo o prazo de defesa.

VOTO

Inicialmente, o autuado alega que a pessoa que deu ciência ao auto de infração é pessoa incompetente. Trata-se do senhor João Rodrigues Sobrinho, contador do autuado, mas sem poderes para dar ciência em auto de infração, pois não lhe fora dado procuração para esse fim.

Observo que de acordo com o art.108, combinado com o art. 109 do RPAF/BA, a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, poderá ser feita pessoalmente, e neste caso, configura a ciência a data da aposição consignada pelo sujeito passivo o interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente

Vale salientar, que à época de lavratura do Auto de Infração, por preposto era entendido como a pessoa que mantivesse com o sujeito passivo vínculo empregatício ou contrato de prestação de serviço profissional continuado (art. 3º, inciso III do RPAF/BA). Portanto, se no Auto de Infração consta a ciência pelo Contador do autuado, inexistente irregularidade, à luz da legislação vigente à época.

Além disso, por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, foi reaberto o prazo de defesa em duas oportunidades. Na primeira, foi entregue cópia dos demonstrativos elaborados pelo autuante, e o autuado apresentou nova impugnação. Portanto, não ficou caracterizada a irregularidade processual, alegada pelo defendente.

Assim, quanto à preliminar de nulidade suscitada pelo defendente, constatei que o PAF está revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, o primeiro item do Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições

interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, conforme demonstrativos de fls. 12 a 27 do PAF.

Observo que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar.

O autuado contestou a exigência do imposto, alegando: a) somente foram encontradas cópias das Notas Fiscais de números 239939 e 239940, emitidas pela Avícola Felipe, 16952, emitida por Grupo Oriente, e 15185, 19253, 19254, 19474, emitidas pela Sapeka; b) as Notas Fiscais emitidas pela Sapeka referentes a fraldas, apresentam retenção do ICMS por substituição tributária, não sendo devido o pagamento da antecipação tributária.

Na informação fiscal, o autuante diz que em relação às notas fiscais de entradas referentes à empresa Fraldas Sapeka, do Estado de Goiás, que possui inscrição estadual de substituto tributário, houve retenção do imposto e o recolhimento ocorreu com GNRE, ficando reduzido o valor desta infração, de acordo com as planilhas de fls. 449 a 456.

Considerando que não se encontravam acostadas aos autos todas as notas fiscais objeto da autuação, e que no levantamento fiscal constavam mercadorias inseridas em Convênios e Protocolos, a exemplo de açúcar (Protocolo 21/91), lâmina de barbear (Protocolo 15/97), algodão, fralda e absorvente (Convênio 76/94), esta JJF, converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 568), para que o autuante elaborasse dois demonstrativos: um para as mercadorias inseridas em Convênios ou Protocolo; outro demonstrativo para as demais mercadorias não previstas em acordos interestaduais.

Na nova informação fiscal prestada às fls. 579/580 dos autos, foi esclarecido que foram acostadas ao presente processo somente as notas fiscais de números 239939, 239940, 16952 e 15185, todas do mês 05/2006; e as notas fiscais de números 2461, 19253, 19254 e 19474, todas do mês 12/2006.

Observo que os documentos fiscais requisitados do SINTEGRA e do CFAMT constituem elementos de prova material indispensáveis à comprovação das infrações imputadas ao contribuinte, e deveriam ter sido carreados ao presente processo, conforme prevê o art. 46 do RPAF/BA. Para corrigir a irregularidade processual, este órgão julgador solicitou a juntada posterior dessas notas fiscais, e que fosse reaberto o prazo de defesa pela repartição fiscal, o que não foi providenciado em sua totalidade, conforme relatado na última informação fiscal.

Constato que a ausência no PAF de parte das notas fiscais objeto da exigência fiscal constitui cerceamento do direito de defesa, impedindo de se conferir a exata destinação das mercadorias nelas consignadas e os demais dados, bem como, se o cálculo do imposto tomou por base o valor correto consignado em cada documento fiscal. Portanto, inexistindo as correspondentes notas fiscais nos autos, não há como se determinar, com segurança, a infração imputada ao autuado, o que implica nulidade desta parte da autuação, conforme prevê o art. 18, inciso IV do RPAF/BA.

Em relação às notas fiscais acostadas aos autos, foram elaborados os demonstrativos de fls. 575/576, encontrando-se a mercadoria fralda, que está inserida no Convênio 76/94. Como o referido Convênio estabelece na sua Cláusula primeira que fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento ICMS, fato comprovado pela NF 15185 (fl. 172) indicando o valor do ICMS Substituição Tributária. Quanto ao produto massa alimentícia, foi informado no demonstrativo à fl. 575, como Estado de origem o Paraná, que não é signatário do Protocolo 50/05. Assim, excluindo-se o imposto relativo à Nota Fiscal 15185, do mês 05/2006 (fl. 575), o débito no referido mês fica reduzido para R\$1.686,54. Em relação ao mês 12/2006 (demonstrativo à fl. 576 do PAF), deve prevalecer apenas o débito relativo à NF 2461, tendo em vista que os demais documentos fiscais se referem a fralda, cuja retenção do imposto pelo fabricante é prevista no Convênio 76/94. Portanto, o débito no mês 12/2006 fica reduzido para

R\$66,77. Quanto aos demais meses, é nulo o lançamento, considerando a informação prestada por estranho ao feito de que apenas as notas fiscais de maio e dezembro de 2006 foram anexadas aos autos.

Recomendo que seja renovado o procedimento fiscal para exigir o imposto devido, quando forem localizados os documentos fiscais não acostados ao presente processo. Infração subsistente em parte, no valor total de R\$1.753,31, sendo R\$1.686,54 relativo ao mês 05/2006 e R\$66,77 correspondente a dezembro de 2006.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de junho e julho de 2007. Demonstrativo à fl. 29 do PAF.

De acordo com o art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96, há incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias ou bens forem destinados ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento.

Em sua impugnação, o autuado alegou que somente foi encontrada a Nota Fiscal de número 32732 (fl. 93 do PAF), emitida por Formulários Piloto Ltda., tendo como natureza da operação o CFOP 6933, correspondente a prestação de serviço tributado pelo ISSQN, pois se refere a confecção de formulário contínuo personalizado, sob encomenda do autuado. Também alegou que foram relacionadas duas Notas Fiscais relativas a material de embalagem, cujas cópias não foram encontradas.

Na informação fiscal, o autuante disse em relação à NF 32.732, por se referir a formulários contínuos, deve ter o mesmo tratamento de material de consumo. Quanto aos documentos fiscais restantes do levantamento (NFs 4649 e 5261), informou que seriam providenciadas as cópias junto ao fornecedor.

Quanto à NF 32732 (fl. 93 do PAF), entendo que não assiste razão ao autuante, haja vista que no corpo do mencionado documento fiscal consta a seguinte descrição dos serviços: “IMPRESSÃO FC PERSONALIZADO 04 VIAS”, sendo indicados, também, o valor total dos serviços, e o valor do ISS. Portanto, não se trata de operação sujeita ao ICMS, não sendo devido o imposto relativo à diferença de alíquotas.

Em relação aos demais documentos fiscais objeto da autuação, o autuante não juntou aos autos as respectivas cópias, informando que ainda seriam providenciadas junto ao fornecedor. Assim, concluo pela improcedência desta infração.

Infração 03: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa. Notas fiscais resgatadas do CFAMT e junto a Fornecedores (SINTEGRA), nos meses De abril de 2006 a dezembro de 2007. Demonstrativo às fls. 31 a 76 do PAF.

O defendente alegou que não foram apresentadas provas de que as mercadorias objeto da autuação foram efetivamente adquiridas por seu estabelecimento, tais como comprovação de pagamento ou entrega em seu domicílio comercial.

Na última informação fiscal (fls. 579/580), prestada por estranho ao feito, foi dito que foram acostadas diversas notas fiscais a este PAF, e aquelas não anexadas foram excluídas, o que não resultou débito de imposto, haja vista que em decorrência das exclusões efetuadas não foi apurado saldo credor de Caixa, conforme novo demonstrativo que elaborado às fls. 577/578 dos autos. Portanto, após a informação fiscal e os novos cálculos efetuados, não ficou comprovada a irregularidade apontada, sendo insubsistente a imputação deste item.

Recomendo que seja renovado o procedimento fiscal para apurar se existe imposto a ser exigido, quando forem localizados os documentos fiscais não acostados ao presente processo.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206921.0016/08-4**, lavrado contra **DALVA BISPO DOS SANTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.753,31**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de fevereiro de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA