

A. I. N° - 206882.0601/09-8  
AUTUADO - SALUTAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS CONGELADOS LTDA.  
AUTUANTE - LÍCIA MARIA ROCHA SOARES  
ORIGEM - INFAC ATACADO  
INTERNET - 15/05/2012

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0099-03/12**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Foi constatado que houve omissão de dados nos demonstrativos elaborados pela autuante, bem como a não entrega ao defensor de cópias das notas fiscais anexadas após a informação fiscal, falhas não corrigidas com a realização de diligências fiscais. As omissões comprometem a eficácia do procedimento fiscal, implicando nulidade da autuação. Infração nula. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração não impugnada. b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2009, refere-se à exigência de R\$656.566,49 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte não discrimina as respectivas notas fiscais nos DAEs referentes à antecipação tributária, efetuando o recolhimento de maneira global, por período, não apresentando demonstrativo analítico de recolhimento, razão pela qual foi apurado o valor devido em cada mês, no período de fevereiro de 2008 a março de 2009. Valor do débito: R\$610.808,79.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, julho, agosto de 2008; janeiro a abril de 2009. Valor do débito: R\$3.197,73.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2008; e março de 2009. Valor do débito: R\$42.559,97.

O autuado apresentou impugnação (fls. 101 a 103), alegando, com relação à primeira infração, que a autuante deixou de considerar que, por força de convênio, a maior parte das mercadorias

adquiridas e relacionadas nos demonstrativos que integram o auto de infração teve parte de seu tributo retido pelo estabelecimento fornecedor. Diz que também deixou de ser deduzida do montante apurado no levantamento fiscal, a integralidade dos recolhimentos efetuados, gerando uma diferença a pagar muito superior ao devido. Alega, também, que foi aplicada no cálculo efetuado no levantamento fiscal a Margem de Valor Adicionado – MVA referente às operações interestaduais, considerando-se as regiões Sul e Sudeste, quando na realidade toda a comercialização efetuada pela empresa foi no mercado interno, razão pela qual deveriam ter sido aplicadas às margens relativas às operações locais.

Quanto à infração 03, o autuado alega que as mercadorias relacionadas, em sua maioria, são destinadas à manutenção de seus veículos e frotas, tais como peças mecânicas, óleo e combustíveis, portanto sujeitas à tributação na fonte, não cabendo o recolhimento de qualquer diferença do imposto. Finaliza, requerendo a procedência parcial do presente Auto de Infração, por entender que é devido apenas o imposto apurado na infração 02. Pede que sejam consideradas nulas as demais infrações.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 109/110 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que durante o período fiscalizado inexistia qualquer tipo de convênio interestadual que previsse a retenção do ICMS pelo estabelecimento fornecedor, não sendo justificável as alegações defensivas. Informa que todos os recolhimentos efetuados pelo deficiente foram deduzidos quando da apuração das diferenças apuradas, conforme demonstrativos acostados aos autos. Quanto à Margem de Valor Adicionado, esclarece que se refere às aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à antecipação tributária e não à comercialização destas mercadorias. Com relação à infração 03, a autuante informa que o deficiente não comprovou a alegação de que as mercadorias adquiridas são destinadas à manutenção de sua frota de veículos.

Considerando que nos demonstrativos elaborados pela autuante (fls. 11 a 24 do PAF) não constam indicações importantes para se compreender o levantamento fiscal, a exemplo da espécie de mercadoria, fornecedor, imposto apurado e Estado de origem, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 113) solicitando que a autuante adotasse as seguintes providências:

1. Elaborasse novos demonstrativos indicando o número da nota fiscal, o fornecedor, espécie de mercadoria, estado de origem, valor da mercadoria, MVA, base de cálculo da antecipação tributária, imposto apurado, crédito destacado na Nota Fiscal, imposto devido.
2. Intimasse o autuado a comprovar todos os recolhimentos realizados em relação às notas fiscais objeto da autuação. Se comprovados os recolhimentos, que fossem acrescentados ao total recolhido em cada mês, os valores ainda não considerados no levantamento fiscal.
3. Quanto à infração 03, solicitasse ao autuado a comprovação da alegação defensiva de que as mercadorias objeto da autuação foram destinadas à manutenção de seus veículos e frotas, tais como, peças mecânicas, óleo e combustíveis, devendo juntar esta comprovação aos autos para apreciação pelo órgão julgador.

Também foi solicitado que a repartição fiscal intimasse o autuado quanto ao resultado da diligência fiscal, fornecendo-lhe, mediante recibo, cópia da informação fiscal e demonstrativos que fossem acostados aos autos pelo autuante, com a indicação do prazo de trinta dias para se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

A autuante prestou nova informação fiscal às fls. 115/116 dos autos, dizendo que os demonstrativos de fls. 11 a 24 já incluem o número da nota fiscal, o valor da mercadoria, o crédito destacado na nota fiscal, e MVA, o imposto apurado. Quanto aos demais dados, a exemplo do nome do fornecedor, o Estado de origem e a espécie de mercadoria, disse que já estão relacionados nos documentos fiscais acostados às fls. 34 a 98 do PAF, que se refere às cópias das notas fiscais utilizadas no levantamento fiscal.

Quanto ao item 02 da diligência, informa que não foi possível localizar o autuado para intimá-lo a comprovar os recolhimentos realizados, já que a empresa não se situa mais no mesmo endereço. Assegura que todos os recolhimentos efetuados pelo contribuinte constam no Sistema desta SEFAZ, conforme Relação de DAEs às fls. 29 a 33 do PAF.

Também informa que, pela mesma razão, não foi possível solicitar ao defensor a comprovação da alegação defensiva de que as mercadorias objeto da autuação foram destinadas à manutenção de seus veículos e frotas.

A autuante conclui informando que em razão das considerações apresentadas, não foram elaborados novos demonstrativos que ensejassem a reabertura do prazo de defesa.

À fl. 120 do presente PAF o autuado foi intimado da informação fiscal e não apresentou qualquer manifestação.

Considerando que a omissão dos dados no levantamento fiscal implica cerceamento do direito de defesa, passível de nulidade do Auto de Infração, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em nova diligência à Infaz de origem (fl. 129), solicitando que a autuante ou Auditor Fiscal designado pelo Inspetor Fazendário cumprisse a diligência solicitada à fl. 113, com as seguintes providências:

1. Elaborasse novos demonstrativos indicando o número da Nota Fiscal, o fornecedor, espécie de mercadoria, Estado de origem, valor da mercadoria, MVA, base de cálculo da antecipação tributária, imposto apurado, crédito destacado na Nota Fiscal, imposto devido, excluindo as notas fiscais que não se encontram no PAF.
2. Intimassem o representante legal do autuado a comprovar todos os recolhimentos realizados em relação às notas fiscais objeto da autuação, acrescentando ao total recolhido em cada mês, os valores ainda não considerados no levantamento fiscal, devidamente comprovados pelo defensor.
3. Quanto à infração 03, solicitasse ao autuado a comprovação de que as mercadorias objeto da autuação foram destinadas à manutenção de seus veículos e frotas, tais como peças mecânicas, óleo e combustíveis, juntando esta comprovação aos autos para apreciação pelo órgão julgador.
4. Em seguida, que a repartição fiscal intimasse o autuado ou seu representante legal, quanto ao resultado da diligência fiscal, fornecendo-lhe, mediante recibo, cópia da informação fiscal e demonstrativos que fossem acostados aos autos pelo autuante, com a indicação do prazo de trinta dias para se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

Em cumprimento ao solicitado, a autuante prestou nova informação fiscal à fl. 133, dizendo que após o atendimento do órgão responsável foi realizada a juntada das notas fiscais relacionadas na infração 01 (fls. 11 a 24), constando todos os dados de qualificação da operação. Disse que o mencionado fato superveniente supre a diligência de fls. 129/130, sem a consequente necessidade de reabertura do prazo de defesa, já que os referidos documentos têm como titular e destinatário o próprio autuado, foram coletados no CFAMT/SEFAZ/BA, indo de encontro ao princípio da economia processual, que rege o contencioso administrativo.

A autuante afirma que as providências tomadas suprem a impossibilidade de cumprimento do item 2 do pedido de diligência, em razão do fechamento do estabelecimento e da não localização dos sócios responsáveis no endereço consignado no DIC, tornando dispensável a reabertura de novo prazo de defesa, em face da não juntada de novos demonstrativos.

Analizado em pauta suplementar do dia 23/04/2012, os membros desta 3ª Junta de Julgamento Fiscal concluíram que o presente processo encontrava-se em condições de ser julgado.

## VOTO

O primeiro item do presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, sob a acusação de que foi constatado recolhimento a menos do imposto 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, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, no período de fevereiro de 2008 a março de 2009, conforme demonstrativos de fls. 11 a 24 do PAF.

No demonstrativo à fl. 11 constam os dados relativos à data, número da nota fiscal, valor contábil, imposto creditado, base de cálculo para antecipação, T. V. A., alíquota, ICMS a recolher, ICMS recolhido, diferença de ICMS a recolher. Foi apurado o total do ICMS a recolher no período, que deduzido o valor total recolhido, apurou-se a diferença a recolher.

Nas razões defensivas, o autuado alegou que a autuante deixou de considerar que, por força de convênio, a maior parte das mercadorias adquiridas e relacionadas nos demonstrativos que integram o auto de infração teve parte de seu tributo retido pelo estabelecimento fornecedor. Diz que também deixou de ser deduzida do montante apurado no levantamento fiscal, a integralidade dos recolhimentos efetuados.

O defendente também alegou que foi utilizada a MVA referente às operações interestaduais, considerando-se as regiões Sul e Sudeste, quando na realidade toda a comercialização efetuada pela empresa foi no mercado interno, razão pela qual deveriam ter sido aplicadas às margens relativas às operações locais.

Observo que se trata de aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, e os prazos para recolhimento do imposto são os previstos no art. 125, II, e § 7º, do RICMS/BA, ou seja, na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada, a depender, se o contribuinte estava ou não credenciado, constando nos autos notas fiscais de diversos estados, a exemplo de Tocantins, Goiás, Rio Grande do Norte.

Considerando que nos demonstrativos elaborados pela autuante (fls. 11 a 24 do PAF) não constavam indicações importantes para se compreender o levantamento fiscal, a exemplo da espécie de mercadoria, fornecedor, imposto apurado e Estado de origem, esta Junta de Julgamento Fiscal, em duas oportunidades, converteu o presente processo em diligência à infaz de origem (fl. 113) solicitando que a autuante adotasse as seguintes providências:

1. Elaborasse novos demonstrativos indicando o número da nota fiscal, o fornecedor, espécie de mercadoria, estado de origem, valor da mercadoria, MVA, base de cálculo da antecipação tributária, imposto apurado, crédito destacado na Nota Fiscal, imposto devido.
2. Intimasse o autuado a comprovar todos os recolhimentos realizados em relação às notas fiscais objeto da autuação. Se comprovados os recolhimentos, que fossem acrescentados ao total recolhido em cada mês, os valores ainda não considerados no levantamento fiscal.

A autuante não cumpriu o que foi solicitado, e apresentou o entendimento de que os demonstrativos de fls. 11 a 24 já incluem o número da nota fiscal, o valor da mercadoria, o crédito destacado na nota fiscal, MVA, e o imposto apurado. Quanto aos demais dados, a exemplo do nome do fornecedor, o Estado de origem e a espécie de mercadoria, disse que já estão relacionados nos documentos fiscais acostados às fls. 34 a 98 do PAF, que se referem às cópias das notas fiscais utilizadas no levantamento fiscal.

Na última informação fiscal, a autuante apresentou o mesmo posicionamento e disse que após o atendimento do órgão responsável, foi realizada a juntada das notas fiscais relacionadas na infração 01 (fls. 11 a 24), constando todos os dados de qualificação da operação. Disse que o mencionado fato superveniente supre a diligência de fls. 129/130, sem a consequente necessidade

de reabertura do prazo de defesa, já que os referidos documentos têm como titular e destinatário o próprio autuado, e foram coletados no CFAMT/SEFAZ/BA.

Observo que a elaboração de levantamentos fiscais com as omissões referidas implica cerceamento do direito de defesa, na medida em que não permite a visualização completa dos dados utilizados na apuração do imposto exigido, inclusive em relação à identificação da operação, se interna ou interestadual, a alíquota e MVA, haja vista que há diferenças quanto ao percentual de MVA, entre as operações internas, mercadorias oriundas dos Estados do Sul/Sudeste, exceto Espírito Santo, demais Estados e Espírito Santo.

Inicialmente, a autuante juntou cópias de notas fiscais, fls. 34 a 98 do PAF, informando que se referem aos documentos utilizados no levantamento fiscal, constatando-se que as referidas notas fiscais acostadas aos autos não se encontram na mesma ordem em que foram elaborado o levantamento fiscal (fls. 11 a 24). Além disso, na última informação fiscal a autuante disse que acostou às fls. 134 a 284 dos autos as notas fiscais relacionadas na infração 01, constando todos os dados de qualificação da operação. Não houve a entrega ao deficiente de cópias destas notas fiscais, nem reabertura do prazo de defesa, constituindo mais um cerceamento do direito de defesa.

A autuante também informou que foi impossível intimar o deficiente, em razão do fechamento do estabelecimento e da não localização dos sócios responsáveis no endereço consignado no DIC, tornando dispensável a reabertura de novo prazo de defesa, em face da não juntada de novos demonstrativos aos autos.

Vale salientar, que a intimação do sujeito passivo deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, podendo ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal (art. 108, § 1º do RPAF/BA).

Não obstante a previsão legal acima reproduzida, a publicação de edital não supriria a omissão constatada nos autos, relativamente à falta de dados nos demonstrativos elaborados pela autuante e a não entrega ao deficiente de cópias das notas fiscais anexadas pela autuante após a informação fiscal.

De acordo com o art. 18, inciso II do RPAF/BA, são nulos os atos praticados com preterição do direito de defesa. As falhas constatadas são insanáveis, não se trata de incorreção eventual e as omissões comprometem a eficácia do procedimento fiscal, implicando nulidade da autuação.

Assim concluo pela nulidade da primeira infração, por cerceamento do direito de defesa, e represento à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas.

De acordo com as razões de defesa, não houve qualquer contestação à exigência fiscal constante da infração 02. Assim, considero procedente o item não impugnado, haja vista que inexiste controvérsia.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2008; e março de 2009, conforme demonstrativos de fls. 26 a 28 do PAF.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a 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 forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

O autuado alega que as mercadorias relacionadas, em sua maioria, são destinadas à manutenção de seus veículos e frotas, tais como peças mecânicas, óleo e combustíveis, portanto sujeitas à tributação na fonte, não cabendo o recolhimento de qualquer diferença do imposto. Entretanto, não juntou aos autos qualquer comprovação do alegado.

Observo que a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações (art. 123 do RPAF/99). Neste caso, o impugnante deveria exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do referido art. 123 do RPAF/99, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento. Assim, concluo pela subsistência deste item da autuação fiscal.

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

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206882.0601/09-8, lavrado contra **SALUTAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS CONGELADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$45.757,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, 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, 07 de maio de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA