

A. I. Nº - 129423.0002/11-7  
AUTUADO - GELINO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.  
AUTUANTE - MARIA LUIZA FREITAS AMARAL VILAS BOAS  
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
INTERNET - 04/07/2012

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

**ACÓRDÃO JJF Nº 0149-03/12**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 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, mediante revisão efetuada pela autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. Exigência fiscal efetuada com base em dados obtidos junto ao SINTEGRA sem acostar aos autos as cópias das notas fiscais para comprovar a aquisição das mercadorias pelo destinatário, implicando nulidade da autuação por vício insanável. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 20/05/2011, refere-se à exigência de R\$151.761,79 de ICMS, acrescido da multa de 60%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias enquadradas na substituição tributária, provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, nos meses de novembro e dezembro de 2010. Valor do débito: R\$151.761,79. Multa de 60%.

Infração 02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigida a multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$3.030,50. .

Infração 03: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigida a multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$79,37.

O autuado apresentou impugnação às fls. 62/63, alegando que embora tenha sido indeferido, em 25/04/2011, o processo referente ao Termo de Acordo Atacadista, no qual o defendente requereu a assinatura do referido Termo, entende que faz jus à mencionada habilitação como beneficiário do tratamento tributário previsto no Decreto 7.799/00, dizendo que preenche todas as condições prevista no citado decreto. Afirma que de acordo com a sua escrituração fiscal e informações prestadas por meio da DMA e Arquivos Magnéticos, foi feita a aplicação da redução da base de cálculo em 41,176%. Com esta redução, houve acumulação de um crédito de ICMS de R\$2.436,99 e

R\$41.719,53, referentes a novembro e dezembro de 2010, respectivamente, totalizando R\$44.156,52. O defendente também informa que recolhe o ICMS relativo à antecipação parcial e não da substituição tributária, como apontado no Auto de Infração. Assim, nas aquisições de mercadorias provenientes de Estado onde a alíquota interestadual do ICMS é 12%, a antecipação parcial teria com base no percentual de 5%, o que seria recolhido, de acordo com a apuração mensal do ICMS, quando se verificou a existência de crédito fiscal. Pede a improcedência do presente Auto de Infração.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 72/73 dos autos, dizendo que o processo relativo ao Termo de Acordo Atacadista foi indeferido, por isso, o autuado não estava habilitado para o tratamento tributário previsto na legislação. Quanto à redução da base de cálculo que o defendente disse ter aplicado nos meses de novembro e dezembro de 2010, informa que se trata da conta corrente do ICMS e o saldo de R\$44.156,52 se refere aos créditos das notas fiscais de entrada. Como o autuado só adquire mercadoria de um fornecedor do Estado de Goiás, o aproveitamento do crédito é com a alíquota de 12%. Em relação ao argumento do autuado de que é sujeito passivo da antecipação parcial e não da substituição tributária, a autuante diz que somente foi exigido imposto relativo às mercadorias da substituição tributária. Diz que o autuado citou a antecipação parcial, mas não recolheu o ICMS, e também não se creditou na conta corrente, conforme relação de DAE do exercício de 2010. Finaliza, pedindo a procedência do Auto de Infração.

À fl. 76 dos autos esta JJF converteu o presente processo em diligência solicitando que a autuante juntasse todas as notas fiscais que foram objeto da autuação, e que fosse elaborado novo demonstrativo constando as seguintes colunas: NOTA FISCAL N° E DATA, ESPÉCIE DA MERCADORIA, ESTADO DE ORIGEM, VALOR DO PRODUTO, MVA, BASE DE CÁLCULO, ALÍQUOTA, CRÉDITO FISCAL CONSIDERADO, ICMS DEVIDO, ICMS RECOLHIDO, DIFERENÇA A RECOLHER. Quanto ao Termo de Acordo, citado nas razões defensivas, foi solicitado que fosse anexada cópia do processo aos autos, comprovando o indeferimento do pedido.

Após as providências acima, que a Inspetoria Fiscal entregasse ao autuado de cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos, mediante recibo firmado pelo contribuinte ou seu representante legal, e que fosse concedido o prazo de trinta dias para o defendant se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos, reabrindo o prazo de defesa.

A autuante prestou nova informação fiscal à fl. 79, dizendo que elaborou nova planilha constando todas as colunas sugeridas na diligência para a infração 01, tendo sido anexadas as cópias das notas fiscais. Quanto às infrações 02 e 03, informa que foram exigidas as multas de 10% e 1%, pela falta de registro na escrita fiscal, no exercício de 2006, débito apurado com base na relação de notas fiscais de entrada do programa SINTEGRA (fl. 06 do PAF), bem como na DMA zerada do mesmo exercício (fl. 07 do PAF). Também anexou aos autos o novo demonstrativo de débito do Auto de Infração, no valor total de R\$133.199,32.

O defendente foi intimado da informação fiscal e dos novos documentos acostados aos autos, com a concessão do prazo de dez dias para nova manifestação, conforme intimação à fl. 329 e Aviso de Recebimento à fl. 330 do PAF. Decorrido o prazo concedido, o defendant não apresentou qualquer manifestação.

Considerando a necessidade de se garantir ao contribuinte o direito de ampla defesa e que não foi reaberto o prazo de defesa, conforme indicado na diligência à fl. 76, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em nova diligência à Infaz de origem para intimar o autuado e lhe comunicar quanto à reabertura do prazo de trinta dias, para sua manifestação.

O autuado foi intimado, conforme fl. 342 dos autos. Decorrido o prazo concedido, relativamente à reabertura do prazo de defesa, o defendant não apresentou qualquer manifestação.

## VOTO

O primeiro item do presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, tendo em vista que foi constatada a falta de recolhimento 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.

O autuado alegou que embora tenha sido indeferido, em 25/04/2011, o processo referente ao Termo de Acordo Atacadista, no qual o defendant requereu a assinatura do referido Termo, entende que faz jus à mencionada habilitação como beneficiário do tratamento tributário previsto no Decreto 7.799/00. Informou que recolhe o ICMS relativo à antecipação parcial e não da substituição tributária, como apontado no Auto de Infração. Assim, nas aquisições de mercadorias provenientes de Estado onde a alíquota interestadual do ICMS é 12%, a antecipação parcial teria com base no percentual de 5%, o que seria recolhido, de acordo com a apuração mensal do ICMS, quando se verificou a existência de crédito fiscal.

Na informação fiscal, a autuante esclareceu que o processo relativo ao Termo de Acordo Atacadista foi indeferido (fl. 82 do PAF), por isso, o autuado não estava habilitado para o tratamento tributário previsto na legislação. Em relação ao argumento do autuado de que é sujeito passivo da antecipação parcial e não da substituição tributária, a autuante disse que somente foi exigido imposto relativo às mercadorias da substituição tributária. Informou que o autuado citou a antecipação parcial, mas não recolheu o ICMS, e também não se creditou na conta corrente, conforme relação de DAE do exercício de 2010.

À fl. 79, em atendimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, a autuante elaborou nova planilha (fls. 83 a 96) constando todas as colunas sugeridas na diligência para a infração 01, tendo sido anexadas as cópias das notas fiscais. Após o refazimento dos cálculos o débito originalmente apurado ficou reduzido para R\$28.519,26 (novembro de 2010 – fl. 85 do PAF) e R\$101.570,19 (dezembro de 2010 – fl. 96 do PAF), totalizando R\$130.089,45.

Vale salientar, que o defendant foi intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos, com a concessão de novo prazo para defesa. Decorrido o prazo concedido, o autuado não apresentou qualquer contestação.

Concluo pela procedência parcial deste item da autuação fiscal, de acordo com os novos demonstrativos elaborados pela autuante haja vista 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.

Infração 02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigida a multa de 10% sobre o valor das mercadorias. Demonstrativo à fl. 05.

Infração 03: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigida a multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$79,37.

A legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, sendo 10% para mercadorias sujeitas a tributação (art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96) e 1% para as mercadorias não tributáveis (art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96).

Quanto a estas infrações, a autuante informou que foram exigidas as multas de 10% e 1%, pela falta de registro na escrita fiscal, no exercício de 2006, e o débito foi apurado com base na relação de notas fiscais de entrada do programa SINTEGRA (fl. 06 do PAF), bem como na DMA zerada do mesmo exercício (fl. 07 do PAF).

Observo que as notas fiscais referentes a mercadorias destinadas a um contribuinte constituem prova da realização de operações de aquisição pelo destinatário, cabendo ao autuado demonstrar, de forma inequívoca, que não realizou tais aquisições. Neste caso, há necessidade de se juntar aos autos as cópias dos documentos fiscais para se comprovar que os dados do deficiente constantes nas notas fiscais estão corretos, a exemplo de seu endereço, inscrição estadual, CNPJ.

As notas fiscais do CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito) são resultado de coletas efetuadas por prepostos da Secretaria da Fazenda nos diversos postos fiscais da Bahia por onde trafegam as mercadorias, e tal Sistema de Controle evidencia que essas mercadorias foram postas em circulação no território deste Estado.

Entendo 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.

É correto afirmar que a existência nos autos das notas fiscais capturadas nos postos fiscais e junto a terceiros comprovam, de forma inequívoca, que as mercadorias foram destinadas ao deficiente, de acordo com os seus dados cadastrais, inclusive número do pedido, número da duplicata mercantil, dados do transportador, que devem constar no documento fiscal, evidenciando a realização das operações mercantis entre os fornecedores e o autuado. A existência das referidas notas fiscais é considerada prova suficiente da realização das operações e de suas aquisições pelo destinatário, salvo prova em contrário, as quais devem ser produzidas pelo contribuinte, no sentido de destituir a exigência fiscal.

Este órgão julgador tem decidido no sentido de que há necessidade da juntada ao PAF das notas fiscais coletadas no SINTEGRA e CFAMT, a exemplo do Acórdão CJF Nº 0015-12/10 que confirmou decisão de primeira instância deste CONSEF no sentido de que houve cerceamento do direito de defesa do contribuinte, a partir do descumprimento do quanto previsto no artigo 46 do RPAF/99, devido à falta de anexação de notas fiscais oriundas do Sistema CFAMT ao processo, obtidas a partir de terceiro que não é sujeito passivo na presente ação fiscal, enquadrando o fato no previsto no artigo 18, inciso II, e IV, alínea “a”, do RPAF/99.

O art. 46 do RPAF/99 estabelece:

*Art. 46. Na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, ser-lhe-ão fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal e que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha.*

Constatou que a ausência no PAF 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 das multas tomou por base o valor correto consignado em cada nota 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 da autuação, conforme prevê o art. 18, inciso IV do RPAF/BA.

Assim, considerando que a exigência fiscal foi efetuada com base em dados obtidos junto ao SINTEGRA sem acostar aos autos as cópias das notas fiscais para comprovar as aquisições das mercadorias pelo destinatário, tal fato implica nulidade da autuação por vício insanável, relativamente às infrações 02 e 03, podendo ser renovado o procedimento fiscal, se forem localizados os documentos fiscais.

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 129423.0002/11-7, lavrado contra **GELINO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$130.089,45**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR