

**A. I. Nº** - 279268.0033/12-0  
**AUTUADO** - RAPIDÃO COMETA LOGÍSTICA E TRANSPORTES S/A  
**AUTUANTE** - RAFAEL LIMA SERRANO  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 24/07/2013

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0166-03/13**

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao ativo e ao uso ou consumo do estabelecimento. Excluídos da exigência fiscal os valores recolhidos antes da ação fiscal. Parte da exigência fiscal foi 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 desta parte da autuação por vício insanável. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 06/06/2012, refere-se à exigência de R\$15.447,15 de ICMS, acrescido da multa de 60% em razão da falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de março de 2006; janeiro a dezembro de 2007; janeiro a dezembro de 2008.

Consta na descrição dos fatos que o presente Auto de Infração foi lavrado após o refazimento da ação fiscal por recomendação da 1ª JJF no Acórdão nº 0324-01/11, que julgou nulo o Auto de Infração nº 232948.0309/10-6, por erro na tipificação da infração. O demonstrativo que relaciona as notas fiscais passíveis de cobrança da diferença de alíquotas apresentado na fiscalização anterior, continha as entradas relativas às aquisições do autuado, escrituradas com CFOP 2556, constantes do Registro 50 dos arquivos eletrônicos do contribuinte. Não foram anexadas cópias das notas fiscais, pois as mesmas não foram localizadas pelo autuado, em virtude do sinistro ocorrido com os documentos fiscais, conforme Boletim de Ocorrência nº 100109004224, de 07/05/2010. Na presente autuação foi arrecadado o maior número possível de Notas Fiscais através do CFAMT e em circularização com os fornecedores do contribuinte. Foram excluídas do demonstrativo do Auto de Infração anterior as notas fiscais de prestação de serviço e de mercadorias com não incidência do ICMS, sendo incluídas outras notas fiscais que não constavam nos arquivos do autuado, mas foram informadas pelos fornecedores por meio do SINTEGRA. Também foram anexados ao PAF Relação de DAEs pagos pelo contribuinte (de 2006 a 2008) e cópia de parte dos livros Registro de Apuração do ICMS de 2007 e 2008, onde se constata que não houve recolhimento do imposto com o código de receita 791, nem lançamento a débito de diferença de alíquota no período fiscalizado.

O autuado apresentou impugnação (fls. 204 a 210), alegando que é prestador de serviço de transporte de carga, e em relação a vários produtos adquiridos, constantes das notas fiscais acostadas aos autos, afirma que se trata de produtos de uso do estabelecimento, citando como exemplos os painéis frontais, cadeiras giratórias, cadeiras fixas, armários baixos aglomerados,

armários altos aglomerados, esguichos, abrigos, hastes para cercas elétricas, masters grandes, projetores industriais, paletes, etc. Salienta que de acordo com o art. 272, I, “a”, item 5 do RICMS, tais produtos estão dispensados do pagamento da diferença de alíquota por integrarem o ativo permanente do impugnante. Transcreve o mencionado artigo, bem como o art. 270 do RICMS/BA, além da Cláusula primeira, §§ 1º e 2º do Convênio ICMS 106/96. Diz que no Auto de Infração foi dito que foram incluídas notas fiscais que não constavam nos arquivos do autuado, porém foram informadas pelos fornecedores através dos arquivos SINTEGRA enviados à SEFAZ/BA. Entende que a autuação não pode prosperar nesta parte, porque necessário se faz a prova material constante da própria nota fiscal física, a fim de que o defendente possa exercer o seu amplo direito de defesa. Salienta que as informações enviadas por fornecedores não se amoldam ao processo tributário, porque a tributação deve ser feita sobre fatos reais e não sobre fatos informados ou existentes digitalmente, em arquivos fazendários. Alega que a base de cálculo indicada nessas notas fiscais informadas ou constantes de arquivos fazendários para efeito de tributação da diferença de alíquota não tem amparo na lei, comprovando-se violação do art. 142, parágrafo único do CTN. Comenta sobre o princípio da tipicidade em direito tributário e diz que o fato de a hipótese não conter a tipificação correta da base de cálculo à vista das próprias notas fiscais emitidas corresponde a um lançamento tributário defeituoso. Cita ensinamentos de José Souto Maior Borges quanto ao lançamento defeituoso e conclui que não pode prosperar a multa punitiva com base no art. 42, II, “f”, da Lei 7.014/96, por entender que não está comprovado que houve descumprimento da obrigação principal com base em notas fiscais emitidas pelos fornecedores. Pede a improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 219 a 222 dos autos, dizendo que o autuado descreve alguns produtos que seriam aquisições para o ativo permanente do estabelecimento, porém não cita as notas fiscais que conteriam tais produtos e nem como foram as mesmas lançadas em sua escrita fiscal. Informa que os critérios adotados nesta autuação já foram apresentados no Auto de Infração e reiterados no início da informação fiscal. Diz que as notas fiscais inseridas no demonstrativo de débito às fls. 12 a 27 do PAF, constantes dos arquivos eletrônicos do contribuinte, com exceção das notas fiscais descritas no quadro à fl. 118, foram escrituradas pelo autuado com o CFOP 2556 (Aquisições Interestaduais de mercadorias para uso ou consumo do estabelecimento), conforme relação às fls. 82 a 95 do PAF e foi constatado nos lançamentos feitos nos livros de Apuração do ICMS, no campo dos valores contábeis às fls. 145, 147, 153, 155, 157, 159, 161, 163, 165, 167, 169, 171, 173, 175, 177, 179, 181, 183, 185, 187, 189, 191 e 193 do PAF.

Esclarece que as Notas Fiscais não foram entregues pelo autuado em função de sinistro já informado anteriormente. Porém, as notas fiscais obtidas no arquivo da Sefaz (CFAMT) ou junto aos fornecedores, e anexadas ao Auto, comprovam tratar-se de material de uso ou consumo, como: filmes pré-estirados, lacres, caixas, embalagens, lonas, calçados de segurança, confecções, material de escritório, sensores, hastes e fios. Em relação às notas fiscais não localizadas, pela origem das mesmas, ou seja, pelo ramo de atividade do fornecedor, e pela própria escrituração do autuado, constatou tratar-se de produtos para uso ou consumo do estabelecimento. Também informa que teve o cuidado de excluir da cobrança (em relação à autuação anterior) as notas fiscais referentes a produtos com não incidência de ICMS e as notas fiscais relativas a serviços, mesmo tendo sido estas escrituradas com o CFOP 2556, conforme relação constante às fls. 119 e 120 do PAF.

Com relação às notas fiscais que não constavam dos arquivos eletrônicos do autuado e que estão relacionadas no quadro à fl. 118 do PAF, informa que as mesmas foram juntadas ao Auto de Infração às fls. 31, 32, 34, 35, 43, 48 e 73 do PAF. São provas físicas e materiais da infração à legislação do ICMS e capturadas no arquivo da Sefaz (CFAMT) ou junto aos fornecedores nos casos das notas fiscais de números 14261 (Plasitap), 218867 e 219566 (Nordeste Seg. Eletrônica), e não são pretensos fornecedores do autuado. As solicitações aos fornecedores e retorno dos mesmos encontram-se às fls. 107 a 117 do PAF. O autuante conclui que o lançamento contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, e não tendo

havido omissões ou incorreções que levassem ao cerceamento do amplo direito à defesa do autuado, confirma a autuação, pedindo que esta JJF julgue procedente o presente Auto de Infração.

Considerando que a totalidade das notas fiscais objeto da autuação não se encontravam nos autos, existindo necessidade desta comprovação, inclusive para confirmar se o autuado é mesmo o destinatário e o tipo de mercadoria, sob pena de nulidade por cerceamento do direito de defesa, esta JJF encaminhou o presente processo em diligência, solicitando que o autuante juntasse todas as notas fiscais objeto da autuação ou excluísse do levantamento fiscal os documentos fiscais que não fossem localizados, elaborando novo demonstrativo.

Também foi solicitado que a inspetoria fiscal entregasse ao autuado cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos pelo autuante, mediante recibo firmado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de trinta dias para o mesmo se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos, reabrindo o prazo de defesa.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 243/244, dizendo que, tanto na lavratura do Auto de Infração como na informação fiscal, já apresentou as justificativas pelas quais não foi possível anexar aos autos todas as notas fiscais objeto da autuação. Também lembra que todas as notas fiscais não localizadas constam nos Arquivos Sintegra enviados pelo autuado e não por terceiros. Diz que não ausência dos livros e documentos, devido ao sinistro, os arquivos Sintegra são a única prova de que estas notas foram recebidas pelo autuado, pois tiveram seus dados digitados e enviados à SEFAZ/BA. Entre estes dados consta o CFOP 2556 e demais que compõem as operações. Entende que neste caso específico, em que o autuado declara que perdeu a documentação, fiscal não há cerceamento do direito de defesa. Para facilitar o entendimento e a visualização da situação dessas notas fiscais não localizadas, anexa relatórios, fls. 245 a 266. Caso o entendimento dos julgadores seja o de que os elementos apresentados não são suficientes para caracterizar a infração, o autuante informa que também juntou aos autos novos demonstrativos de débito referentes à diferença de alíquotas, fls. 268 a 273, excluindo do levantamento fiscal os documentos fiscais que não foram localizados, apurando os valores correspondentes aos exercícios de 2007 e 2008, totalizando R\$6.753,09.

Intimado da informação fiscal, com reabertura do prazo de defesa, o defendente se manifestou às fls. 278 a 280, dizendo que concorda com o pagamento dos valores históricos apurados pelo autuante após a exclusão das notas fiscais não localizadas. Requer seja o Auto de Infração julgado parcialmente procedente nos valores apurados pelo autuante.

#### **VOTO**

O presente Auto de Infração trata da 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 março de 2006; janeiro a dezembro de 2007; janeiro a dezembro de 2008, conforme demonstrativo às fls. 12/27 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 alegou que vários produtos adquiridos, constantes das notas fiscais acostadas aos autos, são de uso do estabelecimento, citando como exemplos os painéis frontais, cadeiras giratórias, cadeiras fixas, armários baixos aglomerados, armários altos aglomerados, esguichos, abrigos, hastes para cercas elétricas, projetores industriais, paletes, etc. Salaria que de acordo com o art. 272, I, “a”, 5 do RICMS, tais produtos estão dispensados do pagamento da diferença de alíquota por integrarem o ativo permanente do impugnante, citando também, a Cláusula primeira, § 1º e 2º do Convênio ICMS 106/96.

O defendente também alegou que foram incluídas notas fiscais que não constavam em seus arquivos, porém foram informadas pelos fornecedores através dos arquivos SINTEGRA enviados à SEFAZ/BA. Entende que a autuação não pode prosperar nesta parte, porque necessário se faz a prova material constante da própria nota fiscal física, a fim de que o autuado possa exercer o seu amplo direito de defesa.

Esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência, solicitando que o autuante juntasse todas as notas fiscais objeto da autuação ou excluísse do levantamento fiscal os documentos fiscais que não fossem localizados, elaborando novo demonstrativo.

Às fls. 243/244 o autuante informou que, tanto na lavratura do Auto de Infração como na informação fiscal anterior, já apresentou as justificativas pelas quais não foi possível anexar aos autos todas as notas fiscais objeto da autuação. Entende que neste caso específico, em que o autuado declara que perdeu a documentação, fiscal não há cerceamento do direito de defesa. Para facilitar o entendimento e a visualização da situação dessas notas fiscais não localizadas, anexou relatórios, fls. 245 a 266.

Caso o entendimento dos julgadores seja o de que os elementos apresentados não são suficientes para caracterizar a infração, o autuante informa que também juntou aos autos novos demonstrativos de débito referentes à diferença de alíquotas, fls. 268 a 273, excluindo do levantamento fiscal os documentos fiscais que não foram localizados, apurando os valores correspondentes aos exercícios de 2007 e 2008, totalizando R\$6.753,09.

Observe que o convencimento do julgador será formado a partir dos fatos e circunstâncias constantes no processo apreciando as provas, e a deliberação para a realização de diligência acontece quando essas providências forem necessárias à convicção dos julgadores, podendo recorrer a outras provas produzidas nos autos, desde que essas provas constituam elementos de convicção quanto à irregularidade apurada e base de cálculo do imposto exigido.

Quando a Junta de Julgamento Fiscal pede a juntada de cópias das notas fiscais que foram objeto da autuação, além de garantir ao autuado o direito de defesa, é para que o julgador possa conferir a correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, inclusive em relação ao tipo de mercadoria constante nos documentos fiscais, considerando as alegações do contribuinte.

Por outro lado, 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 defendente constantes nas notas fiscais estão corretos, a exemplo de seu endereço, inscrição estadual e 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.

As notas fiscais capturadas nos postos fiscais, junto a terceiros e os documentos fiscais requisitados do SINTEGRA e do CFAMT constituem elementos de prova material indispensáveis à comprovação das infrações imputadas ao contribuinte. Deveriam ter sido carreados ao presente processo, conforme prevê o art. 46 do RPAF/BA, tendo em vista que 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 ação fiscal, enquadrando o fato no previsto no artigo 18, inciso II, e IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Constatado 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 exigido 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, nessa parte, conforme prevê o art. 18, inciso IV do RPAF/BA, podendo ser renovado o procedimento fiscal, se forem localizados os documentos fiscais.

Vale salientar que o defendente se manifestou às fls. 278 a 280, dizendo que concorda com o pagamento dos valores históricos apurados pelo autuante após a exclusão das notas fiscais não localizadas.

Concluo pela subsistência parcial desta infração, no valor total de R\$6.753,09, conforme demonstrativo às fls. 268/273, elaborado pelo autuante na diligência fiscal.

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 **279268.0033/12-0**, lavrado contra **RAPIDÃO COMETA LOGÍSTICA E TRANSPORTES S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$6.753,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - JULGADOR