

A. I. Nº - 206882.0601/09-8
AUTUADO - SALUTAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS CONGELADOS LTDA.
AUTUANTE - LÍCIA MARIA ROCHA SOARES
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 12/09/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0204-03/13

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Em relação às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas na substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar, e não houve comprovação das alegações defensivas nos termos do art. 123 do RPAF/BA. Infração subsistente. 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**. 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 imposto 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 justificáveis as alegações defensivas. Informa que todos os recolhimentos efetuados pelo defendente 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 defendente 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 referem 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 defendente 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 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. Intimasse 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 defendente.
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 conseqüente 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 atuante 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.

Analisado 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.

Conforme Acórdão JJF Nº 0099-03/12 (fls. 286/291), esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela procedência parcial do presente Auto de Infração, no valor total de R\$45.757,70, anulando o primeiro item do Auto de Infração.

Por meio do Acórdão CJF Nº 0076-13/12 (fls. 309/312), a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, apreciando Recurso Voluntário, decidiu pela nulidade da decisão de primeira instância, por entender que a falha processual está no fato de o autuado não ter recebido as notas fiscais que embasaram a autuação, e que os vícios existentes no PAF são passíveis de saneamento.

À fl. 326 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem para as seguintes providências:

1. A autuante elaborar novo demonstrativo 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. A repartição fiscal:
 - a) Expedir nova intimação ao autuado com a entrega de cópias de todas as notas fiscais acostadas aos autos e dos demonstrativos elaborados pela autuante e solicitar que o defendente comprove todos os recolhimentos realizados em relação às notas fiscais objeto da autuação.
 - b) Quanto à infração 03, solicitar ao autuado que comprove a 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.
 - c) Conceder o prazo de trinta dias para o defendente se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

Foi expedida intimação, inclusive para o sócio responsável, conforme fls. 328 e 336 dos autos, entretanto, o defendente não foi localizado, conforme Aviso de Recebimento dos Correios à fl. 338 (verso). Por isso, foi publicado Edital de Intimação de nº 10/2013 (fl. 339 do PAF), mas não houve qualquer atendimento à intimação.

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.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, em duas oportunidades, encaminhou o presente processo em diligência à infaz de origem solicitando que a autuante intimasse o autuado a comprovar todos os recolhimentos realizados em relação às notas fiscais objeto da autuação, e 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 informação fiscal, a autuante disse que todos os recolhimentos efetuados pelo defendente foram deduzidos quando da apuração das diferenças apuradas, conforme demonstrativos acostados aos autos. Não houve a intimação do autuado em razão do fechamento do estabelecimento e da não localização dos sócios responsáveis no endereço consignado no DIC.

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 foi 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.

Como não houve a entrega ao defendente de cópias destas notas fiscais, nem reabertura do prazo de defesa, e em cumprimento à decisão constante no Acórdão CJF Nº 0076-13/12 (fls. 309/312), em que a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, apreciando Recurso Voluntário, decidiu pela nulidade da decisão de primeira instância, por entender que a falha processual estava no fato de o autuado não ter recebido as notas fiscais que embasaram a autuação, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência solicitando que a repartição fiscal expedisse nova intimação ao autuado, com a entrega de cópias de todas as notas fiscais acostadas aos autos e dos demonstrativos elaborados pela autuante e solicitasse que o defendente comprovasse todos os recolhimentos realizados em relação às notas fiscais objeto da autuação.

Foi expedida intimação, inclusive para o sócio responsável, conforme fls. 328 e 336 dos autos, entretanto, o defendente não foi localizado, conforme Aviso de Recebimento dos Correios à fl. 338 (verso). Por isso, foi publicado Edital de Intimação de nº 10/2013 (fl. 339 do PAF), mas não houve qualquer atendimento à intimação.

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), o que ocorreu no presente caso. Decorrido o prazo concedido, o autuado não apresentou qualquer comprovação, nem se manifestou nos autos.

De acordo com o art. 9º do RPAF/BA, “ocorrendo mudança de endereço do requerente no curso do processo, o interessado deverá comunicá-la à repartição do seu domicílio, sob pena de serem consideradas válidas as intimações feitas com base na indicação constante nos autos”.

Por outro lado, os livros e documentos fiscais comprobatórios das operações realizadas, recolhimentos efetuados pelo Contribuinte e demais documentos relacionados com o ICMS, deverão ser conservados, no mínimo pelo prazo decadencial, e quando relativos a operações e prestações objeto de processo pendente, até a sua decisão definitiva, ainda que esta decisão venha a ser proferida após o referido prazo (art. 144 do RICMS-BA/97).

Neste caso, entendo que o defendente deveria manter os livros e documentos fiscais comprobatórios de suas alegações para apresentá-los ao Fisco, quando solicitado, e no caso de mudança de endereço deveria comunicar à repartição fiscal.

Concluo pela subsistência da infração 01, considerando que em relação às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas na substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar, e não houve comprovação das alegações defensivas nos termos do art. 123 do RPAF/BA.

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 inexistente 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.

Observe 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 do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** 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\$656.566,49**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

HELCÔNIO DE SOUSA ALMEIDA - JULGADOR