

A. I. Nº - 206891.0402/11-2
AUTUADO - SIENA ALIMENTOS LTDA. (FIRENZE)
AUTUANTE - FRANCISCO NELSON DE SOUZA FILHO
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25,11.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0191-02/16

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. a) MULTA. ARQUIVOS MAGNÉTICOS COM DADOS DIVERGENTES. FALTA DE APRESENTAÇÃO DA LISTAGEM DIAGNÓSTICO. Restou comprovado nos autos que o sujeito passivo não tinha sido intimado a retificar as inconsistências e nem recebera a listagem das divergências existentes nos arquivos magnéticos, o que caracteriza cerceamento do direito de defesa e inobservância do devido processo legal. Infração Nula, a teor do disposto no art. 18, II, e IV, “a”, do RPAF/99. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS AO CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Os dados empregados na apuração da infração foram obtidos dos arquivos magnéticos informados pelo autuado à Secretaria da Fazenda do estado da Bahia. Efetuadas correções no cálculo do imposto. Infração subsistente em parte. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Fato comprovado pelos dados informados pelo próprio autuado em arquivos magnéticos enviados à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Não restou comprovado nos autos que as mercadorias relacionadas na autuação eram destinadas ao processo produtivo do autuado. Os argumentos defensivos não se mostram capazes de elidir a infração. Infração caracterizada. Afastada a preliminar de nulidade quanto às Infrações 2 e 3. Indeferido o pedido de nova diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/12/2011, exige crédito tributário no valor histórico de R\$227.592,69, imputando ao autuado as seguintes infrações:

Infração 1 - 16.12.25. Forneceu arquivo(s) magnético(s), enviado(s) via Internet através do programa Validador/Sintegra com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes, nos meses de fevereiro, julho e agosto de 2007, fevereiro a abril e agosto de 2008. Foi indicada multa no valor histórico de R\$10.540,65, equivalente a 5% das diferenças apuradas. Consta que, do confronto entre os Arquivos Magnéticos e as DMAs, foram detectadas diferenças nos valores das entradas e saídas dos exercícios de 2007 e 2008, conforme relatórios anexos.

Infração 2 - 06.02.01. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a março, maio, julho a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008. Foi lançado imposto no valor histórico de R\$23.330,54, acrescido de multa de 60%.

Infração 3 - 07.01.01. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de janeiro a dezembro de 2007 e janeiro a dezembro de 2008. Foi lançado imposto no valor histórico de R\$193.721,50, mais multa de 60%.

No campo do Auto de Infração denominado “Descrição dos Fatos”, consta que como o sujeito passivo não foi localizado e nem o seu contador foi identificado, a ação fiscal foi desenvolvida com base nos arquivos magnéticos, DMA e relatórios de notas fiscais informados por terceiros constantes do SINTEGRA.

O autuado apresenta defesa através de seu representante (fls. 24 a 40) e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, sob o argumento de que o autuante não observou o previsto no art. 8º do RPAF/99, uma vez que não apresentou fisicamente as notas fiscais informadas por terceiros constantes no SINTEGRA e também não apresentou as notas fiscais que resultariam na falta de recolhimento do diferencial de alíquota. Requer que lhe sejam fornecidos todos os relatórios e as cópias dos documentos fiscais que embasaram as infrações apuradas e que lhe seja reaberto o prazo para efetuar a sua defesa, sob pena de confirmar cerceamento de defesa e consequentemente macular a autuação por nulidade.

Adentrando ao mérito, no que tange à Infração 1, pontua que se o autuante lhe encontrou para efetuar a intimação acerca do lançamento, poderia também lhe ter localizado para obter os livros e demais documentos necessários à execução da ação fiscal.

Sustenta que o autuante utilizou um meio confortável para reduzir um procedimento de auditoria de estoque a mera checagem eletrônica mediante a utilização de um *software*, deixando de efetuar a confirmação do seu procedimento através de uma auditoria. Ressalta que os exames foram realizados por meio do programa SAFA, que utilizando informações do SINTEGRA efetuou uma auditoria padronizada, sem considerar as especificidades das operações realizadas pelo autuado e sem juntar aos autos os documentos fiscais que instruíram as suas conclusões e o resultado da sua auditoria.

Discorre sobre o SINTEGRA e, em seguida, afirma que esse sistema pode conter falhas e diz que não reconhece as inconsistências apresentadas nesta primeira infração. Esclarece que os dados do SINTEGRA foram lançados a partir da documentação fiscal fornecida ao contador externo que procedeu a alimentação do sistema e cuidou das demais obrigações fiscais. Aduz que, se alguma inconsistência ocorreu, esse fato foi originado por algum equívoco contábil na classificação dos documentos fiscais ou ainda nas DMAs ou SINTEGRA. Diz que o autuante não lhe concedeu prazo para o saneamento dessas inconsistências.

Pede que lhe seja dada a oportunidade de retificação dos dados fornecidos via SINTEGRA, como determina a legislação de regência, bem como requer a realização de diligência/perícia para comprovar a consistência das retificações procedidas.

Quanto à Infração 2, repete que a auditoria fiscal foi feita mediante uma checagem eletrônica à distância, sem considerar as especificidades do auditado e sem a confirmação das premissas que levaram a autuação. Diz que vários insumos, a exemplo de embalagens, sacaria, grampos para fixação de caixas de papelão para embalagens etc., foram considerados como materiais de uso em consumo. Assinala que esses exemplos justificam a realização de diligência, pois é grande a quantidade de ocorrências. Anexa ao processo exemplos de notas fiscais referentes a itens glosados, para que uma apuração detalhada venha a ser feita por auditor fiscal da ASTEC.

No que tange à Infração 3, reitera que a não apresentação dos documentos fiscais cerceou o seu direito de defesa. Diz que há a necessidade da reabertura integral do prazo de defesa, após a

apresentação das notas fiscais informadas por terceiros, conforme já foi explicado na preliminar.

Assevera que o fato de ser um estabelecimento industrial dispensa o recolhimento do ICMS nas aquisições interestaduais de seus insumos (animais vivos e produtos de origem animal beneficiados, destinados à industrialização), tanto em relação à antecipação parcial, quanto que em relação à antecipação por substituição tributária.

Aduz que, conforme o seu Contrato Social, o objeto da sociedade (Anexo 01) é: *“O objeto social que é abate, industrialização, comercialização de carnes e seus subprodutos em geral e o transporte de produtos perecíveis, passa a ser Industrialização, beneficiamento e comercialização de carne de origem bovina, suína, caprina, ovina, exótica e silvestre e seus subprodutos, bem como transformação destes produtos em salgados e defumados, terceirização de abate de animais e transporte de produtos perecíveis.”*

Destaca que a aquisição e alienação de produtos de origem animal para industrialização e comercialização/distribuição segue orientação normativa diversa: enquanto que nas aquisições para a industrialização, a legislação desonera o contribuinte da antecipação/substituição tributária através de dispositivo próprio (art. 355 do RICMS-BA/97); em relação às atividades de distribuição/comercialização, as normas tributárias reservam o regime da substituição tributária progressiva, em consonância com os dispositivos legais apresentados pelo próprio autuante.

Tece considerações acerca do regime de substituição tributária e, em seguida, afirma que uma diligência realizada *in loco* poderá comprovar que é um estabelecimento industrial e que as matérias primas discriminadas nas notas fiscais de compra são destinadas à industrialização. Anexa aos autos cópias do seu contrato social (doc. 3), do “MANUAL DE BOAS PRÁTICAS DE FABRICAÇÃO DA SIENA ALIMENTOS LTDA” (doc. 4), fotos demonstrando o processo produtivo da empresa (doc. 5), comprovantes de inscrição e situação cadastral junto ao Estado e à União, indicando a CNAE 10.13-9-01 - Fabricação de Produtos de Carne (doc. 6 e doc. 7) e o contrato de arrendamento do seu parque industrial à FRIMASA (doc. 8).

Ao finalizar, requer: *“1 - que seja procedido ao saneamento do lançamento conforme o requerido na “PRELIMINAR DE MÉRITO” com a reabertura do prazo de defesa, sob pena de nulidade da INFRAÇÃO 03, por cerceamento de defesa; 2 - alternativamente, ou em caso de ser anulada a INFRAÇÃO 03, que sejam deferidas as diligências requeridas (Diligência 01 e Diligência 02); 3 - ou, caso V.Sas. entendam estar patente o direito alegado pela Impugnante, que o lançamento seja julgado improcedente ou declarado nulo e cancelado, por ser medida de inteira”*. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive pela juntada posterior de documentos.

Na informação fiscal, fls. 171/172, o autuante faz uma síntese dos fatos e, em seguida, destaca que, ao comparecer ao endereço do autuado constante no cadastro da SEFAZ, não o localizou. Pontua que no *Anexo III*, consta uma declaração de uma funcionária da empresa CABRA FORTE ALIMENTOS LTDA., segundo a qual a SIENA ALIMENTOS LTDA. não funcionava naquele local desde 2007, e no *Anexo IV* foi juntada cópia da FLC (ficha de localização de contribuinte) lavrada contra a empresa autuada.

No que tange à Infração 1, diz que o autuado não poderia ser intimado para regularização os arquivos do SINTEGRA, pois o mesmo não tinha sido localizado no endereço constante no cadastro da SEFAZ.

Quanto à Infração 2, afirma que os dados empregados na auditoria foram obtidos do arquivo magnético enviado pelo autuado, analisados segundo os CFOP (código fiscal de operação ou prestação). Pontua que apesar da dificuldade dos assessores jurídicos em localizar os documentos, o mesmo não pode ser dito quanto ao responsável pela contestação, pois este anexou aos autos cópia de notas fiscais (fls. 52 a 76), demonstrando que os produtos ali relacionados não eram materiais de consumo, o que propiciou a retificação do levantamento fiscal, conforme o Anexo II.

Relativamente à infração 3, diz que os lançamentos efetuados correspondem a aquisições

interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, previsto na legislação em vigor, ficando dispensadas de lançamento do ICMS apenas as operações internas e as que atendam a condições específicas.

Ao concluir, pede que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, de forma que a Infração 2 seja mantida parcialmente no valor de R\$19.902,36, ao passo que os valores lançados nas Infrações 1 e 3 sejam mantidos inalterados.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0055-04/14, fls. 186/189, a 4ª JJF julgou o Auto de Infração nulo, por inobservância do previsto no art. 124, §6º, do RPAF/99, bem como por vício insanável conforme o art. 18, II, do mesmo Regulamento. Considerando que o valor da desoneração do autuado ultrapassava o limite previsto na legislação, a 4ª JJF recorreu de ofício de sua decisão para uma das Câmaras deste Conselho de Fazenda.

Mediante o Acórdão CJF Nº 0165-11/14, fls. 204/206, a 1ª CJF decidiu que não havia razão para a decretação da nulidade das Infrações 2 e 3, pois o conjunto dos documentos probatórios comprova que há fortes indícios de aquisição de mercadorias proveniente de outro Estado da Federação, sendo que a Junta de Julgamento Fiscal poderia sanar as irregularidades convertendo o feito em diligência. Dessa forma foi dado provimento ao Recurso de Ofício, anulando a decisão recorrida e determinando o retorno dos autos à Primeira Instância para novo julgamento.

Ao retornar o processo à 1ª Instância, o então relator o converteu em diligência à inspetoria de origem, para as seguintes providências:

1- Juntar aos autos comprovantes de que, relativamente à infração 1, observou o comando contido no art. 569, §5º do RICMS/1997 (fornecimento ao contribuinte de listagem diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas). Assinale-se que a presente solicitação não é para fornecer agora o mencionado diagnóstico. Caso isso não tenha sido feita no passado, que seja apresentada a pertinente justificativa, nos moldes do art. 127, §6º, RPAF/1999.

2- Com respeito às outras duas imputações (2/3), considerando-se a revisão já efetuada (fl. 173), juntar ao processo as necessárias provas das operações interestaduais evidenciadas via SINTEGRA. Quais sejam: além das vias das notas, conhecimentos de transporte, canhotos assinados pelo destinatário, documentos de pagamento ou entrega etc. Sem tais elementos, ainda que sejam juntadas as vias das notas dos fornecedores, a jurisprudência deste Conselho é no sentido de que as operações (constatadas através do SINTEGRA) não restam comprovadas.

3- Elaborar novos demonstrativos das infrações 2/3, na hipótese de algum valor remanescer nas mesmas.

No cumprimento da diligência, fls. 225/226, o autuante informa que não conseguiu localizar o autuado nem em seu endereço, nem por telefone e nem por outras informações. Diz que em visita ao endereço do contribuinte que consta no sistema da SEFAZ, constatou a inexistência da empresa. Aduz que obteve informações, através de funcionários de outras empresas, que o autuado já havia saído daquele local há alguns anos. Junta aos autos uma declaração firmada pela senhora Karine Lima, RG. 05.540.356-50, funcionária da Cabra Forte Alimentos Ltda., empresa ocupante do referido endereço, na qual consta que a Siena Alimentos Ltda. não funcionava naquele endereço desde 2007 (fls. 177). Pontua que o Auto de Infração foi lavrado em 22/11/11, bem como afirma que foi emitida uma FLC – Ficha de Localização de Contribuinte.

Ressalta que, como o período fiscalizado (2007/2008) já havia sido alcançado pelo prazo decadencial, ficou impossibilitado de intimar os contribuintes fornecedores do autuado para apresentarem os documentos solicitados por esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

Ao finalizar, mantém a autuação e os demonstrativos atinentes às Infrações 2 e 3.

Notificado sobre o resultado da diligência, o autuado se pronuncia às fls. 243 a 247 dos autos.

Após efetuar uma síntese dos fatos, afirma que, em relação à Infração 1, a justificativa apresentada pelo autuante é absurda e impertinente. Diz que sempre que foi intimado se manifestou nos autos, apresentando elementos e fundamentos relacionados à autuação. Pergunta: se para a presente informação houve êxito a intimação, por que o preposto fiscal não teria conseguido? Frisa que a ausência da listagem diagnóstica não se coaduna com o roteiro de fiscalização empregado, e ainda, contraria dispositivo do RICMS/97.

Quanto ao segundo item da diligência, afirma que o autuante mais uma vez apresenta argumentos frágeis, sem pontuar, com exatidão, o que fora determinado pela 4ª JJF. Destaca que o preposto fiscal alega não poder mais cumprir aquilo que deveria ter feito antes mesmo da lavratura do Auto de Infração, cumprindo-se o quanto determinado na legislação tributária. Pontua que a instrumentalização dos autos, por meio da documentação requerida pela 4ª JJF, revela-se como elemento fundamental à legalidade do Auto de Infração, de modo que a sua ausência, demonstra os vícios da autuação.

No que tange ao terceiro item da diligência, diz que o autuante não cumpriu o solicitado pela 4ª JJF, o que robustece a tese de que houve flagrante cerceamento de defesa, e violência aos dispositivos do RICMS/97.

Requer que, nos termos da impugnação apresentada, o Auto de Infração seja julgado nulo.

Ao se pronunciar às fls. 254 a 255, o autuante informa que o autuado afirma que sempre recebeu as intimações e se manifestou nos autos, porém não contesta a informação do autuante nem apresenta seu novo endereço, ou o local onde possa ser encontrado. Diz que está evidente que no endereço que consta do Auto de Infração, o defendente tem alguém que recebe as correspondências e reencaminha as que lhe convém para local ignorado pelo Fisco.

Quanto ao segundo item da diligência, afirma que não há dúvidas quanto à impossibilidade da juntada dos documentos solicitados pelo Egrégio Conselho de Fazenda.

Para o terceiro item, diz que diante de novos elementos e em face da certeza do auditor quanto à correção de seu trabalho, opina pela manutenção dos valores constantes dos demonstrativos relativos às infrações 2 e 3.

VOTO

Na Infração 1, o autuado foi acusado de ter fornecido arquivos magnéticos com dados divergentes, tendo sido indicada multa no valor histórico de R\$ 10.540,65, equivalente a 5% das diferenças apuradas.

O procedimento adotado pelo autuante nessa primeira infração não respeitou o devido processo legal, uma vez que o § 3º do art. 708-B prevê que o Fisco intime o contribuinte para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, fornecendo-lhe, no ato da intimação, uma listagem-diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, sendo que o § 5º, do mesmo artigo, concede o prazo de 30 dias para que o contribuinte corrija o arquivo magnético apresentado com inconsistência. Nos autos, não há provas de que tais providências tenham sido tomadas pelo autuante, antes da lavratura do Auto de Infração.

A Orientação Técnica da Superintendência da Administração Tributária OTE-DPF-3005, ao tratar da multa prevista no art. 42, XIII-A, "i", da Lei nº 7.014/96, no seu item 3.5, assim dispõe:

[...]

*3.5 apurando-se a existência de OMISSÕES OU DIVERGÊNCIAS nos arquivos magnéticos ou eletrônicos, na forma do item 3.4 desta Orientação Gerencial, o preposto fiscal deverá expedir intimação específica ao contribuinte para a CORREÇÃO DAS INCONSISTÊNCIAS, conforme o disposto no art. 708-B, §§ 3º, 4º e 5º, do RICMS/97 e art. 261, §§ 2º, 3º e 4º, do RICMS/12, orientando-o **expressamente** a adotar os seguintes procedimentos:*

3.5.1 consignar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade "2", que corresponde à retificação total do arquivo;

3.5.2 enviar, via Internet, o arquivo criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda;

3.6 o prazo para atendimento à intimação referida no item 3.5 será de 30 (trinta) dias, contados da data do recebimento da intimação, consoante o disposto no art. 708-B, § 5º, do RICMS/97 e art. 261, § 4º, do RICMS/12, podendo ser prorrogado por igual período pelo

inspetor fazendário, mediante despacho fundamentado, nos termos do art. 708-B, § 5º-A e art. 261, § 5º, do RICMS/12;

3.7 o preposto fiscal responsável pela expedição da intimação mencionada no item 3.5 desta Orientação Gerencial deverá anexar, à via da intimação entregue ao contribuinte, a(s) LISTAGEM(ENS) DIAGNÓSTICO indicativa(s) das irregularidades encontradas;

3.8 caso o contribuinte não entregue os arquivos corrigidos ou os apresente ainda com as INCONSISTÊNCIAS referidas no item 3.4 desta Orientação Gerencial, será lavrada Notificação Fiscal ou Auto de Infração, a depender do valor total da penalidade (conforme o art. 48 do RPAF/99), hipótese em que deverão ser anexados ao lançamento de ofício os seguintes documentos:

3.8.1 a intimação expedida para correção das inconsistências verificadas;

3.8.2 a(s) Listagem(ens) Diagnóstico entregue(s) juntamente com a intimação, comprovadamente entregues ao contribuinte, seu representante ou preposto, nos termos do art. 108, do RPAF/99;

3.8.3 os demonstrativos das INCONSISTÊNCIAS apuradas, ao final do procedimento fiscal, comprovadamente entregues ao contribuinte, seu representante ou preposto, nos termos do art. 108, do RPAF/99;

[...]

Observo que na informação fiscal e no atendimento da diligência que foi realizada, o autuante admite que não entregou a listagem diagnóstico ao autuado, bem como atribui essa omissão ao fato de o contribuinte não ter sido localizado no endereço constante no cadastro da SEFAZ.

Ressalto que essa falha procedimental não pode ser saneada mediante diligência, pois as providências saneadoras deveriam ter sido tomadas antes da lavratura do Auto de Infração.

Da forma como a Infração 1 foi apurada, houve cerceamento do direito de defesa do autuado e afronta ao princípio do devido processo legal, o que acarreta a nulidade dessa infração, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99.

Com fulcro no art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que verifique a possibilidade do refazimento da ação fiscal quanto a essa infração, a salvo de falhas.

Relativamente às Infrações 2 e 3, o autuado suscitou a nulidade da autuação, por cerceamento de defesa, sob o argumento de que o autuante não apresentou as notas fiscais que constaram nos relatórios SINTEGRA e que resultaram nessas citadas infrações.

Em atendimento ao que fora determinado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal no Acórdão CJF Nº 0165-11/14, o presente processo foi convertido em diligência, para que o autuante acostasse aos autos as cópias das notas fiscais de que tratam as Infrações 2 e 3, bem como comprovantes das operações nelas consignadas, tais como, conhecimento de transporte, canhotos assinados pelo destinatário das mercadorias, documentos atinentes ao pagamento das operações, etc.

Ao cumprir a diligência, o autuante informou que não foi possível atender a solicitação, pois o autuado não foi localizado no endereço que constava no cadastro da SEFAZ, bem como porque o período objeto dessas infrações já fora alcançado pela decadência e, portanto, não havia como intimar os fornecedores do autuado para apresentar os documentos pedidos na diligência.

Efetivamente, o entendimento preponderante neste Conselho de Fazenda é no sentido de que o relatório do SINTEGRA constitui uma mera prova indiciária, a qual necessita da apresentação da correspondente nota fiscal, além de outras provas obtidas junto aos fornecedores.

O disposto no artigo 153 do RPAF/99 prevê que “O órgão julgador formará o seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias constantes no processo, às alegações e argumentações dos autos e à apreciação das provas”. Apoiando-se nesse dispositivo regulamentar, considero que apesar de o autuante não ter conseguido, no cumprimento da diligência solicitada pela 4ª JJF,

juntar aos autos parte das notas fiscais citadas nas Infrações 2 e 3, os fatos e as circunstâncias envolvidas no presente processo não justificam a decretação da nulidade das citadas infrações.

Alinho-me ao posicionamento externado no voto prolatado no Acórdão CJF Nº 0165-11/14, fl. 206, segundo o qual as informações contidas nos arquivos magnéticos apresentados pelo próprio autuado à SEFAZ-BA, somadas às notas fiscais trazidas na defesa (fls. 29 a 53), constituem fortes indícios das aquisições das mercadorias provenientes de outros Estados.

Além disso, não se pode olvidar que o autuado não foi localizado no endereço que consta nos controles da SEFAZ-BA, o que impediu o autuante de solicitar as notas fiscais e os comprovantes correspondentes, obrigando-o a efetuar a fiscalização com base nos dados constantes nos arquivos magnéticos que foram enviados pelo autuado por meio da Internet. Considerando que o autuado estava obrigado a manter atualizado o seu endereço junto à SEFAZ-BA, o que não foi feito, não há como ele se beneficiar da suposta nulidade que fora por ele mesmo ocasionada, nos termos do §2º do art. 18 do RPAF/99.

Em face ao acima exposto, afasto a preliminar de nulidade arguida na defesa e, assim, passo a analisar o mérito das Infrações 2 e 3.

Quanto à Infração 2, o autuado alegou que aquisições de insumos foram indevidamente considerados como materiais de uso e consumo e, como prova desse seu argumento, apresentou às notas fiscais de fls. 29 a 53.

Inicialmente, saliento que a ausência das notas fiscais em nada prejudica a validade da autuação ou cerceia o direito de defesa do autuado, pois as operações elencadas nessa segunda infração foram lançadas pelo autuado, em seus arquivos magnéticos e, portanto, também em sua escrita fiscal, com o Código Fiscal de Operação ou Prestação 2556 (Compra de material para uso ou consumo). Dessa forma, fica claro que o autuado estava na posse das notas fiscais e, além disso, classificou os materiais adquiridos como de uso ou consumo do próprio estabelecimento.

Quanto às notas fiscais de fls. 29 a 53, trazidas na defesa, o próprio autuante acolheu o argumento defensivo e refez a apuração do imposto devido, passando o débito de R\$ 23.330,54 para R\$ 19.902,38. O autuado foi notificado acerca do resultado da revisão fiscal, fls. 177/182 e 183/184, porém não impugnou as correções efetuadas pelo auditor.

Foi correto o procedimento do autuante ao excluir da autuação as aquisições de insumos do processo produtivo do autuado (notas fiscais às fls. 29 a 53), uma vez que os insumos não se confundem com materiais de uso e consumo e sobre eles não é devida a diferença de alíquotas. Interpreto o silêncio do autuado quanto às correções efetuadas pelo autuante como um acolhimento tácito dessas retificações, nos termos do art. 140 do RPAF/99.

Em face ao acima exposto, a Infração 2 subsiste parcialmente no valor de R\$ 19.902,36, ficando o demonstrativo de débito conforme o apresentado à fl. 173.

Trata a Infração 3 da falta de recolhimento de ICMS devido por substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente a mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Do mesmo modo como já exposto na infração anterior, considero que a ausência das notas fiscais não prejudica a validade da autuação e nem cerceia o direito de defesa do autuado, pois os dados referentes às operações em tela foram obtidos dos arquivos magnéticos enviados pelo próprio autuado à SEFAZ-BA, conforme expressamente consta no demonstrativo de fl. 17, fato não negado pelo autuado.

Em sua defesa, além da arguição de nulidade já afastada nesse voto, o autuado alega que está dispensado do recolhimento da antecipação tributária nas aquisições interestaduais de produtos que sejam destinados ao seu processo produtivo.

Esse argumento defensivo não se mostra capaz de desconstituir a autuação, pois, segundo os arquivos magnéticos que embasaram esse item do lançamento, as notas fiscais relacionadas na autuação foram escrituradas pelo autuado sob o Código Fiscal de Operações e Prestações 2102

(Compra para comercialização). Se essas aquisições fossem efetivamente destinadas ao processo produtivo do autuado, seriam classificadas no CFOP 2101.

Segundo os citados arquivos magnéticos, enviados à SEFAZ-BA pelo próprio autuado, as aquisições relacionadas na Infração 3 eram atinentes a mercadorias destinadas à revenda. Ao alegar que essas operações eram referentes a insumos do seu processo produtivo, cabia ao contribuinte o ônus de comprovar a veracidade dessa sua alegação, o que não foi feito.

Tendo em vista o acima exposto, os argumentos defensivos não se mostram capazes de modificar a autuação e, portanto, a Infração 3 subsiste em sua totalidade.

Indefiro o pedido de realização de diligência, além da que já foi feita, pelos seguintes motivos:

- Em relação à Infração 2, cabia ao autuado apresentar os demais documentos fiscais que estavam em seu poder, o que não foi feito. Nos termos do art. 147, I, “b”, do RPAF/99, deve ser indeferida a solicitação de diligência quando for para verificar fatos vinculados a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia poderia ter sido por ele juntada aos autos.
- Quanto à Infração 3, não há dúvida de que o autuado também desenvolve atividade produtiva, haja vista que o próprio autuante reconheceu que produtos elencados na segunda infração eram insumos. Portanto, não se justifica a conversão do processo em diligência para que seja feita uma visita ao estabelecimento.

Em face ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para julgar Nula a Infração 1, Procedente em Parte a Infração 2 e Procedente a Infração 3.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206891.0402/11-2**, lavrado contra **SIENA ALIMENTOS LTDA. (FIRENZE)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$213.623,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2016.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR