

PROCESSO - A. I. Nº 206981.0402/11-2
RECORRENTE - SIENA ALIMENTOS LTDA. (FIRENZE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0191-02/16
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/07/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0198-12/17

EMENTA: ICMS. 1. 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. Mantida decisão recorrida. 2. 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. Mantida decisão recorrida. Afastada a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa. Indeferido o pedido de nova diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 22/12/2011 para exigir crédito tributário no valor total histórico de R\$227.592,69, em decorrência do cometimento de 3 (três) infrações, sendo objeto do presente recurso as infrações conforme segue:

Infração 02 – 06.02.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Conforme demonstrativos anexos, o Contribuinte deixou de recolher o ICMS relativo à DIFAL sobre as mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, destinadas a uso e consumo durante os exercícios de 2007 e 2008. Valor histórico: R\$23.330,54.

Infração 03 – 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 relacionadas nos anexos 88 e 89.

O Contribuinte não efetuou o recolhimento do ICMS por antecipação de que tratam os arts. 352 e 353, inc. I e II, do RICMS vigente, conforme relatórios anexos, durante os exercícios de 2007 e 2008. Valor histórico: R\$193.721,50.

Por meio do seu representante, o sujeito passivo apresentou impugnação às fls. 24 a 40, tendo colacionado vasta documentação a fim de provar o alegado, exigindo a conversão do PAF em diligência ou que o mesmo fosse julgado improcedente ou nulo.

O autuante prestou informação fiscal às fls.171 a 172, acatando parte das alegações da defesa, refazendo o cálculo da Infração 2 conforme novos demonstrativos das fls. 173 a 176, reduzindo o valor originalmente cobrado desta infração para R\$19.902,36 e por fim pedindo pela manutenção parcial do Auto de Infração.

Nesse caminhar a instrução fiscal foi concluída, sendo os autos apreciados pela 4ª JJF que julgou Nulo (fls. 186 a 189) o lançamento fiscal por inteiro. Em seguida, por interposto de Recurso de Ofício (fls. 204 a 206), a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal por unanimidade, declarou Nula a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração epigrafado.

O PAF retornou para 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que converteu o processo em diligência (fls. 221 e 222), tendo recebido o resultado através do Parecer das fls. 225 e 226.

Em seguida, após apresentação da manifestação pelo autuado (fls. 243 a 247) e da nova informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 254 a 255), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos desta vez para apreciação da 2ª JJF que por unanimidade julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, tendo decidido pela Nulidade da Infração 1, pela Procedência Parcial da infração 2 e pela Procedência da Infração 3 (sendo objeto do presente Recurso Voluntário as infrações 2 e 3), nos seguintes termos.

VOTO

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 circunstância 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.

Inconformado com a decisão, o autuado interpôs Recurso Voluntário tempestivo as fls. 280 à 287, pleiteando pelo seu provimento, pedindo que seja reconhecida nulidade ou a improcedência das infrações 2 e 3.

Preliminarmente explana que de acordo com o Art. 2º do RPAF/BA, pode-se concluir que o regramento básico do processo administrativo fiscal no âmbito do Estado da Bahia visa reforçar princípios essenciais à manutenção da justiça fiscal, sobretudo no que se refere aos direitos fundamentais do contribuinte. Acrescenta dizendo que tais princípios são participantes efetivos da capacidade tributária ativa, seja no lançamento de ofício, ou nos processos contenciosos dele decorrente.

Destaca e comenta sobre o princípio da ampla defesa. Afirma que a decisão de piso deixou de atender à diligência solicitada para fins de verificar a atividade da recorrente, o que afastaria a infração 3, uma vez que a aquisição de mercadorias para fins de industrialização estaria dispensada do recolhimento do ICMS-ST e antecipação parcial além da entrega dos documentos físicos, relativamente à infração 2, no que se refere à aquisição de mercadorias para a utilização

como insumos no processo produtivo, o que também afastaria a infração impugnada.

Salienta que além dos pleitos terem sido negados, a decisão de piso não observou entendimento consolidado do CONSEF no sentido de que as informações constantes do SINTEGRA não são suficientes de per si para comprovar a infração apontada, uma vez que, cuida-se de meio indiciário, revelando-se necessária a constatação mediante entrega de documentação fiscal idônea que confirme tais operações, uma vez confrontadas as informações.

Assevera que a manutenção das infrações 2 e 3, na forma promovida pela decisão aqui, vilipendia direito fundamental do contribuinte, mediante o emprego de técnicas heterodoxas de cerceamento do direito de defesa, pela sonegação de informações necessárias ao exercício regular da defesa.

Explica que no que se refere às malsinadas infrações, ambas só se sustentam após a confrontação das informações constantes no SINTEGRA com documentação fiscal. Diz que não se pode privilegiar informações constantes nos meios virtuais em detrimento das informações contábeis, cuja credibilidade encontra maior guarida.

Frisa que o SINTEGRA, sistema introduzido a partir de diretrizes aprovadas em convênio, prevê, conforme legislação tributária estadual, a possibilidade de inconsistências, prevalecendo sobre estas, as informações contábeis escrituradas, e documentos idôneos, a exemplo de Notas Fiscais.

Para ratificar sua tese, expõe o entendimento pela nulidade do Auto de Infração proferido pela 4ª JF e enfatiza que muito embora a 1ª CJF tenha julgado nulo o Acórdão JF nº 0055-04/14, o Acórdão CJF nº 0165-11/14 não negou o que fora afirmado pelos julgadores da 4ª JF, pelo contrário, a decisão da 1ª CJF, confirma em parte o proferido pela 4ª JF, asseverando que "as informações contidas nos arquivos magnéticos, somadas às notas fiscais apresentadas pelo próprio contribuinte em sua Impugnação, são fortes indícios das aquisições das mercadorias provenientes de outro Estado da Federação. Pelo exposto, sustenta que eventual dúvida, quanto às infrações 2 e 3, poderia ter sido sanada com a conversão do feito em diligência fiscal".

Destaca que a 1ª CJF expressou em sua decisão que as informações dos arquivos magnéticos seriam fortes indícios, não servindo, no entanto, como prova exclusiva para sustentar as infrações 1 e 2, sendo necessária a confirmação de tais informações mediante o emprego de diligência. Acrescenta que tal diligência, embora tenha sido determinada pela JF, não foi cumprida conforme estabelecido, violentando direitos fundamentais do contribuinte.

Rebate o autuante no que diz respeito o argumento de não ter localizado os representantes da empresa, já que, em todas as vezes que fora intimada, a recorrente apresentou-se nos autos, além disso, o preposto, quando da intimação da lavratura do auto de infração, soube encontrar o autuado, tanto que foi apresentada a impugnação tempestivamente.

Reforça que a inocorrência da diligência e/ou a impossibilidade de sua realização só confirmam o que já fora decidido pela 4ª JF, ou seja, que o conjunto probatório não são suficientes para dar suporte às infrações 2 e 3, devendo o auto de infração em epígrafe ser declarado nulo.

Ressalta que em todas as diligências apresentadas, o preposto fazendário fora intimado para apresentar informações fiscais e que em todas as oportunidades, não se revelaram conclusivas, afrontando o que prevê o parágrafo 6º do artigo 127 do RPAF/BA.

No mérito, explica que em relação à infração 2, já pontuou que, muito embora não lhe tenham sido apresentadas as documentações solicitadas, as operações apontadas envolvem mercadorias adquiridas como insumos no processo produtivo, conforme demonstrado por amostragem, através de notas fiscais apresentadas. No que tange à infração 3, destaca que as operações envolveram mercadorias adquiridas por indústria, portanto, dispensada do recolhimento do ICMS-ST e ICMS-AP.

Por fim, requer que seja dado provimento ao presente Recurso Voluntário, acatando-se seus fundamentos, julgando-se nula a decisão vergastada, a fim de que seja reconhecida a improcedência das infrações 2 e 3 e caso não seja o entendimento pela improcedência das

infrações impugnadas, pede que sejam realizadas as diligências na forma requerida, a fim de que seja respeitado o princípio da ampla-defesa.

VOTO

O Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte foi apresentado no sentido de modificar a Decisão de 1ª instância, que por unanimidade julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir crédito tributário do sujeito passivo decorrente de multa por descumprimento de obrigação acessória (Infração 1) e pela suposta falta de recolhimento de ICMS (referente as infrações 2 e 3), sendo objeto do presente Recurso as duas últimas.

Trata-se de um Auto de Infração, que passou por dois julgamentos de 1ª instância, em virtude da anulação da primeira decisão recorrida, procedido pela 1ª CJF.

A 4ª JJF ao julgar o processo pela primeira vez, decretou nulidade por completo do AIIM, por entender que *“a fiscalização incorreu em nulidade ao efetuar procedimento de auditoria à margem dos livros do contribuinte, e, em decorrência disso, ao não conseguir enfrentar as argumentações defensivas de forma minuciosa, fundamentada, clara e precisa, em explícita desobediência ao art. 127, §6º RPAF/1999. Há vício insanável, em razão de a autuação ter dado ensejo a ato administrativo sem a explicitação clara, pormenorizada e compreensível dos motivos, situação que atinge o devido processo legal e o direito à ampla defesa e se subsume na hipótese do art. 18, II, RPAF/1999. ”*

Já a 1ª CJF, em sede de Recurso de Ofício, decretou Nula tal decisão ao entender que *“as informações contidas nos arquivos magnéticos, somadas às notas fiscais apresentadas pelo próprio contribuinte em sua Impugnação, são fortes indícios das aquisições das mercadorias provenientes de outro Estado da Federação. Assim, eventual dúvida, quanto às infrações 2 e 3, poderia ter sido sanada com a conversão do feito em diligência fiscal”*.

Por esta razão o PAF retornou para julgamento em primeira instância, tendo desta vez a 2ª JJF, decidido pelo provimento parcial da Infração 2 (pelo ajuste realizado pelo autuante em sua informação fiscal) e pela manutenção integral da infração 3, ao rejeitar as preliminares de nulidade por cerceamento do direito de defesa e no mérito, pela falta de documentos probatórios.

E pela análise dos fatos, constatei que esta última decisão está perfeita quanto ao seu resultado.

De início, o recorrente critica a decisão de piso que deixou de atender a diligência, ferindo o princípio da ampla defesa.

Afasto essa preliminar, pois o fato de o julgador indeferir o pedido para realização de diligência, por considerar, nos termos do art. 147 do RPAF, suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, não enseja cerceamento ao direito de defesa, como alegou o recorrente.

O trabalho da fiscalização foi baseado nas declarações prestadas pelo próprio autuado. Na descrição dos fatos o autuante deixa claro que procedeu com o levantamento dos dados partindo das informações expostas pelo contribuinte em sua própria DMA e em seus arquivos magnéticos (SINTEGRA).

Foram anexadas aos autos as planilhas impressas (fls. 10 a 17) de todas as notas fiscais de entrada objeto das duas autuações. Consta que o sujeito passivo deixou de recolher, no que tange ao ICMS DIFAL (infração 1) e do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária (infração 2).

Desta forma, não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na defesa do autuado, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Também em sede de Recurso Voluntário, o autuado pede pela conversão do pleito em diligência, alegando que em relação a infração 2 as operações apontadas envolvem mercadorias adquiridas como insumos no processo produtivo e quanto a infração 3 que as operações envolveram mercadorias adquiridas por indústria, portanto, dispensada do recolhimento do ICMS-ST e ICMS-AP.

Caso o contribuinte tivesse apresentado prova quanto a estas infrações, ainda que por amostragem, que representasse alguma dúvida plausível a justificar a conversão do feito em diligência, não há dúvidas de que esta seria realizada. No entanto, a autuado nada trouxe em seu recurso voluntário diferentemente como foi em primeira instância, tendo sido refeito os demonstrativos iniciais em virtude da comprovação e aceitação de suas alegações. Por esta razão não vejo necessária a realização de diligência e afasto qualquer alegação de nulidade por cerceamento do direito de defesa.

Por fim, o autuado reclama que a decisão de piso não observou entendimento consolidado do CONSEF no sentido de que as informações constantes do SINTEGRA não são suficientes de per si para comprovar a infração apontada, uma vez que, cuida-se de meio indiciário, revelando-se necessária a constatação mediante entrega de documentação fiscal idônea que confirme tais operações, uma vez confrontadas as informações. Entende, portanto, que a autuação deve trazer prova cabal do que alega, ou seja, deve apresentar as cópias das notas fiscais que embasam a sua acusação, assim como trazer elementos que provem o eventual recebimento das mercadorias, sob pena de cerceamento do direito de defesa.

Todavia, de acordo com o art. 143 do RPAF/BA a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Ainda que este Conselheiro tenha conhecimento das jurisprudências citadas e trazidas em sede de Recurso Voluntário pelo recorrente, as mesmas não se aplicam ao presente caso, pois ambas as infrações aqui discutidas foram levantadas com base nas próprias declarações prestadas pelo contribuinte, seja com base nos arquivos SINTEGRAs seja com base nas DMA's. A prova negativa, nesse caso, portanto, recai para o estabelecimento autuado.

Desta forma, voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, ficando mantida na íntegra a decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206981.0402/11-2**, lavrado contra **SIENA ALIMENTOS LTDA. (FIRENZE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$213.623,88**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, alíneas “f” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS