

A. I. N° - 300766.3015/16-6
AUTUADO - ATACADÃO DM LTDA.
AUTUANTE - LUCIMAR RODRIGUES MOTA
ORIGEM - INFAS PAULO AFONSO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 10/05/2017

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0084-03/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES DE BENS DO ATIVO PERMANENTE. **b)** MATERIAL DE CONSUMO. **c)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. **d)** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infrações comprovadas de acordo com o levantamento fiscal. O defensor não apresentou qualquer elemento ou dado divergente do levantamento fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2016, refere-se à exigência de R\$164.648,24 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de abril e junho de 2013; janeiro de 2014. Valor do débito: R\$ 516,43.

Infração 02 – 01.02.02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de abril, julho, outubro de 2013; janeiro, fevereiro e abril de 2014. Valor do débito: R\$1.243,39. Multa de 60%.

Infração 03 – 01.02.03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de abril de 2013 a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$2.974,35. Multa de 60%.

Infração 04 – 01.02.06: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses abril de 2013 a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$17.553,10. Multa de 60%.

Infração 05 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de abril de 2013 a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$138.531,16. Multa de 60%.

Infração 06 – 06.02.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de junho, a agosto e novembro de 2013; fevereiro, maio, junho e outubro e 2014. Valor do débito: R\$3.829,81. Multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação às fls. 68 a 79. Informa que é pessoa constituída sob a forma sociedade empresária por quotas de responsabilidade limitada, e tem por objeto social, dentre outros, a comercialização de produtos varejistas de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - supermercados.

Reproduz os itens da autuação fiscal e pede a sua nulidade, alegando que o presente auto de infração violou o devido processo legal, na medida em que os lançamentos em questão não respeitaram a sistemática prevista no RPAF/BA para a constituição de créditos tributários, no que tange ao cumprimento do prazo processual para constituição do crédito ou para prorrogação da ação fiscal.

Cita o art. 28, do mencionado Regulamento, e diz que a fiscalização iniciou-se através da lavratura do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos Fiscais, em 01/07/2015. Desta forma, o prazo de 90 dias que a Fiscalização Estadual dispunha para constituir o crédito tributário ou para prorrogar a ação fiscal encerrou no dia 28.09.2015.

Afirma que o Termo de Prorrogação necessário para a continuidade da ação de fiscalização não foi lavrado, em nítida violação ao disposto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Neste caso, encerrando-se o prazo da ação fiscal sem que o contribuinte fosse cientificado de nenhum fato novo, entendeu o impugnante que nenhuma infração fora cometida.

Ressalta que, após esgotado o prazo para a prorrogação da ação fiscal, jamais poderia a Fiscalização Estadual continuar a apurar o suposto recolhimento insuficiente de débitos de ICMS. Deveria ter sido lavrado novo Termo de Início de Fiscalização, sem o qual não poderia ter sido encerrada a fiscalização.

Alega que neste caso, o Fiscal Autuante não era competente para constituir os débitos de ICMS através do auto de infração ora combatido, na medida em que não havia, naquele momento, termo válido lhe delegando os poderes para fiscalizar o Recorrente e promover o lançamento fiscal em discussão.

Transcreve o art. 18 do RPAF/BA, acrescentando que a Fiscalização Estadual violou o Princípio do Devido Processo Legal previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso LIV, que consiste no escorreito cumprimento das regras dispostas pela lei.

Sobre este ponto, diz que vale fazer um exercício de imaginação: indaga o que ocorreria se o contribuinte, por um acaso, não respeitasse o prazo de 60 dias previsto na Lei Estadual nº 3.956/1981 para a impugnação do referido lançamento fiscal. Entende que, certamente a sua defesa sequer seria conhecida, e o impugnante seria considerado revel e os débitos em questão encaminhados para a inscrição na Dívida Ativa Estadual.

Entende não ser possível admitir seja dado diferente tratamento para a Fiscalização Estadual, em especial no que diz respeito aos prazos que possui para concluir a ação fiscal tendente a apurar os créditos que entende possuir perante os contribuintes do Estado da Bahia. Diz que neste sentido, este Conselho vem reconhecendo a importância do respeito ao Devido Processo Legal e determinando a nulidade dos lançamentos que não respeitaram a sistemática prevista pelo Decreto Estadual nº 7.629/1999 para a constituição de débitos tributários. Reproduz a ementa e parte do voto do Acórdão JJF N° 0126-04/2014.

Conclui que diante da ausência de termo válido que delegasse ao Fiscal Autuante a competência para constituir os débitos de ICMS em questão, bem como em função da violação ao Devido Processo Legal, o auto de infração questionado é formalmente nulo.

Prosseguindo, o defendente informa que em 01 de julho de 2015 foi intimado para apresentação de documentos fiscais relativos aos exercícios de 2012 e 2013 (documento anexo) e, após mais de 15 (quinze) meses depois do início do procedimento de fiscalização foi surpreendido com a lavratura do presente auto de infração.

Alega que o presente lançamento exige créditos supostamente devidos que extrapolam o período de fiscalização previsto no Termo de Intimação e na Ordem de Serviço da Autuante. Ou seja, através do presente lançamento, está sendo exigido o ICMS recolhido a menos e o crédito indevido do imposto estadual em razão do suposto cometimento de 06 (seis) infrações

supostamente cometidas nos anos de 2013, 2014 e 2015, quando no termo de início de fiscalização estava abarcado tão somente o período de 14/12/2012 a 31/12/2013.

Com isso, entende que o autuante não era competente para constituir os débitos de ICMS através do auto de infração ora combatido, na medida em que não havia, naquele momento, termo válido lhe delegando os poderes para fiscalizar o recorrente e promover o lançamento fiscal em discussão.

Reproduz o art. 18 do RPAF/BA, e diz que deverá ser reconhecida a nulidade do lançamento também em razão deste motivo. Ressalta que o presente auto de infração encontra-se lastreado em elementos de provas colhidos pela Fiscalização Estadual de forma insuficiente, pois deixou de perquirir a identificação dos lançamentos realizados pelo recorrente na sua escrita fiscal, para fins de materialização da hipótese de incidência do ICMS, mas tão somente presumiu a sua ocorrência, além disso, a preterição do direito de defesa encontra-se patente, pois, em momento algum, a Fiscalização Estadual se dignou a intimar o recorrente para apresentar explicações sobre os motivos que determinados lançamentos não foram submetidos à tributação do imposto estadual.

Reafirma que o presente lançamento é materialmente nulo, eis que foi realizado sem observar o disposto no artigo 142, do Código Tributário Nacional - CTN, no que se refere à identificação da ocorrência do fato gerador e à determinação da matéria tributável.

Lembra que a realização do lançamento fiscal é ato de competência privativa da autoridade administrativa e consiste na atividade que se destina à apuração da materialização da hipótese de incidência tributária abstratamente prevista em lei, identificação do sujeito passivo e apuração do montante devido, já considerando a eventual aplicação de penalidade. É o que se depreende da redação conferida ao artigo 142, do CTN, que traz os requisitos de validade do lançamento fiscal.

Alega que, em atenção ao artigo 142, do CTN, a Fiscalização Estadual deveria ter analisado a natureza jurídica de cada lançamento efetuado pelo recorrente, e intimado o impugnante para apresentar informações. Sob este aspecto, ressalta que em momento algum a Fiscalização Estadual se dignou a intimar o recorrente para apresentar explicações sobre os motivos que determinados lançamentos não foram submetidos à tributação do imposto estadual. Certamente, se esta providência de cautela tivesse sido adotada pela Fiscalização Estadual, tal auto de infração claramente nulo e improcedente jamais teria sido lavrado.

Entende que restou claro, que houve violação ao aludido dispositivo legal, no que se refere à apuração do fato gerador do ICMS, e, ainda, à falta de identificação da matéria tributável, o que torna nulo o auto de infração em questão. Sobre o tema, cita ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins.

Afirma que os Conselhos de Contribuintes de outros Estados já se manifestaram no mesmo sentido, citando como exemplo o Estado de Pernambuco. Diz que confia no reconhecimento da nulidade do presente auto de infração, na medida em que a Fiscalização Estadual não respeitou o disposto no artigo 142, do CTN, ao deixar de apurar a efetiva ocorrência do fato gerador do ICMS e, também, por não ter determinado a matéria tributável.

No que se refere ao mérito das infrações imputadas, afirma que elas igualmente não merecem prosperar, isto porque o Impugnante cumpre com suas obrigações tributárias.

Alega que não recebeu a totalidade dos documentos de trabalho produzidos pelo agente fiscal e, do que recebeu, não é possível compreender o trabalho desenvolvido pelo mesmo, não havendo a devida identificação dos documentos fiscais que supostamente originaram o crédito lançado.

Assim, se não acatadas as preliminares de nulidade arguidas, diz ser imprescindível a conversão do feito em diligência para que sejam entregues todos os documentos e possibilitado ao impugnante exercer devidamente o seu direito de defesa.

Por todo o exposto, requer seja o lançamento declarado inteiramente Nulo; ou, subsidiariamente, que seja determinada a diligência fiscal necessária para se apurarem o efetivo cometimento das infrações e, ao final seja julgado inteiramente improcedente o presente lançamento.

O autuante presta informação fiscal às fls. 91/92, dizendo que o deficiente opera na condição de Regime Normal de Apuração do ICMS, com atividade no ramo de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – supermercados.

A empresa apresentou nos períodos fiscalizados diversas irregularidades, vários créditos indevidos; débitos a menor por erro na aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação da Bahia (Operações com ECF); falta de recolhimento do ICMS das diferenças de alíquotas entre as alíquotas internas e as interestaduais referentes a mercadorias adquiridas para Uso e Consumo.

Informa que no Auto de Infração foram identificadas 06 (seis) infrações detalhadas às fls. 01 a 04, do PAF. Para cada uma das infrações especificadas há demonstrativo do débito às fls. 06 a 09; detalhado separadamente nos demonstrativos elaborados pela fiscalização e anexados às fls. 19 a 63 (todas as cópias enviadas ao Contribuinte através do DT-e - Domicílio Eletrônico Tributário), com apontamento de todas as irregularidades, conforme enquadramento na legislação da Bahia.

Faz uma síntese das alegações defensivas e diz que o pedido de nulidade do Auto de Infração é totalmente descabido, visto que o mesmo não desobedeceu ao que preceitua o Art. 18 do RPAF, Decreto Nº 7.629/1999, ou seja, a lavratura do Auto de Infração foi efetuada por servidor competente; foram enviadas ao Contribuinte, cópias do AI e de todos os demonstrativos que compõem o PAF, através de DT-e - Domicílio Eletrônico Tributário, conforme Termo de Cientificação de Lavratura de Auto de Infração/ Notificação Fiscal, à fl. 65, do PAF, a fim de que o seu direito de defesa fosse exercido; todas as infrações foram fundamentadas com base na legislação do ICMS; e ainda, o lançamento possui elementos suficientes para determinar, com segurança, a natureza das infrações, o infrator e o montante do débito tributário; e por fim, o Sujeito Passivo é legítimo.

Informa que o procedimento de fiscalização se iniciou no dia 25/07/2016, conforme Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e/ou Prestação de Informações, à fl. 11, deste PAF, e no mesmo dia o Contribuinte tomou ciência, sendo assim, o prazo de 90 dias para a conclusão da fiscalização seria até 23/10/2016. O Auto de Infração foi lavrado em 30/09/2016.

Sobre o questionamento do Contribuinte de que as infrações excederam o período indicado para fiscalização diz ser infundado, pois no Termo de Intimação, à fl. 11, consta o período de 14/12/2012 a 31/12/2014, e no Auto de Infração, às fls. 01 a 04, comprova exatamente esse período, com as infrações específicas dentro desse intervalo de tempo.

Informa que o Termo da Cientificação da Lavratura do Auto de Infração está comprovado à fl. 65, do PAF, com data da postagem no dia 11/10/2016 e data da ciência em 12/10/2016; enviado por DT-e, pois o Contribuinte, apesar de vários pedidos, inclusive expressamente escrito na cientificação da lavratura do AI, não compareceu à Inspetoria Fazendária.

Quanto ao pedido de diligência fiscal, afirma que não existem erros de cálculos nos demonstrativos e nem falhas a ser supridas que comprometam a verdade das informações, portanto o pedido de diligência fiscal é totalmente desnecessário.

Por fim, pede a procedência do presente Auto de Infração, com imposto (valor histórico de R\$ 164.648,24), mais os acréscimos tributários devidos.

VOTO

O deficiente suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, alegando que foi violado o devido processo legal, na medida em que os lançamentos em questão não respeitaram a sistemática prevista no RPAF/BA para a constituição de créditos tributários, no que tange ao cumprimento do prazo processual ou prorrogação da ação fiscal.

Disse que a fiscalização iniciou-se através da lavratura do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos Fiscais, em 01/07/2015 e, desta forma, o prazo de 90 dias que a Fiscalização Estadual dispunha para constituir o crédito tributário ou para prorrogar a ação fiscal encerrou no dia 28/09/2015. O Termo de Prorrogação necessário para a continuidade da ação de fiscalização não foi lavrado, em nítida violação ao disposto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Neste caso, encerrando-se o prazo da ação fiscal sem que o contribuinte fosse cientificado de nenhum fato novo, entendeu o impugnante que nenhuma infração fora cometida.

Apresentou o entendimento de que, neste caso, o Fiscal Autuante não era competente para constituir os débitos de ICMS através do auto de infração ora combatido, na medida em que não havia, naquele momento, termo válido lhe delegando os poderes para fiscalizar e promover o lançamento fiscal em discussão.

Não acato a alegação defensiva, considerando que de acordo com o § 1º, do art. 28 do RPAF/99, “o procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso”. Dessa forma, esgotado o prazo de validade do Termo de Início de Fiscalização, e não sendo o mesmo prorrogado, poderia o contribuinte recolher o imposto espontaneamente, o que não foi feito, e considera-se renovado o procedimento com a lavratura do Auto de Infração.

O autuante esclareceu que o procedimento de fiscalização se iniciou no dia 25/07/2016, conforme Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e/ou Prestação de Informações, via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, à fl. 11 deste PAF, e no mesmo dia o Contribuinte tomou ciência, sendo assim, o prazo de 90 dias para a conclusão da fiscalização seria até 23/10/2016, e o Auto de Infração foi lavrado em 30/09/2016.

O defendant alegou que foi intimado para apresentação de documentos fiscais relativos aos exercícios de 2012 e 2013 (documento anexo) e, após mais de 15 (quinze) meses depois do início do procedimento de fiscalização foi surpreendido com a lavratura do presente auto de infração.

Disse que o presente lançamento exige créditos supostamente devidos que extrapolam o período de fiscalização previsto no Termo de Intimação e na Ordem de Serviço. Ou seja, através do presente lançamento, está sendo exigido o ICMS recolhido a menos e o crédito indevido do imposto estadual em razão do suposto cometimento de 06 (seis) infrações supostamente cometidas nos anos de 2013, 2014 e 2015, quando no termo de início de fiscalização estava abarcando tão somente o período de 14/12/2012 a 31/12/2013.

Sobre esse questionamento o autuante informou que no Termo de Intimação, à fl. 11, consta o período de 14/12/2012 a 31/12/2014, e no Auto de Infração, às fls. 01 a 04, comprova exatamente esse período, com as infrações específicas dentro desse intervalo de tempo.

Efetivamente, no corpo do Auto de Infração à fl. 01, consta a informação da ordem de serviço e o período fiscalizado: 14/12/2012 a 31/12/2014. Além disso, a indicação do período fiscalizado na ordem de serviço constitui elemento de controle interno, inexistindo cerceamento ao direito de defesa caso seja estendido o período fiscalizado de forma a abranger outros exercícios além daqueles indicados na ordem de serviço.

O defendant alegou, ainda, que o autuante presumiu a ocorrência dos fatos, e a preterição do direito de defesa encontra-se patente, pois, em momento algum, a Fiscalização Estadual se dignou a intimar a Recorrente para apresentar explicações sobre os motivos que determinados lançamentos não foram submetidos à tributação do imposto estadual. Entende que se esta providência de cautela tivesse sido adotada pela Fiscalização Estadual, tal auto de infração claramente nulo e improcedente jamais teria sido lavrado.

Observo que durante a fiscalização, o procedimento fiscal é unilateral, não se exigindo a observância do contencioso e da ampla defesa, haja vista que nesta fase da ação fiscal o contribuinte ainda não está sendo acusado de nada, não se sabendo se será apurada alguma irregularidade. A atividade principal é a verificação do cumprimento de obrigações tributárias e, sendo constatadas irregularidades é que se lavra o Auto de Infração. Ou seja, o procedimento fiscal visa apurar a correta aplicação da legislação, podendo resultar ou não em constituição de crédito tributário.

O Sistema de Fiscalização adotado pela SEFAZ/BA compreende normas de planejamento, execução, avaliação e controle de tributos estaduais. São executados roteiros de fiscalização, que são instrumentos pelos quais se definem todas as etapas dos serviços a serem executados pelos prepostos fiscais. Neste caso, pode ser efetuada verificação de livros, documentos, papéis, e mercadorias.

Esses roteiros de fiscalização estabelecem metodologia e técnica de procedimento fiscal, de modo que o desenvolvimento dos trabalhos fiscais esteja em conformidade com a legislação tributária, podendo a auditoria de fiscal ser realizada através de contagem física ou análise físico-documental ou digital, inclusive por meio de arquivos magnéticos enviados à base de dados da SEFAZ, podendo ser aplicados os mencionados roteiros a qualquer estabelecimento.

Depois de concluída a fiscalização, tendo sido constatada alguma irregularidade, lavra-se o Auto de Infração, passando a haver uma acusação. Neste caso, deve-se observar critérios constitucionais atinentes ao contraditório e à ampla defesa. No processo administrativo fiscal é que se adota o princípio do contraditório para solução de litígios entre o fisco e o contribuinte, quando da apresentação da defesa, por escrito, impugnando o lançamento do crédito tributário efetuado mediante Auto de Infração.

Rejeito a preliminar de nulidade, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

No que se refere ao mérito das infrações imputadas, o defendant afirmou que elas não merecem prosperar, isto porque cumpre com as suas obrigações tributárias. Disse que não recebeu a totalidade dos documentos de trabalho produzidos pela agente fiscal e, do que recebeu, não é possível compreender o trabalho desenvolvido pela mesma, não havendo a devida identificação dos documentos fiscais que supostamente originaram o crédito lançado.

Se não acatadas as preliminares de nulidade arguidas, diz ser imprescindível a conversão do feito em diligência para que sejam entregues todos os documentos e possibilitado ao Impugnante exercer devidamente o seu direito de defesa.

O autuante informou que no Auto de Infração, foram identificadas 06 (seis) infrações detalhadas às fls. 01 a 04, do PAF. Para cada uma das infrações especificadas há demonstrativo do débito às fls. 06 a 09; detalhado separadamente nos demonstrativos elaborados pela fiscalização e anexados às fls. 19 a 63 (todas as cópias enviadas ao Contribuinte através do DT-e - Domicílio Eletrônico Tributário), com apontamento de todas as irregularidades, conforme enquadramento na legislação da Bahia.

Ou seja, foram enviados ao Contribuinte cópias do Auto de Infração e de todos os demonstrativos que compõem o PAF, através de DT-e - Domicílio Eletrônico Tributário, conforme Termo de Cientificação de Lavratura de Auto de Infração/ Notificação Fiscal, à fl. 65, do PAF, a fim de que o seu direito de defesa fosse exercido.

O Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e foi instituído pela Lei 13.199, de 28/11/2014, que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu Artigo 127-D. Na mencionada alteração foi instituída a comunicação eletrônica entre a Secretaria da Fazenda e o sujeito passivo de tributos

estaduais por meio de portal de serviços na rede mundial de computadores, denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e., sendo que, a Secretaria da Fazenda utilizará a mencionada comunicação eletrônica para, dentre outras finalidades: a) cientificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos; b) encaminhar notificações e intimações; c) expedir avisos em geral.

Neste caso, são outorgados a uma pessoa Física ou Jurídica, poderes para o fim especial de receber junto à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia as mensagens postadas na conta Domicílio Tributário Eletrônico, e este poder foi exercido pelo defendant, conforme se verifica nas intimações acostadas aos autos, onde se encontram as datas de postagem, ciência e da leitura das mensagens.

Observo que a autuação fiscal está embasada nos demonstrativos elaborados pelo autuante (fls. 19 a 64 dos autos) e embora o defendant tenha alegado que não foram fornecidas as cópias dos mencionados demonstrativos, consta na intimação via DT-e a disponibilização de todos os elementos constantes do levantamento fiscal.

Consta nos mencionados demonstrativos que a fonte dos dados foi a Escrituração Fiscal Digital – EFD. Se o levantamento fiscal é efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado por meio a EFD, a correção de tais arquivos é de responsabilidade do contribuinte e tais registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas, saídas e estoque de mercadorias. Portanto, no caso de inconsistências, compete ao contribuinte informar e corrigir os erros.

No que se refere ao mérito das infrações imputadas, o defendant alegou que elas não merecem prosperar, afirmando que cumpre com suas obrigações tributárias. Disse que não é possível compreender o trabalho desenvolvido pela fiscalização, não havendo a devida identificação dos documentos fiscais que supostamente originaram o crédito tributário lançado. Entende que, se não acatadas as preliminares de nulidade arguidas, é imprescindível a conversão do feito em diligência

Vale salientar 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 essa providência for necessária à convicção dos julgadores, independente de outras provas produzidas nos autos.

Dessa forma, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal, não foi apresentada pelo defendant qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação. A autuação trata de fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do autuado, cuja prova poderia ter sido acostada aos autos.

As infrações 01 a 06 tratam de utilização indevida de crédito fiscal; além de recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas; e falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento.

Quanto às irregularidades apuradas, vale mencionar que é vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo, e também é vedado pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Em relação às aquisições de bens para consumo e ativo permanente, é devido o ICMS relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo e ativo permanente do estabelecimento.

Sobre o enquadramento legal das infrações, constato que o texto e dispositivos regulamentares constantes nos campos próprios Auto de Infração indicam que a autuação fiscal trata de ICMS, sendo indicados os dispositivos do RICMS/BA e da Lei 7.014/96, estando os mencionados dispositivos em conformidade com as matérias tratadas na autuação fiscal..

No Auto de Infração contém um campo destinado à imputação, a infração, destinado à descrição do cometimento, o enunciado principal, determinando fulcro da autuação. Ainda contém um campo denominado “descrição dos fatos”, que se destina à especificação das circunstâncias que envolvem os fatos apurados, ou seja, neste campo são informados os dados acessórios ou prestadas as informações complementares que não apresentam divergência com aquele que constituiu o enunciado principal constante no campo “infração”.

Verifico que nos demonstrativos elaborados pelo autuante constam os dados relativos à identificação da base de cálculo e o valor do ICMS devido, conforme se pode observar nas colunas específicas de cada levantamento correspondente a cada item da autuação fiscal, e o deficiente não apresentou nas razões de defesa qualquer dado divergente do levantamento fiscal.

O impugnante deveria exibir provas de que não cometeu as infrações, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento das infrações, conforme art. 143 do mencionado Regulamento. Assim, concluo pela subsistência das infrações apuradas no presente lançamento.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 300766.3015/16-6, lavrado contra **ATACADÃO DM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$164.648,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “f”, e inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2017

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA