

PROCESSO	- A.I. Nº 280080.0049/01-4
RECORRENTE	- BUAIZ S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0046-02/02
ORIGEM	- INFAZ ITABUNA
INTRANET	- 22.10.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0378-12/02

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. As provas processuais constituem comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal e consequentemente sem o recolhimento do imposto. Correção dos valores pela diligência fiscal realizada pela ASTEC, reduz o valor do débito. Infração parcialmente caracterizada. Modificada a Decisão Recorrida. **2)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS E SUBSEQUENTES. **a)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. **b)** RETENÇÃO A MENOS. Infrações não caracterizadas. Modificada a Decisão Recorrida. **3)** CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AUSÊNCIA DA 1ª VIA DO DOCUMENTO FISCAL. Insubsistência da glosa do crédito fiscal. Aplicação da multa pela falta de comunicação do extravio da 1ª via da nota fiscal. Modificada a Decisão Recorrida. **b)** FALTA DE ESTORNO. SAÍDAS SUBSEQUENTES COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Infração insubsistente. Modificada a Decisão Recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo através de seu representante legal, inconformado com a decisão proferida no julgamento da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF), que através do Acórdão nº 0046-02/02 julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado.

A acusação fiscal aponta o débito de R\$561.918,68 relativo às seguintes irregularidades:

1 - falta de recolhimento do imposto referente às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurada através de levantamento quantitativo de estoques, por espécie de mercadorias tributadas, apuradas mensalmente, nos exercícios de 1997 e 1998, conforme documentos de fls. 15 a 395 dos autos, no montante de R\$61.519,72;

2 - falta de recolhimento do imposto por presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, anteriormente efetuadas, sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente,

sem a respectiva escrituração, apurada através de levantamento quantitativo de estoques mensais, nos exercícios de 1997 e 1998, no valor de R\$43.320,22, conforme demonstrativos às fls. 15 a 395 dos autos;

- 3 - falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, apuradas por presunção de omissão de saídas de mercadorias nos exercícios de 1997 e 1998, no valor de R\$73.823,68, conforme fl. 397 dos autos;
- 4 - falta de retenção e recolhimento do ICMS no valor de R\$82.061,89, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, por utilização indevida de Regime Especial conforme Pareceres da GECOT n°s 217/98, 1085/98 e 1239/98 às fls. 398 a 412 dos autos;
- 5 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS através de via de nota fiscal que não a 1ª (primeira), no valor de R\$2.092,39, nos meses de julho/97 e abril/98, conforme fls. 413 a 418 dos autos;
- 6 - aplicação de multa de 10%, no valor de R\$5.223,51, em razão da entrada no estabelecimento, de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, relativo aos meses de fevereiro, abril e junho de 1997 e julho de 1998, conforme relatório do CFAMT às fls. 423-A a 432 dos autos;
- 7 - multa de 1 UPF-BA, no valor de R\$39,71, relativa à utilização indevida de carta de correção para alterar dados relativos ao imposto destacado em documentos fiscais regularmente emitidos;
- 8 - falta de estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$261.758,98, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes tiveram a redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, no exercício de 1998 a 2000, conforme fl. 434 dos autos;
- 9 - efetuou retenção a menos do ICMS no valor de R\$32.079,08, na condição de sujeito passivo, referente às operações internas subsequentes no mês de dezembro/97, relativo às vendas para contribuintes neste Estado.

O julgamento proferido na 1ª Instância teve o seguinte teor:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir imposto e multa referentes a diversas infrações, das quais o autuado reconhece como devida a multa relativa a infração “07”, impugnando as demais, apresentando suas razões defensivas e requerendo diligência fiscal e revisão do lançamento do crédito tributário.

Inicialmente, rejeito o pedido de diligência fiscal e de revisão do lançamento do crédito tributário por entender que o processo está devidamente instruído, sendo suficientes os elementos contidos nos autos para a formação de minha convicção sobre a lide.

Da análise das provas processuais, passo a tecer as seguintes considerações:

1. Restou comprovada a procedência das infrações 01, 02 e 03 do Auto de Infração, decorrentes do levantamento quantitativo dos estoques mensais de farinha de trigo, cujos documentos e demonstrativos, às fls. 15 a 395 do PAF, alicerçam plenamente a acusação fiscal, ficando provado, quando da informação fiscal, que a autuação deu-se sempre em relação ao maior valor, onde em

- cada mês há diferença de entrada e de saída, sendo considerada a de maior valor e nunca as duas. Deve-se ressaltar que o preço unitário médio calculado foi o do próprio mês da auditoria procedida, em consonância com a legislação. Por fim, o defendente não apresentou qualquer demonstrativo que afastasse a ação fiscal procedida.
2. Procede a exigência relativa a falta de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de farinha de trigo realizadas para contribuintes neste Estado, uma vez que o estabelecimento autuado não detém a condição de “moinhos locais”, mas, sim, de “Comércio Atacadista de Farinha, Amidos e Féculas”, conforme exigência para fruição do benefício, através de Regime Especial, estabelecido nos Pareceres GECOT n.º: 217/98; 1085/98 e 1239/98. Assim tal alegação não o exime da sua responsabilidade, sendo devido o imposto independentemente de qualquer circunstância.
 3. Subsiste também a exigência do imposto relativo a utilização indevida de crédito fiscal, o qual foi apropriado através de via de documento fiscal diversa da 1ª, sem que houvesse prévia comunicação à repartição fiscal, infringindo o art. 97, inciso IX, do RICMS aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97.
 4. Ficou comprovado nos autos a *insubsistência* da multa relativa a falta de registro na escrita fiscal de entradas de mercadorias no estabelecimento autuado, pois os documentos a ele destinados foram devidamente registrados, sendo os demais destinados a contribuinte diverso.
 5. Quanto a multa de uma UPF-BA aplicada em razão da utilização indevida de “Carta de Correção” para alterar dados relativos ao imposto destacado em documentos fiscais, emitidos pelo autuado em junho/97, o próprio contribuinte a reconhece como devida, não merecendo qualquer pronunciamento, diante da cristalina aplicação.
 6. Inerente a falta de estorno de crédito fiscal de ICMS, proporcional à redução da base de cálculo de 29,41% nas operações de saídas, não cabe razão ao defendente quando alega que tal posicionamento irá transformá-lo em imposto cumulativo. Se ocorreu redução da base de cálculo de saída deve-se estornar o crédito fiscal proporcional, conforme artigo 100, inciso II, do RICMS/97, sob pena de, aí sim, ferir o princípio da não-cumulatividade.
 7. Finalmente, relativo a exigência decorrente da retenção a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, realizadas no mês de dezembro/97, correspondente a redução indevida da base de cálculo, deduzidas de valor cobrado em ação fiscal anterior, onde o defendente aduz ser tal infração insegura e omissa, sob a alegação de que está cobrando uma diferença, mas não explica o porquê desta diferença, o autuante anexa demonstrativo, à fl. 579 do PAF, o qual foi intimado o contribuinte a se pronunciar, o que não ocorreu, admitindo-se como verídico a acusação, uma vez que não houve contestação, conforme preceitua o art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99. Assim voto como subsistente a exigência.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração *no valor de R\$556.695,17*, após a exclusão dos valores exigidos na “Infração 06”.

Nas razões apresentadas na peça recursal, inicialmente se reportam a intimação para que o autuado tomasse ciência da juntada de novos documentos, alegando que o relator da Decisão Recorrida disse que foi reaberto o prazo de defesa, mas, que ocorreu apenas um convite para o autuado tomar ciência e se manifestar no prazo decendial sobre a juntada de novos documentos.

Argüi ter havido erro do relator quanto ao indeferimento do pedido de diligência e revisão fiscal, requerido pelo autuado.

Assevera só que foram considerados suficientes os argumentos do autuante e que relativo aos documentos apresentados na impugnação não fizeram qualquer comentário.

Faz novo pedido de revisão e apresenta documentos, sob pena de nulidade do processo na fase do julgamento pelo CONSEF ou pelo Poder Judiciário.

No que tange ao mérito, aponta falhas nos levantamentos quantitativos, por que ao seu ver não atenderam aos ditames da Portaria n.º 445/98. Contesta a apuração mensal dos estoques, e diz que apontou os equívocos na peça de defesa. Invoca o art. 60, inciso II, “a” e § 1º, do RICMS/97, que

estabelece a cobrança do maior valor, quando ocorrer diferença de entradas e de saídas, no caso, como ocorreu o maior valor nas saídas, deveria incidir imposto apenas sobre o das saídas.

Considera que ao apurar os valores do levantamento por mês e não por ano, deixou de cumprir a referida Portaria. Transcreveu dois Acórdãos deste CONSEF acerca da matéria em questão.

Elabora vários exemplos para demonstrar equívoco nos levantamentos apurados pelo autuante. Diz que, no levantamento o mesmo tomou por base as datas constantes no livro Registro de Inventário, mesmo tendo o autuado confessado que houve erro nos números ali registrados. Mais uma vez pede que seja deferida a Revisão Fiscal.

Após reproduzir demonstrativo onde afirma que seja por descumprimento da Portaria nº 445/98, seja por equívocos no próprio levantamento, considera necessário que auditor estranho ao feito faça uma revisão nos números apresentados pelo autuante e pelo autuado e junto à documentação que está à disposição do Fisco, não podendo ser carreado aos autos pelo volume dos mesmos.

Referente à Infração 04, diz que sempre agiu de acordo com a orientação oficial, por que através do processo nº 1335592017, onde fez consulta obteve o reconhecimento da própria SEFAZ de que “a filial atacadista que exerce comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa, equipara-se a contribuinte industrial”.

Argüi ainda que esta equiparação também está prevista no inciso I, do art. 355, do RICMS.

Afirma que não houve prejuízo com a falta de retenção e cita o caso de outra empresa PETYAN IND DE ALIM. LTDA., que tem Regime Especial deferido pela GECOT nº 217/98 de 17.02.98, e o autuante considerou válido este procedimento.

Considera que dois aspectos não foram levados em conta pelo autuante e pelo Acórdão Recorrido, alegando que não fez nada mais do que atender ao pleito do adquirente da mercadoria que estava munido de um Regime Especial, o que possibilitava recolher o ICMS da farinha de trigo “quando da saída de seus produtos industrializados”, e por isso teria agido de boa fé, e assim entende que não pode ser punido por sua conduta, e que é o Regime Especial que determina que o ICMS da compra de farinha de trigo será regularmente recolhido “quando da saída de seus produtos industrializados”, o que equívale a dizer, que o ICMS exigido do recorrente foi regular e tempestivamente recolhido pela PETYAN “no cumprimento ao Regime Especial”.

Acrescenta que exigir o ICMS, seria pretender receber duas vezes o mesmo valor. Assegura que a falta de antecipação não causou prejuízo por que na venda dos biscoitos e bolachas foram todas tributados (sic), pelos adquirentes da farinha de trigo, que ao invés de terem antecipado, recolheram o imposto quando deram saída de seus produtos, acrescido do valor agregado.

Considera necessário uma diligência fiscal nas empresas adquirentes para comprovar se as mesmas deram à farinha de trigo adquirida do recorrente um tratamento normal com o débito de ICMS, nas saídas dos seus produtos.

Argüi impossibilidade de fazer a prova e faz juntada de cópia do livro de Registro de Entrada de Mercadorias da empresa PETYAN referente ao período de 1999, para comprovar que as mercadorias adquiridas sem retenção tiveram o crédito fiscal apropriado.

Quanto a Infração 06, concorda com a glosa dos créditos sob o fundamento de que os mesmos não estavam amparados pela 1ª via. Mas, afirma que consta do seu livro de ocorrências, um expediente onde comunica o extravio de algumas notas e que são as mesmas argüidas na ação fiscal. Diz que não foi apreciado este fato na Decisão Recorrida, que apenas não concorda com o crédito em razão da prévia comunicação à repartição fiscal. Alega que caberia apenas uma multa pela falta de comunicação e não a glosa dos crédito.

Relativo a Infração 08 que acusa a falta do estorno proporcional de crédito fiscal das mercadorias entradas no estabelecimento, cujas saídas estavam amparadas com redução de base de cálculo (29,41%), conforme Protocolo ICMS nº 33/98. Alega ainda que não consta nenhum dispositivo na legislação quanto a exigência de estorno proporcional, e assevera que o Protocolo ICM nº 02/72 não determina nada neste sentido, e trata apenas da redução de base de cálculo nas operações internas com farinha de trigo. Argüi ainda, que o Decreto nº 5080/95 que é específico para tratar do assunto não faz referência ao estorno dos créditos.

Faz citação de dois Acórdãos de Junta de Julgamento Fiscal, que após a Lei nº 7.014/96 não mais se exige estorno de crédito em caso de operação de saída com base de cálculo inferior à da entrada.

Considera que a exigência fiscal do item 09 é insegura e omissa, porque não explica qual a diferença não alcançada pela ação fiscal anterior, no mês de dezembro de 1977.

Informa que a ação fiscal anterior refere-se ao Auto de Infração nº 03161664/93, que posteriormente, foi objeto de parcelamento. Contesta base de cálculo de R\$188.700,47 que é diferente da base de cálculo da ação fiscal anterior de R\$112.186,29, e que não é a mesma consignada no anexo III, no valor de R\$381.443,30.

Faz juntada do livro de saídas do mês de dezembro/97, para se confrontar a base de cálculo apontada pelos dois autuantes. Conclui que reconhecendo apenas o item 07, espera a improcedência dos demais itens, com a realização de Revisão Fiscal e o julgamento do Auto de Infração Procedente em Parte.

A PROFAZ considerou necessária a Diligência pleiteada pelo recorrente em face dos itens 01, 02 e 03, que tratam de levantamento quantitativo de estoques. Diz que por ser matéria eminentemente fática diante dos demonstrativos e documentos apresentados pelo recorrente deve o Auto de Infração ser remetido à ASTEC para proceder Revisão Fiscal dos itens referidos.

A então relatora do Processo Administrativo Fiscal (PAF) acolheu o pedido de Diligência do recorrente e considerou pertinente o entendimento da PROFAZ de que os autos devam ser encaminhados àquela Assessoria face aos documentos e demonstrativos apresentados pelo recorrente quanto às infrações 01, 02 e 03, que se referem a levantamentos quantitativos de estoques.

A diligente fiscal às fls. 1115 a 1120, dos autos, após fazer um relatório do conteúdo do pedido, emite suas conclusões e elabora Demonstrativo de Débito, reduzindo o valor inicialmente exigido, e anexa os demonstrativos de fls. 1121 a 1132.

O recorrente foi intimado a tomar ciência do Parecer da ASTEC conforme AR à fl. 1392, e o mesmo reconheceu os valores apurados no trabalho de revisão fiscal.

A Representante da PROFAZ examinando o Recurso Voluntário concorda com o Parecer da ASTEC e opina pelo Provimento Parcial do mesmo, nos termos da diligência fiscal.

VOTO

Inicialmente, incumbe-me analisar quais os itens da autuação que foram objeto do Recurso Voluntário do autuado que de início argüiu o fato do relator da 1ª instância não ter acatado o seu pedido de diligência ou revisão fiscal.

O autuado se insurge quanto ao julgamento da 1ª Instância dos itens 01, 02, 03, 04, 05, 08 e 09.

Os argumentos aduzidos pelo recorrente na peça recursal em razão da juntada de diversos demonstrativos e cópias de documentos, deram ensejo à Diligência Fiscal requerida pela representante da PROFAZ e ratificada pela relatora deste processo, que foi cumprida pela ASTEC.

Relativamente ao mérito, observo que procede em parte o argumento do recorrente quanto aos itens 01, 02 e 03, de que em se tratando de levantamento quantitativo de estoque mensal em que foi apurado diferenças de omissões de saídas e de entradas não teria sido observada a Portaria nº 445/98. Pelo exame procedido nos levantamentos elaborados pelo autuante, constatei que ocorrendo dentro do mês levantado, diferenças tanto de entradas quanto de saídas foi considerado o maior montante, conforme preconiza os artigos nºs 4º, 5º, 6º, 7º e 08 da referida Portaria, e art. 60 inciso II, “a”, do RICMS/97.

Assim os valores constantes do Anexo I (fl. 15) relativo aos itens 01 e 02 e Anexo II (fl. 397) referente ao item 03, refletem os números apurados nos demonstrativos de fls. 16 a 395 dos autos (itens 01 e 02), que após o refazimento dos levantamentos pela diligente fiscal às fls. 1131 e 1132, onde considerou o levantamento remanesce o imposto de R\$6.772,04 e R\$3.336,44 respectivamente, referente às infrações 1 e 2 do Auto de Infração em lide.

Referente à infração 03, constata-se que o autuante tomando a base de cálculo apurada nos levantamentos concernentes às omissões de saídas efetuou o cálculo do imposto devido por substituição tributária agregando a MVA de 120%, prevista no Anexo 89, para a mercadoria, e deduzindo do imposto apurado na infração 1, foi feito pela diligente fiscal apurando o ICMS no valor de R\$8.126,44, uma vez que exige-se o imposto normal por omissão de saídas por responsabilidade do próprio sujeito passivo, também é devido o imposto por antecipação tributária, apurado em função do valor agregado.

Relativo as infrações 04 e 08, que tratam respectivamente da falta de retenção do imposto na qualidade de sujeito passivo por substituição, e falta de estorno proporcional de crédito fiscal das mercadorias entradas no estabelecimento, cujas saídas estavam amparadas com redução de base de cálculo de 29,41%, a diligente fiscal esclareceu que por força do Protocolo nº 33/98 que estabelece normas quanto à substituição tributária nas operações de trigo realizadas entre Bahia e Sergipe (Espírito Santo), o estabelecimento autuado que é uma filial atacadista de indústria localizada no Espírito Santo, goza dos mesmos benefícios concedidos aos estabelecimentos industriais localizados neste Estado, inscritos no cadastro dos contribuintes sob o código 26.02-2 - moagem de trigo a saber:

- a) Redução da base de cálculo nas saídas internas;
- b) manutenção do crédito nas aquisições de farinha de trigo;
- c) efetuar vendas de farinha de trigo sem a aplicação do instituto da Substituição Tributária a empresas que gozam do Regime Especial concedido através dos Pareceres GECOT nº 217/98, 1085/98 e 1239/98.

A alegação do recorrente de que sempre agiu como se fosse indústria, porque só comercializa com farinha de trigo de sua produção, e que ao exercer exclusivamente o comércio de produtos industrializados, que é o caso de seu estabelecimento filial ora recorrente, estaria ao seu entender também se equiparando a indústria, e alegou que essa equiparação está prevista no art. 355, inciso I, do RICMS/97.

Entendo, quanto ao item 04, que não obstante do cotejo à legislação estadual, conforme dispõe o inciso II, do art. 353, do RICMS/97, atribui ao recorrente a condição de responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, ficando obrigado a fazer a retenção do imposto nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo às operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado, excetuando apenas a hipótese de já ter recebido as mercadorias com o imposto antecipado. E a Lei nº 7.014/96, no seu art. 8º, inciso II, em consonância com o art. 121 e seu parágrafo único, inciso II, atribuir a responsabilidade por substituição ao alienante, na hipótese das mercadorias elencadas no Anexo 1, e o item 10 deste anexo, indica farinha de trigo entre tais produtos. E ainda, o art. 506, no § 1º, inciso I, determinar que nas operações internas de saídas de farinha de trigo e produtos dela resultantes, será feita a retenção do imposto pelo alienante, exceto na hipótese de já tê-la recebido com o imposto antecipado, mesmo que a mercadoria seja destinada a estabelecimento industrial, na situação que ora se examina, deve ser fazer uma interpretação sistemática, para que se considere que sendo o autuado um estabelecimento filial atacadista de uma indústria localizada no Estado do Espírito Santo, deve gozar do benefício de que trata o Decreto Baiano nº 5.080 de 26/12/95 e suas posteriores alterações, por força do que determina a Cláusula primeira, do Protocolo nº 33/98.

Relativamente ao item 08, que exige a falta de estorno de crédito fiscal do ICMS nas entradas de mercadorias que tiveram a redução da base de cálculo, nos exercícios de 1998 (a partir de julho) a 2000, verifico que o autuante respaldou a acusação no art. 100, inciso II, do RICMS/97. Ocorre que não observou que o caso em tela trata-se de hipótese de manutenção do crédito nas saídas com redução da base de cálculo, consoante o disposto no artigo 105, inciso X, do mesmo Regulamento, cujo inciso foi inserido na legislação tributária estadual pela alteração nº 05, do Decreto nº 7244, de 03/03/98, *verbis*:

Art 105 - não se exige o estorno ou anulação do crédito fiscal relativo:

Inciso X - a partir de 01/01/96, às aquisições dos insumos e serviços utilizados na fabricação de farinha de trigo objeto das operações com redução de base de cálculo de que cuida o inciso IX do art. 87, enquanto perdurar aquele benefício.

Assim, concluo que deve ser excluída da ação fiscal a exigência dos itens 04 e 08 dos autos, e concordando com a manifestação da PROFAZ no Parecer exarado às fls. 1403 e 1404, considero improcedente as referidas infrações.

Quanto ao item 05, que exige imposto em face da utilização indevida de crédito fiscal por utilizar nota fiscal que não é a 1ª via. Constante do demonstrativo de fl. 413 - Anexo IV, o recorrente na peça de impugnação acostou às fls. 465 e 466 dos autos, onde consta um Termo de Ocorrência, fazendo alusão ao extravio. E faz juntada da cópia da 2ª via. Observo que trata-se de notas fiscais de transferências, emitidas pelo estabelecimento matriz situado em Vitória do Espírito Santo.

Constatei que o autuante, na contra razões da defesa, às fls. 498 a 503 não se manifestou quanto aos documentos acostados pelo autuado, registrando a ocorrência do extravio das notas fiscais e anexando a cópia das referidas notas fiscais, limitou-se a confirmar a infração por que foi feito em desobediência ao art. 97, inciso IX, do RICMS/97.

Na Decisão Recorrida o julgamento manteve a exigência sob o fundamento de que não houve a comunicação prévia à repartição fiscal, do uso da via do documento para a apropriação do crédito diverso da 1ª via, e que o autuado infringiu o art. 97, inciso IX, do RICMS/97.

Entendo que de fato assiste razão ao recorrente, de que ao apresentar na peça de impugnação às fls. 444 a 460, os documentos de fls. 465 a 470, poderia ter sido objeto de uma diligência para se verificar se de fato existiu a operação fiscal de transferência e se ocorreu o extravio dos documentos, para que se pudesse aferir a glosa do crédito, ou se concluir que houve descumprimento de obrigação acessória.

Neste sentido, não obstante, o dispositivo acima referido vede a utilização de crédito fiscal em face de cópia de documento fiscal ou de qualquer de suas vias que não a primeira, com base na documentação acima referida, considero que não pode prosperar a glosa do crédito fiscal, pois considero que o contribuinte comprovou a ocorrência do extravio, como ressalva a parte final do inciso IX, do art. 97, supra citado. Contudo, deve ser aplicada uma multa de caráter formal pela falta de comunicação na repartição fazendária da sua circunscrição, do extravio das notas fiscais de transferências, ademais, por se tratar de transferências poderia ter sido verificado junto ao estabelecimento matriz a comprovação de que as mercadorias saíram daquele estabelecimento para a sua filial, ora recorrente.

Deste modo, entendo que deve ser aplicada apenas a multa de R\$40,00, prevista no art. 42 inciso XXII, da Lei nº 7.014/96 com a redação atual dada pela Lei nº 7753 de 13/12/200, com vigência a partir de 01/01/2001.

Quanto ao item 09, não obstante o autuante ter acostado à fl. 579 o demonstrativo, que inclusive já se encontrava anexado à fl. 399, embora o mesmo alegue que o referido demonstrativo é auto explicativo, não esclareceu como chegou aos números dos cálculos que apresenta e qual a base documental dos mesmos. Assim, assiste razão ao recorrente ao arguir insegurança na autuação.

Verifico que trata-se de retenção e recolhimento a menor na condição de sujeito passivo relativo às operações internas subsequentes, onde o autuado reduziu indevidamente a base de cálculo das saídas, e o cálculo efetuado pela fiscalização anterior constante da cópia do Auto de Infração nº 031616644/98, à fl. 491 dos autos, tendo sido deduzidas as parcelas de R\$19.071,67 e R\$240,14 relativo ao recolhimento a menor do ICMS normal e do imposto por antecipação tributária, respectivamente.

Ocorre que embora alegue que o demonstrativo de fl. 579 é auto explicativo, não esclareceu como chegou aos números dos cálculos que apresenta e qual a base documental dos mesmos.

Assim, embora a diligente fiscal informe que houve equívoco por parte do autuante ao recalcular o imposto devido por substituição tributária no mês de dezembro de 1997, pois o valor apurado corretamente foi apurado e exigido no supra citado Auto de Infração, devendo afastar a exigência fiscal deste item, entendo que este item deve ser considerado nulo na forma prevista no art. 18, inciso IV, “a”, do RPAF/99, diante da insegurança e imprecisão da infração em comento.

Assim deve ser modificada a Decisão Recorrida para exigir o imposto dos itens 01, 02 e 03, no montante de R\$18.234,92, conforme apontado pela diligente fiscal, no demonstrativo de fl. 1120, e a multa acima referida quanto ao item 05.

Por todo o acima exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão Recorrida para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 280080.0049/01-4, lavrado contra **BUAIZ S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$18.234,92**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60%, sobre R\$8.126,44 e 70% sobre R\$10.108,48, previstas no art. 42, II, “e”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além da multa de **2 UPFs-BA**, prevista no inciso XXII da citada lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de Outubro de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PROFZ