

**PROCESSO** - A.I. Nº 147323.0002/03-6  
**RECORRENTE** - MILCO ALIMENTOS LTDA. (MILCO S/A)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0370-01/03  
**ORIGEM** - INFAS SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 13.02.04

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0207-12/03**

**EMENTA:** ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. **a)** DIVERGÊNCIAS ENTRE OS VALORES ESCRITURADOS. REGISTROS DE ENTRADAS E DE APURAÇÃO DO ICMS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não elidida. **b)** FALTA DE AUTENTICAÇÃO PRÉVIA. REGISTROS DE SAÍDAS, ENTRADAS E APURAÇÃO DO ICMS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Caracterizado o descumprimento da obrigação de autenticar os livros fiscais. Descabe a multa na forma aplicada. Prevalece, neste caso, penalidade por descumprimento de obrigação acessória em relação às infrações não expressamente tipificadas em lei. Mantida parcialmente a infração. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ATIVO PERMANENTE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Foi observado no levantamento o crédito correspondente a 1/48 avos. Na época da ocorrência dos fatos, a legislação tributária permite o uso do crédito fiscal a ser utilizado em 48 meses. Não observada pelo autuado as normas vigentes. Infração subsistente. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Autuado argumentou inconstitucionalidade das leis infraconstitucionais. Infração mantida. **c)** MATERIAL DE CONSTRUÇÃO. BENS ALHEIOS À ATIVIDADE DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Os produtos objeto da lide considerados como utilizados nas instalações são bens pertencentes ao ativo fixo. Os créditos fiscais devem obedecer aos mesmos critérios acima apontados. Infração mantida. **d)** AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Disposição regulamentar prevê que consumo de energia elétrica não utilizado no processo industrial só dará direito ao crédito fiscal a partir de 01/01/07. Infração confirmada. **e)** SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Vedado o direito ao uso do crédito fiscal até 01/01/07. 3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Autuado alegou já ter recolhido o imposto, mediante parcelamento, sem, contudo, trazer as provas aos autos. Infração mantida. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO E MATERIAL DE USO E CONSUMO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Normas infraconstitucionais

prevêem a exigência do imposto por diferença de alíquota de bens do ativo permanente e de bens de uso e consumo. Não comprovado o recolhimento da diferença de alíquota. Infração subsistente. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Contribuinte alegou existência de carta de correção e escrituração dos documentos no estabelecimento de destino das mercadorias, no entanto, não apresentou prova do alegado. Infração mantida. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas. Indeferidos os pedidos de diligência fiscal. Prejudicado pedido de declaração de constitucionalidade de normas que integram a legislação tributária estadual. Inalterada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a decisão da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração acima referenciado, exigindo pagamento do imposto no valor de R\$104.158,55, mais multa de 60%, além da multa pecuniária de R\$2.264,35.

O Auto de Infração em questão, lavrado em 27 de junho de 2003, imputou 11 infrações ao recorrente. Na decisão de primeira instância administrativa, a 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal considerou procedente, 10 das 11 infrações, tendo entendido apenas a infração 11 Parcialmente Procedente.

Na peça recursal, o contribuinte, inicialmente, registrou ser este Auto de Infração fruto de um mau entendimento por parte do Agente Fiscal, que por vezes demonstrou ter diligenciado por caminhos equivocados, bem como em completo desatendimento aos mandamentos legais, restando latente a erroneidade da autuação em questão.

Passemos a listar cada uma das infrações e as razões de fato e de direito apresentadas no Recurso Voluntário.

*INFRAÇÃO 1 – “Recolheu a menor ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro de Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro de Registro de Apuração de ICMS. No mês de março/2001 o contribuinte transferiu para o Registro de Apuração, a maior, o total de créditos fiscais escriturados no período, conforme demonstrativo “Anexo 1”, parte integrante do presente Auto de Infração”.*

O recorrente afirma que as conclusões a que chegou o fiscal autuante não refletem os cálculos que o contribuinte fez para verificar a procedência desta autuação. Apesar de ter sido requerida em sede de impugnação a realização de perícia para confirmar os dados e reavaliar os cálculos efetuados, a 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal indeferiu a revisão fiscal. Sustentou que instaurando-se o processo administrativo, a ampla defesa só estará plenamente exercitável e respeitada se forem resguardados ao contribuinte a possibilidade de refutar os fatos, as infrações e valores imputados contra si. Aduziu que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LV, prevê

aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o direito ao contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Por tais razões entendeu que a decisão objeto deste Recurso mostra-se nula, cabendo a esta Câmara promover a sua reforma, determinando a realização da perícia requerida.

*INFRAÇÃO 2 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento.*

*No exercício de 2001, conforme demonstrado no “Anexo 2”, parte integrante do presente Auto de Infração, nos respectivos meses de aquisição os créditos fiscais foram escriturados em valor superior ao previsto no §17, I, do artigo 93, do RICMS/97. Idem, nos exercícios de 2002 e 2003, conforme “Anexo 4 – C”.*

*INFRAÇÃO 3 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.*

*No exercício de 2001, conforme demonstrativo “Anexo 2”. Nos exercícios 2002 e 2003, conforme “Anexo 4-C”.*

As infrações 2 e 3 possuem uma motivação em comum: a aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo da Autuada. Entretanto, a primeira diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por causa desta aquisição e a segunda refere-se ao não recolhimento do imposto decorrente da diferença de alíquotas internas/interestaduais.

No Recurso Voluntário o contribuinte afirma efetivamente que adquiriu bens os quais foram destinados ao seu ativo fixo, cujas notas fiscais foram descritas nos anexos 02 e 04-C do presente Auto de Infração. Sustenta que a aquisição deste bem, por Lei e por norma constitucional, confere a Recorrente direito ao crédito, razão pela qual assim procedeu em suas escritas fiscais. O auditor fiscal observou que o contribuinte não havia se creditado conforme estabelece o §17, I, do artigo 93, do RICMS/97, o qual espelha a norma ditada pela Lei Complementar nº 102/00, ao alterar a LC 87/96. Assim, enquadrou o fato no inciso XII, do art. 97 do Dec. nº 6284/97 – RICMS, o qual assim dispõe:

*Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvados as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou de pagamento do imposto:*

...

*XII – quando se tratar de entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, e respectivo serviço de transporte, ocorridas a partir de 1/1/2001, em relação (Lei nº 7710/00):*

*a) à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas, sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período;*

- b) à fração que corresponderia ao restante do quadriênio, na hipótese de alienação dos bens do ativo permanente, antes de decorrido o prazo de quatro anos contados da data de sua aquisição”.

Sustentou ser flagrante a inconstitucionalidade das novas redações dadas aos artigos da Lei Kandir. A não-cumulatividade é princípio constitucional e não comporta relativização por lei de menor porte. A lei complementar, seguindo atribuição do art. 155, § 2º, “c”, da Constituição da República, deve disciplinar o regime de compensação do tributo (ICMS), o que, no entanto, não significa alterar ou reduzir tal direito, mas apenas especificar procedimentos, de forma a preservar os próprios Estados, de modo a evitar o aparecimento de formas diferentes e conflitantes de compensação nos diversos membros da Federação.

Citou doutrina para fundamentar seu entendimento. Informou que tramita perante o STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2325-0, mediante o qual se discute a constitucionalidade desse dispositivo, estando em vias de ser concedida liminar suspendendo tal cobrança em prol da não-cumulatividade.

*INFRAÇÃO 4 – Recolheu a menor o ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.*

*Nos meses de maio e junho de 2000, conforme “Anexo 3”, parte integrante do presente Auto de Infração, compensados os valores recolhidos a maior nos meses anteriores.*

Com relação a esta infração, relativo ao desencontro entre o valor do imposto recolhido e aquele escriturado no Livro de Registro de Apuração do ICMS, a impetrante informou que os mesmos já foram parcelados e devidamente quitados.

*INFRAÇÃO 5 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.*

*No exercício de 1999, conforme “Anexo 4”, parte integrante do presente Auto de Infração. Nos exercícios de 2000 e 2001, conforme “Anexo 4-A”, parte integrante do presente Auto de Infração.*

*Nos exercícios de 2002 e de 2003, conforme “Anexo 4-C”.*

*INFRAÇÃO 6 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.*

*no exercício de 1999, conforme “Anexo 4”, no exercício de 2002, conforme “Anexo 4-C”.*

Da mesma forma que as infrações 2 e 3, as infrações 5 e 6 possuem uma motivação em comum: a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento da recorrente. Entretanto, a primeira diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por causa desta aquisição e a segunda, por consequência do suposto equívoco na determinação deste crédito, refere-se ao não recolhimento do imposto decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais.

Servem para o presente caso os mesmos argumentos relativos a improcedência de infração baseada em obstrução de crédito decorrente de aquisição de bens ativo fixo, pois esta irregularidade também possui origem no princípio da não-cumulatividade celebrado pela Constituição Federal de 1988.

Requeru, assim, que sejam considerados no presente caso os mesmos argumentos para configurar a ilegalidade de imputação de infração que vede a utilização de créditos constitucionalmente garantidos.

Ressaltou, entretanto, que parte dos materiais considerados como de uso e de consumo, são, em verdade, insumos utilizados durante o processo industrial. Afirma que novamente aqui requereu a autuada a realização de perícia para confirmar o ora alegado, o que não foi considerado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal. Conforme já exposto na infração 1, solicitou, em nome do princípio da ampla defesa, o deferimento de revisão fiscal.

*INFRAÇÃO 7 – Referente aquisição de materiais de construção, conforme “anexo 4-B”, considerando pela legislação como aquisições para fins alheios às atividades da empresa.*

O recorrente argumentou que os materiais adquiridos, qualificados como sendo de construção, se tratam mais especificamente de mercadoria utilizada em instalações industriais, tais como válvulas de controle, tubulação de produto, material de abrasão anti-ácido, poço de captação e tratamento de água de processo, etc... A operação comercial em comento deveria ter sua realização considerada como sendo de aquisição para ativo fixo, tendo, portanto, tratamento tributário concernente a esta natureza. Sustentou a obstrução de se compensar dos créditos advindos da aquisição dos materiais de construção, os quais são exclusivamente utilizados para integralização do bem ao ativo permanente, infringe o tão respeitado princípio da não-cumulatividade, uma vez que veda o direito a compensação dos referidos créditos. Cita doutrina e jurisprudência para fundamentar seu pedido.

Ressalta que não há razão para um conselho de julgamento administrativo fiscal se eximir de julgar conforme a constitucionalidade de uma norma. É verdade que foge à sua competência julgá-la inconstitucional, entretanto tal conselho pode deixar de aplicá-la levando-se em consideração os desígnios constitucionais. Sustenta ser argumento ultrapassado o entendimento de que o ato administrativo é vinculado à lei e que, portanto, a administração deve aplicar a norma mesmo sendo ela inconstitucional, e assim julgada pelo STF, pois constitui uma afronta a outros princípios tais quais o princípio da legalidade, da imparcialidade, da razoabilidade, dentre outros. Aduz que a vinculação à lei está, primeiramente, relacionada a obediência à Lei Maior, ainda mais se o STF já se pronunciou por sua inconstitucionalidade e pelo respeito ao princípio constitucional da não-cumulatividade no caso do ICMS.

*INFRAÇÃO 8 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias.  
Nos exercícios de 2002 e 2003, conforme “Anexo 4-C”, parte integrante do presente Auto de Infração.*

*No exercício de 2001, conforme “Anexo 4-D”, parte integrante do presente auto de Infração.*

*Ressalte que o contribuinte, embora cadastrado com “estabelecimento industrial”, a sua Matriz (estabelecimento fiscalizado) é um*

*estabelecimento comercial, que tem como objetivo receber mercadorias de sua fábrica para distribuição a seus clientes.*

*INFRAÇÃO 9 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de Serviço de Comunicação utilizado na comercialização de mercadorias.*

*Nos exercícios de 2002 e 2003, conforme “Anexo 4-C”.*

*No exercício de 2001, conforme “Anexo 4-D”.*

Contesta essa imputação afirmando que dos atos constitutivos da recorrente pode-se comprovar na prática o seu objeto social é uma indústria, inclusive fabricando picolés e sucos há dois anos pelo menos. Afirma que o consumo de energia elétrica pela Recorrente decorre, portanto, de todo o processo industrial praticado. Aduz que o inciso III, art. 33, da Lei Complementar nº 102/00 estabelece que admitido ao Contribuinte o uso de crédito decorrente da entrada de energia elétrica no estabelecimento quando esta for consumida no processo de industrialização. Assim, indiscutível o direito do recorrente em se creditar da energia elétrica consumida, ante a previsão expressa da lei, razão pela qual não se pode substituir a infração nº 08 do presente auto. Outrossim, mesmo que a lei assim não previsse, ou se fosse a recorrente uma empresa de comércio varejista, portanto, não industrial, teria o direito ao creditamento do ICMS ante ao já comentado princípio da não-cumulatividade, sendo este também o embasamento legal quer permite a Recorrente creditar-se de débitos decorrentes da aquisição de serviços de comunicação. Para possibilitar o exercício de suas funções sociais, a Autuada utiliza energia elétrica e serviço de comunicação, ambos onerados pelo ICMS. Cita também doutrina para embasar as suas alegações.

*INFRAÇÃO 10 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o desvio registro na escrita fiscal.*

*No exercício de 2001, conforme "Anexo 5", parte integrante do presente Auto de Infração.*

Para elidir essa infração o recorrente afirmou que seus fornecedores, equivocadamente, emitiram notas fiscais constando que a entrega seria na sede da empresa. Entretanto, em verdade, o destino das mercadorias foi sua filial no município de Teixeira de Freitas. O erro foi meramente formal, na emissão das notas, mas todo o trâmite ocorreu de acordo com as normas vigentes e a operação foi devidamente escriturada nos livros fiscais, sendo, portanto, devidamente registrada nos livros fiscais. Com relação ao equívoco cometido, foram elaboradas, inclusive, cartas de correção, a fim de sanar qualquer problema decorrente da emissão de nota fiscal com destino incorreto.

Citou o § 6º do art. 201 do RICMS assim dispõe:

*"As chamadas cartas de correção apenas serão admitidas quando não se relacionarem com os dados que influam no cálculo do imposto ou quando não implicarem mudança completa do nome do remetente ou do estabelecimento destinatário".*

Aduz que o citado parágrafo trata de previsão legal visando ratificar (e não isentar ou dispensar) possíveis erros cometidos quando da eliminação de documentos, de natureza meramente formal,

que, portanto, não tem o condão de alterar o seu conteúdo, no que se refere ao valor e ao seu emitente, nem a de desvirtuar a operação.

Citou julgados do Egrégio Conselho da Fazenda do Estado da Bahia - CONSEF para sustentar as sua razões. Argüiu que simples ofensa formal na emissão de nota fiscal, jamais poderá se constituir em obstáculo ao direito do postulante, porque ele é de natureza estritamente constitucional e insuscetível de ser moldado pela legislação inferior. Assim qualquer irregularidade na emissão de documento fiscal não deve de logo levar a qualquer punição administrativa, quando este erro de emissão for a qualquer tempo corrigido e ficar caracterizado que o referido atingiu o seu objetivo primeiro sem trazer qualquer tipo de prejuízo ao erário público. Dentro de tais hipóteses, se a Administração desconsiderar que o fato foi sanado e a operação encontra-se devidamente registrada, estaria incorreto em violações de uma série de princípios administrativos tal qual o da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e, principalmente o da verdade material.

*INFRAÇÃO 11 - Escriturou livros fiscais sem a prévia autorização. Usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, deixou de autenticar os livros fiscais de Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração de ICMS, relativamente ao exercício de 2001, conforme cópias anexadas ao processo para a comprovação das várias infrações apontadas.*

Considerou a 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal em sua Decisão, que o dispositivo regular citado pelo Autuante trata de **prévia autenticação**, sendo que a matéria que rege a infração descrita encontra-se disposta no art. 704 do RICMS/97:

*Art. 704 Os livros fiscais escriturados por sistema eletrônico de processamento de dados serão encadernados e autenticados dentro de 60 dias, contados da data do último lançamento (Conv. ICMS 75/96).*

Na citada Decisão é citado que inexiste a obrigação, em relação aos contribuintes que escrituram livros por sistema eletrônico de processamento de dados, de “prévia autenticação”. Subsiste apenas a obrigação de encadernação e autenticação dentro de 60 dias contados da data do último lançamento. Assim, decidiu que a multa originalmente lançada pelo agente fiscal fosse convertida para a penalidade indicada no art. 42, inc. XXII, da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$50,00, face ao descumprimento da regra inserta no art. 704 do RICMS.

O recorrente, postula, entretanto, o benefício contido no comando do art. 915, § 6º, do RICMS, de dispensa da multa, considerando que não houve dolo, fraude ou simulação, nem se esquivou a sociedade comercial do recolhimento do imposto devido.

Ao final formulou os seguintes pedidos:

- a) reiterou pedido de revisão fiscal;
- b) requereu a nulidade e o consequente arquivamento do Auto de Infração;

- c) na eventualidade de que não venha a ser acolhida a preliminar de nulidade, que seja reformada a decisão ora recorrida, para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração, posto que desprovido de qualquer fundamento legal.

A Procuradoria Fiscal (PGE/PROFIS), em Parecer da lavra da Dra. Sylvia Amoêdo, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado, fazendo diversas considerações de ordem jurídica. A ilustre representante da PROFIS consignou em seu parecer as razões abaixo reproduzidas:

- 1- Em relação à infração 1 que trata de recolhimento a menor do ICMS por diferenças encontradas na própria escrita da autuada, esta se insurge pela realização de diligência pois os valores encontrados não coadunam com a realidade, a 1<sup>a</sup> JJF rejeitou fundamentadamente este pedido por falta de motivação da autuada, logo não de se falar em nulidade da decisão neste ponto.
- 2- As infrações 2 e 3 foram reunidas pela recorrente por se referirem ao uso de crédito fiscal e ao não recolhimento do diferencial de alíquota em aquisições interestaduais de bens do ativo permanente do estabelecimento, neste ponto a recorrente não nega a aquisição destes bens e sua finalidade, apenas aduz questões constitucionais relacionadas ao princípio da não-cumulatividade, neste particular a autuação esta conforme a legislação, não carecendo de reforma.
- 3- A infração 4 foi reconhecida no recurso.
- 4- As infrações 5 e 6 têm a mesma estrutura legal das descritas no item 2, apenas diferem na destinação dos bens que neste caso foram materiais de uso e consumo do estabelecimento.
- 5- Em relação a infração 7, trata-se de uso do crédito indevido pela aquisição de bens para fins alheios às atividades da empresa , a autuada não demonstrou o contrário, o que faz a infração subsistir.
- 6- As infrações 8 e se referem respectivamente ao uso de indevido de crédito fiscal de energia elétrica e serviço de comunicação, ambos usados na comercialização de mercadorias, a legislação é clara em relação ao uso deste crédito e não é pertinente a discussão de constitucionalidade nessa instância administrativa.
- 7- Finalmente a infração 10 trata de entrada de mercadoria sem registro fiscal, é questão de prova, onde a recorrente não elidiu ação fiscal, e o erro que alega ter cometido não é meramente erro de fato, implica em falta de recolhimento do imposto.
- 8- Em relação à infração 11, que foi julgada parcialmente procedente pela 1<sup>a</sup> Instância, referente ao descrito item 1-b da ementa da decisão, a autuada requer a nulidade por ter sido esclarecido que a descrição da infração não corresponde á multa imposta. Sustenta a procuradora que essa adequação é prevista no art. 18 do RPAF e possível de ser efetuada pelo julgador como de fato ocorreu e não se deve falar em nulidade do auto de infração ou do julgamento.

Finalizou o Parecer afastando as preliminares de nulidades, apreciadas e rechaçadas pela 1<sup>a</sup> Instância. No mérito, declarou que o impugnante trouxe ao recurso os mesmos argumentos já aduzidos em defesa e também já julgados pela 1<sup>a</sup> JJF. Concluiu, opinando pela manutenção da Decisão de 1<sup>a</sup> Instância, a qual está correta e proferida com embasamento legal.

## VOTO

Inicialmente cabe rejeitar os pedidos de revisão fiscal, pois as infrações impugnadas pelo contribuinte, especialmente as constantes dos itens 1, 5, 6, 7, 8, 9 e 10, da autuação, constituem matérias vinculadas às provas documentais que o contribuinte dispõe em sua escrita fiscal e

comercial e que sequer foram mencionadas nos autos para indicar em que termos e em que valores divergem da exigência fiscal. Nos termos do art. 142 do RPAF/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Assim, em face da inexistência de elemento probatório produzido ou indicado na peça recursal, de forma a contraditar com aqueles que foram produzidos pela fiscalização, entendo inexistirem motivos para encaminhar o processo em procedimento de revisão do lançamento. Os elementos existentes nos autos são suficientes para a formação de meu convencimento.

Rejeito, também, as preliminares de nulidade do lançamento fiscal, pois o ato administrativo encontra-se consubstanciado em farta prova documental produzida pelo agente fiscal e inserida nos autos através dos demonstrativos e documentos juntados às fls. 24 a 95, tendo o contribuinte recebido cópias de todas as peças em que se fundamenta a autuação, conforme declaração do representante da empresa nos demonstrativos que instruem o Auto de Infração. Ausentes, portanto, as razões apontadas no Recurso Voluntário de violação aos princípios processuais-constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Relativamente às alegações de inconstitucionalidade das normas tributárias em que se lastreou a exigência fiscal e que não foram objeto de apreciação na 1<sup>a</sup> Instância, convém observar o que dispõe o Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), em seu art. 125, inciso I, que estabelece não se incluir na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade. No Brasil vigora o sistema de jurisdição única, nos termos da Constituição Federal (art. 5º, inc. XXXV), de sorte que assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade (coisa julgada) toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, de forma que se torna inadequado e inócuo submeter ao CONSEF, órgão administrativo de julgamento, pedido de declaração de inconstitucionalidade de norma federal, a exemplo da Lei Complementar 102/2000, que alterou as disposições da LC nº 87/97, ou de norma estadual, a exemplo das disposições contestadas pelo contribuinte em relação à Lei nº 7.014/96 e em relação ao RICMS. Na via administrativa, só é possível se deixar de aplicar norma infraconstitucional ou infra-legal nas circunstâncias apontadas no art. 168 do RPAF, envolvendo votação de matéria contida em lei ou em ato normativo considerado ilegal, ou se já decidida em última instância pelo Poder Judiciário, devendo neste caso, a autoridade julgadora, sustar o julgamento em curso e submeter a questão à Junta ou à Câmara para encaminhamento à Câmara Superior do CONSEF no sentido de que esta represente ao Secretário da Fazenda, visando à decisão, sobre a conveniência ou não de propositura de modificação ou revogação da lei ou ato considerado ilegal. Essa decisão será precedida de parecer da Procuradoria Fiscal. A adoção da medida em questão, pressupõe, portanto, decisões reiteradas do Poder Judiciário em última instância, e parecer favorável da Procuradoria Estadual, circunstâncias essas não presentes neste caso. Por isso, julgo PREJUDICADO o pedido de declaração de inconstitucionalidade contido no Recurso Voluntário, acompanhando o Parecer da PGE/PROFIS.

No mérito, a Decisão de Junta de Julgamento Fiscal está correta. Em relação à infração 1, o autuante demonstrou através do Anexo 1, fl. 23 dos autos que o sujeito passivo ao transferir para o livro de Apuração o crédito fiscal escriturado, o fez lançado a mais na quantia de R\$708,40. Juntou como prova da infração cópia de folha dos citados livros (fls. 24 a 26). Mantenho o lançamento tributário.

Na infração 2, que imputa ao sujeito passivo a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente, nos exercícios de 2001, 2002

e 2003, foi observado pelo autuante que o valor utilizado foi superior ao previsto no §º 17, I, do art. 93 do RICMS/97, já que só lhe era permitida a utilização de 1/48 avos ao mês.

Correta a interpretação dada pelo autuante, pois o dispositivo regulamentar deriva de leis infraconstitucionais. O defendant alegou apenas a constitucionalidade da Lei Complementar nº 102/00. Mantida a autuação.

Infrações 3 e 6: estes itens tratam da exigência do ICMS decorrente da falta de recolhimento do imposto devido por diferença de alíquotas, nas aquisições de bens pertencentes ao ativo permanente e de uso e consumo do estabelecimento, oriundos de outra unidade da Federação. Conforme ressaltado pelo relator de 1ª Instância, os argumentos defensivos não elidem a autuação, pelas seguintes razões:

1. A Lei nº 7.014/96 com suas alterações posteriores inseriu no seu texto as normas insertas das Leis Complementares nºs 87/96 e 102/00, o que, por seu turno, o RICMS/97, o fez através do Decreto nº 6.284/96.
2. O art. 2º, IV, da Lei nº 7.014/96, estabelece a incidência do imposto na entrada efetuada por contribuinte do ICMS, de mercadorias decorrentes de operação interestadual, quando a mercadoria ou bem for destinado ao seu uso, consumo ou ativo permanente. O art. 4º, XV, da citada lei estabelece o momento da ocorrência do fato gerador. Já o art. 17 da Lei nº 7.014/96, dispõe sobre a base de cálculo, no seu inciso XI.
3. Nesta mesma linha de raciocínio, o RICMS/97, dispõe sobre a obrigatoriedade do recolhimento da diferença de alíquota nas aquisições de mercadorias em operações interestaduais de mercadorias ou bens destinados ao ativo imobilizado e consumo do estabelecimento (arts. 1º, §2º, I e V, art. 5º, I, art. 36, §2º, XIV, arts. 69, art. 72, art. 111, III, “a”, art. 124, I e art. 131, do RICMS/97).

A Infração 4, foi reconhecida pelo recorrente, cessando portanto, a lide administrativa.

A infração 5, diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo, nos exercícios de 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003. O autuado alegou que parte de suas aquisições dizia respeito a insumos, contudo, nada juntou que pudesse fazer prova de suas argumentações, limitando-se a requerer perícia fiscal. Adentrou, ainda, na argüição de constitucionalidade da legislação tributária, argumento por nós já rebatido acima. Mantida a autuação.

A infração 7, refere-se à aquisição de materiais de construção, conforme Anexo 4-B, que foi considerado pelo Fisco como aquisições para fins alheios às atividades da empresa, nos exercícios de 2000 e 2001. O sujeito passivo alegou que as mercadorias adquiridas foram utilizadas em instalações industriais, compondo o ativo fixo do estabelecimento, tais como: válvula de controle, tubulação de produto, material de abrasão antiácidoo, poço de captação e tratamento de água de processo. Conforme consignado no voto da Junta de Julgamento Fiscal, prevalece neste item o mesmo posicionamento adotado para a infração 3, uma vez que em se tratando de materiais utilizados em instalações industriais, estes, devem ser acolhidos como aquisições de bens. Nesta linha de entendimento, o uso do crédito fiscal só é permitido nos moldes previsto no §17, I, do art. 93 do RICMS/97. Mantida a autuação.

Nas infrações 8 e 9, o autuante ao lavrar o Auto de Infração, informou que apesar de o autuado estar cadastrado como “estabelecimento industrial”, o estabelecimento fiscalizado funciona apenas como estabelecimento comercial, já que tem como objetivo receber mercadorias de sua fábrica para distribuição a seus clientes. Informou que inexiste qualquer máquina capaz de realizar algum processo industrial. O defendant argumentou ser uma indústria e fabricar,

inclusive, picolés e sucos, e, por esta razão teria direito ao uso de crédito decorrente de energia elétrica, citando o art. 33, III, da Lei Complementar nº 102/00 e que, também, lhe era permitido creditar-se de débitos decorrentes de aquisição de serviços de comunicação. Asseverou, ainda, que mesmo se fosse empresa comercial teria, ainda assim, direito ao creditamento do imposto, ante ao princípio da não-cumulatividade. Citou o art. 155, §2º, I, da CF/88.

A Lei nº 7.014/96 com suas alterações posteriores inseriu no seu texto as normas insertas das Leis Complementares nº<sup>os</sup> 87/96, 102/00 e 114/02, o que, por seu turno, o RICMS/97, o fez através do Decreto nº 6.284/96. O autuado está inscrito na condição de empresa industrial, no entanto, conforme se extrai das informações existentes nos autos, o processo de industrialização é feito em outro estabelecimento do impugnante. Assim, a Lei nº 7.014/96, alterada pelas Leis nº<sup>os</sup> 7.710/00 e 8.542/02, estabeleceu, no seu art. 29, §1º, III e IV, que o uso do crédito fiscal, tratando-se de energia elétrica e serviço de comunicação, só será admitido para estabelecimento comercial, a partir de 1º de janeiro de 2007. Observo que, no caso da energia elétrica, a sua utilização é permitida quando consumida no processo de industrialização, e neste caso, o estabelecimento autuado, de acordo com as informações trazidas aos autos, funciona apenas como estabelecimento comercial distribuidor. Mantida a autuação.

Na infração 10, imputa-se ao sujeito passivo a entrada no seu estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigida multa de 10% sobre o valor das operações. No tocante a este item, o autuado alegou haver carta de correção sanando a irregularidade, uma vez que as mercadorias tiveram como destino a sua filial localizada no município de Teixeira de Freitas, porém, apenas alegou, sem, contudo, trazer aos autos os elementos comprobatórios da regularidade das operações, quais sejam: as cartas de correção, bem como, cópias autenticadas das folhas do livro Registro de Entradas de Mercadorias demonstrando que os documentos foram escriturados no seu destino, considerando os ajustes feitos através de cartas de correção. Assim, a simples alegação sem a devida comprovação não elide a autuação (art. 143 do RPAF/99). Mantida a acusação fiscal.

Na infração 11 foi exigida multa por escrituração dos livros sem prévia autorização. Esclarecido que o autuado é usuário de sistema eletrônico de processamento de dados e deixou de autenticar os livros fiscais de Registro de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS, relativamente ao exercício de 2001. No que se refere à multa aplicada, foi ressaltado pelo julgador de 1ª Instância que o dispositivo regulamentar citado pelo autuante trata de “prévia autenticação” e, no caso em questão, o art. 704 do RICMS/97 dispõe sobre a obrigatoriedade do contribuinte que escriturar os livros fiscais por sistema de processamento de dados, encaderná-los e autenticá-los dentro de 60 dias, contados da data do último lançamento, inexistindo, portanto, a figura “prévia autenticação”. Assim, concordo com o entendimento inserido na Decisão recorrida, pois houve descumprimento de obrigação acessória, distinta da lançada no Auto de Infração. No entanto, inexistindo pena específica para esta infração, deve prevalecer a indicada no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, ou seja, no valor de R\$50,00.

Assim, ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, ficando inalterada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

## 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 147323.0002/03-6, lavrado contra **MILCO ALIMENTOS LTDA. (MILCO S/A.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$104.158,55**, sendo R\$45.389,36, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “b” e “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$58.769,19, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “b”, “f” e VII, “a”, da citada lei, e demais acréscimos legais, além das multas nos valores de **R\$2.214,35**, com os respectivos acréscimos legais, e de **R\$50,00** previstas no art. 42, IX e XXII, da Lei nº 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.534/02.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de Dezembro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS