

A. I. Nº - 206828.0002/09-2
AUTUADO - NORSA REFRIGERANTES LTDA.
AUTUANTE - LUIZ CARVALHO DA SILVA e ITAMAR GONDIM SOUZA
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 16.06.2010

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0131-02/10

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** BENS DO ATIVO IMOBILIZADO – CREDITAMENTO À RAZÃO DE 1/48 POR MÊS. Provada a utilização do crédito total destacado nas Notas Fiscais de aquisição de bens destinados ao Ativo Permanente do estabelecimento, sem observar que a apropriação do crédito deveria ser feita à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês. Infração comprovada. **b)** AQUISIÇÕES DE MATERIAL DE CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. ÓLEO DIESEL PARA CONSUMO EM FROTA DE CAMINHÕES PRÓPRIA. O Parecer GECOT nº 11741/2006 revogou o Regime Especial concedido através do Parecer GECOT nº 3850/2002, e relativo à apropriação de 91,34% do crédito fiscal relativo ao ICMS incidente nas aquisições de combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos empregados na prestação interna de serviços de transporte de mercadorias. Ocorre que a referida revogação somente ocorreu em 04/10/2006, enquanto que os fatos geradores são relativos aos exercícios 2004 e 2005, ou seja, anteriores a revogação. Infração insubstancial. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Os equívocos apontados pela defesa foram corrigidos na informação fiscal, à qual foram anexados novos demonstrativos com valores reduzidos em razão das correções efetuadas. Infração parcialmente subsistente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. O art. 146 da Constituição especifica genericamente o papel da lei complementar sobre matéria tributária para os três níveis de governo. Para o ICMS, especificamente, a Carta, no art. 155, § 2º, XII, relaciona as matérias em relação às quais cabe à lei complementar preordenar a disciplina a ser fixada pela legislação ordinária. O fato de determinada matéria não ter sido regulada por lei complementar não impede os Estados de normatizá-la, fazendo uso de sua competência constitucional, desde que não se trate de matéria que deva, necessariamente, ser objeto de lei complementar ou de resolução do Senado. A diferença de al

§ 2º, VIII, da Constituição.

da Lei nº 7.014/96 têm plena validade formal e material. Refeitos os cálculos em relação ao item **a) BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO**. Infração parcialmente caracterizada. Mantida integralmente o item relativo ao material de consumo. Infração subsistente. **4. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE CONTROLE DA PRODUÇÃO E DO ESTOQUE. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA.** Fato provado. Rejeitada a preliminar de nulidade argüida. Este órgão de julgamento não tem competência para apreciar questões de constitucionalidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2009, para constituir o crédito tributário relativo ao ICMS no valor histórico de R\$288.194,54, decorrente de:

Infração 01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$6.117,12, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Em relação ao mês de fevereiro de 2004 a utilização verificou-se mediante lançamento no livro Registro de Entradas, das notas fiscais 274122 e 274295 com CFOP 2552 - Transferência de Bem do Ativo Imobilizado, e no período de maio/2004 a dezembro/2005, mediante lançamento no livro de RAICMS, campo Outros Créditos, com a descrição Difal s/bens do ativo imobilizado, sem maiores explicações (fls. 16 a 40).

Infração 02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$88.791,88, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Conforme demonstrativo anexo ao auto, que relaciona notas fiscais de aquisição de óleo diesel para consumo em frota de caminhões própria, sendo que inexiste previsão legal para utilização do crédito correspondente (fls. 41 a 44).

Infração 03 - Reteve e recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$168.317,96, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Conforme demonstrativo da Auditoria da Substituição e da Antecipação Tributária, elaborados a partir dos arquivos do Sintegra apresentados pelo contribuinte, anexa a primeira e última página de cada período (fls. 45 a 97) e um CD acondicionado em envelope à folha 135, contendo arquivos em PDF com as planilhas integrais (2004 e 2005), do qual foi entregue cópia ao contribuinte mediante recibo de arquivos eletrônicos, fls. 136.

Infração 04 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$18.989,59, 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, conforme demonstrativo anexo, onde se discriminam todos os documentos fiscais que deram origem ao levantamento das quantias apuradas que, confrontadas com os valores lançados no RAICMS, revelaram as diferenças a recolher abaixo indicadas, fls. 98 a 102.

Infração 05- Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$5.517,99, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo anexo da Auditoria de Bens de Uso e Consumo que relaciona documentos fiscais e apontam os valores apurados em confronto com os lançados no RAICMS, resultado nas quantias mensais a seguir. fls. 103 a 134.

Infração 06 - Multa de R\$460,00 por ter deixado de escriturar livro Fiscal. Apesar de regularmente intimado, não encriturou o livro de Registro de Controle da Produção e do Estoque, nem apresentou planilhas ou quaisquer elementos que o substituíssem.

As fls. 139 a 146, o autuado impugna o auto de infração através de advogado habilitado, argüindo nulidade da autuação com base em dados do termo de intimação para apresentação de livros e documentos e de início de fiscalização, comparados com dados do próprio auto de infração. Posto que a legislação ao tratar do desenvolvimento da ação fiscalizadora impõe critérios indispensáveis ao lançamento, os quais, sendo desobedecidos, maculam o trabalho fiscal pelo vício da nulidade.

Frisa que o auto de infração, embora tenha sido recebido por preposto da impugnante em 10/07/09, foi lavrado em 30/06/2009, vale dizer, na mesma data em que foi emitido o termo de intimação para apresentação de livros e documentos e de início de fiscalização, fato que indica a inexistência de tempo suficiente para a elaboração de levantamento capaz de determinar com segurança a infração cometida.

Ressalta que, do termo de intimação para apresentação de livros e documentos e de início de fiscalização, acima mencionado, o contribuinte teve ciência em 10/07/09. Questiona o fato de o contribuinte ter tomado ciência em 10/07/09 para apresentar no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, livros fiscais, documentos fiscais, contábeis e de controles internos para início de fiscalização, como se explica que esta fiscalização foi efetivamente concluída, o auto de infração lavrado e encerrado em 30/06/2009.

Aduz que a fiscalização foi procedida, o auto de infração devidamente lavrado e encerrado, sem que a ação tivesse início oficialmente, consoante se pode verificar pela análise conjunta das datas de emissão e de ciência ao contribuinte constantes do termo de intimação para apresentação de livros e documentos e de início de fiscalização e do presente Auto de Infração.

No mérito, quanto a infração 01, diz que o vigente sistema tributário relativo aos créditos provenientes das entradas de bens destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento, definido na Lei Complementar 87/96, assim como no próprio artigo 93 parágrafo 17 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, preceitua que: *a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento.* Sob este prisma, é relevante colocar em evidência que passados quarenta e oito meses contados da data da entrada do bem no estabelecimento, o saldo remanescente do crédito será cancelado. Na linha desta regra, entende-se que ao final do quadragésimo oitavo mês, a apropriação do crédito proveniente da entrada de bens destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento está conforme o ditame da legislação tributária, devendo ser apenas cancelado o saldo remanescente de crédito, se houver. Por último, cabe salientar que o crédito fiscal de ICMS tratado na suposta Infração 01 - 01.02.01, datando de fevereiro do ano de 2004, o seu aproveitamento pela impugnante está completamente ajustado ao disposto na Lei Complementar 87/96, como ao preceito do artigo 93 parágrafo 17 do RICMS, que regem o assunto. Isto posto, requer, que seja julgada improcedente a suposta Infração 01, haja vista que ao final do quadragésimo oitavo mês da data da entrada do bem no estabelecimento, a apropriação do crédito fiscal encontra-se garantida pela legalidade do artigo 20 parágrafo 5º da Lei Complementar 87/96 e pela ordem regulamentar disposta do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Quanto a infração 02 diz que é notório que o ICMS está adstrito ao constitucional princípio da não cumulatividade, cujo fim é reduzir o custo do processo produtivo, minimizando o impacto dos impostos sobre o preço dos bens, de forma que seja tributado somente o valor acrescentado a cada fase do ciclo econômico. Assim, é inadmissível restringir o c
situações previstas no artigo 155, parágrafo 2º, inciso II, da CFB. N

direito de se creditar do ICMS decorrente da aquisição de óleo diesel, pois referida mercadoria é consumida pela frota própria de caminhões, utilizada exclusivamente na entrega de produtos e mercadorias vendidos pela impugnante ao universo de clientes estabelecidos no Estado da Bahia.

Mas, para tanto, existe toda uma razão lógica na metodologia da não cumulatividade que justifica o creditamento do ICMS oriundo da aquisição de óleo diesel por parte da impugnante. A razão lógica está em que o ICMS do óleo diesel adquirido foi pago pela impugnante, porquanto, o seu próprio valor destacado como indicativo integrou a base de cálculo do imposto da nota fiscal emitida pelo fornecedor. Diante desse quadro, sendo certo que a impugnante pagou o ICMS incidente sobre a aquisição que efetuou de óleo diesel e utilizou-o em veículos próprios, na movimentação de entrega de carga própria de mercadorias tributadas pelo imposto, não há como ser negado esse crédito fiscal de ICMS, haja vista que o seu aproveitamento está na conformidade da dimensão do princípio da não cumulatividade. De toda evidência, não existe melhor prova da verdade sobre a afirmação contida no item anterior que os dizeres dos autuantes constantes do relatório de auditoria do crédito fiscal do ICMS, transcritos a seguir. *“Demonstrativo do cálculo do ICMS a recolher, relativo à utilização indevida de crédito fiscal na aquisição de óleo diesel consumido na frota própria de caminhões, em operações de entrega de mercadorias comercializadas”*. Há prova mais autêntica e mais legítima que esta?

Em virtude do exposto, requer, em homenagem ao princípio da não cumulatividade, que a presente infração seja julgada improcedente, ficando garantido a impugnante o direito ao crédito fiscal do ICMS sobre a aquisição de óleo diesel utilizado em veículos próprios, na movimentação de entrega aos seus clientes de carga própria de mercadorias tributadas pelo imposto, conforme previsto em regulamento e assegurado através do Parecer GECOT nº 3850/2002 da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Quanto a infração 03 diz que a mesma também não procede, con quanto, não se fundamenta nos limites da legalidade tributária, segundo deverá ser devidamente comprovado através das explicações sobre a utilização da pauta fiscal prevista na Instrução Normativa vigente na época da autuação. Aduz que os auditores fiscais laboraram em equívoco ao calcularem a retenção do ICMS relativo às operações internas da impugnante, realizadas dos meses de fevereiro de 2004 a dezembro de 2005. Neste passo, preocupada em fundamentar os seus argumentos de defesa, a impugnante observa que no mencionado período de fevereiro de 2004 a dezembro de 2005, a pauta fiscal que fixava valores para cálculo da retenção do ICMS por substituição relativo às operações internas, estava contida na Instrução Normativa nº 23/03, vigente de maio de 2003 a fevereiro de 2006. Por esta razão, importa salientar que o equívoco dos auditores fiscais foi não ter levado na devida conta regra da aludida Instrução Normativa nº 23/03, dispondo que. *“Na hipótese de operações tributadas com refrigerantes acondicionados em embalagens que possuam volumes distintos dos previstos neste anexo, considerar-se-á, como base de cálculo, o valor proporcional ao conteúdo imediatamente inferior ao mesmo tipo de embalagens indicado nesta Instrução Normativa”*.

Neste específico ponto, evidencia-se que no tocante às saídas internas do produto da embalagem 200 ml - garrafa retornável, não discriminado no ANEXO ÚNICO da Instrução Normativa nº 23/03, o valor de pauta utilizado no levantamento fiscal foi de R\$ 5,68 por dúzia, fixado para o refrigerante de 261 a 360 ml, indicado no sub-item 16.01 - do inciso I - garrafa de vidro retornável. Pois bem, sem que tenha sido adotada a regra da proporcionalidade referida na Instrução Normativa em comento, seguramente houve equívoco no cálculo dos auditores fiscais quanto ao imposto reclamado por efeito da presente infração.

Enumerando mais uma inconsistência da infração 03 é válido salientar que a saída do produto guaraná simba 600 ml, foi calculada no ano de 2005, pela pauta de R\$ 10,00, por dúzia, quando, efetivamente, desde maio de 2003 até fevereiro de 2006, o valor da em R\$ 8,40, conforme indicado no sub-item 16.05 - do inciso

mencionada Instrução Normativa. Tem-se, assim, por inequívoco, que o levantamento do qual resultou a infração ora contestada, não deve surtir efeitos contra a impugnante, posto que não plenamente compatível com o disposto na Instrução Normativa nº 23/03.

Em virtude do exposto, bem como tendo em vista que as inconsistências do trabalho dos auditores fiscais, as quais podem ser confirmadas por diligência posterior, descharacterizam o levantamento fiscal como um todo, requer, que a presente infração seja também julgada improcedente.

Quanto a Infração 04 alega que o fato alegado para a autuação não ocorreu, porquanto, a impugnante não adquiriu mercadorias de outras Unidades da Federação para o seu ativo fixo, mas recebeu bens em transferências da filial estabelecida em Maracanaú/Ceará, CNPJ 07.196.033/0021-41, os quais nunca foram destinados para comercialização. Acrescenta que a quantidade de inconsistências verificadas no âmbito do relatório denominado AUDITORIA DAS AQUISIÇÕES DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO, entre as quais pode-se referenciar o caso da nota fiscal nº 28298, indicada duplamente, da nota fiscal nº 1630, também indicada duplamente, assim como a cobrança incorreta de diferença de alíquotas no valor de R\$3.309,82, quando o devido seria R\$ 1.654,91. Deste modo, requer que seja julgada improcedente a Infração 04, em virtude dos inúmeros equívocos praticados pelos autuantes, o que gera insegurança jurídica, ante a falta de clareza e objetividade do levantamento.

Quanto a Infração 05, diz tratar-se de suposta infração acerca do fato de a impugnante ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. Todavia a suposta Infração não foi determinada com exatidão e segurança, pois os autuantes ignoraram recolhimento no valor de R\$ 2.015,95, que poderia muito bem ter sido considerado como crédito em favor da impugnante. Ante o exposto, requer, que seja julgada improcedente a Infração 05 em face de a acusação fiscal ser inexata, por desconsiderar legítimo direito da impugnante, representado em valor regularmente recolhido.

No tocante ao relato da Infração 06, informa que a impugnante, na condição de estabelecimento industrial, adota processo informatizado que permite controlar mercadorias entradas, saídas, produzidas, bem como saldos de quantidades em estoque. Ante o exposto, requer, que seja julgada improcedente a Infração, em virtude de o controle quantitativo dos estoques mantido pela impugnante, por meio de processo informatizado, atender aos requisitos do artigo 326 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Ao finalizar, requer pela decadência, nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

Os auditores autuante, as fls. 231 a 236, na informação fiscal, contestando as afirmações defensivas, em relação ao pedido de nulidade, diz que, relativamente ao Termo de Intimação datado de 10/07/2009, é óbvio que ele nada tem a ver com o fulcro dos itens constantes do presente Auto de Infração. O nobre advogado, certamente por desconhecer a realidade dos fatos, laborou em erro ao vincular o objetivo do referido Termo de Intimação com os fatos que culminaram na lavratura do AI.

Na verdade, por motivo de demora na solução de inconsistências nos arquivos do SINTEGRA, em atendimento à Intimação para Correção de Inconsistências em Arquivos magnéticos (fls. 13), ocorreu um desdobramento da ação fiscal, ficando o resultado do Levantamento Quantitativo de Estoques, integrante da ação fiscal, para autuação posterior, caso se confirmassem as omissões de saídas então apontadas. A fim de se evitar prejuízos à Contribuinte, com a lavratura de auto eivado de possíveis inconsistências, concedeu-se um prazo para a conferência e manifestação por parte da Fiscalizada, acerca do levantamento, que, então, apontava expressivas omissões de saídas de mercadorias. Na ocasião foi entregue ao preposto da empresa ~~Mr. Fábio Lamartine~~ um conjunto de todas as peças do levantamento, como se vê às fls. 143 a 150, para dar início a nova ação fiscal, focando a

fiscalização encerrada mediante a lavratura do presente Auto de Infração – justamente o Levantamento Quantitativo de Estoques –, é que se expediu o Termo de Intimação de 10/07/2009, cuja finalidade não deve ter sido adequadamente informada ao nobre Patrono da Defesa, que, inadvertidamente, o entreviu como suposto instrumento de nulidade do feito.

Ao cuidar do mérito, contestando as razões da defesa diz que em relação a Infração 01 relativamente à apropriação indevida do crédito fiscal pela entrada no estabelecimento, por transferência, de bens destinados ao ativo imobilizado, o próprio autor da impugnação reconhece as regras prescritas na legislação, especialmente a disposta no art. 93, § 17, I, *verbis*:

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário.”

“§ 17. O Uso do crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte, ocorridas a partir de 1º/01/2001 fica sujeito as seguintes disposições (Lei nº. 7710).”

“I – a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;”

Apesar disso, a defesa sugere que, passados os quarenta e oito meses da entrada do bem no estabelecimento, o direito à apropriação do crédito estaria automaticamente ajustado às exigências legais e regulamentares, no que os signatários concordariam, mas somente se o creditamento tivesse ocorrido após os quarenta e oito meses. No caso presente, porém, o contribuinte creditou-se de 100% do crédito no mesmo mês da entrada do bem no estabelecimento, em flagrante infração às regras então vigentes.

Quanto a Infração 2 – Com referência ao crédito fiscal procedente da aquisição de óleo diesel utilizado na frota de caminhões empregada na entrega dos produtos vendidos, o Patrono de defesa alega o princípio constitucional da não cumulatividade do imposto, dizendo ser *“inadmissível restringir o creditamento do ICMS fora das situações previstas no artigo 155, parágrafo 2º, inciso II, da CFB”*. Nos itens 13 a 16 de seu arrazoado, reafirma a real utilização do combustível, ficando bem evidente que o uso se deu, efetivamente, na entrega das vendas de produtos realizadas. Ao final requer o julgamento pela improcedência do item de autuação, *“em homenagem ao princípio da não cumulatividade”*, reafirmando seu entendimento pelo direito ao uso do crédito, segundo ele, *“conforme previsto em regulamento e assegurado através do Parecer GECOT nº 3850/2002 da Fazenda do Estado da Bahia”*.

Acontece, entretanto, que os Autuantes não encontraram na legislação, dispositivo que atribuísse à Autuada o direito ao crédito na situação em que houve o consumo do combustível. Ademais, o Parecer GECOT nº 3850/2002 já foi revogado pelo Parecer GECOT nº. 11741 de 04/10/2006. Observe-se, ainda, que o primeiro parecer não foi considerado por esta fiscalização pelo fato de constituir Regime Especial concedido a outro estabelecimento (Inscrição Estadual 48.814.960), com efeitos estendidos a todos os estabelecimentos da empresa inscritos no Estado da Bahia.

Quanto a Infração 03 – No tocante ao cálculo da substituição tributária devida por retenção do imposto na saída dos produtos, informa-se que, por diversas vezes tentaram-se, junto à administração local, dirimir as dúvidas que surgiram quanto ao real conteúdo das diversas embalagens e apresentações de refrigerantes, dadas as inúmeras de descrição insuficientes para se determinar, com precisão, ora a quantidade por embalagem, ora os ML (mililitros) por garrafa, ora a natureza da embalagem, se retornável ou não. O certo é que no processo fiscalizatório muitas correções foram feitas, fugindo ao controle, porém, as duas embalagens apontadas na impugnação, relacionadas com os produtos de 200 ml e com o Guaraná Simba em garrafa econômica de 600 ml, acerca das quais foram procedidas as devolutivas, inclusive, a proporcionalidade, como reclamado pela Autuada,

decorrência, o valor total da Infração 03, que era de R\$ 168.317,96, ficou reduzido a R\$ 74.857,37, conforme novos demonstrativos que serão apensados a esta informação fiscal e entregue uma via ao contribuinte, mediante recibo. As falhas ora reconhecidas, contudo, não descaracterizam o levantamento como um todo, na forma pretendida pela defesa, que, para tanto, teria que comprovar a improcedência do valor remanescente.

Quanto a Infração 04 – O presente item de autuação diz respeito ao lançamento de ofício do imposto correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, na entrada bens destinados ao ativo imobilizado. A defesa, seguindo sua conduta de contestar, mesmo quando a razão não lhe assiste, afirma no item 24 de suas razões de defesa que “não adquiriu mercadorias de outras Unidades da Federação para o seu ativo fixo, mas recebeu em transferência da filial estabelecida em Maracanau/Ceará, CNPJ 07.196.033/0021-41, os quais nunca foram destinados para a comercialização”. Todavia as palavras transcritas da defesa afiguram-se como uma confissão expressa de culpa. Com efeito, a legislação não distingue se a aquisição dos bens destinados ao ativo fixo, procedentes de outras Unidades da Federação, é proveniente de compra ou de transferência – o diferencial entre as alíquotas é devido da mesma forma.

Quanto às “inconsistências verificadas no âmbito do relatório AUDITORIA DAS AQUISIÇÕES DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO” é necessário que se diga que a maioria delas é oriunda de seus arquivos magnéticos, eivados de erros, apesar de todo o tempo que lhe foi concedido para proceder à correção das irregularidades. Seria interessante se o rigor da conferência ora demonstrado, fosse aplicado durante o prazo decorrido entre a entrega dos relatórios e a lavratura do auto, tempo mais do que suficiente para, se quisessem, sanar todas essas falhas somente agora apontadas.

Contudo, as correções são necessárias e elas serão objeto de novos relatórios a salvo das inconsistências verificadas às folhas 98, referente à NF 180032; 100, referente à duplicidade da NF 1630; e 102, referente à duplicidade da NF 28298, o que reduz os valores autuados de janeiro, abril e dezembro/2004, para respectivamente R\$731,15, R\$ 310,94 e R\$767,16, e o total do item, que era de R\$ 18.989,59, fica reduzido para R\$16.773,73.

Quanto a Infração 5 – Pela presente infração lançou-se o imposto devido em decorrência do recolhimento a menor da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais na entrada de bens destinados ao consumo no estabelecimento. Na peça defensiva o patrono alega falta de “exatidão e segurança, pois”, segundo ele, os “autuantes ignoraram no valor de R\$ 2.015,95 (dois mil quinze reais e noventa e cinco centavos), que poderia muito bem ter sido considerado como crédito em favor da impugnante” (sic).

A alegação de recolhimento acima foi realizada de forma um tanto insólita, uma vez que não indicou onde se encontra registrado tal valor em sua escrita fiscal. Procedemos a uma busca no Livro de Registro de Apuração do ICMS e no DAE ANUAL do INC (Informações do Contribuinte no sistema corporativo da SEFAZ) e não o localizamos.

Anexam uma via do DAE Anual 2004, 2005 e 2006, para que se possa constatar a inexistência do recolhimento citado. Informam que consultaram o Contador do estabelecimento, Sr. Fábio Lamartine, que ficou de perguntar ao departamento jurídico da empresa, porém, até o encerramento do prazo de entrega desta informação fiscal, não respondeu a nossa indagação.

Assim sendo, desconsideram a alegação de recolhimento contida na defesa, mantendo, por conseguinte, a integralidade da acusação relativa à Infração 05 do presente Auto de Infração, já que outros argumentos defensivos não foram trazidos à lide.

Quanto a infração 6, infração de caráter formal, pela não escrituração do livro de Registro de Controle da Produção e do Estoque, a defesa apenas informa que a autuada “na condição de empresa industrial, adota processo informatizado que permite cor saídas, produzidas, bem como de quantidades em estoque”. Diz ai

requisitos do art. 326 do RICMS. De fato, existe a previsão de sistema informatizado substituir a escrituração do livro. Por isso mesmo que o Termo de Intimação, de fls. 12, ofereceu a alternativa de apresentar planilhas que o substituisse. Entretanto, a empresa nem escriturou o livro, conforme confessado na defesa, e tampouco apresentou ao fisco elementos do seu sistema informatizado de controle, dificultando a execução adequada dos trabalhos.

Ao finalizar, ultrapassada a preliminar de nulidade, que os autuantes consideram devidamente rebatida, inclusive com a juntada de documentos, considerando as correções feitas em relação às infrações 03 e 04, e considerando ainda que os demais argumentos esposados pelo patrono da defesa não se mostraram suficientes para elidir os demais itens da autuação, opina pela procedência parcial do Auto de Infração.

Em nova manifestação defensiva , fls. 295 a 301, sobre as alegações da informação fiscal diz que o auto de infração foi impugnado no devido tempo, quando, preliminarmente, foi demonstrada a plena nulidade da autuação com fundamento em erros formais do Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e de Início de Fiscalização, lavrado em 30/06/2009, mas levado à ciência do contribuinte em data de 10/07/2009. No texto do item 02 da Informação Fiscal, em que tecem considerações a respeito da preliminar de nulidade requerida na impugnação, os ilustres autuantes escrevem o que se segue. *Relativamente ao Termo de Intimação datado de 10/07/2009, é óbvio que ele nada tem a ver com o fulcro dos itens constantes do presente Auto de Infração.* Neste exato ponto, os ilustres autuantes cometem mais um simples engano que precisa ser corrigido. É que o Termo de Intimação não está datado de 10/07/2009, mas de 30/06/2009. Em 10/07/2009, o contribuinte tomou ciência do Termo de Intimação conforme rubricado por seu preposto no rodapé do mesmo.

Ressalte que, corrigido o outro engano dos autores do feito, sendo o lançamento de constituição do crédito tributário um procedimento resultante de uma atividade plenamente vinculada (art.142 do CTN), é óbvio que o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e de Início de Fiscalização tem tudo a ver com o fulcro dos itens constantes do Auto de Infração em lide.

Frisa que a questão que se coloca agora é a seguinte: o TERMO DE INTIMAÇÃO datado de 30/06/2009, PARA APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS E DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO foi emitido com a devida observação de certas e determinadas formalidades essenciais condizentes com o sistema de normas processuais prescritas no Decreto nº 7.629/1999?

Responde que não, posto que, como afirmam os próprios autuantes, o Termo de Intimação em comento foi expedido *para dar início a nova ação*. Se o referido termo foi lavrado em 30 de junho de 2009, dado ciência ao contribuinte em 10/07/2009, que tempo restou para a execução do trabalho de lavratura do Auto de Infração, acontecida em 30 de junho de 2009. Deste modo, é inquestionável a prova de que a nulidade do Auto de Infração é absoluta, não admitindo correções, haja vista que do Termo de Intimação para apresentar no prazo de 48 horas, livros fiscais, documentos fiscais, contábeis e de controles internos para início de fiscalização, o contribuinte comprovadamente tomou ciência em data de 10/07/09, um dia de sexta feira, significando assim, que o dito prazo de 48 (quarenta e oito) horas, iniciou no dia 13/07/09, segunda feira. Contudo, sem qualquer razão de ordem processual, o trabalho de fiscalização foi iniciado, concluído, o auto de infração lavrado e encerrado em 30/06/2009.

Prosseguindo, passa prestar esclarecimentos acerca das razões de contestação a cada uma das seis infrações.

No caso da infração 01 ficou evidenciado na impugnação de que o crédito fiscal de ICMS proveniente das entradas de bens destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento, tido como utilizado indevidamente, datava do mês de fevereiro do ano de 2004. Argumentou a empresa autuada que passados quarenta e oito meses contados da data

estabelecimento, o aproveitamento do citado crédito fiscal teria obedecido a forma prescrita na Lei Complementar 87/96, bem como ao preceito do artigo 93 parágrafo 17 do RICMS/BA.

Para justificar o não cometimento da infração 02, a autuada valeu-se diretamente do princípio da não cumulatividade, que é constitucional, detalhando o seu direito de se creditar do ICMS decorrente da aquisição de óleo diesel, porquanto, a referida mercadoria foi consumida pela frota própria de caminhões utilizada exclusivamente na entrega de produtos e mercadorias vendidos pela impugnante ao universo de clientes estabelecidos no Estado da Bahia.

Quanto a infração 03, frisa que restou comprovado o equívoco dos ilustres autuantes cometido por ocasião do trabalho fiscalizatório, ao deixarem de levar na devida consideração dispositivos da Instrução Normativa nº 23/03, vigente de maio de 2003 a fevereiro de 2006, favoráveis ao contribuinte. Em face do exposto, procedidas as correções relacionadas ao produto da embalagem 200 ml - garrafa retornável, bem como referentes ao produto guaraná simba 600 ml, garrafa econômica, submete os novos demonstrativos apensados a Informação Fiscal, ao superior critério dos Julgadores da Egrégia JJF.

Infração 04 - Frisa que por meio da contestação feita na impugnação inicial os autuantes refizeram os seus relatórios, quando procederam correções relacionadas ao produto da embalagem 200 ml - garrafa retornável, bem como referentes ao produto guaraná simba 600 ml, garrafa econômica.

Infração 05 - Não foi determinada com exatidão e segurança, pois, os ilustres autuantes ignoraram recolhimento no valor de R\$ 2.015,95, que poderia muito bem ter sido considerado como crédito em favor da impugnante, pois que foi recolhido a maior por ocasião dos pagamentos das diferenças entre as alíquotas interna e interestadual, referentes aos meses de janeiro, junho, agosto, setembro, novembro e dezembro, do ano de 2005.

Infração 06 - Nos argumentos de suas razões de impugnação, a autuada observou o seguinte: “na condição de estabelecimento industrial adota processo informatizado que permite controlar o quantitativo de mercadorias entradas, saídas, produzidas, bem como os saldos em estoque”, segundo os requisitos do artigo 326 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Ao final, requer pela nulidade do Auto de Infração.

Em nova informação fiscal, fls. 348 a 350, os autuantes ressaltam que em relação a preliminar de nulidade ofereceram as devidas explicações e, para que não restasse qualquer dúvida quanto ao amplo direito de defesa, foi reaberto o prazo de defesa em 30 dias para livre manifestação defensiva. Apesar dos esclarecimentos quanto aos reais motivos da lavratura do novo “Termo de Intimação para Apresentação de Documentos e de Início de Fiscalização”, em 10/07/2009, o advogado da defesa, lamentavelmente insiste em tentar anular o feito com base em documentos que nada tem a ver com a autuação, tanto assim que os autuantes não o anexaram ao PAF. Também, não há, no referido documento, qualquer observação quanto à finalidade específica, porque ela foi informada verbalmente ao preposto, Sr. Fábio Portela Lamartine.

Reiteram que o referido termo destinava-se tão somente a reiniciar ação fiscal dos exercícios de 2004 e 2005 visando o cumprimento do roteiro de Auditoria de Estoque, que não foi possível realizar no devido tempo por demora na correção de inconsistências nos arquivos magnéticos. Para alicerçar suas afirmações, os autuantes anexaram à Informação Fiscal anterior, para conferência, vários demonstrativos do levantamento quantitativo de estoques, fls. 237 a 259. Em decorrência do citado roteiro, em 28/09/2009, foi lavrado o Auto de Infração nº 206828.0003/09-9, cuja ciência foi dada ao contribuinte em 30/09/2009, conforme cópia anexa, devidamente assinada.

Em relação a infração 01, frisam que a defesa simplesmente repete sua argumentação anterior.

Quanto a infração 02, reiteram o argumento da informação anterior.

Relativa a infração 03, salienta que os equívocos apontado pela defesa foram corrigidos na informação fiscal anterior, à qual foram anexados novos demonstrativos com valores reduzidos em razão das correções efetuadas. Frisam que, na manifestação em comento a defesa não traz qualquer observação, considerando-se, portanto, que foram totalmente aceitas as correções.

No tocante a infração 04, aduz que procederam correções com emissão de novos demonstrativos na 1^a informação fiscal, sobre os quais a defesa não faz reparos, sendo, portanto, a exemplo do ocorrido na infração 03, aceitas as correções levadas a efeito.

Com referência a infração 05, dizem que restou sem explicação uma alegada quantia de R\$2.015,95, que a defesa mencionara *“que poderia muito bem ter sido considerado como crédito em favor da impugnante”*. Agora veio a explicação de que seria o somatório dos valores tidos como recolhidos a maior nos meses de janeiro, junho, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2005, constante do demonstrativo daquele exercício. Neste caso, sugestão dos autuante é no sentido de que o contribuinte ingressasse com processo de pedido de autorização para se creditar desses valores, considerando-se tratar de exercício já fechados.

Sobre a infração, destacam que a manifestação defesa nada acrescentou que pudesse alterar a situação já configurada na impugnação e na informação fiscal anterior, pois embora exista sistema informatizado de controle da produção e do estoques, esse sistema não foram apresentados ao fisco.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de 06 infrações.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pela defesa sob alegação de falha na intimação, tendo em vista que o sujeito passivo foi devidamente intimado da ação fiscal, conforme Termo de Intimação acostado à folha 12 dos autos, com ciência do contribuinte em 22/04/2009, tendo entregue os documentos e parte dos livros fiscais, tendo os autuante aplicados os roteiro de fiscalização e lavrado o Auto de Infração ora em lide, concluindo o procedimento de auditoria de forma correta, não havendo causa para nulidade.

Ocorre que, como bem ressaltaram os autuantes, de forma lógica e coerente, o novo Termo de Intimação, datado de 10/07/2009, decorre da demora na solução de inconsistências nos arquivos do SINTEGRA, em atendimento à Intimação para Correção de Inconsistências em Arquivos magnéticos (fls. 13), ocorreu um desdobramento da ação fiscal, ficando o resultado do Levantamento Quantitativo de Estoques, para autuação posterior, caso se confirmassem as omissões de saídas então apontadas. A fim de se evitar prejuízos ao contribuinte, com a lavratura de auto eivado de possíveis inconsistências, concedeu-se um prazo para a conferência e manifestação por parte da Fiscalizada, acerca do levantamento, que, então, apontava expressivas omissões de saídas de mercadorias. Na ocasião foi entregue ao preposto da empresa, Sr. Fábio Lamartine, um conjunto de todas as peças do levantamento, como se vê às fls. 237 a 265, anexadas a esta informação fiscal. E para dar início a nova ação fiscal, focando aspectos não contemplados na fiscalização encerrada mediante a lavratura do presente Auto de Infração – Levantamento Quantitativo de Estoques –, é que se expediu o Termo de Intimação de 10/07/2009, cuja finalidade não deve ter sido adequadamente informada ao nobre Patrono da Defesa, que, inadvertidamente, o entreviu como suposto instrumento de nulidade do feito.

Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite a decretação de nulidade.

No mérito, na infração 01 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Em relação ao mês de fevereiro de 2004 a utilização verificou-se 1 Registro de Entradas, das notas fiscais 274122 e 274295 com CFOP 2^c

Ativo Imobilizado, e no período de maio/2004 a dezembro/2005, mediante lançamento no livro de RAICMS, campo Outros Créditos, com a descrição Difal s/bens do ativo imobilizado, sem maiores explicações (fls. 16 a 40).

Em sua defesa o contribuinte não nega que utilizou o crédito total destacado nas Notas Fiscais de aquisição de bens destinados ao Ativo Permanente do estabelecimento. Entretanto, alega que passados quarenta e oito meses contados da data da entrada dos bens no seu estabelecimento, o aproveitamento do citado crédito fiscal teria obedecido a forma prescrita na Lei Complementar 87/96, bem como ao preceito do artigo 93 parágrafo 17 do RICMS/BA.

A alegação defensiva não pode ser acolhida, uma vez que, ao se creditar no primeiro mês, de todo o valor do crédito fiscal, de forma indevida, o contribuinte deixou de recolher o ICMS respectivo ao valor correspondente à 47/48, ou seja, quase o valor total. Sobre esse valor é devido multa e acréscimos legais que não foram recolhido pelo autuado, causando prejuízo ao Erário Público Baiano.

Devo ressaltar que o procedimento do contribuinte contrariou frontalmente as regras prescritas na legislação, especialmente, o art. 93, § 17, I, *in verbis*:

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário.”

“§ 17. O Uso do crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte, ocorridas a partir de 1º/01/2001 fica sujeito as seguintes disposições (Lei nº. 7710):”

“I – a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;”

Assim, entendo que a infração 01 restou caracterizada, pois foi comprovada a utilização do crédito total destacado nas Notas Fiscais de aquisição de bens destinados ao Ativo Permanente do estabelecimento, sem observar que a apropriação do crédito deveria ser feita à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês, não havendo nenhuma ilegalidade na autuação.

Na infração 02 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

Para embasar sua autuação o auditor acostou aos autos, fls. 41 a 44, demonstrativo onde relaciona notas fiscais de aquisição de óleo diesel para consumo em frota de caminhões própria.

Em defesa o sujeito passivo não nega que os créditos objeto da glosa são relativos às suas aquisição de óleo diesel, consumido pela frota própria de caminhões, utilizada exclusivamente na entrega de produtos e mercadorias vendidos pela impugnante ao universo de clientes estabelecidos no Estado da Bahia, de óleo diesel para consumo em frota de caminhões própria.

Alega a defesa que é inadmissível restringir o creditamento do ICMS fora das situações previstas no artigo 155, parágrafo 2º, inciso II, da CFB. Entretanto, tal alegação defensiva pertinentes à constitucionalidade da vedação do direito aos referidos créditos fiscais não podem ser apreciadas por este colegiado, pois, ao teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99, a apreciação da constitucionalidade da legislação tributária estadual não se inclui na competência deste órgão julgador. Ressalta que seu procedimento foi amparado no Regime Especial concedido mediante do Parecer GECOT nº 3850/2002.

É verdade que o procedimento do sujeito passivo, em relação ao aproveitamento dos créditos em questão, foi no Regime Especial concedido mediante do Parecer GECOT nº 3850/2002. Tal regime possibilitava à apropriação de 91,34% do crédito fiscal relativo ao ICMS incidente nas aquisições de combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos empregados serviços de transporte de mercadorias.

Ocorre que o referido Regime Especial foi REVOGADO, mediante Parecer GECOT nº 11741/2006, somente em 04 de outubro de 2006, enquanto que os fatos geradores são relativos aos exercícios 2004 e 2005, ou seja, anteriores a revogação.

Também é verdade o argumento trazido durante a sustentação oral, de que a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, mediante Acórdão nº 0411-12/06, ao analisar a mesma matéria em outro Auto de Infração lavrado compra a mesma empresa, entendeu ser improcedente a autuação,

Ante ao acima exposto, entendo que a infração em tela é improcedente.

Na infração 03 é imputado ao autuado reter e recolher a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Consta ainda da acusação, que a mesma se encontra em conformidade com o demonstrativo da Auditoria da Substituição e da Antecipação Tributária, elaborados a partir dos arquivos do Sintegra apresentados pelo contribuinte, anexas as primeira e última páginas de cada período (fls. 45 a 97) e um CD acondicionado em envelope à folha 135, contendo arquivos em PDF com as planilhas integrais (2004 e 2005), do qual foi entregue cópia ao contribuinte mediante recibo de arquivos eletrônicos, fls. 136.

Em sua peça defensiva inicial, o sujeito passivo observa que no período autuado, fevereiro de 2004 a dezembro de 2005, a pauta fiscal que fixava valores para cálculo da retenção do ICMS por substituição relativo às operações internas, estava contida na Instrução Normativa nº 23/03, a qual estabelecia que *“Na hipótese de operações tributadas com refrigerantes acondicionados em embalagens que possuam volumes distintos dos previstos neste anexo, considerar-se-á, como base de cálculo, o valor proporcional ao conteúdo imediatamente inferior ao mesmo tipo de embalagens indicado nesta Instrução Normativa”*.

Argumenta que no tocante às saídas internas do produto da embalagem 200 ml - garrafa retornável, não discriminado no ANEXO ÚNICO da Instrução Normativa nº 23/03, o valor de pauta utilizado no levantamento fiscal foi de R\$ 5,68 por dúzia, fixado para o refrigerante de 261 a 360 ml, indicado no sub-item 16.01 - do inciso I - garrafa de vidro retornável. Pois bem, sem que tenha sido adotada a regra da proporcionalidade referida na Instrução Normativa em comento, seguramente houve equívoco no cálculo dos auditores fiscais quanto ao imposto reclamado por efeito da presente infração. Salienta que a saída do produto guaraná simba 600 ml, foi calculada no ano de 2005, pela pauta de R\$ 10,00, por dúzia, quando, efetivamente, desde maio de 2003 até fevereiro de 2006, o valor da pauta por dúzia ficou sempre em R\$ 8,40, conforme indicado no sub-item 16.05 - do inciso III - garrafa econômica da mencionada Instrução Normativa.

Os autuantes informaram que, por diversas vezes tentaram dirimir as dúvidas que surgiram quanto ao real conteúdo das diversas embalagens e apresentações de refrigerantes, dadas as inúmeras de descrição insuficientes para se determinar, com precisão, ora a quantidade por embalagem, ora os ML (mililitros) por garrafa, ora a natureza da embalagem, se retornável ou não. O certo é que no processo fiscalizatório muitas correções foram feitas, fugindo ao controle, porém, as duas embalagens apontadas na impugnação, relacionadas com os produtos de 200 ml e com o Guaraná Simba em garrafa econômica de 600 ml, acerca das quais foram procedidas as devidas correções, aplicando-se, inclusive, a proporcionalidade, como reclamado pela Autuada, em relação ao primeiro. Em decorrência, o valor total da Infração 03, que era de R\$ 168.317,96, ficou reduzido a R\$ 74.857,37.

Acolho os novos levantamentos revisado na 1ª informação fiscal, às folhas 261 a 278, e novo demonstrativo de débito à folha 266, uma vez que alegações defensivas são pertinente, conforme reconheceram os próprios autuantes, além do fato que os mesmos foram entregues ao sujeito passivo e em sua nova manifestação defensiva não apresentaram a correção, reconhecendo que os auditores procederam as correções relacionadas.

200 ml - garrafa retornável, bem como referentes ao produto guaraná simba 600 ml, garrafa econômica.

Assim, entendo que a infração 03 restou parcialmente caracterizada, no valor de R\$ 74.857,37, conforme abaixo:

MÊS/ANO	ICMS DEVIDO
02/2004	5.554,53
03/2004	7.213,66
04/2004	6.154,45
05/2004	3.680,16
06/2004	3.358,72
07/2004	4.069,71
09/2004	5.249,00
10/2004	4.848,18
11/2004	4.276,98
12/2004	4.892,72
01/2005	2.594,40
02/2005	4.317,71
03/2005	4.404,41
05/2005	6.651,01
06/2005	4.645,66
07/2005	319,36
08/2005	530,06
09/2005	2.096,65
S O M A	74.857,37

Na infração 04 é imputado ao autuado deixar 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.

A infração foi embasada no demonstrativo acostados aos autos às folhas fls. 98 a 102, onde foram relacionados todos os documentos fiscais que deram origem ao levantamento das quantias apuradas que, confrontadas com os valores lançados no RAICMS, revelaram as diferenças a recolher, estando a infração com todos os elementos necessário a garantir a segurança jurídica do lançamento, uma vez que o levantamento fiscal é bastante claro e objetivo, assim como a descrição da infração, motivo pela qual não pode ser acolhido o argumento defensivo relativa a falta de clareza e objetividade.

De igual modo, não pode ser acolhido os argumentos defensivo de que não seria devido o ICMS, pois os bens foram recebidos em transferência de outra filial, uma vez que o artigo 5º do RICMS/97, determina que, para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento, entre outras hipótese, da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento.

Observe que o referido artigo não faz nenhuma restrição se a entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, ocorreu por aquisição ou transferência em filiais.

No mesmo sentido, o artigo 7º do citado regulamento enumera, d

em que não é divido o pagamento da diferença de alíquota, nelas não se encontra as transferências realizadas entre filias, sendo, portanto, devido o imposto decorrente de tais operações interestaduais.

Quanto a alegação defensiva da existência de inclusão de notas em duplicidade, entendo razão assistir ao impugnante.

Entretanto, quando a informação fiscal, os autuantes revisaram o levantamento saneando as inconsistências verificadas às folhas 98, referente à Nota Fiscal nº 180032; folha 100, referente à duplicidade da Nota Fiscal nº 1630 e folha 102, referente à duplicidade da Nota Fiscal nº 28298, o que reduz os valores autuados de janeiro, abril e dezembro/2004, para respectivamente R\$731,15, R\$ 310,94 e R\$ 767,16, e o total do item, que era de R\$ 18.989,59, fica reduzido para R\$16.773,73.

Devo ressaltar que, inclusive, o contribuinte recebeu cópia do novo demonstrativo, não mais apontando nenhuma falha, razão pela qual acolho o mesmo.

Logo, a infração 04 restou parcialmente caracterizada, no valor de R\$ 16.773,73, conforme abaixo:

DATA OCORR	ICMS DEVIDO
31/1/2004	731,15
28/2/2004	2.800,68
31/3/2004	279,47
30/4/2004	310,94
31/5/2004	4.259,71
31/06/2004	24,62
30/11/2004	7.600,00
31/12/2004	767,16
TOTAL	16.773,73

Na infração 05 é imputado ao autuado deixar de recolher ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento.

A infração foi embasada no demonstrativo acostados aos autos às folhas fls. 103 a 134, onde foram relacionados todos os documentos fiscais e apontam os valores apurados em confronto com os lançados no RAICMS, resultado nas quantias mensais objeto da autuação.

Na impugnação foi alegado que a infração não teria sido determinada com exatidão e segurança, pois os autuantes ignoraram recolhimento no valor de R\$2.015,95, que poderia muito bem ter sido considerado como crédito em favor da impugnante, requerendo a improcedente da imputação.

Na informação fiscal os autuantes destacaram que a alegação de recolhimento acima foi realizada de forma um tanto insólita, uma vez que não indicou onde se encontra registrado tal valor em sua escrita fiscal. Procederam a uma busca no livro de Registro de Apuração do ICMS e no DAE ANUAL do INC (Informações do Contribuinte no sistema corporativo da SEFAZ) e não o localizaram.

Informam que anexam uma via do DAE Anual 2004, 2005 e 2006, para que se possa constatar a inexistência do recolhimento citado. Informam que consultaram o Contador do estabelecimento, Sr. Fábio Lamartine, que ficou de perguntar ao departamento jurídico da empresa, porém, até o encerramento do prazo de entrega da informação fiscal, não respondeu a indagação.

O autuado recebeu cópia da informação fiscal e dos documentos acostados pelos autuante, tendo alegado que o valor citado de R\$2.015,95 é decorrente de recolhido a maior por ocasião dos pagamentos das diferenças entre as alíquotas interna e interestadual janeiro, junho, agosto, setembro, novembro e dezembro, do ano de

Tal alegação defensiva também não pode ser acolhida, uma vez que havendo recolhimento a maior, devidamente comprovado, o contribuinte deve proceder na forma prevista nos artigo 73 a 83 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, os quais tratam da restituição de indébitos, não podendo ser objeto de compensação nos autos do presente PAF, por falta de previsão legal.

Ante ao acima exposto, entendo que a infração 05 restou caracterizada.

Na infração 06 é aplicada multa por ter o sujeito passivo deixado de escriturar livro Registro de Controle da Produção e do Estoque, nem apresentou planilhas ou quaisquer elementos que o substituíssem, apesar de regularmente intimado.

Em sua defesa o contribuinte alega que adota processo informatizado que permite controlar mercadorias entradas, saídas, produzidas, bem como saldos de quantidades em estoque.

O argumento defensivo não pode ser acolhido, apesar de existir de previsão para uso de sistema informatizado em substituição a escrituração do livro, o impugnante não apresentou nenhuma prova de sua alegação.

Ressalto que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive, levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

O contribuinte teve 03 (três) oportunidades para apresentar a referida planilha do sistema. A primeira, quando a intimação fiscal, pois o Termo de Intimação, fl. 12, os autuantes ofereceram a alternativa de apresentar planilhas que o substituísse. A segunda, quando da intimação da lavratura do Auto de Infração, durante o prazo de defesa. A terceira oportunidade quando o contribuinte recebeu cópia da informação fiscal e foi intimado do prazo legal para se pronunciar. Entretanto, o sujeito passivo nem escriturou o livro, conforme confessado na defesa, e tampouco apresentou ao fisco elementos do seu sistema informatizado de controle, dificultando a execução adequada dos trabalhos.

Infração caracterizada.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de 103.726,21.

INFRAÇÃO	JULGAMENTO	VALOR DEVIDO
1	PROCEDENTE	6.117,12
2	IMPROCEDENTE	0,00
3	PROCEDENTE EM PARTE	74.857,37
4	PROCEDENTE EM PARTE	16.773,73
5	PROCEDENTE	5.517,99
6	PROCEDENTE	460,00
TOTAL		103.726,21

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206828.0002/09-2, lavrado contra **NORSA REFRIGERANTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$103.266,21**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “f”, VII, “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos lega

R\$460,00, prevista no inciso XV, “d” do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR