

PROCESSO - A. I. N° 206973.0001/08-1
RECORRENTE - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV (FILIAL DE CAMAÇARI)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF n° 0049-05/11
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 22/09/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0285-11/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DOCUMENTO FISCAL NÃO APRESENTADO. Infração parcialmente elidida com a apresentação de algumas notas fiscais. **b)** MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração mantida pois comprovado que os créditos glosados são relativos a materiais de uso e consumo. **c)** LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. Os documentos apresentados não comprovaram o alegado estorno do crédito originado de lançamento em duplicidade. Nas situações acima a legislação não permite a utilização do crédito. Preliminares de nulidade não acatadas, pois embora os Autos de Infração anteriores, referentes à mesma matéria, estejam em discussão no âmbito do Poder Judiciário, não restou demonstrada a causa de suspensão de exigibilidade do presente lançamento. Pedido de diligência negado. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF n° 0049-05/11), que julgou Procedente em Parte a presente autuação, através da qual foram atribuídas aos sujeito passivo três infrações, a saber:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Crédito indevido pela falta de apresentação de documento fiscal. ICMS no valor de R\$46.955,54. Multa de 60%.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Crédito indevido por tratar-se de material de uso e consumo. ICMS no valor de R\$461.115,51. Multa de 60%.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento (s) fiscal (is) em duplicidade. ICMS no valor de R\$366.745,501. Multa de 60%.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa de acordo com os seguintes fundamentos, *in verbis*:

"Inicialmente antes de apreciar qualquer outra questão deste lançamento de ofício, pronuncio-me sobre o fato de que este Auto de Infração, está fundamentado em notas fiscais que já foram objeto dos dois autos anteriores, os de n° 206918.0006/04-3 que está sob análise nos Embargos à Execução n° 1445398-5/2007, distribuídos por dependência à Execução Fiscal n° 9344448-0/2006, em trâmite perante a 1ª Vara Cível e Fazenda Pública da Comarca de Camaçari/BA, nos quais foi requerida a realização de perícia contábil, e o de n° 206973.0003/05-0, que é discutido na Ação Anulatória n° 1631822-6/2007, em trâmite perante a 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, cuja perícia já está em curso, segundo informações da empresa autuado. Assim, o origem do crédito, da aquisição de bens entre 2001 e 2004, ora sob análise, encontra-se em discussão em

processos judiciais, nos quais, inclusive, já foram apresentadas garantias, e por consequência, em tal esfera há de ser analisada a legalidade de sua utilização naqueles Autos de Infração adrede citados.

O patrono da empresa, inconformado com a presente autuação, tenta obstar o julgamento neste CONSEF, pois os processos acima descritos estariam sob apreciação do Poder Judiciário, ou, em outra análise, haveria óbice à exigibilidade do crédito tributário, cabendo a declaração da suspensão, consoante art. 151 do CTN (Lei nº 5.172/66).

Observe que o impetrante está discutindo a relação jurídica nos Embargos à Execução, distribuídos por dependência à Execução Fiscal, como também em Ação Anulatória. Em ambos os casos, importante observar os pedidos formulados na inicial, que inclusive não foram trazidas na peça de defesa, posto que no caso de ajuizamento de Ação Anulatória, se o pedido for apenas a desconstituição de determinado ato de lançamento, caso procedente, a coisa julgada apenas desconstituirá aquele determinado lançamento, o que não impede a Fazenda Pública de constituir outros, relativamente a outros períodos.

Na presente situação, os Embargos à Execução, distribuídos por dependência à Execução Fiscal nº 934448-0/2006, cuja cópia foi anexada aos autos, fls. 136 a 143, pede a insubsistência do crédito exigido, determinando-se a extinção da execução fiscal que embarga. Não consta pedido ao juiz de que declare, expressamente, a inexistência de relação jurídica que autorize a exigência da exação executada.

No que se refere à Ação Anulatória de Lançamento Fiscal, cópia às fls. 148 a 155, o pedido da autora foi formulado para anular o lançamento fiscal concernente ao Auto de Infração nº 206973.0003/05-0, bem como para extingui o crédito tributário, objeto do aludido processo administrativo, com fulcro no art. 156, inciso X do CTN, em face da improcedência da exigência fiscal.

Portanto, os efeitos da coisa julgada, em ambas as ações, recairão apenas sobre o lançamento impugnado, e a Fazenda Pública não ficou impedida, de constituir futuros créditos tributários sob o mesmo fundamento.

Outrossim, os fatos geradores aqui relatados, referem-se às obrigações tributárias ocorridas em datas posteriores às dos Autos de Infração acima mencionados, o que denota que o contribuinte, a despeito das autuações anteriores, continuou adotando o mesmo procedimento de utilização dos créditos fiscais.

Em conclusão não foi apresentado na defesa, qualquer óbice a que o presente Auto de Infração seja julgado por este CONSEF, nem que tenham ocorrido as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Nego o pedido de diligência e de perícia fiscal, haja vista que os elementos constantes do PAF são suficientes para a formação do meu juízo acerca da lide, além do que os documentos que podem comprovar a regularidade fiscal estão na posse do requerente e sua cópia simplesmente poderia ter sido juntada aos autos, conforme art. 147, I, “a”, “b” do RPAF/99.

Destaco que o procedimento fiscal atende às determinações previstas no art. 39 do RPAF/99, haja vista que as infrações foram descritas de forma clara, tendo sido identificados, com segurança, as infrações e o infrator. Ademais, foram elaborados e acostados ao processo, os demonstrativos para determinação do débito referente a cada infração, com base nos respectivos documentos de origem, correspondentes aos períodos de ocorrência dos fatos geradores que foram objeto deste lançamento. Além do que, tendo recebido cópias reprográficas dos demonstrativos, o sujeito passivo exerceu o seu direito de defesa, apresentando impugnação, o que evidencia ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

No mais, partindo da reclamação do sujeito passivo de que as notas fiscais que originaram as infrações não tinham sido especificadas nos autos, foi encaminhada diligência à inspetoria de origem, e os autuantes elaboraram três demonstrativos, discriminando os números das notas fiscais, individualizando as operações que dão suporte à utilização indevida de crédito fiscal, fls. 223 a 241, conforme solicitado. Cada infração tem o demonstrativo correspondente. Salientaram também que nos casos em que o número da nota fiscal é repetido, significa que identificaram mais de um item, cuja apropriação do crédito foi considerado indevida, por eles e pelos julgadores dos autos de infração anteriores. Assim foi feito, desde a origem da cobrança do CIAP, nesta empresa, porque uma nota fiscal poderia trazer itens considerados bens do ativo e itens considerados material de uso e consumo. Muitas vezes, por esta razão, o valor total do documento fiscal não coincide com o valor dos itens cujo crédito foi glosado. Esclareceram os autuantes, que não houve necessidade de elaboração de novo demonstrativo de débito, uma vez que os valores discriminados nos demonstrativos analíticos, referente a cada nota fiscal, coincide com o somatório do valor do crédito indevido, cobrado mensalmente, fls. 12 e 13. Em ambos os demonstrativos estão marcados tais valores. Outrossim, o número de meses com o valor de cada parcela (1/48) do crédito utilizado está especificado também nas fls. 12 e 13, indicando inclusive quais foram os meses da utilização indevida do crédito.

Diante de todos esses esclarecimentos, que reforçam os demonstrativos originariamente anexados e fornecidos à empresa, entendo que não ocorreu cerceamento do direito de defesa, nem prejuízo para o defendente, portanto não há razões para que seja acolhido o pedido de nulidade do Auto de Infração em lide.

Passo à análise do mérito, e na infração 1, consta a exigência de ICMS em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal, de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Também está relatado na descrição dos fatos que o crédito indevido ocorreu pela falta de apresentação de documento fiscal.

Além de o autuado ressaltar, em sua peça de defesa, que os créditos tributários exigidos no presente Auto de Infração têm sua origem em Autos de Infrações que estão em discussão judicial, ingressa no mérito para arguir que não localizou as notas fiscais, por conta da reorganização societária, mas que no decorrer da instrução processual, logo que as localizasse as apresentaria.

Após este arrazoado, adiante, apresenta as cópias das notas fiscais relativas à infração, tais como as de números 143108, 010744, 1856, 1351, 2050, 138664, 100655, 100501, para análise e apreciação da fiscalização, quando o autuante reconheceu que parte dos bens constantes da infração, realmente são do ativo permanente e portanto o contribuinte faz jus ao creditamento mensal, na base de 1/48 avos.

Ressalto que o autuante elaborou 3 demonstrativos discriminando os números das notas fiscais, individualizando as operações que dão suporte à utilização indevida de crédito fiscal, fls. 223 a 241, conforme solicitado por esta Relatora, e cada infração tem o demonstrativo correspondente, demonstrativos estes que a empresa foi cientificada e recebeu cópias. (doc fl. 242).

Deste modo, o auditor fiscal entendeu legítimo o crédito fiscal, das notas fiscais apresentadas, com exceção da Nota Fiscal nº 10744, sob o argumento de que por não ser bem do ativo, não teria direito ao creditamento na forma efetuada pela empresa. Outrossim, após obterem resposta da empresa autuada, quanto ao produto do CTIC 143108 e Nota Fiscal nº 1581, (tulipa centradora completa para enchimento), constataram o direito ao crédito neles constantes, pois se trata de produto do ativo permanente. A final, os autuantes elaboraram outro demonstrativo com as alterações devidas, e informam que o demonstrativo de fl. 12 deste PAF deve ser substituído pelo novo demonstrativo, fl. 294, passando o valor devido pela infração para R\$ 37.958,78. (fls. 293/294).

Quanto à nota fiscal nº 10.744, cuja cópia encontra-se na fl. 247, constato que foi excluída do levantamento original, haja vista que no demonstrativo de fl. 294, no mês de novembro de 2004, foram excluídos os valores de R\$ 723,60; R\$ 680,40 e R\$ 723,60, cujas parcelas de 1/48 foram glosadas em 36 meses, o que perfaz o total de R\$ 2.176,60. Conforme o demonstrativo de fl. 12, originariamente no mês de novembro de 2004, o valor exigido foi de R\$ 7.514,28. Este valor foi reduzido para R\$ 5.386,68, que corresponde ao abatimento de R\$ 2.176,60, conforme o demonstrativo de fl. 294. Portanto, o pleito do contribuinte, com relação à Nota Fiscal nº 10.744, já havia sido atendido pelo autuantes quando elaboraram a planilha de fl. 294.

O demonstrativo de débito da infração 1 passa a ter a seguinte configuração, de acordo com as exclusões das notas fiscais apresentadas na defesa, e acatadas pelos autuantes, demonstrativo de fl. 294, que excluiu do crédito indevido os seguintes valores: R\$ 892,44, referente a soma de 36 meses da parcela de R\$ 24,79, de maio/2004; R\$ 2.172,60, referente a soma de 36 meses das parcelas de R\$ 20,10; R\$ 18,90 e de R\$ 20,10, de novembro de 2004, bem como o valor de R\$ 5.965,97, referente a soma de 36 meses das parcelas de R\$ 5,43, R\$ 0,57, R\$ 148,24, R\$ 11,48, de dezembro de 2004. Assim, do demonstrativo de débito original, em cada data de ocorrência devem ser abatidos os valores acima indicado, enquanto que o ICMS exigido perfaz o total de R\$ 37.969,58.

| Data Ocorrência | Data Vencimento | Base de calculo (R\$) | Alíq. (%) | ICMS (R\$) |
|-----------------|-----------------|-----------------------|-----------|------------|
| 31/01/2005 | 09/02/2005 | 6.211,65 | 17 | 1.055,98 |
| 28/02/2005 | 09/03/2005 | 6.211,65 | 17 | 1.055,98 |
| 31/03/2005 | 09/04/2005 | 6.211,65 | 17 | 1.055,98 |
| 30/04/2005 | 09/05/2005 | 6.211,65 | 17 | 1.055,98 |
| 31/05/2005 | 09/06/2005 | 6.211,65 | 17 | 1.055,98 |
| 30/06/2005 | 09/07/2005 | 6.211,65 | 17 | 1.055,98 |
| 31/07/2005 | 09/08/2005 | 6.211,65 | 17 | 1.055,98 |
| 31/08/2005 | 09/09/2005 | 6.211,65 | 17 | 1.055,98 |
| 30/09/2005 | 09/10/2005 | 6.211,65 | 17 | 1.055,98 |
| 31/10/2005 | 09/11/2005 | 6.211,65 | 17 | 1.055,98 |
| 30/11/2005 | 09/12/2005 | 6.208,00 | 17 | 1.055,36 |
| 31/12/2005 | 09/01/2006 | 6.208,00 | 17 | 1.055,36 |
| 31/01/2006 | 09/02/2006 | 6.208,00 | 17 | 1.055,36 |
| 28/02/2006 | 09/03/2006 | 6.208,00 | 17 | 1.055,36 |
| 31/03/2006 | 09/04/2006 | 6.203,06 | 17 | 1.054,52 |
| 30/04/2006 | 09/05/2006 | 6.203,06 | 17 | 1.054,52 |
| 31/05/2006 | 09/06/2006 | 6.203,06 | 17 | 1.054,52 |
| 30/06/2006 | 09/07/2006 | 6.203,06 | 17 | 1.054,52 |
| 31/07/2006 | 09/08/2006 | 6.203,06 | 17 | 1.054,52 |
| 31/08/2006 | 09/09/2006 | 6.203,06 | 17 | 1.054,52 |
| 30/09/2006 | 09/10/2006 | 6.203,06 | 17 | 1.054,52 |

| | | | | |
|--------------|------------|----------|----|------------------|
| 31/10/2006 | 09/11/2006 | 6.198,71 | 17 | 1.053,78 |
| 30/11/2006 | 09/12/2006 | 6.198,71 | 17 | 1.053,78 |
| 31/12/2006 | 09/01/2007 | 6.198,71 | 17 | 1.053,78 |
| 31/01/2007 | 09/02/2007 | 6.198,71 | 17 | 1.053,78 |
| 28/02/2007 | 09/03/2007 | 6.198,71 | 17 | 1.053,78 |
| 31/03/2007 | 09/04/2007 | 6.198,71 | 17 | 1.053,78 |
| 30/04/2007 | 09/05/2007 | 6.198,71 | 17 | 1.053,78 |
| 31/05/2007 | 09/06/2007 | 6.198,71 | 17 | 1.053,78 |
| 30/06/2007 | 09/07/2007 | 6.198,71 | 17 | 1.053,78 |
| 30/07/2007 | 09/08/2007 | 6.198,71 | 17 | 1.053,78 |
| 31/08/2007 | 09/09/2007 | 6.198,71 | 17 | 1.053,78 |
| 30/09/2007 | 09/10/2007 | 6.198,71 | 17 | 1.053,78 |
| 31/10/2007 | 09/11/2007 | 6.198,71 | 17 | 1.053,78 |
| 30/11/2007 | 09/12/2007 | 6.198,71 | 17 | 1.053,78 |
| 31/12/2007 | 09/01/2008 | 6.198,71 | 17 | 1.053,78 |
| Total | | | | 37.969,58 |

Infração parcialmente mantida no valor de R\$ 37.969,58.

Na infração 2, decorrente da utilização de crédito fiscal de material para uso e consumo do estabelecimento, relacionados no demonstrativo de fls. 224 a 241, constam diversos produtos, tais como: Rolamento, Anel de vedação, Engrenagem, Retentor, Mola, Acoplamento, Guia do Empurrador, Lima, Cabo de Conexão, Niple, Arame Galvanizado, Bobina, Trilho, Cabo Elétrico, Calça, Blusão, Luva, Barrote, Tábua, Telha Eternit, Vassoura, Cadeado, Cantoneira, Disco de Corte, Chumbador, Fita Isolante, Joelho de PVC, Tê, Broca, Lima, Prego, Ripão, Silicone, Tubo Flexível, Calator, Termopar, Roda dentada, Tubo de sopragem, Brita, Bucha, Retificador, Válvulas, Correias dentadas, Válvulas, Aquisição de Software, Mancal, Correia Dentada, Sifão, Porca, Solda, Vedação e outros Materiais, etc.

As notas fiscais objeto da infração são as mesmas que compuseram a base de cálculo do Auto de Infração nº 206918.0006/04-3, julgado em 08 de junho de 2005, Acórdão JJF nº 0199-03/05, infração mantida na íntegra, e Acórdão referendado na 2ª CJF, Acórdão nº 0303-12/05, bem como Auto de Infração posterior de nº 206973.0003/05-0, vez que o sujeito passivo continuou adotando o mesmo procedimento de utilização dos créditos fiscais (Acórdãos juntados às fls. 25 a 68 do PAF).

O autuado alegou que se trata de bens destinados à manutenção das atividades do estabelecimento, nos termos do art. 93, V, “a” do RICMS/BA, mas pela descrição dos bens acima relacionados, constata-se que são peças de reposição que se caracterizam como material de uso (rolamento, rotor, filtro, juntas, anel de vedação); e material de uso empregados em imóveis por acessão física ou reposição dos mesmos (cabo elétrico, joelho de PVC, telhas de eternit) que não geram direito ao crédito (art. 93, V, “b” e 97, § 2º, III), consoante as regras dispostas no art. 29, § 1º da Lei nº 7.014/96.

O crédito fiscal relativo a materiais de uso/consumo, de acordo com o mencionado dispositivo, só é admissível a partir de 1º de janeiro de 2011 e os fatos geradores ocorreram em janeiro de 2005 a dezembro de 2007. Portanto, considero indevida a utilização dos créditos fiscais relativos a estes materiais. Infração mantida.

Na infração 3, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, o contribuinte na sua peça de defesa faz a juntada de documentos na tentativa de comprovar a regularidade de sua escrita fiscal, eis que teria, segundo ele, estornado o crédito fiscal ora reclamado.

Assevera que nesta infração, não há indicação de quais são as notas fiscais que teriam sido utilizadas em duplicidade. Contudo, em observância ao princípio da eventualidade, informa o estorno da nota fiscal apontada nos Autos de Infração nº 206918.0006/04-3 e 206973.0003/05-0, o que evidenciaria a descaracterização da infração. Acosta documentos para comprovar o estorno da Nota Fiscal nº 505, ocorrido em julho de 2002, tais como cópia do Registro de Apuração do ICMS; demonstrativo de crédito de ICMS referente às notas fiscais lançadas nos livros contábeis, referente ao mês de julho de 2002, e demonstrativo de crédito de ICMS durante o ano de 2001.

Os autuantes, após analisarem os documentos acostados na defesa, não constatarem o estorno do crédito fiscal lançado em duplicidade.

Saliento que este mesmo argumento foi utilizado pelo contribuinte, em sua defesa, dos Autos de Infração, adrede mencionados, e deste modo, valho-me do Acórdão JJF Nº 0027/02/06, relativo ao Auto de Infração nº 206973.0003/05-0, no qual foi realizado diligência para verificar a regularidade do lançamento, posto que trata-se da mesma infração, com repercussão em períodos distintos e subsequentes. Assim, peço venia para reproduzir de forma parcial o teor do voto, no que toca a esta infração:

“Quanto à duplicidade de lançamento, o autuado requereu a realização de diligência, e o pedido foi deferido. O auditor designado para cumprir a diligência informou que a empresa utilizou crédito em duplicidade referente à

Nota Fiscal 505, haja vista o documento à fl. 324, no CIAP, no mês de julho de 2002, fazendo menção aos instrumentos às fls. 325/327. Informa ainda que não houve qualquer estorno de crédito no livro CIAP ou no livro de apuração do imposto desde julho de 2002 até a data da lavratura do Auto de Infração. Foi dada ciência do teor dessa informação ao sujeito passivo, e este não voltou a se manifestar.”

Tendo em vista que não ficou comprovado o efetivo estorno do documento fiscal lançado em duplicidade, até a presente data, mantenho a infração na íntegra.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para julgar procedente em parte a infração 1 no valor de R\$ 37.969,58 e mantém a subsistência integral das demais infrações. ”.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 331/337, propugnando, inicialmente, pela suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ao argumento de que a Fazenda Estadual não pode constituir créditos tributários sob o mesmo fundamento dos Autos de Infrações de nº 206918.0006/04-3 e 206973.0003/05-0, afinal, a origem do crédito - aquisição de bens entre 2001 e 2004 -, encontra-se sob discussão em processos judiciais, nos quais, inclusive, já foram apresentadas garantias, e, por consequência, em tal esfera há de ser analisada a legalidade da sua utilização em todos os exercícios.

Esclarece que o Auto de Infração nº 206918.0006/04-3 está sob análise nos Embargos à Execução Fiscal nº 1445398-5/2007, distribuídos por dependência à Execução Fiscal nº 9344448-0/2006, em trâmite perante a 1ª Vara Cível e Fazenda Pública da Comarca de Camaçari/BA. Assevera, ainda, que o Auto de Infração nº 206973.0003/05-0 é discutido na Ação Anulatória nº 1631822-6/2007, em trâmite perante a 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Salvador/BA, cuja perícia já está em curso, porém ainda não concluída.

Diz que, ao contrário do quanto suscitado na referida Decisão ora guerreada, não há que se cogitar que os efeitos da coisa julgada, em ambas as ações, recairão apenas sobre o lançamento impugnado, pelo que a Fazenda está impedida de constituir novos créditos sob o mesmo fundamento até que haja julgamento definitivo dos processos judiciais, razão pela qual o presente processo administrativo fiscal deve ser extinto.

Alternativamente, requer seja suspenso o processo administrativo tributário até o julgamento das ações judiciais, nos termos do art. 265, IV, do Código de Processo Civil, a fim de evitar decisões contraditórias sobre um mesmo assunto.

No mérito, defende a insubsistência de todas as infrações, sob os seguintes argumentos:

INFRAÇÃO 1. Todos os créditos fiscais indicados no Auto de Infração foram utilizados pelo autuado em observância à legislação do Estado da Bahia, não havendo utilização indevida, tanto é assim que, após achar e apresentar as notas fiscais, os Autuantes entenderam como legítimo o crédito das notas fiscais apresentadas.

Alguns documentos fiscais comprobatórios do crédito utilizado não foram encontrados, impossibilitando a imediata demonstração de regularidade do aludido crédito, não significando, todavia, a sua utilização indevida.

A apresentação de algumas notas fiscais que foram encontradas prova que o recorrente não tem má-fé com relação aos referidos creditamentos, bem como que todo o crédito fiscal utilizado foi regularmente lançado nos livros fiscais próprios, razão pela qual a infração sob comento deve ser reconhecida como inteiramente insubsistente.

INFRAÇÃO 2. Os produtos caracterizados equivocadamente pela fiscalização como bens de uso e consumo são, na verdade, destinados ao ativo permanente do estabelecimento, tendo em vista que se relacionam “à manutenção das atividades do estabelecimento” (vide art. 93, inciso V, alínea a, do RICMS) e não “destinadas à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação” (vide art. 93, inciso V, alínea b, do RICMS).

Nesses termos, a conduta do sujeito passivo encontra-se em absoluta conformidade à legislação estadual, especialmente quanto ao art. 29, §1º, inciso I, da Lei nº 7.014/96, dispositivo legal que, fundamentado na Lei Complementar nº 87/96, assegura “*ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente*”.

A regularidade do crédito foi comprovada no que toca ao bem “*tulipa centradora completa para enchedora*”, o que foi acatado tanto pela fiscalização como também pelos julgadores de primeiro grau. O mesmo ocorre com os demais itens, o que pode ser aferido através de perícia técnica de engenheiro de produção.

INFRAÇÃO 3. O crédito fiscal supostamente escriturado em duplicidade foi devidamente estornado, conforme Documento 05 da Impugnação, quais sejam:

- a) Cópia do Registro de Apuração do ICMS do período de julho de 2002, em que fica demonstrado, inequivocadamente, que o lançamento dúplice da Nota Fiscal nº 505 foi devidamente estornado em 23/07/2002;
- b) Demonstrativo de crédito de ICMS referente às notas fiscais lançadas nos livros contábeis, referente ao mês de julho de 2002, comprovando a inexistência do crédito indevido;
- c) Demonstrativo de crédito de ICMS durante todo o ano de 2001, demonstrando a inexistência de crédito indevido.

Os autuantes apenas alegam que os documentos acostados na defesa não comprovariam o estorno no crédito fiscal lançado em duplicidade, o que foi completamente acatado pela Decisão recorrida, mas não explicam esse posicionamento.

Verificado e provado que houve estorno do crédito fiscal, não há que se falar em duplicidade de creditação, pelo que dúvida não subsiste quanto ao correto creditamento referente à Nota Fiscal nº 505, que embora lançada em duplicidade, foi estornada e regularizada para os devidos fins, concluindo-se pela improcedência da infração.

Pugna, ao final, pelo Provimento do apelo ofertado.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 413/417, opina pela rejeição do argumento de suspensão do crédito tributário, sob os seguintes argumentos: **a)** não há qualquer Decisão judicial impedindo ou restringindo as atividades inerentes ao Fisco, de constituição do crédito tributário; **b)** não foi demonstrada nenhuma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário; **c)** os fatos geradores objeto desta autuação são diferentes daqueles que são tratados nas ações judiciais manejadas pelo sujeito passivo; **d)** não há dispositivo normativo que trate da suspensão do processo administrativo fiscal.

Manifesta-se pelo indeferimento do pedido de perícia, por entender que os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação da convicção do Órgão de julgamento e que a autuação reveste-se de todas as formalidades legais, devendo incidir a regra de distribuição do ônus da prova do art. 142, do RPAF.

No mérito, diz que, na infração 1, o sujeito passivo não obteve êxito na comprovação da regularidade do crédito fiscal escriturado, através da apresentação das respectivas notas fiscais. Diz que a dificuldade de encontrar tais documentos é justificativa incabível, diante do seu dever de guardá-los e conservá-los, pelo prazo de lei.

Quanto à infração 2, aduz que a irregularidade dos créditos decorre da natureza dos produtos adquiridos, que são materiais de uso e consumo, e não bens do ativo imobilizado.

Com relação à infração 3, entende que não foi apresentada a necessária prova do estorno do crédito relativo à Nota Fiscal nº 505, lançado em duplicidade.

Com essas considerações, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

A prejudicialidade invocada pelo sujeito passivo, decorrente da existência de duas ações judiciais pendentes de Decisão, não merece acolhimento.

Como bem pontuaram a Junta de Julgamento Fiscal e a PGE/PROFIS, tratam-se de ações judiciais ajuizadas pelo sujeito passivo em face dos créditos constituídos através dos Autos de Infração n^{os} 206918.0006/04-3 e 206973.0003/05-0 e que visam a desconstituir especificamente tais exigências fiscais. Os efeitos da coisa julgada, portanto, ficarão adstritos ao crédito tributário impugnado (art. 469, I e III, do CPC), sobretudo porque a leitura das petições iniciais de fls. 136/142 e 148/155 revela que as ações judiciais propostas não possuem viés declaratório, nem mesmo incidental, apesar da faculdade contida no art. 470, do CPC.

Ainda que assim não fosse, ou seja, mesmo que as ações judiciais propostas tivessem por objetivo discutir o crédito lançado nesta autuação, o efeito jurídico jamais poderia ser a extinção do crédito tributário, porquanto a pendência de ação judicial não impede a atividade de lançamento (que é vinculada e imprescindível para evitar a decadência), conduzindo, na verdade, à extinção do presente PAF, com a declaração da integral procedência da exigência, nos termos do art. 117, do RPAF.

Logo, por qualquer ângulo que examine a questão, é forçoso reconhecer que não há prejudicialidade entre as ações judiciais e o presente Auto de Infração.

Fica indeferido o pedido de perícia formulado pelo sujeito passivo, primeiro porque não foram observadas as disposições contidas no art. 145, *caput* e parágrafo único, do RPAF. Depois, tenho que os elementos constantes dos autos são, de fato, suficientes para a formação da convicção do Órgão de Julgamento, o que, a teor do art. 147, II, d, do RPAF, desautoriza a produção da prova técnica.

Ademais, é oportuno salientar que a prova regularidade dos créditos relativos à infração 2 é ônus que recai sobre o sujeito passivo (art. 142, do RPAF), a quem caberia demonstrar, através de memorial descritivo minucioso, que as mercadorias adquiridas são destinadas ao ativo permanente, e, portanto, não são bens de uso e consumo do estabelecimento.

Quanto ao mérito, o sujeito passivo confessa não ter encontrado os documentos fiscais que comprovariam a regularidade dos créditos escriturados que foram objeto da infração 1, o que é suficiente para restar efetivamente caracterizado o ilícito tributário. A alegação de falta de má fé é irrelevante para a caracterização da infração, uma vez que a responsabilidade tributária é objetiva, independentemente, portanto, da intenção do contribuinte (art. 136, do CTN).

A prova quanto à regularidade de parte dos créditos que foram glosados pelos autuantes, por óbvias razões, também não é capaz de ensejar a improcedência integral deste item, como pretende o sujeito passivo.

Assim, nada há para ser alterado na Decisão quanto a esta infração.

Outro deslinde não merece o Recurso Voluntário quanto à infração 2. Pela denominação atribuída aos produtos adquiridos, verifica-se que se tratam de bens de uso e consumo do estabelecimento, e não de bens do ativo imobilizado ou de produtos intermediários, que ensejariam a utilização dos créditos fiscais relativos às entradas.

Aliás, esses mesmo créditos, lançados pelo sujeito passivo à razão de 1/48 por mês, sob a justificativa de que se tratavam de bens do ativo imobilizado, já haviam sido glosados nos Autos de Infração n^{os} 206918.0006/04-3 e 206973.0003/05-0, o que, conquanto não vincule este julgador, reforça a procedência da exigência, uma vez que, desde aquelas oportunidades, o sujeito passivo estava ciente da necessidade de demonstrar a regularidade dos créditos escriturados, sem, contudo, obter êxito nesse intento.

Por derradeiro, com relação à infração 3, é importante consignar também este crédito, lançado em duplicidade pelo sujeito passivo no livro CIAP, à razão mensal de 1/48, foi objeto dos autos de infração anteriores já referidos e que a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, no intuito de verificar a consistência da alegação de que o estorno já havia sido realizado, determinou a realização de diligência, cujas conclusões encontra-se transcritas no Acórdão JJF nº 0027-02/06 (fl. 48), a seguir transcrita:

"O auditor designado para cumprir a diligência, Wagner Ruy de Oliveira Mascarenhas, informou que a empresa utilizou crédito em duplicidade referente à Nota Fiscal 505, haja vista o documento à fl. 324, no CIAP, no mês de julho de 2002, fazendo menção aos instrumentos às fls. 325/327. Informa ainda que não houve qualquer estorno de crédito no livro CIAP ou no livro de apuração do imposto desde julho de 2002 até a data da lavratura do Auto de Infração. Observa que foram anexadas pelos autuantes cópias do livro de apuração, às fls. 52/63, relativamente ao período alcançado pela ação fiscal, isto é, de janeiro a dezembro de 2004. Diz o informante que não anexou cópias do livro de apuração relativas aos meses de julho de 2002 a dezembro de 2003 pois não ocorreu estorno, de modo que a juntada das cópias daquele livro só seria útil se tivesse havido estorno. Aduz que na diligência não houve alteração de valores, não havendo, por isso, demonstrativos a serem apresentados.

Foi dada ciência do teor da informação supra ao sujeito passivo, e este não voltou a se manifestar".

Também é importante invocar o posicionamento adotado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, no Acórdão nº 0147-12/07, sobre a glosa desse crédito lançado em duplicidade:

"De referência à duplicidade de lançamento, tendo em vista a realização de diligência, em primeira instância, produzida justamente para sanar as dúvidas provocadas pelo autuado, ficou demonstrado que inexistiu qualquer estorno de crédito no livro CIAP ou no livro de apuração do imposto desde julho de 2002 até a data de lavratura do presente Auto de Infração. Observe-se que, no particular, foi o autuado intimado acerca do resultado da diligência realizada, tendo quedado inerte em produzir prova em sentido contrário".

Como se vê, em que pese à insistência do sujeito passivo quanto à realização do estorno do crédito lançado em duplicidade, o fato é que os documentos apresentados não demonstram ter havido qualquer estorno no livro CIAP, devendo, portanto, subsistir a exigência.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVIDO** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206973.0001/08-1**, lavrado contra **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV (FILIAL DE CAMAÇARI)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$865.830,59**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS