

A. I. Nº - 299326.0201/10-1
AUTUADO - ÁGUA MINERAL DIAS D'ÁVILA
AUTUANTE - ARLINDO AMORIM PEREIRA
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 07. 12. 2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0285-01/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração reconhecida. **b)** AQUISIÇÕES DE BENS PARA INTEGRAR O ATIVO PERMANENTE. Apesar de alegar a existência de erros no levantamento atinentes à estas infrações, o autuado nada apresentou que pudesse elidir a autuação, tanto na defesa inicial quanto na manifestação posterior. Infrações 02 e 05 subsistentes. **c)** AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo à materiais de consumo do estabelecimento. Alegações defensivas de que se tratam de insumos utilizados no processo fabril não foi comprovada, mesmo com a realização de diligência pela ASTEC/CONSEF por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, Infrações 03 e 06 subsistentes. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração reconhecida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração subsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2010, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$22.620,13, em decorrência do cometimento das seguintes infrações imputadas ao autuado:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de março a maio, julho e setembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$147,55, acrescido da multa de 60%;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no mês de setembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$283,90, acrescido da multa de 60%;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de março a novembro de 2007, julho, setembro e outubro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$5.472,75, acrescido da multa de 60%;
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária, no mês de junho de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$26,92, acrescido da multa de 60%;

5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de dezembro de 2006, janeiro, fevereiro e novembro de 2007 e setembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$7.473,93, acrescido da multa de 60%;
6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de novembro e dezembro de 2006, janeiro, junho, agosto e dezembro de 2007, janeiro, fevereiro, abril a outubro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$8.975,88, acrescido da multa de 60%;
7. Deixou de recolher no prazo regulamentar o ICMS declarado na DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS -, no mês de fevereiro de 2006, sendo exigido imposto no valor de R\$100,80;
8. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de novembro de 2006, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$138,40, correspondente ao percentual de 10% do valor comercial da mercadoria.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 94 a 104), afirmando que, conforme demonstrará, a exigência é parcialmente insubsistente, razão pela qual se socorre da presente impugnação com vistas ao cancelamento do Auto de Infração. Registra que reconhece as infrações 01, 04 e 07, inclusive que procederá ao pagamento do valor do débito reconhecido.

Argui a nulidade da autuação, sustentando que existem diversas irregularidades nos levantamentos realizados pelo autuante, que ocasionam o cerceamento do seu direito de defesa e, consequentemente, a nulidade do Auto de Infração fiscal como um todo, de acordo com a previsão do art. 18, inciso IV do RPAF/97, cujo texto reproduz.

Frisa que a atividade administrativa do lançamento tem como objetivo constatar a ocorrência do fato gerador, identificar sua base de cálculo, identificar e aplicar a alíquota cabível, com isso calculando o montante do tributo devido, restando claro que inexistindo certeza ou liquidez do crédito reclamado pelo Fisco, ofende-se o contraditório e a ampla defesa do contribuinte, o que enseja a nulidade de todo o procedimento fiscal, conforme resta sedimento na jurisprudência deste CONSEF. Nesse sentido, reproduz a ementa referente ao Acórdão CJF Nº 0954/99.

Salienta que no intuito de demonstrar a incerteza da autuação, cerceando o seu direito de defesa e do contraditório, constitucionalmente garantidos, da breve análise da infração 08 descrita no Auto de Infração, verifica-se que os seus demonstrativos não mantêm qualquer vinculação com as notas fiscais existentes no período, para tanto, outro meio de prova não há, senão a juntada de cópia do seu livro de registro, relativo aos meses objeto da autuação.

Assinala que, de fato, sem lhe ter concedido a faculdade de atuar na sua defesa, por denegar-lhe o acesso ao documento em que se teria consubstanciado o seu comportamento tributário, o procedimento fiscal acabou lhe denegando também a plena participação contraditória e, por via de consequência, retirando qualquer legitimidade à decisão que confirmou o Auto de Infração.

Afirma que a limitação ao seu direito de acesso aos motivos - ou seja, às notas fiscais das operações cujo recolhimento se teria dado a menos - que deram azo à exigência não repercutiu apenas na ofensa ao contraditório em seu sentido estrito - àquele devido processo legal do ponto de vista formal -, mas também no desatendimento ao devido processo em sentido *material*, justamente porque resultará ausente a fundamentação objetiva da decisão administrativa, a ser proferida neste autos. Invoca para fundamentar a sua argumentação lição de Araújo Cintra, cujo teor transcreve.

Sustenta que o Auto de Infração não faz qualquer prova a respeito das operações cujo recolhimento teria ocorrido a menos, de maneira que não pode, em tais condições, realizar sua impugnação de forma satisfatória. Aduz que o laconismo do Auto de Infração, com informações genéricas, sem mencionar quais os seus documentos de origem para provar a sua vinda de outro Estado com a tributação interestadual reduzida, bem assim para identificar a natureza das mesmas e seu destino,

caracterizam cerceamento do direito de defesa, inutilizando-o como elemento probante da existência de crédito tributário devido pela autuada.

Diz que, por outro lado, a falta de indicação das operações inquinadas de não tributadas não dá causa somente ao cerceamento da sua defesa, - vício que viria atingir todo o ato administrativo - mas também à negativa de possibilidade de controle deste mesmo ato, impossível que se faz a aferição da legalidade do Auto de Infração. Reforça sua argumentação citando e transcrevendo ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Conclui afirmando que considerando que a ação fiscal carece de elementos indispensáveis para se determinar com segurança às infrações apontadas, uma vez que o levantamento está eivado de vícios insanáveis que inquinam de nulidade a peça acusatória, alternativa não resta aos Julgadores, diante da fragilidade e inconsistência da autuação, senão a decretação da nulidade de todo o Auto de Infração.

Prosseguindo, rechaça o mérito das infrações 02, 03, 05 e 06, sustentando que a autuação é improcedente tendo em vista que inexistiu a utilização indevida de crédito fiscal, pois todos os créditos fiscais apropriados estavam de acordo com a previsão legal, do art. 20, da Lei Complementar 87/96, cuja redação reproduz.

Assinala que com a edição da Lei Complementar nº 87/96 e, conseqüentemente, a revogação do Convênio 66/88, o legislador admitiu a tese já defendida a muito pelos contribuintes de que tudo que gera débito é custo de produção e, por isso mesmo, é tributado pelo ICMS.

Aduz que a única exceção prevista legalmente são as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento, o que não se aplica ao caso tela.

Salienta que o cerne da presente autuação encontra-se exatamente na qualificação dos produtos elencados nos demonstrativos, se materiais de uso e consumo ou insumos do processo produtivo. Aduz que ao analisar os materiais objetos da autuação se conclui que eles estão diretamente vinculados ao processo industrial e que as quantidades aplicadas, consumidas ou utilizadas estão diretamente relacionadas com o processo, sendo indispensáveis para obtenção do produto final, uma vez que eles são consumidos no processo produtivo e seus valores compõem seu custo de produção, portanto, tributado pelo ICMS.

Diz que tendo em vista que todos os produtos relacionados nos anexos do Auto de Infração são direta e necessariamente consumidos no processo produtivo, não importa se esse desgaste ocorre de forma mais rápida ou mais lenta, havendo a sua utilização no processo industrial, legítima é a utilização dos créditos dos produtos intermediários.

Assevera que o direito ao crédito fiscal de produtos utilizados no processo industrial não pode, de maneira alguma ser retirado do contribuinte, pois, caso contrário, o princípio constitucional da não cumulatividade, previsto no art. 155, inciso I, da Constituição Federal estaria sendo desobedecido, o que não pode ser aceito, haja vista que todos os produtos citados são consumidos integralmente no processo industrial, não importando se são consumidos totalmente ou apenas em parte.

Frisa que o fato é que, sendo tais produtos essenciais ao processo, a sua retirada alteraria o produto ou a qualidade deste, causando prejuízo ao contribuinte que deixaria de ter seu produto aceito no mercado por encontrar-se fora dos padrões de comercialização e, caso fosse suprimida a não cumulatividade isso geraria um custo adicional aos preços dos produtos finais.

Diz que desse modo, não podem os julgadores deste Conselho de Fazenda Estadual, se ater apenas à legislação estadual, mas, sobretudo, devem levar em consideração a previsão constitucional, bem como da própria Lei Complementar 87/96 que servem de fundamento de validade para todas as legislações inferiores, inclusive a Lei do ICMS do Estado da Bahia, que nunca poderá ir de encontro às normas constitucionais e superiores.

Salienta que relativamente aos produtos utilizados no tratamento da água de refrigeração, também seguem a mesma linha descrita para os produtos intermediários, tendo em vista que se abolir essa

fase ou utilizar produtos inadequados, o processo produtivo será inviabilizado ou, no mínimo, o produto final sofrerá transformações que afetarão a sua qualidade, ficando assim comprovada a indispensabilidade de tais produtos.

Destaca que no levantamento realizado pelo autuante ainda ocorreram alguns erros durante o trabalho de fiscalização, haja vista que diversos ativos fixos foram indevidamente relacionados como se o crédito fiscal decorrente destas aquisições tivesse sido apropriado de forma indevida, o que não corresponde à realidade.

Consigna que nesse contexto, urge concluir que a utilização do crédito fiscal é manifestamente legal e foi realizada da forma estabelecida na legislação estadual e que foram desconsideradas pelo autuante, motivo pelo qual, requer, seja o presente Auto de Infração convertido em diligência, no intuito de apurar-se a regularidade da atuação da empresa e, conseqüentemente, a inexistência de débitos de ICMS.

Quanto à infração 08, consigna que o sistema de Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT é um sistema integrado que visa controlar trânsito de mercadorias em todo o país proporcionando um maior controle estatal sobre as operações realizadas pelos contribuintes do ICMS, contudo, as informações constantes desse sistema são prestadas por um agente do Fisco, que o alimenta com os dados constantes de Notas Fiscais que acobertam as mercadorias durante a circulação física destas dentro no território nacional. Diz que dessa forma, sendo o sistema do CFAMT operado por agentes do Fisco que se encontram de Plantão nos Postos é plenamente possível a ocorrência de diversas falhas de digitação nos dados referentes às notas fiscais que acompanham as mercadorias, a exemplo de erro na indicação do Estado de origem, indicação equivocada do ano, assim como divergência de valores, dentre outras. Menciona que a jurisprudência deste CONSEF já se manifestou pela possibilidade da existência de em sistemas semelhantes, como o SUFRAMA, conforme Acórdãos CJF Nº. 1261/00 e JJF Nº 0482/00, cujas ementas reproduz.

Afirma que dessa forma, conforme o caso em questão, pode-se perceber que diversos lançamentos no sistema foram realizados de forma equivocada, o que será demonstrado através da necessária realização de perícia pelo órgão especializado.

Frisa que se percebe que o CFAMT é um sistema falível, como de fato falhou, devendo sempre estar munido de comprovação a fim de suas informações serem válidas.

Registra que, no que se refere aos lançamentos constantes do CFMAT e que supostamente não possuem Notas Fiscais correspondentes escrituradas nos livros fiscais, que estas correspondem à devolução de mercadorias comercializadas à Empresas de Pequeno Porte, inscritas no SIMBAHIA, que não podem destacar o crédito fiscal do ICMS. Acrescenta que havendo devolução de mercadoria que foi inicialmente comercializada com o destaque do imposto, devolvida sem destaque, o contribuinte emitiu nova Nota Fiscal, sendo esta de entrada de mercadoria em seu estabelecimento, a fim de poder utilizar-se do imposto que foi destacado na operação posteriormente desfeita, de acordo com o que preceitua o art.653 do RICMS, já citado.

Salienta que com a emissão de novas Notas Fiscais, foram registradas nos livros fiscais apenas estas, que correspondem a entrada de mercadoria no seu estabelecimento. Diz que tal fato, entretanto, ensejou numa suposta distorção de informação, que desde já deve ser sanada.

Diz que, desse modo, a suposição de haver desencontro de informações não deve prevalecer, pois o lançamento no CFAMT ocorreu com a Nota Fiscal da empresa que devolveu a mercadoria, enquanto o registro se deu de acordo com a nota emitida pelo contribuinte que tem em seu corpo o destaque do ICMS.

Sustenta que resta comprovado, documentalmente, que as informações constantes do CFAMT, que foram questionadas pela Fiscalização, foram fornecidas ao sistema de forma equivocada. Acrescenta que da mesma forma, as Notas Fiscais constantes dos livros fiscais e inexistentes na

listagem do CFAMT, não correspondem a falta de escrituração, mas apenas a uma nova emissão de nota a fim de poder creditar-se do imposto pago anteriormente pela contribuinte.

Requer a realização de diligência para verificação no seu livro de Entrada e Mercadorias e que seja respondida a seguinte quesitação: *“Todas as notas fiscais indicadas nas infrações não foram registradas no Livro de Entrada e Mercadorias da Impugnante ou houve registro de parte das Notas Fiscais no referido livro?”*

Finaliza requerendo que os valores impugnados sejam cancelados, com o consequente arquivamento do Auto de Infração. Protesta, ainda, provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a realização de prova pericial, e pela juntada de novos documentos necessários para o deslinde do feito.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 115 a 117), contestando a argumentação defensiva de nulidade do Auto de Infração, afirmando que apesar de o autuado alegar cerceamento do direito de defesa, não deixa claro onde está a dificuldade e/ou cerceamento do direito de defesa, haja vista que os papéis de trabalho utilizados na autuação estão anexados ao PAF.

No que tange às alegações defensivas atinentes às infrações 02, 03, 05 e 06, invoca e reproduz o art. 93, V, “b”, §17, I, do RICMS/BA para afirmar que resta demonstrado que descabem as alegações defensivas, em face do que determina o referido regulamento.

Quanto à infração 08, diz que as alegações do impugnante não podem ser consideradas, haja vista que a nota fiscal em questão consta nos autos à fl. 75 e a memória de cálculo à fl. 18. Manifesta o entendimento de que o autuado poderia questionar, no máximo, é que na memória de cálculo de fl. 18, constam outras notas fiscais que não foram objeto de cobrança no presente Auto de Infração, da mesma forma que as notas fiscais de fls. 76 a 87. Salienta que tal fato só foi percebido no momento da informação fiscal não havendo como identificar a razão das aludidas notas fiscais não estarem compondo o Auto de Infração.

Sustenta que mesmo assim, não há razão para que seja julgada nula tal infração, pois os dados necessários à compreensão e verificação do fato gerador constam no PAF, e que o próprio autuado afirma que não registrou todas as notas fiscais nos livros fiscais próprios, conforme determina o RICMS/BA.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do feito em diligência a INFAZ/INDÚSTRIA (fls. 121/122), a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado intimasse o contribuinte nos seguintes termos: **Infrações 03 e 06.** Para identificar e esclarecer a forma como cada produto arrolado nestes itens da autuação participam do seu processo fabril, elaborando demonstrativo no qual relacionasse a nota fiscal, o produto e a respectiva utilização como elemento indispensável no processo produtivo; **Infrações 02 e 05.** Para identificar os alegados erros do levantamento fiscal, *“haja vista que diversos ativos fixos foram indevidamente relacionados como se o crédito decorrente destas aquisições tivesse sido apropriada de foram indevida, o que não corresponde a realidade.”*; **Infração 08.** Para recebimento, **mediante recibo específico**, da cópia da nota fiscal arrolada na autuação coletada através do sistema CFAMT, devendo na oportunidade, ser informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa 30 (trinta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação. Em seguida, caso o autuado atendessem as solicitações, colhidas na intimação, deveria o diligente analisar os elementos e razões apresentadas, elaborando, novos demonstrativos com as exclusões, se fosse o caso. Após, caso o diligenciador elaborasse novos demonstrativos, deveria ser informado ao autuado do prazo de 10 (dez) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação, para que apresentasse manifestação, querendo. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante.

Intimado para atendimento das solicitações contidas na diligência, o autuado se manifestou (fls. 131 a 133), consignando que procedeu a juntada aos autos do fluxograma do seu processo produtivo,

atestando a utilização das matérias primas como insumo do processo industrial. Diz que nesse contexto, torna-se imperiosa a determinação de diligência fiscal “*in loco*” para aferir o processo produtivo, única forma de corroborar as suas alegações e espantar quaisquer dúvidas que porventura persistam para este Órgão Julgador.

Alega a ilegalidade da multa indicada, em face de irretroatividade da Lei, consignando que o autuante constituiu créditos tributários dos exercícios de 2006; 2007 e 2008, indicando para tanto multas previstas no art. 42, da Lei 7014/96. Acrescenta que o dispositivo legal que introduziu referidas multas foi introduzido no ordenamento jurídico através da Lei Estadual 10.487, de 27 de novembro de 2007, de modo que, em homenagem ao princípio da anterioridade da legislação tributária, as multas criadas pela mencionada lei somente podem ser aplicadas aos fatos geradores ocorridos na vigência da novel legislação.

Salienta que a jurisprudência deste CONSEF é assente em determinar a exclusão da multa aplicada a fatos geradores pretéritos, conforme transcrição que apresenta da ementa referente ao julgamento do Auto de Infração nº 157064.0103/10-1.

Conclui requerendo o cancelamento dos valores impugnados, bem como, mediante o controle de legalidade prévio à inscrição do débito em dívida ativa do Estado da Bahia, a imediata exclusão das multas introduzidas no ordenamento jurídico pela Lei Estadual 10.487, de 27 de novembro de 2007, em homenagem ao princípio da anterioridade da legislação tributária. Por fim, protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a realização de prova pericial, protestando pela juntada de novos documentos necessários para o deslinde do feito.

O autuante se pronunciou (fl. 151), consignando que após análise da manifestação do autuado, ficou a convicção de que existe infração tributária, pois resta claro e declarado que o material em questão não faz parte do processo produtivo, mas sim é utilizado como material de consumo para limpeza e higienização, o que não dá direito a crédito fiscal do ICMS.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência a ASTEC/CONSEF(fl. 154/155), a fim de que fosse designado Auditor Fiscal, para que adotasse as seguintes providências, relativamente às infrações 03 e 06: **1.** Intimasse o autuado para apresentar as notas fiscais escrituradas nos seus livros Registro de Entradas de mercadorias dos exercícios de 2006, 2007 e 2008, referentes à aquisição das mercadorias que serviram de suporte para o lançamento dos créditos fiscais objeto de glosa, conforme consta no “RESUMO DE OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES POR CÓDIGO FISCAL (CFOP) –MENSAL”, acostado às fls. 20 a 74 dos autos, anexando cópia das mencionadas notas fiscais ao processo; **2.** Verificasse “*in loco*” se o processo produtivo desenvolvido pelo contribuinte, correspondia a descrição apresentada às fls. 144 a 148; **3.** Caso fosse confirmada a alegação defensiva, procedesse da seguinte forma:

a) SETOR DE PRODUÇÃO LINHA RETORNÁVEIS - GARRAFÃO (fl. 145).

Considerando que o “garrafão” retornável não tem a característica de uso/consumo, mas sim de bem do ativo imobilizado, assim como que os materiais utilizados no envasamento, tamponamento e rotulagem/lacre, têm a características de insumos do processo produtivo, revisasse o levantamento referente a estes itens, elaborando demonstrativo, se fosse o caso, com a exclusão destes itens;

b) SETOR DE LINHAS DESCARTÁVEIS (fl. 146).

Considerando que os materiais utilizados na produção de garrafas descartáveis, conforme descrito pelo impugnante, no caso, “Preforma 33 gr”; “Rótulo Scrodo”; “Cola intercol”; “Tampa Crown”; “Filme para empacotadora”; “Divisória de papelão” ; “Preforma 16,5 gr”; “Rótulo Maxcovert”; “Cola Adecol”; “Clousure Systems”; têm a características de insumos do processo produtivo do

autuado, revisasse o levantamento levado a efeito pelo autuante, excluindo tais materiais, elaborando, se fosse o caso, demonstrativo;

c) SETOR DE PRODUÇÃO DA LINHA COPOS (fl. 147).

Considerando que os materiais descritos pelo autuado, no caso, “Copo Fibrosa 200 ml”; “Selo de lamina”; Caixa de papelão 200 ml”; “Tabuleiro de papelão” e “Fita lacre”, têm a características de insumos, revisasse o levantamento realizado pelo autuante, excluindo tais materiais, elaborando, se fosse o caso, demonstrativo.

Em seguida, deveria o processo ser encaminhado a INFAZ/INDÚSTRIA, a fim de que fosse intimado o contribuinte para receber, **mediante recibo específico**, cópia do resultado da diligência, inclusive dos demonstrativos elaborados pelo diligente, se fosse o caso, e do termo de diligência. Na oportunidade, deveria ser informado ao autuado do prazo de 10 (dez) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação, para que apresente manifestação. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante.

Através do Parecer ASTEC Nº 0047/2012(fl. 158 a 161), o diligenciador da ASTEC/CONSEF consignou que em atendimento ao pedido de diligência, intimou o autuado para apresentar as notas fiscais escrituradas nos seus livros Registro de Entradas de Mercadorias dos exercícios de 2006, 2007 e 2008, referentes às aquisições das mercadorias que serviram de suporte para o lançamento dos créditos fiscais objeto de glosa, conforme consta no “RESUMO DE OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES POR CÓDIGO FISCAL (CFOP) MENSAL”(fls. 20 a 74), conforme fls. 162/164.

Consigna que efetuou verificação “*in loco*” sobre o processo produtivo desenvolvido pelo contribuinte, constatando que corresponde a descrição apresentada às fls. 144 a 148.

Assinala que, como foi confirmada a alegação defensiva, adotou o seguinte procedimento:

a) SETOR DE PRODUÇÃO LINHA RETORNÁVEIS – GARRAFÃO.

Tendo o autuado apresentado as notas fiscais solicitadas, procedeu a verificação solicitada, constatando que em nenhuma nota fiscal apresentada consta o referido produto “garrafão”, bem como os materiais utilizados no envasamento, tamponamento e rotulagem/lacre, de sorte que não houve alteração nos valores cobrados pelo autuante.

b) SETOR DE LINHAS DESCARTÁVEIS.

Tendo o autuado apresentado as notas fiscais solicitadas, procedeu a verificação, constatando que em nenhuma nota fiscal apresentada consta os produtos, no caso, “Preforma 33 gr”, “Rótulo Scrodo”, “Cola intercol”, “Tampa Crown”, “Filme para empacotadora”, “Divisória de papelão”, “Preforma 16,5 gr”, “Rótulo Maxcover”, “Cola Adecol”, “Clousure Systems”, de sorte que não houve alteração nos valores cobrados pelo autuante.

c) SETOR DE PRODUÇÃO DA LINHA COPOS.

Tendo o autuado apresentado as notas fiscais solicitadas, procedeu a verificação solicitada, constatando que em nenhuma nota fiscal apresentada consta os materiais descritos pelo autuado, no caso, “Copo Fibrosa 200 ml”, “Selo de lâmina”, “Caixa de papelão 200 ml”, “Tabuleiro de papelão” e “Fita lacre”, de sorte que não houve alteração nos valores cobrados pelo autuante.

Conclusivamente, esclareceu o diligenciador que o contribuinte foi intimado (fls. 162 a 164) a apresentar as notas fiscais escrituradas nos seus livros Registro de Entradas de Mercadorias dos exercícios de 2006, 2007 e 2008, referentes às aquisições das mercadorias que serviram de suporte para o lançamento dos créditos fiscais objeto de glosa, conforme consta no “RESUMO DE OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES POR CÓDIGO FISCAL (CFOP) MENSAL”(fls. 20 a 74).

Salientou que fez uma verificação “*in loco*” sobre o processo produtivo desenvolvido pelo contribuinte, constatando que corresponde a descrição por ele apresentada às fls. 144 a 148.

Quanto aos itens sobre os quais foram solicitados a revisão com a finalidade de exclusão dos produtos citados, consignou que foram verificadas as notas fiscais apresentadas pelo autuado, tendo sido constatado que em nenhuma delas constam os materiais descritos pelo impugnante.

Conclui dizendo que dessa forma não foi elaborado demonstrativo com as exclusões solicitadas.

Cientificado sobre o Parecer ASTEC Nº 0047/2012, o autuado se manifestou (fl. 170), requerendo que, diante da insuficiência das informações prestadas pela ASTEC, fosse renovada a diligência para que nessa oportunidade os prepostos do Fisco efetivamente analisassem as notas fiscais que ensejaram o lançamento do tributo, sendo certo que somente parte dos documentos foram analisados em manifesto prejuízo aos seus interesses, bem como afronta ao princípio da verdade material.

A 1ª JJF, considerando que o autuante não fora cientificado sobre o resultado da diligência, encaminhou o processo a INFAZ/INDÚSTRIA (fl. 182), a fim de que fosse dada ciência ao autuante, o que foi feito, conforme consta à fl. 185 dos autos.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre oito infrações imputadas ao autuado, dentre as quais o autuado reconheceu as infrações 01, 04 e 07 e impugnou as infrações 02, 03, 05 e 06.

Inicialmente, no que concerne a arguição de nulidade do lançamento de ofício, por cerceamento do direito de defesa, não acolho a pretensão defensiva, haja vista que o próprio autuado reconheceu as infrações 01, 04 e 07, inclusive informando que irá efetuar o pagamento do valor do débito reconhecido. Ou seja, identificou as infrações, o montante devido, as datas de ocorrências no Demonstrativo de Débito e demais papéis de trabalho anexos ao Auto de Infração, que têm a mesma formatação quanto às demais infrações impugnadas, no caso, as infrações 02, 03, 05 e 06.

Ademais, esta Junta de Julgamento Fiscal no intuito de preservar o direito de ampla defesa do autuado, bem como alcançar a verdade material aduzida pelo impugnante, converteu o feito em diligência em duas oportunidades, sendo uma diligência à INFAZ/INDÚSTRIA e outra à ASTEC/CONSEF.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista que inocorreu o alegado cerceamento de defesa, portanto, quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

No que tange ao requerimento apresentado pelo impugnante, após a ciência do Parecer ASTEC Nº. 0047/2012, para que fosse renovada a diligência, indefiro o pedido com fulcro no art. 147, I, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, haja vista que o resultado trazido pelo diligenciador da ASTEC/CONSEF se apresenta suficiente para formação do meu convencimento sobre a decisão da lide.

No mérito, conforme consignado acima, esta Junta de Julgamento Fiscal, converteu o feito em diligência a INFAZ/INDÚSTRIA (fls. 121/122), a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado intimasse o contribuinte nos seguintes termos: **Infrações 03 e 06.** Para identificar e esclarecer a forma como cada produto arrolado nestes itens da autuação participam do seu processo fabril, elaborando demonstrativo no qual relacionasse a nota fiscal, o produto e a respectiva utilização como elemento indispensável no processo produtivo; **Infrações 02 e 05.** Para identificar os alegados erros do levantamento fiscal, *“haja vista que diversos ativos fixos foram indevidamente relacionados como se o crédito decorrente destas aquisições tivesse sido apropriada de foram indevida, o que não corresponde a realidade.”*; **Infração 08.** Para recebimento, **mediante recibo específico**, da cópia da nota fiscal arrolada na autuação coletada através do sistema CFAMT, devendo na oportunidade, ser informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa 30 (trinta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação.

O autuado atendeu a intimação no que diz respeito à solicitação referente às infrações 03 e 06, registrando que procedeu a juntada aos autos do fluxograma do seu processo produtivo, atestando a

utilização das matérias-primas como insumos do processo industrial e que nesse contexto, tornava-se imperiosa a determinação de diligência fiscal “*in loco*” para aferir o seu processo produtivo, alegando que esta seria a única forma de corroborar as suas alegações e espancar quaisquer dúvidas que porventura existentes.

Considerando as alegações defensivas esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência, desta feita à ASTEC/CONSEF (fls. 154/155), a fim de que fosse designado Auditor Fiscal, para que adotasse as seguintes providências, relativamente às infrações 03 e 06: 1. Intimasse o autuado para apresentar as notas fiscais escrituradas nos seus livros Registro de Entradas de mercadorias dos exercícios de 2006, 2007 e 2008, referentes à aquisição das mercadorias que serviram de suporte para o lançamento dos créditos fiscais objeto de glosa, conforme consta no “RESUMO DE OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES POR CÓDIGO FISCAL (CFOP) –MENSAL”, acostado às fls. 20 a 74 dos autos, anexando cópia das mencionadas notas fiscais ao processo; 2. Verificasse “*in loco*” se o processo produtivo desenvolvido pelo contribuinte, correspondia a descrição apresentada às fls. 144 a 148; 3. Caso fosse confirmada a alegação defensiva, procedesse da seguinte forma:

a) SETOR DE PRODUÇÃO LINHA RETORNÁVEIS - GARRAFÃO (fl. 145).

Considerando que o “garrafão” retornável não tem a característica de uso/consumo, mas sim de bem do ativo imobilizado, assim como que os materiais utilizados no envasamento, tamponamento e rotulagem/lacre, têm a características de insumos do processo produtivo, revisasse o levantamento referente a estes itens, elaborando demonstrativo, se fosse o caso, com a exclusão destes itens;

b) SETOR DE LINHAS DESCARTÁVEIS (fl. 146).

Considerando que os materiais utilizados na produção de garrafas descartáveis, conforme descrito pelo impugnante, no caso, “Preforma 33 gr”; “Rótulo Scrodo”; “Cola intercol”; “Tampa Crown”; “Filme para empacotadora”; “Divisória de papelão”; “Preforma 16,5 gr”; “Rótulo Maxcover”; “Cola Adecol”; “Clousure Systems”; têm a características de insumos do processo produtivo do autuado, revisasse o levantamento levado a efeito pelo autuante, excluindo tais materiais, elaborando, se fosse o caso, demonstrativo;

c) SETOR DE PRODUÇÃO DA LINHA COPOS (fl. 147).

Considerando que os materiais descritos pelo autuado, no caso, “Copo Fibrosa 200 ml”; “Selo de lamina”; Caixa de papelão 200 ml”; “Tabuleiro de papelão” e “Fita lacre”, têm a características de insumos, revisasse o levantamento realizado pelo autuante, excluindo tais materiais, elaborando, se fosse o caso, demonstrativo.

O diligenciador da ASTEC/CONSEF cumprindo a diligência esclareceu através do Parecer ASTEC Nº 0047/2012 (fls. 158 a 161) que intimou o autuado para apresentar as notas fiscais escrituradas nos seus livros Registro de Entradas de Mercadorias dos exercícios de 2006, 2007 e 2008, referentes às aquisições das mercadorias que serviram de suporte para o lançamento dos créditos fiscais objeto de glosa, conforme consta no “RESUMO DE OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES POR CÓDIGO FISCAL (CFOP) MENSAL”, acostado às fls. 20 a 74 dos autos.

Informou que realizou verificação “*in loco*” sobre o processo produtivo desenvolvido pelo contribuinte, constatando que corresponde a descrição apresentada no fluxograma de fls. 144 a 148.

Assinalou que, como foi confirmada a alegação defensiva, adotou os seguintes procedimentos:

a) SETOR DE PRODUÇÃO LINHA RETORNÁVEIS – GARRAFÃO.

Tendo o autuado apresentado as notas fiscais solicitadas, procedeu a verificação solicitada, constatando que em nenhuma nota fiscal apresentada consta o referido produto “garrafão”, bem como os materiais utilizados no envasamento, tamponamento e rotulagem/lacre, de sorte que não houve alteração nos valores cobrados pelo autuante.

b) SETOR DE LINHAS DESCARTÁVEIS.

Tendo o autuado apresentado as notas fiscais solicitadas, procedeu a verificação, constatando que em nenhuma nota fiscal apresentada consta os produtos, no caso, “Preforma 33 gr”, “Rótulo Scrodo”, “Cola intercol”, “Tampa Crown”, “Filme para empacotadora”, “Divisória de papelão”, “Preforma 16,5 gr”, “Rótulo Maxcover”, “Cola Adecol”, “Clousure Systems”, de sorte que não houve alteração nos valores cobrados pelo autuante.

c) SETOR DE PRODUÇÃO DA LINHA COPOS.

Tendo o autuado apresentado as notas fiscais solicitadas, procedeu a verificação solicitada, constatando que em nenhuma nota fiscal apresentada consta os materiais descritos pelo autuado, no caso, “Copo Fibrasa 200 ml”, “Selo de lâmina”, “Caixa de papelão 200 ml”, “Tabuleiro de papelão” e “Fita lacre”, de sorte que não houve alteração nos valores cobrados pelo autuante.

Conclusivamente, esclareceu o diligenciador que o contribuinte foi intimado (fls. 162 a 164) a apresentar as notas fiscais escrituradas nos seus livros Registro de Entradas de Mercadorias dos exercícios de 2006, 2007 e 2008, referentes às aquisições das mercadorias que serviram de suporte para o lançamento dos créditos fiscais objeto de glosa, conforme consta no “RESUMO DE OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES POR CÓDIGO FISCAL (CFOP) MENSAL”(fls. 20 a 74).

Salientou que fez uma verificação “*in loco*” sobre o processo produtivo desenvolvido pelo contribuinte, constatando que corresponde a descrição por ele apresentada às fls. 144 a 148.

Quanto aos itens sobre os quais foram solicitadas as revisões com a finalidade de exclusão dos produtos citados, consignou que foram verificadas as notas fiscais apresentadas pelo autuado, tendo sido constatado que em nenhuma delas constam os materiais descritos pelo impugnante.

Concluiu dizendo que dessa forma não foi elaborado demonstrativo com as exclusões solicitadas.

Conforme se verifica do resultado da diligência solicitada à ASTEC/CONSEF, o contribuinte teve a oportunidade ampla de elidir a acusação fiscal com a apresentação de elementos hábeis de provas de suas alegações, o que não fez.

Em verdade, as notas fiscais apresentadas ao diligenciador da ASTEC/CONSEF no atendimento da intimação, não guardavam qualquer correspondência com as suas alegações, razão pela qual não elidiram a acusação fiscal.

É certo que a admissibilidade do crédito fiscal referente à aquisição de insumos utilizados no processo produtivo do contribuinte tem previsão no art. 93, I, “b” do RICMS/97/BA, conforme abaixo reproduzido:

“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:

I - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

a) de mercadorias para comercialização, inclusive material de embalagem;

b) de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização;”

Entretanto, é indispensável que o creditamento realizado pelo contribuinte esteja embasado em documentos fiscais que permitam comprovar a legitimidade do crédito fiscal lançado.

No presente caso, apesar de o processo ter sido convertido em diligência para verificação “*in loco*” sobre as alegações defensivas e seus documentos fiscais, o contribuinte não apresentou os elementos comprobatórios necessários para elidir a autuação. Na realidade, apresentou notas

fiscais que não têm qualquer relação com o objeto da autuação, conforme esclarecido pelo diligenciador.

Diante disso, as infrações 03 e 06 são integralmente subsistentes.

Quanto à alegação defensiva de ilegalidade da multa indicada, em face de irretroatividade da Lei, por ter o autuante constituído créditos tributários dos exercícios de 2006, 2007 e 2008, indicando para tanto multas previstas no art. 42, da Lei 7014/96, que foram introduzidas no ordenamento jurídico através da Lei Estadual 10.487, de 27 de novembro de 2007, verifico que, apesar de haver indicado a multa de 60%, o autuante ao tipificar no Auto de Infração consignou como sendo o art. 42, VII, da Lei nº 7.014/96, quando a tipificação é art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96. Entretanto, trata-se de equívoco plenamente sanável, razão pela qual retifico, de ofício, a multa para o mesmo percentual de 60%, porém, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

No respeitante às infrações 02 e 05, apesar de também terem sido objeto da diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal à INFAZ/INDÚSTRIA, a fim de que o autuado identificasse os alegados erros do levantamento fiscal, conforme afirmara na defesa inicial, este nada trouxe aos autos que pudesse elidir as infrações. É certo que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

Desse modo, as infrações 02 e 05, são integralmente subsistentes.

Quanto à infração 08, trata-se de descumprimento de obrigação acessória decorrente de entrada de mercadoria no estabelecimento do autuado sem o devido registro na escrita fiscal, sendo a mercadoria sujeita à tributação, situação na qual cabe a aplicação da multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas.

No presente caso, cabe registrar que por se tratar de nota fiscal coletada através do CFAMT, o processo foi convertido em diligência para que fosse entregue ao autuado cópia do documento fiscal arrolado na autuação, no caso, apenas à Nota Fiscal n. 224168, no valor de R\$1.384,00, sobre o qual aplicada a multa de 10% resulta no valor exigido de R\$138,40, conforme a planilha de fl. 10.

Observo que na referida planilha de fl. 10, além da nota fiscal acima mencionada, constam outras notas fiscais que não foram objeto da autuação, cabendo a autoridade competente analisar a possibilidade de instaurar novo procedimento para imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória, se for o caso.

Dessa forma, a infração 08 é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299326.0201/10-1**, lavrado contra **ÁGUA MINERAL DIAS D'ÁVILA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$22.481,73**, acrescido das multas de 50% sobre R\$100,80 e de 60% sobre R\$22.380,93, previstas no art. 42, incisos I, “a” II, alíneas “d” e “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$138,40**, prevista no art. 42, inciso IX do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR