

**PROCESSO** - A. I. N° 281508.0005/10-1  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CIA. ALAGOANA DE REFRIGERANTES  
**RECORRIDOS** - CIA. ALAGOANA DE REFRIGERANTES e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0250-05/11  
**ORIGEM** - IFEP – DAT/NORTE  
**INTERNET** - 16/04/2013

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0100-11/13**

**EMENTA: ICMS.** 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Conforme previsto na cláusula terceira do Protocolo ICMS 11/91 – que trata do regime de substituição tributária aplicável nas operações com cerveja, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo – é atribuído ao estabelecimento remetente atacadista, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST, ainda que o imposto já tenha sido retido anteriormente. Infração 1 nula por ilegitimidade passiva. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. IMPOSTO ESCRITURADO E RECOLHIDO A MENOS. A mera negativa do cometimento da infração não retira do interessado o ônus de afastar a presunção relativa de legitimidade do ato administrativo. Infração 02 caracterizada, pois o sujeito passivo é destinatário. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS E BENS DESTINADOS AO USO E CONSUMO E AO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração 03 comprovada e não elidida. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À LEGALMENTE PREVISTA. Para fins de utilização de créditos fiscais, nas transferências interestaduais dos produtos fabricados pelo mesmo titular, entre estabelecimentos da mesma empresa, deverá ser adotado como valor da base de cálculo o custo de produção, assim definido em lei: o custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. Infração 04 caracterizada em parte quanto às mercadorias produzidas pelo remetente. b) AQUISIÇÕES DE MATERIAL DESTINADO AO USO E CONSUMO. Comprovado tratar-se de materiais de uso e de consumo e, como tal, sem direito ao crédito do ICMS no período fiscalizado. Infração 05 caracterizada. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infrações 6 e 7 caracterizadas. 6. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM INCONSISTÊNCIAS. MULTA. Infração 08 caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade.

Indeferido o pedido de diligência. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida através do Acórdão JJF nº 0250-05/11 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/1999, e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte que, inconformado com a referida Decisão, apresenta a peça recursal respaldada, no art. 169, I, “b” do citado Regulamento.

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/12/2010, exige do sujeito passivo ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico total de R\$ 2.142.725,30, sob a acusação do cometimento das irregularidades abaixo aduzidas.

**INFRAÇÃO 1** – Falta de retenção do imposto, e consequente recolhimento, no valor de R\$ 147.442,18, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos exercícios de 2005 a 2009. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b” da Lei 7.014/1996.

**INFRAÇÃO 2** – Recolhimento a menor, na cifra de R\$ 14.609,08, em decorrência de desencontro entre os valores recolhidos e os escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro, fevereiro, setembro, outubro e novembro de 2008 e janeiro, abril e junho de 2009. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/1996.

**INFRAÇÃO 3** – Falta de recolhimento, no montante de R\$ 40.507,97, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais nas aquisições de bens e mercadorias recebidas em transferência de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo imobilizado ou consumo do estabelecimento, nos exercícios de 2005 a 2008. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/1996.

**INFRAÇÃO 4** – Utilização indevida de crédito, na quantia de R\$ 1.088.985,79, nos exercícios de 2005 a 2009, referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação. Consta que a autuação versa sobre *“utilização de crédito fiscal em valor superior ao custo de produção e/ou de aquisição, referentes a mercadorias produzidas ou adquiridas pela Matriz, remetidas em transferência para a filial localizada neste Estado, objeto desta ação fiscal”*. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996.

**INFRAÇÃO 5** – Utilização indevida de crédito, no valor de R\$ 4.876,02, em 2006, concernente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento e de bens do ativo imobilizado. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996.

**INFRAÇÃO 6** – Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 696.030,75, relativo às operações de saídas tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento na escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2005 e 2009. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/1996.

**INFRAÇÃO 7** – Falta de recolhimento do ICMS, no montante de R\$ 40.949,32, relativo às operações de saída não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento das mesmas com Recursos provenientes de saídas realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurada através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios de 2007 e 2008. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/1996.

**INFRAÇÃO 8** – Multa, no valor de R\$ 109.324,19, prevista no art. 42, XII-A, “f” da Lei nº 7.014/1996, referente ao exercício de 2006, por ter fornecido informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor limitado a 1% (um por cento) do montante das operações de saída e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-a com

base nas operações ou prestações omitidas. A base de cálculo desta imputação corresponde a 20% dos totais das saídas tributáveis, de modo que a penalidade equivale a 1% das quantias atinentes às mesmas (saídas).

O contribuinte apresenta peça impugnatória às fls. 558 a 565, na qual aduz que no Auto são apontadas 23 infrações, sendo 4 referentes ao exercício de 2005, 5 ao exercício de 2006, 4 ao exercício de 2007, 5 ao exercício de 2008 e 5 ao exercício de 2009, em evidente cerceamento de direito de defesa.

No mérito, quanto à primeira infração, aduz que “*efetivamente sobre a venda de Burn, Cervejas e Chope, por serem Mercadorias adquiridas de terceiros sujeitas ao regime de substituição tributária, em nossa revenda não cabe retenção do ICMS - Substituto, uma vez que tais Mercadorias já sofrem a tributação por substituição tributária no estabelecimento industrializador/Fornecedor, não cabendo nova tributação, sendo a impugnante na relação jurídica/tributária a substituída.*”

No tocante à imputação 2 [03], nos seus dizeres, “*refere-se tal infração às entradas por remessas de Bens do ativo permanente e Material de Consumo, na sua maioria engradados e vasilhames, que não significam mercadorias exclusivas de uso de um único estabelecimento, cujo diferencial de alíquota foi apurado e recolhido quando do ingresso destas Mercadorias no estabelecimento adquirente Matriz. A título de esclarecimento, informamos que o auditor autuante constatou o não recolhimento do diferencial no estabelecimento do autuado, Filial Paulo Afonso, já tendo tais mercadorias sofrido tributação da efetiva entrada no estabelecimento Matriz.*”

No que é inerente à infração 3 [04], aduz que “*os preços praticados quando das transferências de produtos de fabricação própria, recebidos das fabricas, não são superiores aos estabelecidos na legislação do ICMS, uma vez que estes preços são formados pelos Custos de Fabricação, embutidos em tais custos as parcelas dos impostos IPI e ICMS. (...). Portanto afirmamos que os preços praticados são quando de produtos de nossa fabricação os preços de Custos, acrescidos dos encargos tributários, quando de Mercadorias de revenda o preço do custo de aquisição.*”

Em relação à infração 4 [05], no que se refere ao exercício de 2006, diz o seguinte: “*contestamos a afirmação do autuante, quanto ao fato de ter a impugnante utilizado o crédito de bens do ativo permanente, o que realmente aconteceu foi a utilização de créditos referente a aquisição de Óleo Diesel utilizado nos caminhões de entrega aos clientes da Impugnante.*”

Com respeito aos exercícios de 2005, 2007, 2008 e 2009, “*não concorda com as afirmações do auditor autuante, quando alega a entrada de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais, uma vez que, é norma inclusiva de segurança do seu patrimônio, o registro contábil e fiscal de todas as operações realizadas, tanto de entradas como de saídas, com documentação idônea*”.

Quanto à infração 5 [08], no que se refere ao exercício de 2006, “*contesta a impugnante a afirmação do auditor autuante quanto ao não envio da documentação pelo mesmo solicitada, uma vez que em 25/11/2010, via e-mail, enviamos os arquivos magnéticos devidamente corrigidos do Sintegra, referente aos exercícios de 2005/2006/2007/2008/2009, todos abertos como solicitado, os quais devem estar apensos aos autos. Segue para melhor comprovação cópia do e-mail referido no texto.*”

No que respeita aos exercícios de 2008 e 2009, relativos à mesma infração, são estes os argumentos de defesa: “*discordamos mais uma vez da afirmação do ilustre autuante, vez que não constatamos em nossa escrituração fiscal e contábil diferenças entre os valores declarados e recolhidos do ICMS, acreditamos que só com uma diligencia poderemos apurar com segurança os fatos noticiados.*”

Por fim, requer a realização de perícia técnica, tendo em vista a situação retratada e, com o objetivo de provar as suas alegações, anexa documentos às fls. 579 a 681, ao tempo em que pede seja julgado nulo ou improcedente o Auto de Infração.

Na informação fiscal, apresentada às fls. 686 a 702, o autuante, após transcrever integralmente o campo “*Descrição dos Fatos*” (fls. 2 a 5), ressalta que o lançamento de ofício não contém 23 infrações, mas seis, de diversas naturezas.

Quanto ao mérito da infração 1, inicialmente esclarece que, com relação às mercadorias “burn”, cervejas e chopes, o autuado não as recebe em um único tipo de operação comercial ou CFOP. Existem entradas no estabelecimento transferidas de filiais situadas no Estado da Bahia ou compra de industrializador e, nestas operações, efetivamente, o estabelecimento é substituído, razão porque as mesmas não estão no rol das infrações.

Entretanto, o defensor efetuou entradas em seu estabelecimento através de diversas operações com estas mercadorias, oriundas dos Estados de Alagoas e Sergipe (fls. 538/544), operações estas de transferência com saídas subsequentes, como o próprio contribuinte explicitamente admite (cópias das notas fiscais às fls. 530 a 533; planilhas de fls. 37/42, 68/82, 98/119 e 132/144). Assim, com relação a chopes e cervejas, diz que todas as operações listadas nas planilhas integrantes deste Auto de Infração são oriundas de outros Estados da Federação. Se houve a substituição tributária pelo fabricante, esta foi feita em favor das unidades federativas de Alagoas e Sergipe.

Afirma que, como ocorreu transferência para estabelecimento situado neste Estado, de contribuinte substituto tributário da mesma mercadoria, este deveria ter promovido a substituição em favor da Bahia, conforme dispõem os artigos 353, 355, 373, 374 e 375, todos do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, bem como em razão do quanto estabelecido nos Protocolos ICMS 11/91 e 10/92.

Assim, aduz o autuante ter ficado demonstrado o acerto da ação fiscal, relativa à infração 1, inerente à exigência do ICMS por substituição tributária não retido nos exercícios de 2005 a 2009.

No tocante à infração 3, argumenta que o impugnante deveria demonstrar especificamente onde há erro, e não atacar a infração genericamente, pois o que se vê, por exemplo, na relação de folhas 43/54, são peças para veículos, pneus, farol para caminhão, cilindros, geladeiras, freezer, ou seja, materiais de uso e de consumo e bens do ativo fixo, mercadorias recebidas em transferência, sem o recolhimento do ICMS por diferencial de alíquotas. Se houve recolhimento na matriz, o Estado da Bahia foi preterido no seu direito ao recebimento da indigitada diferença (de alíquotas), portanto, em confronto com os artigos 5º, 27 e 126 do RICMS/BA.

Em relação à infração 4, salienta que, na situação em apreço, a base de cálculo adotada pelo contribuinte para realizar as operações de transferência e o consequente creditamento do imposto está em desacordo com os artigos 56 e 93 do RICMS/BA. Destaca que, quando se trata de mercadoria produzida pelo próprio estabelecimento a legislação não admite a integração ao custo de produção do IPI, ICMS ou qualquer outro imposto. Ou seja, a base de cálculo das operações de entrada (transferências) da matriz para a filial autuada deveria ser “*o custo da mercadoria produzida, assim entendido a soma do custo da matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão-de-obra*”, regra não observada pelo contribuinte.

No que diz respeito ao procedimento adotado para calcular o custo das mercadorias produzidas e, em consequência, a base de cálculo do ICMS nas transferências, aduz que o método sustenta-se na legislação, visto que, como o contribuinte não forneceu os custos de produção de todo o período, mas apenas algumas planilhas esparsas, relativas a alguns meses, adotou os valores constantes do livro Registro de Inventário, conforme norma do art. 330, § 4º, inciso V, alínea “a”, do RICMS/BA, o qual determina que o estabelecimento deverá arrolar as mercadorias neste livro “*pelo custo de aquisição ou de fabricação, ou pelo preço corrente, quando este for inferior ao preço de custo, sendo que, no caso de matérias-primas ou produtos em fabricação, o valor será o de seu preço de custo*”.

Assim, entende que o procedimento adotado não merece reparos.

Quanto à infração 05, em relação ao exercício de 2006, que o contribuinte alega tratar de crédito referente à aquisição de óleo diesel utilizado nos caminhões de entrega aos clientes, aduz que em nenhum dos 30 arquivos, fornecidos ao sujeito passivo através de mídia eletrônica, conforme

declaração de folha 10, detectou a utilização de crédito atinente ao óleo diesel, pois as operações autuadas referem-se à aquisição de materiais de uso e de consumo e bens do ativo imobilizado no exercício de 2006, de cuja relação constam aquisições de amortecedores, faróis de caminhões, molas, bielas, filtros etc., restando correta a ação fiscal, do que anexa às fls. 703 a 706 a planilha correlata.

No que tange à infração 7, no exercício de 2008, pontua que as alegações do impugnante são genéricas e subjetivas. Emite juízo de valor, mas não demonstra de modo objetivo os supostos erros nas auditorias de estoques, que segundo alega obedeceram a todos os ditames regulamentares, conforme demonstrativos constantes do CD juntado à fl. 710, cuja cópia autenticada foi entregue ao estabelecimento por ocasião da ciência do Auto de Infração (fl. 10).

Assim, afirma que deve ser mantida a ação fiscal.

Em relação à infração 8, pondera o autuante que não se sustenta a alegação do defendente de que o mesmo disponibilizou todas as informações solicitadas, inclusive através de e-mail enviado no dia 26/11/2010, pois esta infração é específica do exercício de 2006. As descrições das mercadorias nas operações de entrada foram feitas de maneira genérica, fato que impediu a realização das auditorias de estoque e, parcialmente, do crédito do ICMS. Diz que intimou o impugnante, por três vezes (fls. 14/18), para que fizesse as correções dos arquivos. Todavia, as informações disponibilizadas, com relação ao exercício de 2006, restaram incompletas (com inconsistências). Prova cabal disto é que, de acordo com os próprios arquivos magnéticos disponibilizados no SINTEGRA, a soma das operações de entrada importa em R\$ 12.362.571,59, enquanto no arquivo que foi enviado por e-mail, em 29/11/2010, corresponde a R\$ 8.484.816,86, este último valor compatível com a escrita fiscal, como se pode verificar nas cópias dos livros de Registro de Apuração de fls. 310 a 348.

Ressalta, ainda, que ao receber do contribuinte os arquivos com informações apenas parciais, enviou e-mail ao mesmo no dia 07/12/2010, cujas cópias estão anexadas ao PAF (fls. 707/709), no qual solicitou *“que nos seja encaminhada uma correspondência (carta ou ofício), esclarecendo que os mesmos (arquivos) referem-se à empresa Companhia Alagoana de Refrigerantes, inscrição estadual 62.209.617 NO, e ainda, se neles constam todas as operações de entradas no estabelecimento. Este documento deve ser assinado pelo procurador da empresa. Esclareço que nas intimações que fizemos à empresa, consta o endereço da Inspetoria de Grandes Contribuintes”*. O sujeito passivo não atendeu ao solicitado.

Dessa forma, assevera que a multa aplicada deve ser mantida, vez que houve infração aos §§ 1º a 6º do artigo 708-B do RICMS/BA.

Quanto à infração 02, diz que as diferenças constatadas na auditoria estão demonstradas nas planilhas de fls. 30 e 31, cujos demonstrativos com os valores do ICMS declarados estão em harmonia com os respectivos livros de Registro de Apuração (fls. 389/469), os quais, confrontados com os recolhimentos constantes do sistema de arrecadação da SEFAZ, resultaram nos recolhimentos a menor demonstrados.

Concluindo, o autuante assinala que todas as infrações estão sustentadas por farta documentação, o que, segundo ele, dispensa a realização de perícia.

Requer a procedência do Auto de Infração.

Por Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, o Processo Administrativo foi convertido em diligência ao autuante para que, em relação à quarta infração, apresentasse:

1. planilhas de custos, por unidade fabril, das remessas de mercadorias produzidas sob o CFOP 6.151, com memória de cálculo desses custos, por conterem unidades distintas, como também planilhas das entradas mais recentes das mercadorias transferidas pelos remetentes, e
2. levantamentos fiscais, em separado, dos valores relativos às mercadorias recebidas em transferência, as quais não foram produzidas pelos estabelecimentos remetentes, junto com os das mercadorias remetidas e que foram produzidas pelos remetentes.

A autoridade fiscal, às fls. 719 a 722, no tocante ao primeiro item, diz ser impossível atender ao quanto solicitado, visto que, conforme exposto por ocasião da lavratura do Auto de Infração, as diferenças creditadas a mais resultam do confronto entre os totais das bases de cálculo utilizadas para creditamento nos livros de Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, comparados com os valores das mercadorias constantes do livro Registro de Inventário do contribuinte, uma vez que, de acordo com o artigo 330 do RICMS/BA, os montantes ali lançados devem corresponder ao custo de aquisição ou de fabricação.

Ressalta que, quando da informação fiscal, esclareceu que adotou este procedimento em razão de o contribuinte não haver disponibilizado as planilhas demonstrativas dos custos de produção.

Em relação ao segundo item, anexou, às fls. 723 a 1.236, os demonstrativos solicitados, separando as mercadorias da produção do remetente daquelas recebidas em transferência, mas que não são da produção do remetente.

Das fls. 1.238 a 1.241 constam documentos que comprovam a intimação ao sujeito passivo para tomar conhecimento do resultado da diligência (cópias entregues de fls. 719 a 1.236), com a abertura de prazo para se manifestar, o que não ocorreu.

A 5ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) apreciou a lide na pauta de 22 de setembro de 2011, tendo o ilustre relator prolatado o voto abaixo transcrito.

*“Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o débito, no montante de R\$ 2.142.725,30, relativo a oito irregularidades.*

*Preliminarmente, rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração, pois entendo que o lançamento preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, o qual recebeu todos os arquivos dos anexos que fundamentam as infrações e lhe foi concedido prazo para se manifestar, conforme provam os documentos às fls. 10 e 1.238 a 1.241 dos autos.*

*Quanto ao pedido para realização de diligência e/ou perícia, o indefiro, nos termos do art. 147, I e II, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, por considerar que a prova dos fatos não depende do conhecimento especial de técnicos, como também por ser desnecessária em vista de outras provas produzidas e constantes nos autos.*

*No mérito, em relação à primeira infração, inerente à falta de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, restou comprovado, às fls. 39 a 42; 69 a 80; 110 a 119 e 133 a 144 dos autos, que se trata de operações de transferências de outro estabelecimento do autuado, localizado no Estado de Alagoas, de chopes e cervejas, mercadorias adquiridas de terceiros e sujeitas ao regime de substituição tributária, cabendo ao remetente, estabelecimento atacadista, na condição de contribuinte substituto tributário da mercadoria, a substituição tributária em favor do Estado da Bahia, conforme determina a cláusula terceira do Protocolo ICMS 11/91, cujos Estados envolvidos são signatários.*

*Há de se ressaltar que, consoante previsto na cláusula segunda do Convênio ICMS 81/93 – que disciplina as normas gerais de substituição tributária nas operações realizadas com base em acordos interestaduais - cabe ao remetente das mercadorias sujeitas à substituição tributária por força de convênios ou protocolos, efetuar a retenção e o recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ainda que o imposto já tenha sido retido anteriormente.*

*Já a cláusula quinta do Convênio ICMS 81/93, determina a não aplicabilidade da substituição tributária às operações que destinem mercadorias a sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria ou nas transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição tributária, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento fica atribuída ao estabelecimento destinatário que promover a saída da mercadoria.*

*Contudo, a partir 01/01/04, com a inserção do parágrafo único da aludida cláusula quinta do Convênio ICMS 81/93, o sujeito passivo por substituição é aquele definido como tal no protocolo ou convênio que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria.*

*No caso concreto, a cláusula terceira o Protocolo ICMS 11/91, que trata do regime de substituição tributária aplicável nas operações com cerveja, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo, atribui ao estabelecimento remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST nas suas saídas subsequentes para o Estado da Bahia, conforme a seguir descrito:*

*Cláusula terceira. No caso de operação interestadual realizada por distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista com as mercadorias a que se refere este protocolo a substituição caberá ao remetente, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente, observado o seguinte:*

*I - já tendo o imposto sido retido, o distribuidor, o depósito ou o estabelecimento atacadista emitirá nota fiscal para efeito de ressarcimento, junto ao estabelecimento que efetuou a primeira retenção, do valor do imposto retido em favor do Estado de destino, acompanhada de cópia do respectivo documento de arrecadação;*

*II - o estabelecimento destinatário da nota fiscal a que se refere o inciso anterior poderá deduzir, do próximo recolhimento ao Estado a favor do qual foi feita a primeira retenção, a importância correspondente ao imposto anteriormente retido, desde que disponha dos documentos ali mencionados.*

*Parágrafo único. Em substituição à sistemática prevista nesta cláusula, poderão as unidades da Federação estabelecer forma diversa de ressarcimento.*

*Também se deve salientar que, no caso concreto, não se aplicam a cláusula primeira e a segunda do Protocolo ICMS 11/91, por não se tratar o remetente de estabelecimento industrial, importador, arrematante de mercadorias importada e apreendida ou engarrafador de água.*

*Ainda em relação à primeira infração, verificam-se às fls. 37, 38, 68, 81, 82, 98 a 109 e 132 dos autos operações internas de entradas de “BURN”, que, por se tratar de remetente localizado no Estado da Bahia, também não cabe, se for o caso, ao estabelecimento autuado a condição de contribuinte substituto tributário da mercadoria.*

*Sendo assim, considero nula a infração por ilegitimidade do sujeito passivo, uma vez que caberiam aos remetentes, estabelecimentos localizados nos Estados de Alagoas e da Bahia, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes. Infração nula.*

*Quanto à segunda infração, relativa ao recolhimento a menor do ICMS escriturado, conforme demonstrado às fls. 30 e 31 dos autos, cujos valores do ICMS estão consolantes com os consignados nos livros de Registro de Apuração do ICMS (fls. 389/469), o contribuinte nada apresenta no sentido de elidir a acusação fiscal, limitando-se apenas a alegar que “...não constatamos em nossa escrituração fiscal e contábil diferenças entre os valores declarados e os recolhidos do ICMS, acreditamos que só com uma diligência poderemos apurar com segurança os fatos noticiados”. Assim, considero-a subsistente.*

*Inerente à terceira infração, a qual exige o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de materiais de consumo do estabelecimento, restou comprovado às fls. 43 a 67; 83 a 97 e 120 a 131 dos autos, que se tratam de peças para veículos, geladeiras, freezer, banner, cartaz, palete, faixas, display, etc, materiais de uso e de consumo e bens do ativo fixo recebidos em transferência, sem o recolhimento do ICMS diferencial de alíquota ao Estado da Bahia. Exigência subsistente.*

*No tocante à quarta infração, na qual se exige o crédito de ICMS utilizado em valor superior ao custo de produção e/ou de aquisição, referentes a mercadorias produzidas ou adquiridas pelo estabelecimento matriz e remetidas em transferência para o estabelecimento autuado, nos termos do art. 56, inciso V, “b”, do RICMS/BA, cujo dispositivo determina que a base de cálculo destas operações corresponda ao custo de produção (mercadorias produzidas pelo estabelecimento) ou ao preço de aquisição ou valor correspondente à entrada mais recente, aduz o autuante que as diferenças creditadas a mais resultam do confronto entre os valores das bases de cálculos utilizadas para creditamento comparados com os valores das mercadorias, constantes do livro Registro de Inventário do contribuinte, uma vez que, de acordo com o art. 330 do RICMS, os valores ali lançados devem corresponder ao custo de aquisição ou de fabricação.*

*O artigo 13, § 4º, da Lei Complementar nº 87/96, estabelece em seus incisos I e II que, na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é: I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria; II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento.*

*Portanto, no caso de transferências interestaduais para outro estabelecimento da mesma empresa de mercadorias produzidas pelo próprio remetente (CFOP 6151), a legislação prevê como base de cálculo do imposto o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. O fato de o autuante ter tomado como referência o valor da mercadoria constante no Registro de Inventário do adquirente, ora autuado, sob a premissa de que, de acordo com o art. 330 do RICMS, o valor ali lançado deve corresponder ao custo de aquisição ou de fabricação, não é verdadeira, pois, no caso da determinação legal, o custo é limitado a apenas a quatro itens (matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento), enquanto o “custo de fabricação” a que se refere o artigo 330 do RICMS/BA é o total de todos os custos de produção. Porém, como tal levantamento beneficiou ao contribuinte, pois, apesar de tomar como referência um custo a mais que o legalmente previsto, mesmo assim se apurou diferença na base de cálculo das operações e, consequentemente, ICMS creditado a mais, há de se manter a exigência relativa às transferências da produção própria, conforme depurado às fls. 723 a 861 dos autos, no valor de R\$ 290.073,04, para o exercício de 2005; às fls. 865 a 904, no valor de R\$ 43.469,13, para o exercício de 2006; às fls. 929 a 1.026, no valor de R\$ 245.456,94, para o exercício de 2007; às fls. 1.030 a 1.111, no valor de R\$ 227.750,31, para o exercício de 2008, e às fls. 1.130/1.223, no valor de R\$ 264.787,56, para o exercício de 2009, a seguir demonstrado: (demonstrativo à fl. 1.251).*

No entanto, no que diz respeito às transferências das mercadorias adquiridas de terceiros, cuja previsão legal para a apuração da base de cálculo é o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria no estabelecimento do remetente, torna-se imprestável o custo de aquisição lançado no Registro de Inventário, por não haver qualquer relação com o ditame legal.

Assim, subsiste parcialmente a infração 04 no valor de R\$ 1.071.536,98.

Em relação à quinta infração, a qual exige o crédito indevido de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo, restou comprovado, às fls. 703 a 706 dos autos, que se tratam de peças diversas para veículos e agenda, materiais de uso e de consumo e, como tal, sem direito ao crédito do ICMS, no período fiscalizado, uma vez que a utilização dos créditos fiscais relativos aos materiais destinados ao uso e consumo do estabelecimento está prevista a partir de 1º/01/2020, conforme art. 33, I, da Lei Complementar nº 87/96, alterada pela LC 138/10, consoante consignado no art. 29, § 1º, II, da Lei nº 7.014/96. Infração subsistente.

Quanto às infrações 6 e 7, exigências relativas à auditoria de estoque realizadas nos exercícios de 2005 e 2009 (omissão de saídas – infração 6) e nos exercícios de 2007 e 2008 (omissão de entradas – infração 7), consoante demonstrado às fls. 23 a 26 dos autos, como também em arquivos gravados em mídia eletrônica (CD), os quais foram entregues ao autuado (fl. 10), tais levantamentos se fundamentaram nos movimentos de entradas e de saídas das mercadorias além dos seus respectivos estoques inicial e final, cujas diferenças apuradas constituem comprovação suficiente da realização de operações sem emissão de documento fiscal, não tendo o contribuinte se incumbido de destituir os números apurados, limitando-se a alegar que deve ter havido falhas dos levantamentos, do que anexa controles de estoque, sem, contudo, apontar quais falhas.

Assim, por não apresentar documentos e nem alegações que provem sua impugnação ao levantamento fiscal, nos termos previsto no art. 123 combinado com o art. 142, ambos do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, conclui como corretos os números apurados, relativos às infrações 6 e 7, sendo a primeira por omissão de operações de saídas de mercadorias e a segunda por presunção legal de omissão de operações de saídas anteriores de mercadorias, prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, cuja receita, não contabilizada, serviu de suporte financeiro para pagamento dessas entradas, também não registradas. Exigências subsistentes.

Por fim, inerente à oitava infração, na qual se exige a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas, por ter fornecido informações através dos arquivos magnéticos, requerido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, relativamente ao exercício de 2006, o autuado não contesta os números apurados e diz que enviou os arquivos magnéticos corrigidos, referente aos exercícios de 2005/2006/2007/2008/2009, via e-mail, em 25/11/2010 (fl. 578).

Já o autuante, em sua informação fiscal, diz não se sustentar a alegação do deficiente, pois, esta infração é específica do exercício de 2006, decorrente do fato de que os arquivos magnéticos que o contribuinte disponibilizou no SINTegra, as descrições das mercadorias nas operações de entradas, foram feitas de maneira genérica, fato que impedia a realização das auditorias de estoque e, parcialmente, do crédito do ICMS. Assim, intimou o contribuinte, por três vezes (fls. 14/18), para que ele fizesse as correções dos arquivos, todavia, as informações disponibilizadas, com relação ao exercício de 2006, estavam incompletas. Ressalta, ainda, que ao receber do contribuinte os arquivos com informações apenas parciais, após terceira intimação formal, enviou e-mail ao mesmo no dia 07.12.2010, cujas cópias são anexadas ao PAF (fl. 707/709), onde solicitou esclarecimentos, não tendo o contribuinte atendido a solicitação. Assim, entende que a multa aplicada deve ser mantida, vez que o contribuinte infringiu os parágrafos 1º ao 6º do artigo 708-B do RICMS/BA.

Da análise da intimação, à fl. 18 dos autos, datada de 13/10/2010, verifica-se que o contribuinte teve o prazo de trinta dias para corrigir os arquivos magnéticos referentes ao exercício de 2006, consoante divergências nela consignadas, tendo sido informado pelo autuante, via mensagem eletrônica, às fls. 707 a 709 dos autos, que “até agora apenas os arquivos de 2007 e 2008 foram corrigidos”, tendo o preposto do autuado consignado, em 25/11/2010, que “Desculpas mais uma vez só que os arquivos do ano de 2006 alguns produtos ainda ficaram fechado e TI está corrigindo 2005 e 2006 segue os anos de 2007, 2008 e 2009.”

Diante de tais fatos, não restam dúvidas sobre o descumprimento da obrigação tributária acessória, ora sob análise, cujos números não foram contestados pelo autuado. Infração subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 1.977.834,31, após considerar nula a infração 1 e reduzir a infração 4 para R\$ 1.071.536,98”.

Em virtude de a desoneração da sociedade empresária ter ultrapassado o limite estatuído no art. 169, I, “a” do RPAF/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 5ª Junta recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF Nº 0250-05/11.

Devidamente intimado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 1.264 a 1.272, no qual argumentou, em relação à terceira infração, que o diferencial de alíquotas, tendo sido pago quando da aquisição pelo estabelecimento matriz, localizado no Estado de Alagoas, não mais é devido à Bahia, sob pena de tal situação se tornar o que chama de “uma bola de neve”.

Ao refutar a quarta infração, anexa ao Recurso uma planilha de custos, de 2005 a 2009 (fls. 1.282 a 1.286), que entende albergar as suas pretensões, juntamente com relação descritiva dos produtos comercializados (fls. 1.287 a 1.302).

Ratifica os argumentos de defesa da infração 5 e, com relação às infrações 6 e 7 (auditoria de estoques), apresenta mídia em CD (fl. 1.303) contendo a movimentação de produtos fabricados, comercializados e revendidos, acreditando que as informações ali contidas comprovam a sua lisura e boa fé.

Repete a alegação defensiva atinente à oitava e última infração, pedindo que sejam analisados os arquivos magnéticos corrigidos (de 2005 a 2009).

Conclui pleiteando nulidade ou improcedência.

No Parecer de fls. 1.308 a 1.310 a Procuradoria do Estado opinou pelo improvimento do Recurso.

## VOTO

Relativamente à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, constato que o autuante e os julgadores de primeira instância expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram os ilícitos tributários, indicando os documentos e demonstrativos, bem como seus dados e cálculos, assim como apontaram o embasamento jurídico.

Ficou evidenciado que o contribuinte entendeu as imputações, que foram oito ao todo, tendo recebido os levantamentos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente o seu direito de defesa, inclusive, manifestando-se em minúcias quanto ao mérito.

Portanto, seja no próprio Auto de Infração, seja na Decisão recorrida, que abordou todos os aspectos ventilados pelo impugnante, ora recorrente e recorrido, nada existe que possa ensejar prejuízo ao contraditório ou ao direito de defesa, que restaram garantidos, o que constato, repito, em razão dos argumentos de mérito abordados pelo mesmo.

Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, inclusive os do processo administrativo fiscal (art. 2º, RPAF/1999).

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Indefiro o pleito de revisão, direta ou indiretamente formulado, pois, com base no art. 147, I, “a” do RPAF/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), reputo suficientes para a formação da convicção dos conselheiros os elementos ora contidos no PAF.

No mérito, inicio o presente julgamento analisando o Recurso de Ofício, resultante da desoneração relativa à declaração, por parte da Junta, da nulidade da infração 1 e da procedência parcial da infração 4.

Primeiramente, no que se refere à infração 1, trata-se em parte de operações de transferência de outro estabelecimento do grupo, localizado no Estado de Alagoas, de chopes e cervejas, mercadorias adquiridas de terceiros e sujeitas ao regime de substituição tributária, cabendo ao remetente atacadista, na condição de substituto tributário, a retenção e pagamento em favor do Estado da Bahia, conforme determina a cláusula terceira do Protocolo ICMS 11/91.

Assinale-se que, nos termos do parágrafo único da cláusula quinta do Convênio ICMS 81/93, o sujeito passivo por substituição é aquele definido como tal no acordo interestadual que trata do regime de substituição tributária aplicável à situação.

No caso concreto, a cláusula terceira do Protocolo ICMS 11/91, que versa sobre o regime de substituição tributária incidente nas operações com cerveja, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo, atribui ao estabelecimento remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST nas saídas subsequentes para o Estado da Bahia, ainda que o imposto já tenha sido retido anteriormente.

Observo, às fls. 37, 38, 68, 81, 82, 98 a 109 e 132, operações internas de entrada do item “BURN”, em função das quais, por designarem remetente localizado nesta unidade federativa (Bahia), não se pode qualificar o sujeito passivo como contribuinte substituto.

Sendo assim, mantendo a Decisão recorrida relativamente à infração 01, considero-a nula por ilegitimidade passiva, porquanto caberia aos remetentes, localizados nos Estados de Alagoas e da Bahia, a retenção e o recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes.

Com relação à infração 4 (crédito nas transferências em valor superior ao custo de produção e de aquisição), a Lei Complementar nº 87/96 estatui que a base de cálculo deve ser equivalente ao custo de produção (mercadorias produzidas pelo estabelecimento remetente; matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento) ou ao valor correspondente à entrada mais recente (art. 13, § 4º).

No caso de transferências interestaduais para outro estabelecimento da mesma empresa de mercadorias produzidas pelo próprio remetente (CFOP 6.151), a legislação prevê como base de cálculo do imposto o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma dos custos da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. O fato de o autuante ter tomado como referência o valor constante do Registro de Inventário do adquirente, ora recorrente e recorrido, sob a premissa de que, de acordo com o art. 330 do RICMS a quantia ali lançada deve corresponder ao custo de aquisição ou de fabricação, contém equívoco de interpretação, pois, no caso da determinação legal, o custo é limitado a apenas quatro itens (matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento), enquanto o “*custo de fabricação*” a que se refere o artigo 330 do RICMS/BA é o total de todos aqueles de produção, portanto, maior do que o estabelecido no art. 13, § 4º da Lei Complementar nº 87/96.

Consequentemente, o erro cometido no levantamento fiscal beneficiou ao contribuinte, pois, por motivos óbvios, os valores considerados na auditoria a seu favor (a crédito) foram significativamente maiores, conforme exemplificado numericamente no Voto de primeira instância, acima transscrito.

Todavia, no que respeita às transferências das mercadorias adquiridas de terceiros), cuja previsão legal para a apuração da base de cálculo designa o valor correspondente à entrada mais recente no estabelecimento do remetente, torna-se imprestável o custo de aquisição lançado no Registro de Inventário, por absoluta falta de previsão legal.

Assim, mantendo a Decisão recorrida para declarar subsistente em parte a infração 04, no valor de R\$ 1.071.536,98.

Quanto ao Recurso Voluntário, primeiramente assinalo que o mérito atinente à parcela que remanesceu na infração 4 já foi apreciado acima.

Relativamente à infração 2, o recorrente cingiu-se a afirmar que não constatou na sua escrituração fiscal e contábil diferenças entre os valores declarados e os recolhidos. A mera negativa do cometimento da infração não retira do interessado o ônus de afastar a presunção relativa de legitimidade do ato administrativo (art. 143, RPAF/99).

No que pertine à infração 3, a qual exige o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais nas aquisições de materiais destinados ao ativo imobilizado e ao uso e consumo do estabelecimento, restou comprovado, às fls. 43 a 67, 83 a 97 e 120 a 131, que se trata de peças para veículos, geladeiras, freezer, banner, cartaz, palete, faixas, display etc. Ou seja, materiais de uso e consumo e bens do ativo fixo recebidos em transferência sem o recolhimento do ICMS por diferença de alíquotas.

Em relação à quinta infração, a qual exige o crédito indevido referente às aquisições de materiais para uso e consumo e para o ativo imobilizado, verifico, assim como o nobre relator de primeira instância, às fls. 703 a 706, que se trata de peças diversas para veículos e agendas (estas últimas apenas quatro). Por conseguinte, sem direito ao crédito no período fiscalizado, uma vez que a sua regular utilização está prevista para ter início a partir 01/01/2020, conforme art. 33, I, da Lei

Complementar nº 87/96, alterada pela LC 138/10, com dispositivo análogo no art. 29, § 1º, II, da Lei nº 7.014/96.

Quanto às imputações 6 e 7, concernentes às auditorias de estoques realizadas nos exercícios de 2005 e 2009 (omissão de saídas – infração 6) e nos exercícios de 2007 e 2008 (omissão de entradas – infração 7), restou comprovado às fls. 23 a 26 e na mídia em CD, entregues ao recorrente (fl. 10), que o levantamento teve como base os movimentos de entradas e de saídas, além dos estoques iniciais e finais. As diferenças apuradas constituem comprovação suficiente da realização de operações sem emissão de documento fiscal, sendo que as razões de defesa e Recurso limitaram-se à alegação de que houve falhas por parte do fisco, anexando controles de estoque destituídos de valor legal, porquanto documentos meramente internos, sem indicar falhas.

No tocante à oitava infração, na qual se cobra a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas, por ter o estabelecimento fornecido informações através dos arquivos magnéticos, requeridos mediante intimações, cujo recibo da listagem diagnóstico está à fl. 17, com inconsistências, relativamente ao exercício de 2006, o recorrente não se insurgiu contra os números apurados. Apenas disse que enviou os arquivos corrigidos, referentes aos exercícios de 2005, 2006, 2007, 2008 e 2009 via e-mail, em 25/11/2010 (fl. 578).

Verifica-se à fl. 18 que o sujeito passivo teve o prazo de trinta dias para corrigir os arquivos magnéticos do exercício de 2006, consoante inconsistências ali consignadas, mas não o fez.

Importa destacar o teor das correspondências colacionadas às fls. 707 a 709, na qual o autuante disse que “*até agora apenas os arquivos de 2007 e 2008 foram corrigidos*”. Esta foi a resposta do preposto do recorrente, em 25/11/2010: “*desculpas mais uma vez só que os arquivos do ano de 2006 alguns produtos ainda ficaram fechado e TI está corrigindo 2005 e 2006 segue os anos de 2007, 2008 e 2009*”.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, para homologar e declarar mantida a Decisão recorrida, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

#### **VOTO DIVERGENTE (Preliminar de nulidade da infração 4)**

Divirjo do entendimento firmado pelo nobre Relator com relação à infração 4, desta autuação, por entender que há invencível insegurança na apuração da base de cálculo que ensejou a exigência.

Em primeiro lugar, convém salientar que a imputação foi assim descrita pelo autuante: Utilização indevida de crédito, na quantia de R\$ 1.088.985,79, nos exercícios de 2005 a 2009, referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação. Consta que a autuação versa sobre “*utilização de crédito fiscal em valor superior ao custo de produção e/ou de aquisição, referentes a mercadorias produzidas ou adquiridas pela Matriz, remetidas em transferência para a filial localizada neste Estado, objeto desta ação fiscal*”. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996.

Como se vê, há grave incorreção na descrição do ilícito atribuído ao sujeito passivo, pois, inicialmente, acusa-se a utilização indevida de crédito de antecipação parcial, sendo que, logo em seguida, há a indicação de que a glosa de créditos deu-se, na verdade, por equívoco na base de cálculo das operações de transferência.

Tal equívoco não é capaz, isoladamente, de ensejar a anulação da exigência, contudo, somado aos demais erros que aqui serão expostos, serve para reforçar a inviabilidade do lançamento.

A par dessa questão, observa-se que o autuante extraiu o custo de produção a que faz referência a Lei Complementar 87/96 do livro Registro de Inventário do sujeito passivo. Contudo, como reconhece o próprio relator, esse livro não indica o custo de produção da mercadoria recebida em transferência, sendo impossível dele extrair as rubricas que devem compor a base de cálculo nessas operações, a saber mão-de-obra, acondicionamento, matéria-prima e material secundário.

Assim, verifica-se que o autuante fez um verdadeiro arbitramento da base de cálculo para glosa de créditos fiscais, o que não encontrava previsão na Lei nº 7.014/96 à época da autuação, nem encontra hoje, já que o procedimento utilizado jamais foi chancelado pela lei. A metodologia da base de cálculo, portanto, é manifestamente ilegal, seja porque implicou arbitramento fora das hipóteses legais, seja porque não é capaz de revelar o custo de produção tal como definido pela Lei Complementar nº 87/96.

Além disso, não se vislumbra nos autos qualquer motivo para que a empresa, ao escriturar seu livro Registro de Inventário, lance valores divergentes daqueles indicados nas notas fiscais de aquisição/transferência de mercadorias - essa seria a única hipótese que enseja a divergência entre o valor do livro de inventário e a base de cálculo das notas fiscais. O autuante também não fez qualquer demonstração nesse sentido, o que igualmente torna insegura a base de cálculo encontrada.

Por derradeiro, é importante destacar que não é possível encontrar correspondência entre os valores lançados nos demonstrativos elaborados pelo autuante a título de custo de produção e aqueles que foram lançados no livro Registro de Inventário cuja cópia foi coligida ao *in folio*. Em que pese o esforço deste Julgador, repita-se, não se encontrou um único produto em que o valor do custo de produção tenha coincidido com o registro do livro Registro de Inventário do contribuinte.

Assim, não se sabe como o autuante chegou ao custo de produção adotado, valendo frisar que essa questão é intrínseca à própria autuação. Ou seja, a demonstração da base de cálculo do imposto lançado é ônus da fiscalização, tanto que sua insegurança leva à nulidade da exigência. Logo, a nulidade ora proclamada independe de arguição do sujeito passivo.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para decretar a nulidade da infração 4, seguindo, nos demais termos, o voto do Relator.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281508.0005/10-1, lavrado contra **COMPANHIA ALAGOANA DE REFRIGERANTES**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.868.510,12**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.131.530,05 e 70% sobre R\$736.980,07, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “b” e “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória de **R\$109.324,19**, prevista no inciso XIII-A, “f”, do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

**VOTO VENCEDOR** (Preliminar de nulidade da infração 4) – Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes, Eduardo Ramos de Santana e Rubens Bezerra Soares.

**VOTO DIVERGENTE** (Preliminar de nulidade da infração 4) – Conselheiros(as): Fábio de Andrade Moura, Alessandra Brandão Barbosa e Valnei Sousa Freire.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILo REIS LOPES – RELATOR

FABIO DE ANDRADE MOURA – VOTO DIVERGENTE  
(Preliminar de nulidade da infração 4)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS