

A. I. Nº - 020747.0106/09-3
AUTUADO - ALIANÇA BAIANA DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS LTDA. (UNIÃO DE DISTRIBUIÇÃO DOS GERAIS LTDA.)
AUTUANTE - MARIA HELENA DA SILVA RIBEIRO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET 14.06.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0118-04/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DOCUMENTO FISCAL EM DUPLICIDADE. Infração comprovada. **b)** MERCADORIA COM IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não elidida. **c)** DESTAQUE A MAIOR NO DOCUMENTO FISCAL. **d)** BEM DO ATIVO PERMANENTE. Infração comprovada. **e)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração não elidida. **f)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração reconhecida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MULTA PERCENTUAL DE 60% SOBRE O IMPOSTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Uma vez comprovado a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa equivalente a 60% do ICMS não antecipado. Infração procedente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Infração não elidida. **b).** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração procedente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA TRIBUTÁVEL. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Item não impugnado. 5. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS, CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. O contribuinte deve estornar o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, quando forem objeto de operação com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 04/06/2009, exige ICMS e multa totalizando o valor histórico de R\$169.037,24, em razão das seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento (s) fiscal (is) em duplicidade. - Valor histórico: R\$ 105.681,20; percentual de multa aplicada: 60%;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. - Valor histórico: R\$ 45.448,80; percentual de multa aplicada: 60%.

3. Utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no (s) documento (s) fiscal (is) - Valor histórico: R\$ 1.139,13; percentual de multa aplicada: 60%.
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento - Valor histórico: R\$ 4.886,99; percentual de multa aplicada: 60%.
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento - Valor histórico: R\$ 406,34; percentual de multa aplicada: 60%;
6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documentos fiscais - Valor histórico: R\$ 80,52; percentual de multa aplicada: 60%.
7. Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial – Valor histórico: R\$ 7.970,26; percentual de multa aplicada: 60%.
8. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento - Valor histórico: R\$ 2.481,12; percentual de multa aplicada: 60%.
9. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeitas (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal - Valor histórico: R\$ 103,61; percentual de multa aplicada: 10%.
10. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento - Valor histórico: R\$ 208,26; percentual de multa aplicada: 60%.
11. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução - Valor histórico: R\$ 631,01; percentual de multa aplicada: 60%.

O contribuinte, em sua defesa de fls. 351/357, impugnou a ação fiscal quanto ao mérito das seguintes infrações:

Na infração 1, na questão do crédito de duplicidade diz que foi legalmente intimada para apresentar os livros e documentos fiscais de 2005 e 2006. Aduz também que a empresa realizou um *upgrade* no sistema contábil (migrando do PROSOFT DOS para o PROSOFT WINDOWS) e, que por esse motivo não pôde atender o fisco, sendo que gerou os livros fiscais no sistema antigo (DOS), principalmente o período de 2007, os quais foram transportados para outro servidor.

Assevera que foram apresentados os livros à fiscalização sem perceber as alterações, mas ao notar que os livros não estavam iguais às DMAs enviadas anteriormente, geraram novas DMAs com a retificação, igualando os livros com as DMAs. Assim só a partir da fiscalização que percebeu as duplicidades dos valores.

Salienta que a movimentação econômica real da empresa já havia sido registrada anteriormente normalmente sem duplicidade de crédito, o que pode ser comprovado através da análise do PAF 8500001585083 e dos pagamentos do exercício de 2007, antes do atual procedimento.

Ressalta que no exercício de 2006 realmente houve crédito, pois foi o reinício das atividades da empresa e a necessidade de formação de estoque acaba gerando crédito maior do que débito, assim não foram utilizados valores em duplicidade, a prova é que em 2007, foi gerado débito de imposto em alguns meses, e, caso a empresa realmente tivesse utilizado, indevidamente, esses créditos, não haveria tais débitos, conforme tabelas juntadas na defesa.

Para realçar que houve apenas um erro no sistema, no momento da geração dos livros, apresenta tabela que demonstra o valor do livro (conforme DMAs de 2007, como sendo uma seqüência de 2006), com registros em duplicidade como forma de não gerar nenhuma dúvida que houve apenas um erro de sistema no momento da geração dos livros, observa que o crédito a maior de imposto e não o débito e o PAF correspondente ao mesmo período, apresentando o débito real devido.

Assim, a empresa, na verdade, não utilizou crédito em duplicidade, foi apenas um erro, quando da geração dos livros fiscais, e alerta que a empresa declarou um total de débito de R\$ 134.653,62 apesar do livro atual está indicando um crédito de mais de R\$ 200.000,00. Assim, não seria possível cobrar o mesmo valor duas vezes, pois se houvesse crédito em duplicidade não haveria débito ou haveria débito a menos nos meses subsequentes, o que não ocorreu. Sustenta pela improcedência da infração 1.

Quanto às infrações 2, 4, 5 e 7, reitera os mesmo argumentos da infração anterior, alegando que não utilizou crédito indevidos, o que foi apenas um erro na geração dos livros fiscais e, caso a empresa tivesse se beneficiado do crédito indevido, não haveria nenhum imposto a pagar, o que levanta a improcedências destas infrações.

Aduz, ainda, que a empresa está refazendo a sua escrita contábil para eliminar os erros gerados pelo sistema e para que essas irregularidades sejam sanadas.

Reconhece as infrações 3, 6, 8, 9, 10 e 11, e entrou com parcelamento do débito indicado nestas infrações.

Pede pela Procedência Parcial e que seja determinada a emissão de Certidão Negativa de Débitos Tributários.

Na informação fiscal, fls. 362/363, o autuante ao tomar conhecimento da peça defensiva ratifica em todos os termos o Auto de Infração, bem como, o fato de o contribuinte não ter apresentado qualquer documento ou argumento que elidisse os lançamentos efetuados no presente Auto de Infração, respaldado nos livros e documentos da empresa.

Com referência às infrações 3, 6, 8, 9, 10 e 11, embora tenham sido reconhecidas pelo contribuinte e o mesmo tenha dito, em sua defesa, que já solicitou parcelamento dos valores, o sistema da SEFAZ não acusou, até o momento, nenhum pagamento destas infrações.

Quanto à infração 1, ratifica o lançamento da empresa quando a própria afirmou que “*havia se creditado indevidamente de valores lançados em duplicidade*”, pois o lançamento está respaldado nas notas fiscais que foram lançadas em duplicidade, conforme demonstrativos (fls. 64/65), no livro Registro de Entradas, cópias anexadas no Auto de Infração (fls.159/319), cujos créditos totalizam com duplicidades e que foram transferidos para o livro Registro de Apuração do ICMS, fls.320 a 348.

Em referência às alegações da realização de “Upgrade” do seu sistema, ressalta que esta situação não elide a infração apurada, pois o uso do crédito em duplicidade é fato. Também, chama a atenção que as divergências apuradas se referem ao exercício de 2006 e, a fiscalização desse exercício, ocorre no 2º trimestre de 2009, portanto, quase 3 anos após o encerramento do exercício, não há cabimento do autuado entregar à fiscalização livros fiscais, e posteriormente na sua defesa querer invalidá-los.

O autuante não entendeu o sentido de tal procedimento uma vez que à época dos fatos a empresa retificou as DMAs referentes a janeiro a agosto de 2007, os quais trazem saldo credor do exercício de 2006, que continha créditos indevidos que deram origem ao lançamento da infração 1, conforme cópia do livro Registro de Apuração do ICMS, fls. 347 e DMAs anexas referente ao exercício de 2007, fls. 366 a 383.

Desse modo fica provado que o contribuinte lançou indevidamente as notas fiscais em duplicidade, bem como, os créditos indevidos descritos nas irregularidades das infrações 1, 2, 4, 5 e 7 do presente Auto de Infração.

Quanto às infrações 2, 4, 5 e 7, ratifica os lançamentos posto que os argumentos da defesa não procedem em relação à infração 1, logo os lançamentos dos créditos indevidos foram mantidos e utilizados.

Pede a procedência do Auto de Infração.

Em nova manifestação, fls. 404/409, o autuado diz que não foi entendida a explicação dada, e tentará mais uma vez esclarecer os fatos.

Ratifica que a duplicidade das notas fiscais só ocorreu no momento da geração dos livros para a fiscalização e percebeu que os livros estavam diferentes das DMAs enviadas anteriormente, e retificou-as até poder definir exatamente o que teria acontecido.

Reitera que esse procedimento não alterou a real movimentação econômica da empresa.

Sustenta que a auditora se equivocou ao afirmar que a empresa só deu entrada ao PAF em 15/12/2008, desde quando o processo foi gerado pela própria SEFAZ.

Ademais, a empresa declarou o débito na DMA do período e, por falta de recursos não recolheu o ICMS devido.

Portanto, se a empresa declarou o débito de 2007 então não foi utilizado nenhum crédito em duplicidade em 2006, evidenciado que foi apenas um erro na geração dos livros devido ao “Upgrade” do sistema instalado na empresa.

Junta tabela com os valores que foram declarados anteriormente em DMA, onde julga que o erro fica visível, e da análise dos saldos credores anteriores percebe-se que em alguns meses tais como 09/2006, 10/2006, 11/2006, 12/2006, e 04/2007, os valores não são os mesmos.

Anexa também, tabelas dos valores dos débitos declarados e os pagamentos originais e alega que a empresa nos meses de fevereiro/2007 tinha um crédito de R\$174.444,13 por que declarou um débito de R\$30.858,28, em junho/2007 continha um crédito de R\$68.853,66 por que declarou também um débito de R\$72.709,34 e que em agosto/2007 tinha um crédito de R\$4.605,21 por que pagou R\$31.094,58 referentes a este mesmo período. Pede, assim, a improcedência da infração 1.

Quanto às infrações 2, 4, 5 e 7, reitera os mesmo argumentos da defesa anterior, pedindo a improcedência destas infrações.

Diz que a empresa está finalizando o processo de refazimento de sua escrita contábil, os erros gerados pelo sistema já foram corrigidos e até o final deste procedimento de defesa, estará apresentando os valores originais corretos e que serviram de base para as primeiras DMAs.

Solicita à auditora que reveja o procedimento, baseado no bom senso e na racionalidade, pois as provas são incontestáveis e que a empresa não se beneficiou com os lançamentos posteriores equivocados, pois a própria SEFAZ gerou um PAF a partir da própria declaração original de débito, a empresa pagou o imposto em um período que agora está com crédito.

Solicita, também, diligência através da assessoria técnica deste nobre Conselho de Fazenda, para que, de forma imparcial, essa querela seja resolvida. Pede que o fisco apresente as primeiras DMAs, pois não foram encontradas as originais da empresa, e com as originais ficará evidente que a empresa não utilizou crédito em duplicidade em nenhum momento.

Ao fim, pede a Procedência Parcial do Auto de Infração, com reconhecimento das infrações 3, 6, 8, 9, 10 e 11 e que seja determinada a emissão de Certidão Negativa de Débitos Tributários.

O autuante, por sua vez, nas fls. 414/416, passa a se pronunciar após a manifestação da empresa, volta a ratificar que na sua manifestação, o contribuinte não apresentou qualquer documento de provas para elidir a acusação.

Volta a dizer que o reconhecimento das infrações 3, 6, 8, 9, 10 e 11, ainda não foram pagas e nem parceladas como alega o autuado.

Diz que o autuado manteve os mesmo argumentos em sua manifestação e deu a entender que os lançamentos em duplicidade “*não alteraram a real movimentação econômica*”. Também alega que as duplicidades de lançamentos dos créditos ocorreram no exercício de 2006, conforme pode ser confirmado na cópia do livro Registro de Entradas (fls. 159/319).

Salienta que a empresa foi intimada a apresentar livros e documentos em 25/11/2008, conforme Intimação (fls.09), que não foi atendida. Então foi reintimado no dia 02/12/2008, conforme à fl. 12, porém nesse momento a intimação foi atendida em 16/12/2008, quatorze dias depois da última intimação.

Aponta que no dia 10/12/2008, a empresa apresentou DMAs retificadoras referentes aos meses de janeiro à setembro de 2007, conforme cópias destas retiradas do sistema desta SEFAZ (fls. 367 às 386).

Acompanhou a apuração do ICMS nas DMAs de 2007 (fls. 367 a 392), a partir do livro Registro de Apuração do ICMS de 2006 (fls. 320 às 348), onde o contador responsável assina e visa as restantes atestando que conferem com o original. Certificou-se que o saldo credor em dezembro de 2006 (fl. 347), composto este com todas as duplicidades de créditos lançadas no presente Auto de Infração, foi transportado para o exercício de 2007, levando a Empresa a beneficiar-se das duplicidades, já que apenas no mês de setembro de 2007 começou a apurar saldo devedor de ICMS (fl. 386).

Ratifica, pois o uso do crédito em duplicidade, lançados no livro Registro de Entradas, cujo saldo credor totalizado com as duplicidades foi transportado para o livro Registro de Apuração ICMS (conforme cópias às fls.159 a 319 e fls.320 a 348).

Ressalta que o demonstrativo dos saldos da Empresa (fl. 406) não condiz com os lançamentos em seus livros fiscais, bem como, os valores que geraram este saldo que está sendo demonstrado onde são valores que não constam dos livros fiscais apresentados à época da fiscalização, ou seja, após conversa que manteve com a representante legal da empresa, esta deu entrada nesta SEFAZ de DMA RETIFICADORA onde consta em dezembro de 2006 o saldo que ora apresenta deste demonstrativo; ou seja, DMA retificadora em 23/04/09 (fls. 264 e 265), divergentes dos livros fiscais (cópias anexadas às fls. 320 a 348).

Com referência ao PAF dos débitos declarados à SEFAZ referentes aos meses de fevereiro e junho/2007, estes foram modificados com retificações das DMAs em 10/12/2008, conforme cópias fls. 369 à 379, que como foi dito antes estas retificações contemplam valores dos créditos em duplicidade como pode ser acompanhado das fls. 347 (Livro Registro de Apuração ICMS-dezembro de 2006), saldo de R\$ 327.276,96, saldo este utilizado em janeiro de 2007 em sua DMA Retificadora, cópia às fls.368, como – *SALDO CREDOR PERÍODO ANTERIOR.*”

Afirma com a convicção de profissional que procura trabalhar com cuidado e seriedade que os valores em duplicidade perduraram e não são “*apenas um erro no momento da geração dos livros*” como a empresa diz. Este erro teve consequências que beneficiaram o contribuinte.

Assim, o fiscal autuante pede pela Procedência do Auto de Infração em sua totalidade.

A 5ª JJF deliberou que o PAF fosse diligenciado à ASTEC para que a empresa fosse intimada para fornecer os livros e documentos fiscais e contábeis, referente aos exercícios fiscalizados, com vistas ao refazimento do conta corrente fiscal, buscando comprovar se houve a utilização dos créditos fiscais apontados nas infrações 01, 02, 04,05 e 07. (fl. 424).

Nas fls. 426/428, a ASTEC emite Parecer nº 0010/2012, e faz as seguintes constatações que as: “*constam nos autos 11 infrações devido ao cometimento de diversas irregularidades. O contribuinte contesta as infrações 1, 2, 4, 5 e 7 que tratam de **utilização indevida de crédito fiscal** por diversos motivos (lançamento em duplicidade de notas fiscais de entradas, créditos referente aquisição de mercadorias enquadradas na substituição tributária, crédito referente aquisição de bens para uso e consumo e para integrar ativo fixo do estabelecimento, em função de destaque a mais em documento fiscal, falta de estorno de crédito relativo a entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes se deram com base de cálculo reduzida). Para rebater estas infrações devidamente demonstradas pela Autuante através dos respectivos demonstrativos e cópias das notas fiscais e do livro Registro de Entradas anexadas ao PAF, o contribuinte alega **exclusivamente** em sua defesa, a ocorrência de falha no sistema operacional (Software) utilizado em sua escrituração fiscal.*

Importante salientar que as infrações 03 e 06 referem-se igualmente, a utilização indevida de crédito fiscal e foram reconhecidas pelo autuado, não ficando claro porque o alegado sistema operacional informatizado da empresa, não teria falhado quanto a estas duas acusações. Ressalte-se também, que a infração 07 contestada pelo sujeito passivo, refere-se a multa

percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial. A prova necessária e suficiente para elidir esta infração seria a apresentação das notas fiscais apontadas pela Fiscalização com os respectivos DAES de recolhimento tempestivo do imposto, fato que não vejo nos autos.

A tese defensiva do autuado centra-se no argumento de que por falha do programa informatizado por ele utilizado, cometeu diversas irregularidades, acumulando créditos em seus registros fiscais (livro de Entradas, Registro de Apuração e DMA) desde 2006. Só percebeu quando foi intimado pela Fiscalização. Alega que a prova desta afirmação seria retificações realizadas em sua DMA que gerou saldo devedor nos meses de fevereiro, junho e agosto do exercício de 2007, que nada tem a ver com o período das ocorrências das infrações. Entretanto, vejo que a citada retificação ocorreu quando o contribuinte já se encontrava sob ação fiscal. A primeira intimação feita pela Autuante se deu 25.11.2008, fl. 09, a retificação da DMA ocorre em 10.12.2008, fls.366/367.

Impende registrar que a tese do contribuinte não tem prosperado em julgamentos do CONSEF, conforme Acórdão CS nº 0039-21/09, cuja Decisão da Câmara Superior expressa na Ementa foi no sentido de que: “... Sendo a natureza do crédito fiscal meramente escritural, o seu lançamento na escrita já importa e enseja o início da sua utilização, mesmo que não haja um débito em contraposição, não havendo que se perquirir em ocorrência ou não de repercussão econômica, tese que não encontra abrigo na legislação vigente à época dos fatos geradores...”.

Em busca da verdade material, princípio basilar deste CONSEF, a ilustre Relatora da 5ª JJF solicitou diligência a ser realizada pela ASTEC para que intimasse o contribuinte a apresentar documentos fiscais e contábeis, DMAs, a fim de se refazer a conta corrente fiscal, buscando comprovar se houve **utilização** pela empresa dos créditos fiscais apontados nas infrações.

O solicitado na diligência trata-se de um novo roteiro de fiscalização – Auditoria da Conta Corrente Fiscal. Como o contribuinte não aponta os erros cometidos no levantamento fiscal arguindo genericamente falha de seu sistema de escrituração, refazer sua conta corrente implica a análise e verificação de todos os livros e documentos da empresa (notas fiscais de entradas e saídas, documentos contábeis) fugindo à competência da ASTEC- Assessoria Técnica deste CONSEF”.

Na fl. 431, novamente o PAF é convertido em diligência para cientificar o contribuinte do resultado da diligência, reabrindo o prazo de 10 (dez) dias e ao autuante, para caso queira, fazer nova informação fiscal, depois disso, retornar o processo ao CONSEF para dar prosseguimento.

Na fl. 432v, o auditor Edgar Perrone Neto diz que no Parecer da diligência, fls. 426/428, é informado que: “O solicitado na diligência trata-se de um novo roteiro de fiscalização – Auditoria da Conta-Corrente Fiscal. Como o contribuinte não aponta erro cometido no levantamento fiscal, arguindo genericamente falha em seu sistema de escrituração, refazer sua conta-corrente implica a análise e verificação de todos os livros e documentos da empresa (notas fiscais de entrada, saída e docs. Fiscais) **fugindo à competência da ASTEC. Portanto, a diligência não foi cumprida**”. Afirmou que a diligência está equivocada e pede a revisão do teor da diligência de fls. 431.

A relatora converte em diligência, fl. 435, à inspetoria de origem devido à constatação de que o pedido de diligência solicitado, fl. 431, não foi atendido e tendo em vistas aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório pede para cientificar o contribuinte e o autuante do resultado da diligência, fls. 426/428, do novo pedido de diligência, fls. 431/433, fornecendo cópia dos documentos, reabrindo o prazo de 10 (dez) dias.

Nas fls. 448/449, o autuante emite manifestação em cumprimento à diligência solicitada pelo CONSEF discorrendo pela manutenção da informação fiscal, fls. 362/363, ratifica pela Procedência do Auto de Infração.

Disse que toma conhecimento do Parecer ASTEC nº 0010/2012, sobre as irregularidades das infrações 1, 2, 4, 5 e 7, que foram contestados pelo autuado. Verificou que no parecer citado foram

analisados os fatos envolvidos, citando jurisprudência do CONSEF (CS 0039-21/09), no qual o Conselho de Fazenda entendeu que o fato de a empresa lançar os créditos já demonstra o ânimo de usá-los. Confirma que o argumento defensivo do autuado não é substancial para espantar as irregularidades, pois argumentou apenas que houve erro no sistema operacional utilizado e conclui que a solicitação da relatora enseja uma nova fiscalização.

Condiz argumentos que está claramente demonstrado, fls. 64/77 e 81/101, que o autuado lançou em seus livros fiscais de entradas de mercadorias, valores em duplicidade, bem como os créditos indevidos conforme lançamentos das citadas infrações ora discutidas que são relativas à várias notas fiscais de compras, lançando consequentemente os créditos do ICMS e transportando ao final de cada mês estes créditos para o livro Registro de Apuração do ICMS.

Afirma que estes lançamentos combatidos restabelecem a obrigação tributária que deixou de ser cumprida. Ressalta que os lançamentos foram feitos baseados nos livros fiscais e respectivos documentos apresentados para fiscalização na época. Diante destes fatos, considerou que não houve cerceamento de defesa e que os fatos estão esclarecidos. Ratifica, portanto, todos os lançamentos que o autuado não reconheceu, bem como em seus termos e elementos comprobatórios acostados aos autos.

VOTO

Cabe salientar que embora tenha havido diligência neste PAF, realizada pela ASTEC, a discussão das infrações em lide não se prende ao fato de o contribuinte ter utilizado ou não o crédito fiscal, com repercussão no seu conta corrente, ou se foram lançamentos meramente escriturais. De fato, o que ocorreu é que foram utilizados créditos indevidos de ICMS, especificados nas infrações apontadas pelo autuante, que são expressamente vedados pela legislação tributária, conforme será apreciado no mérito das acusações.

De início constato que o AI foi lavrado com obediência ao art. 39 do RPAF/99, e se encontra apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. O sujeito passivo participou efetivamente de toda a instrução processual, foi cientificado das ocorrências e dessa forma foi preservado o seu direito de ampla defesa e ao contraditório.

No mérito o contribuinte reconheceu, de imediato, o cometimento das infrações 3, 6, 8, 9, 10 e 11, e informa que entrou com um pedido de parcelamento do débito a elas relativos. Dessa forma ficam mantidas.

Quanto à infração 1, esta decorreu da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade. O demonstrativo anexo ao PAF de fls. 64/65, discrimina as notas fiscais com os respectivos produtos e valores dos créditos fiscais utilizados indevidamente, com cópias de notas fiscais nas fls. 66 a 72.

O sujeito passivo centraliza toda a sua tese defensiva no fato de que teria ocorrido falha no sistema operacional (software) utilizado em sua escrituração fiscal. Assim, em decorrência dessa falha do programa informatizado por ele utilizado, cometeu diversas irregularidades, acumulou créditos em seus registros fiscais (livro de Entradas, Registro de Apuração e DMA), desde 2006, equívocos que somente foram percebidos quando foi intimado pela fiscalização para a realização da auditoria na sociedade empresária. Ao constatar o incorreto procedimento na sua conta corrente, retificou as DMAs o que gerou saldo devedor nos meses de fevereiro, junho e agosto do exercício de 2007, períodos, no entanto que nada tem a ver com o período das ocorrências das infrações.

Desse modo, não procede o argumento defensivo e ademais, o diligente no Parecer ASTEC de fl. 427/428, ressalta que essas retificações ocorreram quando o contribuinte já se encontrava sob ação fiscal, vez que a primeira intimação, feita pela autuante, ocorreu em 25.11.2008, (fl. 09), sendo que a retificação da DMA ocorreu em 10.12.2008, logo quando já se encontrava sob ação fiscal, (fls. 366/367 do PAF)

Também o diligente salienta que, apesar de as infrações 3 e 6 se referirem, igualmente, à utilização indevida de crédito fiscal, foram reconhecidas pelo autuado, e não ficou claro porque o

alegado sistema operacional informatizado da empresa não teria falhado quanto a essas duas acusações.

Realmente as ocorrências que motivaram a infração 1 datam de março, abril, maio, julho e agosto de 2006, e não se modificariam com as falhas que, porventura, tivessem ocorridos no sistema, no exercício de 2007, pois posterior à ocorrência dos fatos geradores.

Portanto, em decorrência da falta de provas ao efetivo não cometimento da infração, esta fica mantida.

Nas demais infrações defendidas, além de a empresa ter reiterado os mesmos argumentos da infração 1, aduz que não utilizou crédito indevido, mas que houve apenas um erro na geração de livros fiscais. Aduz ainda que está refazendo a sua escrita contábil para eliminar os erros gerados pelo sistema.

Entendo que estes argumentos não podem ser considerados para invalidar as infrações haja vista que a fiscalização ocorreu em 2009, e os fatos geradores das infrações apontadas neste AI, são de 2006, 2007, 2008, anteriores portanto a qualquer iniciativa da empresa em promover retificações em sua escrita fiscal ou contábil, cujos exercícios estavam encerrados. Não podem ser acatados tais argumentos quando a retificação da escrita do contribuinte obedece a critérios sistematizados no RICMS, do qual participa efetivamente a inspetoria fiscal da circunscrição do sujeito passivo, como segue:

Art. 101. *A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte nos livros fiscais próprios:*

I - *no período em que se verificar a entrada da mercadoria ou a aquisição de sua propriedade ou a prestação do serviço por ele tomado;*

II - *no período em que se verificar ou configurar o direito à utilização do crédito.*

§ 1º *A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida este artigo somente poderá ser efetuada com observância das seguintes*

regras:

I - *feito o lançamento, o contribuinte fará comunicação escrita à repartição fiscal a que estiver vinculado, se o lançamento ocorrer no mesmo exercício financeiro;*

II - *se o lançamento ocorrer em exercício já encerrado, exigir-se-á, além da comunicação escrita e da observância do prazo de 5 anos:*

a) *que os serviços prestados ou as mercadorias tenham sido objeto de tributação ou que permaneçam ainda em estoque inventariado, registrando-se o crédito diretamente no livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro "Crédito do Imposto - Outros Créditos";*

§ 3º *Tratando-se de reconstituição de escrita, esta dependerá de prévia autorização da repartição fiscal.*

Rejeitadas as alegações apresentadas quanto aos supostos erros na escrita fiscal e contábil e o seu conseqüente refazimento, anos após a ocorrência dos fatos geradores, e sem prévio conhecimento da inspetoria fiscal, passo ao exame das demais infrações defendidas pelo sujeito passivo.

A infração 2 referente à utilização indevida de crédito fiscal das mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, detectadas no exercício de 2006, nos meses de março a julho e de setembro a dezembro daquele ano. Além desse fato, o autuante ressalta que as saídas destas mercadorias ocorreram sem débito de ICMS.

O RICMS/97 no art. 97, inciso IV, alínea "b" expressamente veda a utilização de crédito fiscal, procedimento não respeitado pelo sujeito passivo conforme os dados constantes no levantamento de fls. 73 a 75, e cópias de notas fiscais de fls. 76/77.

Fica mantida a infração.

Na infração 4 a acusação versa que o sujeito passivo utilizou indevidamente crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no período de março, maio, agosto, outubro a dezembro de 2006, prática à época vedada no art. 97, inciso XII da RICMS/97.

O demonstrativo encontra-se nas fls. 81, com cópias das notas fiscais, fls. 82 a 89. O contribuinte nada trouxe em sua defesa que pudesse elidir a acusação fiscal.

Infração procedente.

A infração 5 está relacionada à utilização indevida de crédito fiscal relativa à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, cuja vedação está tipificada no art. 93, inciso V, “b” do RICMS/97.

O demonstrativo da infração foi anexado pelo autuante, às fls. 90 e cópias dos documentos fiscais, fls. 91 a 101. Da mesma forma que na infração anterior, a sociedade empresária não trouxe qualquer comprovação de que não teria ocorrido a infração. Fica portanto mantida.

Por último, na infração 7, está sendo aplicada a multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial.

A antecipação parcial ocorre na entrada das mercadorias destinadas à comercialização, no Estado da Bahia, consoante o previsto na Lei 7.014/96, art. 12- A, sendo que não encerra a fase de tributação.

No caso em que o contribuinte se omite ao pagamento da antecipação parcial, a mesma norma aponta no art. 42, inciso II, alínea “d” a aplicação da multa percentual sobre o ICMS que não foi pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

O fato é que mais uma vez, o autuado não trouxe elementos de prova no sentido de que o pagamento da antecipação parcial teria sido efetuado, portanto cabe a aplicação da multa apontada no Auto de Infração.

Procedente a infração.

Dessa forma aplico o disposto no art. 141, e 143 do RPAF/99: “Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação”; “A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Consta nos autos a menção de que teria havido pedido de parcelamento das infrações reconhecidas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **020747.0106/09-3**, lavrado contra **ALIANÇA BAIANA DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS LTDA. (UNIÃO DE DISTRIBUIÇÃO DOS GERAIS LTDA.)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$168.933,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, alíneas “a”, “b”, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$103,61**, prevista no inciso IX do mesmo artigo e lei já citados, com os acréscimos moratórios previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO- JULGADOR