

A. I. N° - 232845.0024/01-6
AUTUADO - CEREALISTA CASTRO LTDA.
AUTUANTES - VIRGÍLIO FRANCISCO COELHO NETO e ROBERTO ARAÚJO MAGALHÃES
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 11. 09. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0319-04/02

EMENTA: ICMS. MÁQUINA REGISTRADORA. CRÉDITO FISCAL. ESTORNO DE DÉBITO. UTILIZAÇÃO A MAIS. **a)** TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS ISENTAS, NÃO TRIBUTÁVEIS OU SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA EM VALOR SUPERIOR AO CUSTO DE AQUISIÇÃO OU DA ENTRADA MAIS RECENTE. Infração caracterizada. **b)** ERRO NA SUA APURAÇÃO. Restou comprovado que não houve prejuízo para o Estado. Débito inexistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/09/01, exige ICMS no valor total de R\$ 19.941,51, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Utilizou crédito fiscal de ICMS a mais, no valor de R\$ 13.305,80, relativamente às transferências de estabelecimento atacadista do mesmo titular, de mercadorias isentas, não tributáveis ou sujeitas à substituição tributária, com base de cálculo superior ao custo de aquisição ou da entrada mais recente.
2. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 6.635,71, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O autuado apresentou defesa tempestiva e, referindo-se à infração 1, suscitou a nulidade da autuação por ilegitimidade passiva, alegando que, se as transferências foram irregulares, elas foram efetuadas pelo estabelecimento remetente.

Alega que a infração é nula por insegurança e incerteza na sua determinação e na apuração dos valores, uma vez que os fiscais utilizaram método próprio e não previsto na legislação. Explica que as diferenças entre os valores de custos e os de transferências foram decorrentes do fato de que, nas entradas na matriz, foram considerados apenas os valores dos produtos, sem a inclusão das demais despesas e TVA legal. Aduz que foi infringido o art. 294, § 1º, II e III, do RICMS-BA/89.

Quanto ao mérito da lide, o autuado assevera que ficou impedido de abordá-lo, pois os dados utilizados pelos fiscais foram apurados de forma equivocada.

No que tange à infração 2, o autuado suscita, preliminarmente, a nulidade da mesma, alegando que a acusação foi feita de forma genérica e insegura. Diz que foi infringido o disposto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Afirmar que, para poder se defender, teve de deduzir, por meio dos dispositivos dados como infringidos, qual a real motivação do lançamento.

No mérito, o defendente afirma que os fatos narrados não ensejam qualquer repercussão econômica para o Estado, uma vez que, ao efetuar o estorno de débito a que tinha direito pelo

recebimento das mercadorias isentas, não tributadas ou sujeitas ao regime de substituição tributária, excluiu os valores das transferências e devoluções realizadas por ele mesmo, conforme demonstrativos e cópia do livro Registro de Apuração do ICMS anexados às fls. 243/244 e 245/270. Explica que estornou os débitos oriundos das entradas pelos montantes líquidos de cada mês, isso é, o total das entradas e demais acréscimos legais (TVA) menos as transferências e devoluções. Aduz que com a adoção desse procedimento, ainda tem saldo credor, como mostram os já citados demonstrativos. Anexou ao PAF (fls. 271 a 274) cópia de decisões deste CONSEF sobre matéria que, no seu entendimento, é a mesma da presente autuação.

Ao final de sua peça defensiva, o contribuinte solicita a realização de diligência fiscal para comprovar a veracidade de suas alegações. Pede a nulidade ou improcedência do lançamento.

Na informação fiscal, com referência à infração 1, os autuantes rebatem a preliminar de nulidade, dizendo que a descrição dos fatos é clara e é referente a créditos apropriados a mais que o devido, pelo destinatário, nas transferências de mercadorias isentas, não tributadas e outras, uma vez que o destinatário das mercadorias é usuário de máquina registradora e se submete às regras de ajustes previstas nos arts. 743 e 744 do RICMS-BA/96. Afirmam que a metodologia utilizada foi a prevista no art. 744, § 2º, do RICMS-BA/96, ou seja, o custo da mercadoria adquirida ou o valor correspondente à sua entrada mais recente no estabelecimento remetente. Asseveram que o método utilizado foi o mesmo adotado em outras ações fiscais desenvolvidas, no mesmo período, contra outros estabelecimentos pertencentes à mesma rede do autuado, sendo essas ações fiscais aceitas pelo contribuinte e que inclusive as parcelou, conforme extratos do SIDAT (fls. 284 a 288).

Quanto à infração 2, os autuante rebatem a preliminar de nulidade alegando que o contribuinte entendeu a acusação que lhe foi feita e o débito tributário que lhe foi cobrado, haja vista a peça defensiva apresentada.

No mérito da infração, os auditores fiscais explicam que o contribuinte tem um estabelecimento matriz atacadista e diversas filiais. Dizem que a matriz, reiteradamente, efetua transferências, para as filiais, de mercadorias isentas ou não tributadas em valor superior ao custo da mercadoria adquirida ou ao valor das entradas mais recentes no estabelecimento remetente. Asseguram que esse procedimento propicia crédito indevido aos estabelecimentos destinatários, usuários de máquina registradora, nos termos do art. 744, § 2º, do RICMS-BA/96. Citam decisão deste CONSEF (fls. 289 a 301) para embasar sua alegação.

Afirmam que o autuado também efetuava transferências, em valores acima do devido, entre suas filiais. Aduzem que não há lógica para as transferências entre filiais, uma vez que o contribuinte possui um estabelecimento atacadista. Ressaltam que não foram emitidas notas fiscais de descarte de mercadorias isentas, não tributadas ou antecipadas.

Asseveram que os demonstrativos de fls. 243 e 244, apresentados pelo autuado, não representam uma alternativa aceitável ao previsto no RICMS-BA, ou seja, uma tributação integral das saídas por transferências, além de não estarem baseados em registros fiscais comprovados documentalmente. Dizem que o procedimento adotado pelo autuado é uma porta aberta para a sonegação, pois permite a livre emissão de notas fiscais de transferências fictícias.

Ressaltam que o autuado não apresentou ao fisco, apesar de regularmente intimado, as notas fiscais de entradas, no estabelecimento fiscalizado, de mercadorias isentas e não tributadas relativas ao exercício de 1996. Alegam que também não foram apresentadas as vias fixas ao talonário (do remetente) e nem o arquivo magnético com os registros fiscais. Ao final, solicitam que o Auto de Infração seja julgado procedente.

O processo foi submetido à pauta suplementar e a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu enviá-lo à ASTEC do CONSEF, em diligência, para que auditor fiscal estranho ao feito verificasse se o procedimento adotado pelo autuado, na infração 2, trouxe prejuízo ao Estado.

Por meio do Parecer ASTEC Nº 135/2002, o diligenciador informou que, conforme os demonstrativos de fls. 311 a 313, o procedimento adotado pelo autuado não causou prejuízo ao Estado. Afirma que, nos meses de setembro, outubro e dezembro de 1996, o autuado recolheu a mais o ICMS devido no total de R\$ 605,58. Já no mês de novembro do mesmo ano, houve recolhimento a menos no valor de R\$ 358,22.

Instado a se manifestar, o autuado afirmou que a diligência comprovou a veracidade da tese esposada pela defesa em relação ao item 2, comprovando o pagamento a mais do imposto no valor de R\$ 247,36. Ratificou a defesa apresentada e solicitou a improcedência da infração.

Ao tomarem ciência do resultado da diligência, os autuantes afirmaram que a mesma não deve ser aceita como elemento capaz de comprovar a inoccorrência de prejuízo para o Estado, pois há questões mais amplas e complexas envolvendo diversos estabelecimentos do autuado. Explicam os autuantes: que na análise da presente lide, deve ser considerado o conjunto das práticas adotadas pelo contribuinte; que as transferências da matriz para as filiais geram créditos nas filiais sem os correspondentes débitos na matriz; que as transferências de mercadorias isentas e não tributadas podem existir apenas documentalmente; que, nos estabelecimentos destinatários usuários de máquina registradora, não é possível auditar as transferências pelos roteiros contábeis e fiscais; e, que efetuaram um levantamento quantitativo de estoques no estabelecimento matriz (Auto de Infração nº 269191.0204/01-5) e detectaram omissões de entradas em todas as mercadorias que foram objeto do levantamento.

Prosseguindo em seu arrazoado, os auditores fiscais ressaltam que o total das entradas de mercadorias isentas e não tributadas (no estabelecimento fiscalizado) é composto pelas transferências provenientes da matriz e de outras filiais, sendo que esse importante detalhe não foi mencionado na diligência. Dizem que o autuado escriturou os seus livros ao arpejo da legislação e que, no caso em lide, não é possível concluir se houve ou não prejuízo para o Estado. Juntaram cópia de decisões (fls. 327 a 363) e solicitam a procedência do lançamento.

VOTO

Analisando as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado relativamente à infração 1, ressalto que a acusação feita na peça vestibular foi de utilização a mais de crédito fiscal, em decorrência do recebimento de mercadorias isentas, não tributadas ou sujeitas à substituição tributária por transferência, utilizando base de cálculo superior ao custo de aquisição ou ao da entrada mais recente. Está claro que foi o estabelecimento autuado (filial) que recebeu as transferências e efetuou o estorno de débito a mais, incorrendo em recolhimento a menos do imposto devido. Em consequência, é o autuado quem assume a condição de sujeito passivo da obrigação tributária principal, não podendo o ICMS recolhido a menos ser exigido do remetente (matriz). Assim, entendo que o débito apurado na infração foi corretamente exigido do autuado, não possuindo a infração em tela o vício da ilegitimidade passiva.

Quanto ao método adotado para detectar a irregularidade, não vejo razão para a nulidade da infração, pois o fisco, para comprovar o descumprimento de obrigação tributária, pode utilizar-se de diversas técnicas investigativas, desde que não seja vedada pela legislação, como por exemplo, a obtenção de prova por meio ilícito. No caso em análise, os autuantes elaboraram demonstrativos que deixam evidente a acusação e o valor do débito tributário. Conforme exige a legislação tributária estadual, o representante do autuado recebeu cópia desses demonstrativos.

Não acolho a alegação de que os fiscais deveriam incluir, nas transferências, a TVA legal, pois a TVA apenas incidirá sobre o custo das entradas de mercadorias isentas, não tributadas e sujeitas ao regime de substituição tributária, quando o estabelecimento destinatário apurar o estorno do débito a ser efetuado. Até o momento da transferência, o valor da operação deve ser pelo custo de aquisição ou da entrada mais recente, conforme exige a legislação. Só mais tarde, quando se for calcular o valor do estorno do débito, é que se adicionará a TVA legal ao valor das entradas.

Quanto às demais despesas que, segundo a defesa não foram incluídas no valor das transferências, observo que o autuado não trouxe ao processo um único documento, onde alguma despesa (seguro, IPI, frete, carreto, etc) tenha deixado de ser considerada pelos autuantes. Considero que a alegação defensiva é genérica e desprovida de qualquer prova, portanto insuficiente para validar o alegado. Também ressalto que, nos autos, não restou comprovado que os autuantes tenham desobedecido ao previsto no art. 294, § 1º, II e III, do RICMS-BA/89.

Em face do acima comentado, entendo que, nos autos, não há a alegada insegurança e incerteza na determinação da infração e na apuração dos valores cobrados, como alega o defendente.

No que tange ao mérito da infração, constato que o autuado não o abordou, alegando que os dados utilizados pelos fiscais foram apurados de forma equivocada. Ao agir dessa forma, ele desistiu de exercitar o seu direito de defesa, pois, conforme já me pronuncie anteriormente nas preliminares de nulidade, não há razão impeditiva de apreciação do mérito. Ao autuado, foi garantido o direito a ampla defesa, ele entendeu a acusação que lhe foi feita, recebeu cópia de todos os demonstrativos que compõem o Auto de Infração e teve o prazo de lei para se defender.

Analisando os demonstrativos que integram o Auto de Infração, constato que a acusação está devidamente caracterizada e que assiste razão aos autuantes. Além disso, ressalto que a matéria em questão já foi objeto de diversas decisões deste CONSEF, onde é pacífico o entendimento de que as transferências de mercadorias isentas, não tributadas e sujeitas ao regime de substituição tributária por valores superiores ao custo ou ao da entrada mais recente proporcionam estornos de débitos maiores que os devidos ao estabelecimento destinatário, portanto os créditos fiscais utilizados a mais em decorrência dessas transferências devem ser glosados. Ademais, esse meu entendimento é corroborado pelos documentos de fls. 284 a 288 (extratos do Sistema de Informações da Administração Tributária – SIDAT), onde consta que o autuado efetuou “denúncia espontânea” do débito em tela.

Dessa forma, entendo que a infração 1 ficou caracterizada e que são devidos os valores cobrados na autuação.

Relativamente à infração 2, não acolho a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, pois o contribuinte entendeu a acusação e se defendeu abordando os diversos aspectos da mesma.

Adentrando no mérito da infração, a pedido da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, auditor fiscal da ASTEC efetuou diligência e, após adicionar as operações de transferências efetuadas pelo autuado e que foram indevidamente excluídas do total das saídas, refez o conta corrente do autuado, tendo constatado que o procedimento do contribuinte não acarretou prejuízo ao Estado.

De acordo como o art. 153 do RPAF/99, “O órgão julgador formará o seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias constantes no processo, às alegações e argumentações dos autos e à apreciação das provas”. Assim, não posso considerar as alegações dos autuantes (quanto se pronunciarem sobre o resultado da diligência) de que a presente lide deveria ser analisada em conjunto com outras ações fiscais. O julgador deve ficar adstrito aos elementos que foram trazidos ao processo, as provas que não constam no processo não podem ser consideradas.

Em face do comentado acima, acato o resultado da diligência efetuada pela ASTEC e considero que o procedimento adotado pelo autuado não trouxe prejuízo ao Estado. Assim, a infração 2 não ficou caracterizada, devendo ser excluídos da autuação os valores correspondentes.

Por fim, saliento que esse meu posicionamento na infração em tela é corroborado pelo Acórdão CJF nº 1325/00 (fls. 273 a 274), da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, o qual decidiu que, ante a inexistência de prejuízo para o Estado, a infração não subsiste, mesmo que o procedimento adotado pelo contribuinte não seja o previsto na legislação.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$ 13.305,80.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232845.0024/01-6**, lavrado contra **CEREALISTA CASTRO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 13.305,80**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANSELMO LEITE BRUM - JULGADOR