

PROCESSO	- A.I. Nº 206918.0006/02-7
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- FÁBRICA DE BISCOITOS TUPY S/A.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JJF nº 0269-03/03
ORIGEM	- INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET	- 06.10.03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0101-12/03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. Item nulo, tendo em vista os fundamentos da defesa e o pronunciamento da DITRI. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. PRODUTOS DE SUA FABRICAÇÃO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. AÇÚCAR. BISCOITO DOCE. BISCOITO SALGADO. AÇÚCAR. GORDURA VEGETAL HIDROGENADA. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Foi feito o levantamento fiscal, reduzindo-se o débito inicialmente exigido. Infração parcialmente caracterizada. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. TRANSFERÊNCIAS DE FARINHA DE TRIGO. Item nulo, tendo em vista os fundamentos apresentados pela defesa e o pronunciamento da DITRI. Indeferido o pedido de diligência. Acertada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, inc. I, letra “a”, item 1, do RPAF/99, em razão daquele órgão proferir julgamento pela Procedência em Parte do Auto de Infração.

A matéria devolvida neste Recurso de Ofício está relacionada aos itens 2, 5, 6 e 7 do Auto de Infração. Para melhor análise transcreveremos a seguir os fundamentos apresentados pela relatora da 1ª Instância em relação a esses itens, em que houve Decisão desfavorável à Fazenda Pública Estadual, fazendo, também a descrição dos fatos que ensejaram o lançamento fiscal.

Infração 2 – este item da autuação divide-se em duas partes, conforme salientado na Decisão recorrida (itens 6 a 9 e item 10):

1. os fatos geradores do exercício de 2001, nos valores de débito de R\$28.620,00, R\$39.744,00, R\$30.324,00 e R\$30.114,00, referentes à falta de estorno de crédito de ICMS da farinha de trigo adquirida no regime de substituição tributária, objeto de transferência para o estabelecimento matriz, e lá utilizada para industrialização de macarrão (massas alimentícias);
2. o fato gerador relativo ao exercício de 2002, no montante de débito de R\$3.608,90, relativo a omissão de saídas de 302 sacos de farinha de trigo.

A Decisão da Junta de Julgamento Fiscal foi a seguinte:

“...Quanto à primeira parte da infração, o autuado argumentou que possui Regime Especial (fls. 314 a 321) em seus dois estabelecimentos (matriz – industrialização de massas e filial – industrialização de biscoitos), o qual permite a utilização, como crédito fiscal, do imposto destacado nas notas fiscais de aquisições de farinha de trigo junto aos moinhos de Estados signatários do Protocolo nº 46/00, e de crédito presumido, por saco de farinha de trigo, nas entradas da matéria prima oriundas de Estados não signatários do citado Protocolo nº 46/00. Como ambos os estabelecimentos são industriais e possuem o Regime Especial, entende que há possibilidade de circularização do saldo credor, conforme prevê o item 1, alínea “e”, inciso II, do mencionado Regime Especial.

Em resposta ao pedido de esclarecimento sobre a questão, efetuado por este órgão julgador, a DITRI emitiu o Parecer GECOT nº 3781/2003, confirmando as alegações do contribuinte, e aduzindo que ‘por questões operacionais ou de mercado, parte da farinha de trigo adquirida por um estabelecimento poderá ser transferida para o outro, onde também será utilizada na fabricação de massas e biscoitos. Assim, mesmo ocorrendo transferências de farinha de trigo entre os estabelecimentos, o intento do Regime Especial concedido é mantido, desde que a mercadoria seja utilizada no processo industrial’ e que ‘os Regimes Especiais posteriores concedidos em situações semelhantes já autorizam a apuração do imposto devido por antecipação nas entradas de farinha de trigo de forma conjunta. Esta apuração é centralizada na Matriz da empresa, que deverá lançar no livro de Apuração do ICMS, os créditos correspondentes às entradas tributadas ocorridas no mês (insumos, energia elétrica, ativos, de conformidade com a legislação estadual), utilizados na fabricação de biscoitos, relativos aos dois estabelecimentos favorecidos no Regime Especial, incluindo o imposto destacado nos documentos fiscais de aquisição de farinha de trigo de Estados não signatários do Protocolo nº 46/00, e o relativo às aquisições de moinhos localizados em Estados signatários, cujo valor é informado pelo Fisco, mensalmente. Da mesma forma, será lançado o total dos valores de venda dos produtos finais resultantes da industrialização dos dois estabelecimentos”.

O Parecer da DITRI conclui que “em face das especificidades atinentes ao Regime Especial em questão, e da regra criada na legislação (art. 114-A do RICMS-BA), que admite a transferência de saldos credores e devedores entre estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados neste Estado, impõe-se a necessidade de uma fiscalização conjunta dos dois estabelecimentos, para que se possa chegar a uma conclusão a respeito da possível exigência de crédito tributário”.

Pelo exposto, entendo que deve ser julgado nulo este item da autuação para que seja procedida uma nova ação fiscal, desta feita de forma conjunta nos dois estabelecimentos da empresa, a fim de verificar a existência de irregularidades fiscais.

Relativamente à segunda parte da infração 2, o contribuinte alegou que houve erro do preposto fiscal, no levantamento quantitativo de compras de farinha de trigo em 2002, em relação à Nota Fiscal nº 129.263, a qual foi emitida em 08/02/01, ao invés de 08/02/02, e à Nota Fiscal nº 3, de 06/06/02, emitida pela empresa Hermths (fl. 334), que se refere a produto químico usado no processo produtivo. O autuante acatou os argumentos defensivos e refez o demonstrativo, excluindo a Nota Fiscal nº 03 e “realocando”, na data correta, a Nota Fiscal nº 129.263. Finalmente, reconheceu que é improcedente o valor exigido de R\$3.608,90 (fato gerador de 30/09/02), mas informou que apurou um débito no montante de R\$2.072,13, referente à data de ocorrência de 31/12/01.

Entretanto, por vedação legal, não é possível ocorrer inovação no lançamento, como pretendido pelo preposto fiscal, e, assim, represento à autoridade competente para que proceda a nova ação fiscal, com o objetivo de exigir o novo valor apontado pelo autuante, caso seja devido.

Relativamente à infração 5, que envolve a apuração de omissão de saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais e sem o respectivo lançamento na escrita fiscal - auditoria de exercício fechado - a relatora da Junta de Julgamento Fiscal proferiu o seguinte voto:

“o autuado alegou que houve erro no levantamento de estoques referente às Notas Fiscais de entradas nºs 18156 e 18157 (de 16/10/01), as quais foram lançadas com 900 e 100 sacos de açúcar de 50 Kg, respectivamente, quando o correto seriam 900 e 100 fardos de 30 Kg, devendo, a seu ver, ser reduzidos 400 sacos de açúcar, da planilha elaborada pelo autuante. Finalmente, o contribuinte reconheceu a omissão de saídas de 1.049 sacos de açúcar, com ICMS de R\$5.097,96. Os equívocos apontados pelo sujeito passivo foram reconhecidos pelo autuante que reduziu o valor exigido para R\$5.097,96, o que acato tendo em vista as provas apresentadas. Deve-se salientar que o autuado reconheceu a procedência dos demais débitos, referentes a 29/12/01 (R\$580,71), 30/12/01 (R\$281,87) e 30/09/02 (R\$751,43)”.

A infração 6 alberga a acusação de omissão de saídas, apuradas em auditoria de exercício aberto. A Decisão da 1ª Instância foi a abaixo transcrita:

“... o autuado afirmou que houve equívoco no levantamento de estoques referente às Notas Fiscais de aquisições de gordura nºs 1868 e 1872 (de 25/01/02), que o autuante totalizou como se fossem 58.560 Kg, quando o correto seriam 29.280 Kg. Os erros apontados foram reconhecidos pelo autuante que pediu a improcedência do débito, no valor de R\$9.852,73, relativo a 29/09/2002, o que também acato considerando as provas apresentadas. Ressalte-se, ainda, que o contribuinte reconheceu, como devido, o valor de R\$21.868,46, referente a 30/09/02”.

Na infração 7 imputa-se ao contribuinte a saída por transferência de mercadorias abaixo do custo de produção. A Decisão da Junta de Julgamento Fiscal foi a seguinte:

“... o sujeito passivo alegou que o preposto fiscal cometeu um equívoco, ao utilizar o custo médio das transferências com base nos estoques inicial (de 31/dezembro/00) e final (de 31/dezembro/01), quando deveria ter adotado o custo médio mensal multiplicado pelas quantidades transferidas a cada mês. Procedendo de tal forma, aduziu que o autuante deixou de levar em consideração as variações de custos ocorridas ao longo de 12 meses, fatores bastante importantes no caso de produtos alimentícios e especialmente da farinha de trigo.

Alega, ainda, que é um estabelecimento filial e que toda a sua produção é transferida para a matriz situada no território baiano e, portanto, todos os biscoitos transferidos saem com débito, que é utilizado como crédito pelo estabelecimento destinatário, não havendo nenhum prejuízo para o Estado da Bahia.

Por estar vinculada à infração 2, este item do Auto de Infração também foi objeto da consulta realizada por este órgão julgador à DITRI, considerando a especificidade da atividade e da mercadoria envolvida e da existência de Regime Especial concedido a ambos os estabelecimentos industriais pertencentes à empresa.

Conforme relatado anteriormente, a DITRI emitiu o Parecer GECOT nº 3781/2003, aduzindo que ‘por questões operacionais ou de mercado, parte da farinha de trigo adquirida por um estabelecimento poderá ser transferida para o outro, onde também será utilizada na fabricação de massas e biscoitos. Assim, mesmo ocorrendo transferências de farinha de trigo entre os estabelecimentos, o intento do Regime Especial concedido é mantido, desde que a mercadoria seja utilizada no processo industrial’ e que “os Regimes Especiais posteriores concedidos em situações semelhantes já autorizam a apuração do imposto devido por antecipação nas entradas de farinha de trigo de forma conjunta. Esta apuração é centralizada na matriz da empresa, que deverá lançar no livro de Apuração do ICMS, os créditos correspondentes às entradas tributadas ocorridas no mês (insumos, energia elétrica, ativos, de conformidade com a legislação estadual), utilizados na fabricação de biscoitos, relativos aos dois estabelecimentos favorecidos no Regime Especial, incluindo o imposto destacado nos documentos fiscais de aquisição de farinha de trigo de Estados não signatários do Protocolo nº 46/00, e o relativo às aquisições de moinhos localizados em Estados signatários, cujo valor é informado pelo Fisco, mensalmente. Da mesma forma, será lançado o total dos valores de venda dos produtos finais resultantes da industrialização dos dois estabelecimentos’.

O Parecer da DITRI conclui que ‘em face das especificidades atinentes ao Regime Especial em questão, e da regra criada na legislação (Art. 114-A do RICMS-BA), que admite a transferência de saldos credores e devedores entre estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados neste Estado, impõe-se a necessidade de uma fiscalização conjunta dos dois estabelecimentos, para que se possa chegar a uma conclusão a respeito da possível exigência de crédito tributário’.

Sendo assim, entendo que também deve ser julgado nulo este item da autuação para que seja procedida uma nova ação fiscal, desta feita de forma conjunta nos dois estabelecimentos da empresa, a fim de verificar a existência de irregularidades fiscais.

Finalmente, saliento que, embora o contribuinte não tivesse sido intimado a se manifestar sobre o Parecer GECOT nº 3781/2003 (fls. 391 a 393), tal fato não trouxe prejuízo ao contraditório, considerando que as infrações 2 e 7 (objeto da diligência à DITRI) foram, por mim, consideradas nulas”.

Na Decisão foi indeferido pedido de diligência, por entender a julgadora que já se encontravam no PAF os elementos necessários à formação de seu convencimento.

Assim, em conformidade com a fundamentação acima transcrita, o colegiado da Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, homologando os valores efetivamente recolhidos pelo contribuinte.

VOTO

Em relação à infração 2, itens 6 a 9, corretos os fundamentos da Decisão recorrida. O sujeito passivo é detentor de Regime Especial, em seus dois estabelecimentos, que desenvolvem atividades de industrialização da farinha de trigo, produzindo biscoitos e massas alimentícias. Não há no aludido Regime qualquer vedação à transferência do produto entre os estabelecimentos da mesma empresa. Além disso, a citada operação, realizada sem débito de ICMS, não implicou na redução de imposto devido à Fazenda Estadual. Se efetivamente a mercadoria transferida foi utilizada no processo de fabricação de massas alimentícias na unidade fabril de destino é informação que demanda fiscalização conjunta dos estabelecimentos, conforme fez observar o Parecer DITRI anexo aos autos. A acusação fiscal, portanto, não tem respaldo na lei e nas disposições do Regime Especial, pois não restou demonstrado o cometimento de infração à normas do ICMS. Esses itens do Auto de Infração são nulos. Inalterada a Decisão de 1ª Instância. À autoridade fiscal recomenda-se a renovação do procedimento de fiscalização, conforme ressaltado na Decisão recorrida.

No tocante ao item 10 da infração 2 também corretos os fundamentos da Decisão da 1ª Instância. O autuante acatou os argumentos defensivos e refez o demonstrativo, procedendo as exclusões devidas. Reconheceu que é improcedente o valor exigido de R\$3.608,90 (fato gerador de 30/09/02). Todavia, o débito no montante de R\$2.072,13, referente à data de ocorrência de 31/12/01, não deve ser considerado neste processo, pois se trata de fato que não integrou o lançamento original. O procedimento fiscal deve ser renovado para que se apure se o valor informado pelo agente fiscal é efetivamente devido.

Nas infrações 5 e 6, que englobam os quantitativos de estoques, matéria eminentemente fática, o agente fiscal reconhece os erros apontados pelo contribuinte, reduzindo o crédito tributário reclamado e o autuado os acatou, cessando a controvérsia em torno da questão.

Relativamente à infração 7, também não merece reparos a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal. O critério utilizado pelo auditor para estabelecimento do custo médio de produção, do ano 2001, considerou os valores fixos de inventários nos meses de dez/2000 e dez/2001, obtendo um custo médio estanque em dois momentos específicos, sem levar em consideração as variações de preços da principal matéria-prima utilizada pelo autuado, a farinha de trigo, que sofre variações em decorrência da sazonalidade da produção e alterações no câmbio. Entretanto, a Decisão recorrida fez observar que neste item o autuado alerta ser um estabelecimento filial e que toda a sua produção é transferida para a matriz situada no território baiano e, portanto, todos os biscoitos transferidos saem com débito do imposto, que é utilizado como crédito pelo estabelecimento destinatário, não havendo nenhum prejuízo para o Estado da Bahia. Por estar vinculada à infração 2, este item do Auto de Infração também foi objeto da consulta realizada pelo órgão julgador à DITRI, considerando a especificidade da atividade e da mercadoria envolvida e da existência de Regime Especial concedido a ambos os estabelecimentos industriais pertencentes à empresa, de forma que o mesmo foi julgado nulo para que fosse procedida uma

nova ação fiscal, desta feita de forma conjunta, nos dois estabelecimentos da empresa, a fim de verificar a existência de irregularidades fiscais. Nesse sentido, também acompanho o voto da Junta de Julgamento Fiscal, pois a acusação fiscal é nula, pois não demonstrado efetivamente o cometimento de infração à legislação tributária. À autoridade fazendária competente recomendamos também a renovação do procedimento fiscal.

Por todo o exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206918.0006/02-7, lavrado contra **FÁBRICA DE BISCOITOS TUPY S/A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$49.819,92**, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.499,80 e 70% sobre R\$45.320,12, previstas no art. 42, VII e III “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais, homologando-se os valores efetivamente recolhidos. Recomenda-se à autoridade fazendária a renovação do procedimento fiscal concernente as infrações 2 e 7 do presente Auto de Infração.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de Setembro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

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