

PROCESSO - A.I. Nº 269191.0203/01-9
RECORRENTE - CEREALISTA CASTRO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JFJ nº 0054-02/03
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 14.05.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0205-11/03

EMENTA: ICMS. MÁQUINA REGISTRADORA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS LANÇADAS NO RAICMS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Ficou comprovado que o autuado, como usuário de máquina registradora, lançou no RAICMS operações de saídas de mercadorias sem débito do imposto. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de nova diligência fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/09/2001, refere-se à exigência de R\$78.738,22 de imposto, mais multa, tendo em vista que foi constatada a falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, na condição de usuário de máquina registradora, nas transferências de mercadorias isentas, não tributáveis e outras, no período de agosto de 1996 a dezembro de 1997.

O contribuinte impugnou o Auto de Infração, alegando que constatou a indicação de dispositivos legais de forma equivocada e incompleta, e por isso, o autuado corre o risco de ser prejudicado, requerendo que seja decretada a nulidade do Auto de Infração. Quanto ao mérito, alegou que a sensibilidade do autuado é de que teria deixado de adicionar para efeito do débito fiscal, ao total dos valores acumulados em máquina registradora, às saídas por transferências, devoluções e baixa de estoque. O defendente argumentou que o autuado utilizou método que encontra amparo legal, e alcançou o mesmo objetivo. Disse ainda que os autuantes não avaliaram que, ao efetuar o estorno de débito a que teria direito, o contribuinte teve o cuidado de excluir as transferências e devoluções realizadas, e por isso, entende que não possibilitou a falta de recolhimento do ICMS.

Os autuantes apresentaram informação fiscal mantendo o Auto de Infração, dizendo que o trabalho fiscal buscou verificar se havia possibilidade da ausência de repercussão econômica nos atos do contribuinte. Informaram que o autuado tem um estabelecimento matriz e diversas filiais, e nos exercícios fiscalizados houve transferências de mercadorias isentas ou não tributáveis, da matriz para as filiais, por preço acima do custo de aquisição ou ao valor correspondente à sua entrada mais recente, o que trouxe repercussão na forma de créditos indevidos nos estabelecimentos destinatários, usuários de máquinas registradoras. Ressaltaram que o contribuinte não apresentou à fiscalização as notas fiscais de entradas de mercadorias isentas e não tributáveis, não foram entregues as primeiras vias que pertencem ao estabelecimento destinatário, nem as vias presas aos talonários, que deveriam estar de posse da matriz (remetente), e também não foi apresentado arquivo magnético com os registros fiscais relativos às entradas e saídas realizadas.

O contribuinte foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal e demais elementos acostados aos autos pelos autuantes, tendo apresentado contestação, alegando que ratifica todo teor da defesa inicial. Pede que seja declarada inepta a informação fiscal por ofensa ao disposto no art. 127, § 6º, do RPAF/99, por entender que não existe clareza e precisão na informação prestada, argumentando que os autuantes reiteraram, com outras palavras, a acusação fiscal.

Considerando as alegações defensivas e informação fiscal, esta JJF, mediante pauta suplementar, converteu o PAF em diligência à ASTEC para ser efetuada revisão fiscal por estranho ao feito, sendo exarado o PARECER ASTEC Nº 0186/2002, fls. 181 a 183 dos autos.

Intimado a tomar conhecimento do PARECER ASTEC o representante legal do autuado apresentou petição de fl. 194, demonstrando o entendimento de que foi assegurado ao contribuinte o direito de calcular o estorno de débito a que tinha direito, restando patente que o autuado deixou de utilizar crédito fiscal igual ou superior ao montante reclamado no Auto de Infração.

Os autuantes apresentaram nova informação fiscal argumentando que a diligência realizada se limitou a aceitar os argumentos defensivos, ressaltando que o contribuinte é o causador da impossibilidade de comprovação de sua própria tese.

Conforme Acórdão JJF Nº 0362-02/02 (fls. 198 a 201), a 2ª JJF julgou procedente o Auto de Infração, por entender que estão comprovadas as irregularidades apontadas na autuação fiscal. Por isso, o autuado apresentou Recurso Voluntário pedindo a nulidade da Decisão recorrida, alegando que a citada Decisão contraria a prova pericial constante dos autos.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu pela nulidade da Decisão recorrida, por entender que foi fundamentada em fato tributário diferente do existente no lançamento fiscal, por isso, determinou a devolução dos autos a esta JJF para proferir nova Decisão.

VOTO DO RELATOR DA 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA[...]

[...] “Cumprindo o Acórdão CJF nº 0472-11/02 da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal que decidiu pela nulidade do julgamento constante das fls. 198 a 201 do PAF, determinando a devolução dos autos a esta JJF para proferir nova Decisão, cabe analisar novamente o mérito, de acordo com os elementos acostados aos autos, as alegações defensivas e a informação fiscal prestada pelos autuantes.

O Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, tendo em vista que foi constatada falta de recolhimento do imposto, em razão da prática pelo autuado de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, tendo em vista que foi apurado pelos autuantes que o contribuinte, na condição de usuário de máquina registradora, realizou transferências de mercadorias isentas, não tributáveis e outras, em desacordo com a legislação, no período de agosto de 1996 a dezembro de 1997.

Constata-se que foi exigido o imposto em razão de o autuado, usuário de máquina registradora não dotada da condição de quantificar e discriminar as mercadorias, deu saídas sem débito do imposto nas operações de transferências de mercadorias isentas ou não tributadas, contrariando o disposto no art. 743, inciso I c/c § 1º, inciso II deste mesmo artigo, do RICMS/96, bem como do RICMS/97.

De acordo com o demonstrativo anexado aos autos pelo contribuinte, dos valores relativos às entradas de mercadorias isentas ou não tributáveis foram deduzidas as saídas também isentas ou não tributáveis, e sobre o resultado obtido foi calculado o estorno de débito referente a essas mercadorias, sendo que, os valores correspondentes às saídas das citadas mercadorias foram

lançados no RAICMS, na coluna referente às operações sem débito do imposto, conforme xerocópias do mencionado livro anexadas ao presente processo.

O sujeito passivo alegou em suas razões de defesa que apesar de ter dado saídas (transferências) sem débito do imposto de mercadorias que deveriam ter as saídas consideradas tributadas, o valor do estorno de débito a que teria direito seria maior do que o montante do débito exigido. Contudo, da análise das peças processuais, verifica-se que não tem pertinência o argumento defensivo, uma vez que não se pode aferir o citado estorno de débito, considerando o extravio das notas fiscais de entradas, conforme documento de fl. 21 dos autos, documentos fiscais necessários para homologação dos respectivos lançamentos de entradas de mercadorias, impossibilitando a apuração do alegado estorno de débito, .

No Parecer ASTEC/CONSEF nº 0186/2002, fls. 181 a 183, foi informado que a metodologia utilizada pelo contribuinte não está de acordo com a legislação vigente à época. Entretanto, no mencionado Parecer foi prestada a seguinte informação: “verifica-se que o valor do estorno de débito permitido sempre fora maior que o utilizado, deixando assim de utilizar um crédito igual ou maior que o valor reclamado pelo autuante no presente A. I”. Entretanto, não é acatada a conclusão apresentada nesse Parecer, haja vista que a fiscal encarregada pela revisão também informou que apenas comparou o procedimento estabelecido na legislação com os valores constantes das fotocópias do livro RAICMS.

Constata-se que não foi realizado o cotejo dos livros fiscais com as respectivas notas fiscais comprobatórias das entradas de mercadorias, tendo em vista que foi confirmada essa impossibilidade, considerando a declaração prestada pelo contribuinte à fl. 21 do PAF, de que as notas fiscais de entradas relativas às transferências oriundas da matriz foram extraviadas, impedindo assim, a homologação dos lançamentos efetuados nos respectivos livros fiscais.

Na diligência fiscal efetuada, foi informado que os trabalhos foram realizados a partir da escrituração e não dos documentos fiscais, por isso, entendo que não se poderia concluir que os estornos de débito são maiores que o valor exigido, haja vista que os documentos fiscais que serviram para homologação dos lançamentos no livro Registro de Entradas de Mercadorias não foram apresentados pelo autuado, restando provado, de forma inequívoca, apenas as saídas isentas ou não tributáveis sem débito do imposto, realizadas pelo autuado como usuário de máquina registradora não alfa-numérica.

Vale ressaltar, que após o primeiro julgamento proferido nesta JJF, o defensor do autuado anexou aos autos diversas xerocópias de notas fiscais de saídas, entretanto, os documentos apresentados são insuficientes para a prova pretendida, considerando que as notas fiscais tidas como extraviadas são as correspondentes às entradas no estabelecimento autuado das mercadorias objeto da autuação.

Entendo que está comprovada a base de cálculo do imposto exigido, tendo em vista que corresponde aos valores das saídas de mercadorias sem débito do imposto lançadas no RAICMS, ficando por isso caracterizada a infração apurada pelos autuantes, considerando a previsão legal de que, na condição de usuário de máquina registradora, os valores consignados em notas fiscais de saídas emitidas pelo autuado, inclusive de transferências, deveriam ser tributados à alíquota de 17%.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.” [...]

Devidamente intimada a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que exarou o Acórdão recorrido pela Procedência do Auto de Infração em tela, a empresa, inconformada, impetrou o presente Recurso Voluntário, argüindo:

PRELIMINARMENTE, o autuado pede, novamente, a nulidade da Decisão recorrida, considerando que contrária a instrução do PAF. Com efeito, a JJF afastou as conclusões da ASTEC que beneficiou a tese do autuado, sem, contudo, produzir qualquer outra prova em contrário, indicando, para tanto, razões que não suplantam a única prova “pericial produzida”. Se as conclusões da ASTEC não foram suficientes, deveria a JJF instaurar nova diligência, tendo o autuado, inclusive, apresentado documentação para tanto (que foi considerada pelo relator como “insuficiente”).

É nula, ainda, a Decisão, posto que as alegações do autuado foram distorcidas no acórdão. Conforme fl. 3, parte do voto, o Sr. relator colocou que: “O sujeito passivo alegou em suas razões de defesa que apesar de ter dado saídas (transferências) sem débito do imposto de mercadorias que deveriam ter as saídas consideradas tributadas, o valor do estorno de débito a que teria direito seria maior do que o montante do débito exigido.”

Conforme consta na defesa, a alegação da defesa foi outra. O fato acima narrado foi apurado pela ASTEC. A defesa suscitou, sim, que: “ao efetuar o estorno de débito a que tinha direito, pelo recebimento das mercadorias isentas, não tributadas ou sujeitas à substituição, o estabelecimento autuado, conforme demonstrativos e documentos anexos, teve o cuidado de excluir as transferências e devoluções realizadas por ele mesmo. Assim agindo, *não possibilitou a falta de recolhimento do icms, pois não utilizou crédito a maior (face ao estorno de débito).*”

Como visto, a JJF, novamente, não apreciou as alegações da defesa, muito embora, desta feita, tenha se reportado a outros fatos e fundamentos distribuídos dentre a instrução do PAF. Da mesma forma que a primeira Decisão, assim é *Nulo de pleno direito o presente acórdão*. A transfiguração das alegações da defesa, ainda mais levada a efeito no voto, que é a fundamentação da Decisão, implica, inclusive, em supressão de Instância.

A JJF, por último, não apreciou os elementos apresentados pelo autuado em 13/11/2002, pertinentes ao Auto de Infração nº 232845.0024/01-6, lavrado contra outro estabelecimento da própria empresa, conforme protocolo SIPRO nº 228611/2002-o que igualmente implica em supressão de Instância.

Assim sendo, o autuado pede que seja decretada a Nulidade da nova Decisão e que o PAF seja redistribuído para outra Junta, posto que, permanecendo na mesma, com o devido respeito ao Sr. relator e demais membros da 2ª JJF, estará a lide “prejudgada”.

No mérito, o autuado reitera que de acordo com o entendimento que conseguiu extrair, em função dos dispositivos indicados como infringidos, os fatos narrados não ensejaram “falta de recolhimento do ICMS”, não tendo o Estado da Bahia sofrido qualquer repercussão econômica negativa quanto à arrecadação do ICMS.

O autuado teria deixado de adicionar, para efeito do débito fiscal, ao total dos valores acumulados em máquina registradora, as saídas por transferências, devoluções e baixas de estoque, aplicando-se, nas operações internas, inclusive com mercadorias isentas, não tributadas e outras, a alíquota de 17%. Assim deixando de agir, teria o autuado, incidido em falta de recolhimento.

Ocorre que, como dito acima e não apreciado pela JJF, não foi levado em consideração que, ao efetuar o estorno de débito a que tinha direito, pelo recebimento das mercadorias isentas, não tributadas ou sujeitas à substituição, o estabelecimento autuado, conforme demonstrativos e documentos anexos à defesa, teve o cuidado de excluir as transferências e devolução realizadas

por ele mesmo. Assim agindo, *não possibilitou a falta de recolhimento do icms, pois não utilizou crédito a maior (face ao estorno de débito).*

Significa dizer, diante dos dispositivos apresentados como infringidos, que se o autuado não adicionou, para fins de tributação, as transferências e devoluções (que via de regra não são tributadas) , também não estornou o débito em relação às mesmas, o que aniquila o valor exigido.

Conforme demonstrativos e LRAICMS anexos ou PAF, o autuado estornou o débito oriundo das entradas (direito que nasce a partir da tributação indevida via MR) pelos montantes líquidos de cada mês, entendendo-se dito montante como o total das entradas de demais acréscimos legais (TVA), menos as transferências e devoluções, com valores apurados dentro da mesma sistemática.

Tudo isso foi confirmado pela revisão, restando tão-somente o descumprimento, se é que houve, de obrigação acessória escritural.

Vale destacar, por último, que o CONSEF já se pronunciou sobre a matéria, admitindo que o procedimento adotado não enseja prejuízo ao Estado. É o que se pode auferir, v.g., do Acórdão JJF nº 1313/00, da 4ª JJF, homologado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF nº 1325/00, conforme cópias que faz anexar ao presente Recurso Voluntário.

Nas decisões acima referidas, apesar de constar como acusação fiscal a “utilização indevida de crédito fiscal, em decorrência de erro no estorno de débito relativo à operação de entradas de mercadorias isentas , não tributadas ou sujeitas à substituição tributária”, constatamos, diante dos dispositivos legais, que a situação é exatamente a mesma. A diferença é que, no Auto de Infração nº 146468.0015/99-7, lavrado contra estabelecimento do mesmo ramo de atividade, também usuário de MR, a descrição dos fatos foi precisa.

Em relação à prova produzida pela ASTEC, se insuficiente, deve a PROFAZ sugerir a Câmara instaurar novo procedimento de revisão. Vale dizer é possível sim à constatação, através de diligência, da veracidade das alegações da empresam desiderato atingido no Auto de Infração nº 232845.0024/01-6, tudo conforme Acórdão JJF nº 0319-04/02 e Parecer ASTEC nº 0135/2002, elementos que foram carreados ao presente feito em 13/11/2002 (SIPRO nº 228611/2002-4) e que também não foram apreciados no julgamento reconsiderando.

Ante o exposto, pede pelo Conhecimento e Provimento do presente Recurso Voluntário, a fim de que o Acórdão seja julgado NULO, com a distribuição do PAF para outra Junta de Julgamento Fiscal, ou, caso ultrapassada a nulidade da Decisão, para que o presente Auto de Infração seja julgado NULO ou IMPROCEDENTE, ou, no máximo, para fins de aplicação de multa formal, Procedente em Parte, por medida restauradora do direito e justiça.

A PROFAZ forneceu Parecer de fls. 280 e 281, nos seguintes termos:

[...] “Referindo-se ao julgamento guerreado temos a considerar que o mesmo analisou todas as peças dos autos, os argumentos defensivos e também fez uma adequada interpretação da diligência realizada pela ASTEC e são corretas as suas conclusões de voto:

O procedimento do autuado está em desacordo com a legislação, no mais, não foi realizado um cotejo dos livros fiscais com as respectivas notas fiscais comprobatórias por não terem sido apresentadas pelo contribuinte, assim, fica impossível atender o quanto requer o autuado em seu Recurso Voluntário.

Como remeter os autos novamente à ASTEC se não há novos documentos a analisar, toda a documentação apresentada fora revista e como bem assevera o julgador os documentos apresentados são insuficientes para a prova pretendida, considerando que as notas fiscais tidas como extraviadas são correspondentes às entradas no estabelecimento autuado das mercadorias objeto da autuação.

Assim, após estas observações somos pela manutenção da autuação nos seus termos iniciais, pois, como visto as conclusões do voto do relator estão corretas. Em que pese o fato de o Recurso Voluntário devolver a matéria, em sua totalidade, à apreciação desse Conselho, as razões oferecidas pelo recorrente são inócuas, inaptas para proporcionar a modificação do julgamento. Por esse motivo, entende a procuradoria que não deve ser provido o Recurso Voluntário.” [...]

VOTO

Inicialmente rechaço as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente em razão de:

- 1) A Decisão recorrida está coerente com a instrução do PAF e de acordo com as convicções dos julgadores, que as fundamenta.
- 2) Todas as alegações defensivas foram apreciadas, conforme, aliás, destaca a Douta PROFAZ em seu Parecer.
- 3) A alegação de que não foram apreciados os elementos pertinentes a outro Auto de Infração, lavrado contra outro estabelecimento, não pode prosperar, já que, não se pode olvidar do fato de que cada Auto de Infração tem sua peculiaridade não sendo razoável se buscar elementos de outros autos para socorrer autuação distinta. Aliás, a prova, dita produzida pela ASTEC, não foi acolhida pela JJF, ante as razões consignadas no voto do relator da Decisão recorrida.
- 4) Do exposto, considero afastadas todas as preliminares de nulidade da Decisão recorrida, argüida pelo recorrente.

Volto a destacar que neste processo Administrativo Fiscal, mormente no Recurso Voluntário, constatei que os anseios da empresa expressados em todas as fases, tanto defensiva como recursal, foram afastados pelo 2º julgamento realizado pela Junta de Julgamento Fiscal, que exarou o Acórdão recorrido. Naquele julgamento constam esclarecidos todos os pontos do contraditório e, pelos seus fundamentos, o ratifico. Transcrevo trechos do Parecer da Douta PROFAZ que sintetiza o acerto e o desfecho da lide, e o tomo como parte integrante deste voto.

[...] “O procedimento do autuado está em desacordo com a legislação, no mais, não foi realizado um cotejo dos livros fiscais com as respectivas notas fiscais comprobatórias por não terem sido apresentadas pelo contribuinte, assim, fica impossível atender o quanto requer o autuado em seu Recurso Voluntário.

Como remeter os autos novamente à ASTEC se não há novos documentos a analisar, toda a documentação apresentada fora revista e como bem assevera o julgador os documentos apresentados são insuficientes para a prova pretendida, considerando que as notas fiscais tidas como extraviadas são correspondentes às entradas no estabelecimento autuado das mercadorias objeto da autuação.” [...]

Convém, ainda, ressaltar que o procedimento do recorrente está em desacordo com a norma regulamentar e que a própria JJF esclarece as razões que a levou a não acolher o resultado da diligência efetuada.

Assim, resta conceder este voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, mantendo integralmente a Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269191.0203/01-9**, lavrado contra **CEREALISTA CASTRO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$78.738,22**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, II, “a”, da Lei nº 4.825/89, modificada pela Lei nº 6.934/96, bem como no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as): Max Rodrigues Muniz e Verbena Matos Araújo.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as): Antonio Ferreira de Freitas, Nelson Teixeira Brandão, Ivone de Oliveira Martins e Ciro Roberto Seifert.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFZ