

PROCESSO - A. I. Nº 207185.0001/07-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BRANDÃO FILHOS S/A – COMÉRCIO, INDÚSTRIA E LAVOURA
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4ª JJF nº 0168-04/07
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 24/10/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0353-11/07

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. TRANSFERÊNCIAS INTERNAS. ATRIBUIÇÃO DE VALOR INFERIOR AO CUSTO DE PRODUÇÃO. Ficou comprovado que o prejuízo apresentado na Conta "Mercadorias" decorreu de operações de comercialização e não de transferência com preço inferior ao custo de produção. Infração insubsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA E COMUNICAÇÕES. Modificada a Decisão recorrida. Restou comprovada a sua utilização no período fiscalizado. Infração procedente. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Diante das provas juntadas com a defesa, foi feito o levantamento fiscal, resultando em inexistência de omissões. Infração elidida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime quanto aos itens 1 e 3. Decisão por maioria em relação ao item 2.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00 contra a Decisão da mesma que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 08/02/2007, que exige ICMS no valor de R\$76.958,27, em decorrência das seguintes infrações:

1. Efetuou saída de produtos em transferências para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção. Consta, na descrição dos fatos, que as transferências foram efetuadas abaixo do custo de aquisição (2002 a 2006) - R\$68.792,91.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, telefonia, utilizada em empresa comercial que realizou transferências de mercadorias sem incidência de imposto (diferido), nos exercícios de 2002 a 2006, conforme planilhas do Anexo II - R\$7.504,09.
3. Falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2006) - R\$661,27.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 49 a 55) inicialmente discorre sobre as infrações e diz que as acusações não podem prosperar, por entender que são improcedentes, conforme argumentos que passou a apresentar.

Quanto ao primeiro procedimento fiscal, venda inferior ao custo, diz que a fiscalização utilizou como enquadramento legal, o art. 56, IV, "b" do RICMS/BA, que transcreveu à fl. 52, mas que não se aplica ao caso em razão de que não produziu, gerou, extraiu ou fabricou as mercadorias que

transferiu para outras filiais, sem ter agregado qualquer valor às mercadorias adquiridas de produtores rurais, tendo sido transferidas da mesma forma que foram compradas, por se tratar de bens fungíveis.

Alega que de modo equivocado, o autuante adicionou ao valor das mercadorias adquiridas, exclusivamente cacau em amêndoas, os valores de energia elétrica, telefone e sacaria, como se fizesse parte de um suposto custo de produção, o que gerou as diferenças de valores exigidos na autuação. Argumenta que “tais itens não se inserem no custo da mercadoria”.

Afirma que, além disso, a fiscalização cometeu diversos erros no levantamento fiscal, conforme indicou por exercícios.

Exercício de 2002: computou valor a mais de R\$15,09 relativo a entrada de cacau e R\$335,31 de contas de energia elétrica, telefone e sacaria; não computou saídas de cacau totalizando R\$252.946,16;

Exercício de 2003: computou indevidamente saída de cacau no valor de R\$183,30;

Exercício de 2004: não computou saídas de R\$91.090,73 de saída de cacau; foi incluído valor de R\$78,00 relativo a sacaria vazia;

Exercício de 2005: foi incluído valor de R\$885,40 relativo a sacaria vazia;

Exercício de 2006: foi incluído valor de R\$206,70 relativo a sacaria vazia;

Face ao exposto, requer que seja julgada insubsistente esta infração.

Quanto à segunda infração, utilização indevida de créditos fiscais, argumenta que não procede a acusação, por entender que tal fato não ocorreu, haja vista que conforme documentos juntados ao processo, em nenhum momento fez utilização dos créditos fiscais oriundos de contas de energia elétrica e de telefone. Admite que os valores pagos de energia e telefone foram contabilizados, mas, em nenhum momento utilizou os créditos fiscais respectivos, motivo pelo qual requer a improcedência desta infração.

Com relação à terceira infração, diz que não procede a acusação de que ocorreu operação de saída de mercadorias sem emissão de documentos fiscais, sob argumento de que computou de forma equivocada no levantamento fiscal, entrada a menos de 13,62 sacos de cacau no mês de janeiro/06 e 30 sacos a mais no mês de outubro/06. Requer acatamento da impugnação e improcedência desta infração.

O autuante, na sua informação fiscal (fls. 496 e 497), afirma que após análise dos livros e documentos fiscais necessários à revisão fiscal, apurou os seguintes resultados:

Quanto à infração 1: em virtude de problema técnico operacional da planilha utilizada, não foi computado o valor de R\$252.946,16 no mês de dezembro/02 e R\$91.090,73 no mês de dezembro/04. Diz que após a revisão, resultou em débito remanescente de R\$10.293,38. Ressalta que não concorda com a exclusão dos valores relativos a sacaria, energia elétrica e telefonia, por entender que constituem despesas realizadas pelo estabelecimento na comercialização dos produtos.

Relativamente à infração 2, diz que mantém integralmente a ação fiscal por entender que a apropriação dos créditos fiscais feita pelo autuado ocorreu de forma indevida, conforme declarado pelo impugnante nas DMAs, cujas cópias foram juntadas com a defesa (fls. 311 a 372).

No tocante à infração 3, reconhece que deixou de computar no levantamento quantitativo as quantidades de 13,62 sacos de mercadorias consignadas nas notas fiscais de nºs. 3644 e 3646 e que computou indevidamente a quantidade de 699,10 sacos, em vez de 669,10 sacos do produto, no mês de outubro/06. Diz que após a revisão fiscal concluiu que inexistiu omissão de saídas de mercadorias relativas a esta infração.

Por fim, requer a procedência parcial das infrações, apontando como valores devidos R\$10.293,38 para infração 1 e R\$7.504,09 para a infração 2. Requer a procedência parcial da autuação.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 503), tendo o mesmo se manifestado à fl. 506, dizendo que não concorda com a informação fiscal prestada pelo autuante, com base na fundamentação constante da defesa apresentada.

Julgado em Primeira Instância, o Auto de Infração foi declarado Procedente em Parte, pelas seguintes razões:

“O Auto de Infração acusa exigência do ICMS relativo ao cometimento de três infrações: saída de produtos em transferências com preço inferior ao custo de produção, utilização indevida de crédito fiscal (energia elétrica e telefonia), e da falta de recolhimento do imposto de operações de saídas de mercadorias tributadas.

Em relação à primeira infração, o autuado na defesa inicial indicou diversas inconsistências relativas a valores não computados no levantamento fiscal e da inclusão de valores relativo à aquisição de energia, telefone e sacaria. Quanto ao primeiro argumento, na informação fiscal foi acatado integralmente pelo autuante, reduzindo o débito inicial de R\$68.792,91 para R\$10.293,38, conforme demonstrativo juntado à fl. 498, o que foi contestado pelo recorrente.

Da análise dos documentos juntados ao processo verifica que conforme demonstrativo resumo original à fl. 12, depois de revisado foi acostado à fl. 498, o autuante apurou prejuízos fiscais nos exercícios de 2002 a 2006, com base no roteiro aplicado de auditoria da taxa de valor agregado (fls. 499, 14, 500, 16 e 17), aplicando a alíquota de 17% sobre o montante dos prejuízos acumulados, tendo enquadrado a infração no art. 56, IV, “b” do RICMS/BA, o qual estabelece que a base de cálculo do ICMS, nas operações realizadas em decorrência de saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular é o custo da mercadoria, quando produzida, gerada, extraída ou fabricada pelo próprio estabelecimento. Da análise dos documentos acostados ao processo constato que se trata de operações de transferência de cacau em amêndoas adquiridas, para estabelecimento do mesmo titular, não se adequando a situação de produção ou fabricação, conforme alegou o impugnante na sua defesa de que foram transferidas da mesma forma que foram compradas.

Dessa forma, ficou caracterizado que o prejuízo apurado na conta mercadoria decorre de operações de comercialização e não de transferências “com preço inferior ao custo de produção”. Embora no demonstrativo elaborado pelo autuante às fls. 12 a 17 não demonstre a composição dos custos e receitas, o autuado na sua defesa alegou que a fiscalização adicionou ao valor das mercadorias adquiridas (cacau em amêndoas), os valores de energia elétrica, telefone e sacaria, argumentando que tais itens não se inserem no custo da mercadoria, o que foi contestado pelo autuante na informação fiscal, afirmando que constituem despesas na comercialização dos produtos.

É certo, que as despesas com energia e telefone constituem despesas do estabelecimento que devem ser contrapostas às receitas na apuração do resultado, mas em se tratando de operações de transferências de produto contemplado no regime de diferimento para estabelecimento do mesmo titular, realizadas pelo mesmo preço de aquisição, só haveria reflexo das despesas no momento que ocorresse a comercialização destes produtos e não no momento da transferência.

Com relação à sacaria, mesmo que não tenha sido questionada a sua utilização, em se tratando de embalagens do produto, pode haver transferência ou comercialização do produto embalado (com saco) ou só do produto com retorno da embalagem, podendo compor o custo de comercialização de imediato ou após o seu desgaste até se tornar impréstatível para uso.

De qualquer forma, este Conselho, na apreciação de diversos lançamentos em que foi apurado prejuízo no resultado com mercadorias, inclusive que implique em “custo negativo”, que é o caso deste lançamento, tem decidido que constituem indícios de possível subfaturamento, mas que não tem respaldo para exigência do ICMS. Neste caso, com base nos indícios, deve ser aplicado outros roteiros de auditoria, a exemplo de levantamento

quantitativo de estoques, como apurado na infração 3 deste Auto de Infração, ou de movimentação financeira para apurar omissões de saídas a título de presunção (caixa, passivo fictício, etc). Para reforçar este entendimento, cito as precedentes jurisprudências contidas nos Acórdãos CJF 0001/99, 0220/99, 0244/99, 0882/99, 0950/99, 1000/00, 1097/00, 1144/00, 1717/00, 0077/01 e 0087/01 e transcrevo abaixo a Súmula nº 4 do CONSEF:

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ARBITRAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. DISTORÇÃO NA CONTA “MERCADORIAS”. INDÍCIO DE VENDA DE MERCADORIAS POR PREÇO ABAIXO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO. A verificação de prejuízo no resultado com mercadorias ou a constatação de distorções no custo de mercadorias vendidas que inclusive impliquem “custo negativo” constituem indícios de possível subfaturamento ou de omissão de lançamento de operações mercantis, não se encontrando essas situações elencadas na lei como pressupostos para a aplicação do arbitramento da base de cálculo do ICMS.

Concluo que o lançamento fiscal foi baseado em prova indiciária e só poderá prevalecer se demonstrada a ausência ou a imprestabilidade da escrituração fiscal e comercial e dos documentos que a respaldam, devendo ser afastado integralmente os valores exigidos nesta infração.

Quanto à segunda infração, conforme demonstrativos acostados às fls. 18 a 20, o contribuinte foi acusado de utilizar indevidamente créditos fiscais oriundos das contas de telefone e energia elétrica. Na defesa apresentada, o impugnante admitiu ter contabilizado os créditos fiscais, mas que em nenhum momento fez utilização dos mesmos, o que foi contestado pelo autuante afirmando que a apropriação dos créditos fiscais foi feita de forma indevida, conforme declarado pelo impugnante nas DMAs (fls. 311 a 372).

Em relação ao argumento de que no período fiscalizado não ocorreu a utilização dos créditos fiscais escriturados, pela análise dos documentos acostados aos autos, verifica que nas cópias das páginas do livro RAICMS acostado pelo autuado às fls. 374 a 494, consta escrituração de diversos créditos fiscais relativo a operações de entrada com indicação de “Coelba/Telemar” e não consta escrituração de qualquer débito de ICMS no período fiscalizado (01/02 a 12/06). Portanto, restou comprovado apenas que no período fiscalizado ocorreu a escrituração dos créditos fiscais, e como o impugnante não registrou qualquer débito do imposto no mesmo período, concluo que não ficou caracterizada a infração apontada no Auto de Infração de que “utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS”, e não houve repercussão no pagamento do imposto, tendo em vista que os créditos escriturados não foram compensados com saídas tributadas ou utilizados com outras finalidades previstas na legislação tributária.

Na situação presente ocorreu simplesmente a escrituração irregular dos créditos fiscais, em desacordo com as normas regulamentares, motivo pelo qual converto o imposto exigido em aplicação de uma multa de R\$140,00 prevista no art. 42, XVIII, “b” da Lei nº 7.014/96.

Relativamente à terceira infração, o autuado alegou que foram computadas quantidades incorretas no levantamento fiscal, entrada computada a menos no mês de janeiro e a mais no mês de outubro/06. Na informação fiscal, o autuante reconheceu os equívocos cometidos no levantamento quantitativo de estoques, refez o demonstrativo original, conforme demonstrativo sintético juntado à fl. 501, o que culminou com a inexistência de omissão de saídas de mercadorias. Portanto, não havendo qualquer controvérsia, devem ser afastados integralmente os valores exigidos nesta infração.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 4ª JJF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração.

O autuante exige do contribuinte ICMS relativo ao cometimento de três infrações: saída de produtos em transferências com preço inferior ao custo de produção, utilização indevida de crédito fiscal (energia elétrica e telefonia), e da falta de recolhimento do imposto de operações de saídas de mercadorias tributadas.

Quanto à primeira infração, o autuado na defesa inicial indicou diversas inconsistências relativas a valores não computados no levantamento fiscal e da inclusão de valores relativos à aquisição de energia, telefone e sacaria. Em relação ao primeiro argumento, na informação fiscal foi acatado integralmente pelo autuante, reduzindo o débito inicial de R\$68.792,91 para R\$10.293,38, conforme demonstrativo juntado à fl. 498, o que foi contestado pelo recorrente.

Da análise dos documentos acostados ao processo constato que tratam de operações de transferência de cacau em amêndoas adquiridas, para estabelecimento do mesmo titular, não se adequando à situação de produção ou fabricação, conforme alegou o impugnante na sua defesa de que foram transferidas da mesma forma que foram compradas.

É certo que as despesas com energia e telefone constituem despesas do estabelecimento que devem ser contrapostas às receitas na apuração do resultado, mas em se tratando de operações de transferências de produto contemplado no regime de diferimento para estabelecimento do mesmo titular, realizadas pelo mesmo preço de aquisição, só haveria reflexo das despesas no momento que ocorresse a comercialização destes produtos e não no momento da transferência.

Com relação à sacaria, mesmo que não tenha sido questionada a sua utilização, em se tratando de embalagens do produto, pode haver transferência ou comercialização do produto embalado (com saco) ou só do produto com retorno da embalagem, podendo compor o custo de comercialização de imediato ou após o seu desgaste, até se tornar imprestável para uso.

Quanto à segunda infração, conforme demonstrativos acostados às fls. 18 a 20, o contribuinte foi acusado de utilizar indevidamente créditos fiscais oriundos das contas de telefone e energia elétrica. Na defesa apresentada, o impugnante admitiu ter contabilizado os créditos fiscais, mas, que, em nenhum momento fez utilização dos mesmos, o que foi contestado pelo autuante, afirmando que a apropriação dos créditos fiscais foi feita de forma indevida, conforme declarado pelo impugnante nas DMAs (fls. 311 a 372).

Em relação ao argumento de que no período fiscalizado não ocorreu a utilização dos créditos fiscais escriturados, pela análise dos documentos acostados aos autos, verifico que nas cópias das páginas do livro RAICMS acostado pelo autuado às fls. 374 a 494, consta escrituração de diversos créditos fiscais relativo a operações de entrada com indicação de “Coelba/Telemar”. Portanto, restou comprovado que no período fiscalizado ocorreu a escrituração e utilização dos créditos fiscais, e mesmo tendo o impugnante não registrado qualquer débito do imposto no mesmo período, os créditos foram utilizados na conta ICMS (saldo credor do imposto transferido para o período de apuração seguinte), concluo que ficou caracterizada a infração apontada no Auto de Infração de que “utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS”, e houve repercussão no saldo do imposto.

Na situação presente ocorreu a escrituração e utilização irregular dos créditos fiscais, em desacordo com as normas regulamentares, motivo pelo qual mantemos o imposto exigido no valor de R\$7.504,09 da autuação.

Relativamente à terceira infração, o autuado alegou que foram computadas quantidades incorretas no levantamento fiscal, entrada computada a menos no mês de janeiro e a mais no mês de outubro/06. Na informação fiscal, o autuante reconheceu os equívocos cometidos no levantamento quantitativo de estoques, refez o demonstrativo original, conforme demonstrativo sintético juntado à fl. 501, o que culminou com a inexistência de omissão de saídas de mercadorias. Portanto, não havendo qualquer controvérsia, devem ser afastados integralmente os valores exigidos nesta infração.

Diante do exposto voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Offício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade quanto aos itens 1 e 3 e, em decisão por maioria em relação ao item 2, com voto de qualidade da presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207185.0001/07-2**, lavrado contra **BRANDÃO FILHOS S/A – COMÉRCIO, INDÚSTRIA E LAVOURA**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.504,09**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$140,00**, prevista no art. 42, XVIII, “b”, da citada lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros (as): José Hilton de Souza Cruz, Fernando Antonio Brito de Araújo e Denise Mara Andrade Barbosa.

VOTO VENCIDO - Conselheiros: Fábio de Andrade Moura; Oswaldo Ignácio Amador e Valnei Sousa Freire.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

JOSÉ HILTON DE SOUZA CRUZ – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS