

A. I. Nº - 281401.0045/08-4
AUTUADO - BM VENDING ALIMENTOS E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - LÍDIO CELESTINO CONCEIÇÃO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET 17.11.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0298-05/10

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. 3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Infrações reconhecidas pelo contribuinte e recolhidas no prazo de apresentação da defesa administrativa. 4. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO DE OPERAÇÕES COM O BENEFÍCIO DO DECRETO Nº 7.799/00. INEXISTÊNCIA DE TERMO DE ACORDO ESPECÍFICO COM A FAZENDA PÚBLICA. Operações de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa - incidência do ICMS. Item procedente. 5. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Infração totalmente elidida. Comprovada a origem dos recursos financeiros que adentraram no “caixa” da empresa, via contratos de mútuos, formalizados junto a outras empresas integrantes do mesmo grupo empresarial. Provas documentais anexadas pela defesa e revisadas em diligência executada pela ASTEC/CONSEF. Item improcedente. 6. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE REGISTRO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES ANTERIORES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Afastada a presunção de omissão de saídas, visto que ficou comprovado, em diligência da ASTEC/CONSEF, o registro das notas fiscais de entrada nos livros fiscais do estabelecimento filial da autuada. Remanesceu, porém descumprimento de obrigação acessória, com imposição de penalidade, nos termos do art. 157, do RPAF/99. 7. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração reconhecida e paga pelo sujeito passivo antes da apresentação da defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 31/03/2008, para exigir ICMS e multa, no valor total de R\$2.451.360,73, contendo as imputações abaixo descritas:

INFRAÇÃO 1 (01.02.03) – Utilizou, indevidamente, o crédito mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por subs montante de valor igual a R\$ 731,27 (setecentos e trinta e um reais e

INFRAÇÃO 2 (02.01.01) – Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios, tratando-se da aquisição de mercadorias tributáveis do exterior sem o destaque e sem o pagamento do imposto devido, gerando o montante de valor igual a R\$36.546,33 (trinta e seis mil, quinhentos e quarenta e seis reais e trinta e três centavos);

INFRAÇÃO 3 (02.01.03) – Deixou de recolher o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, em razão da falta de celebração com a Fazenda Estadual do Termo de Acordo, gerando o montante igual a R\$ 528,57 (quinhentos e vinte e oito reais e cinquenta e sete centavos);

INFRAÇÃO 4 (03.02.06) – Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, em razão da falta de celebração com a Fazenda Estadual o Termo de Acordo, gerando o montante igual a R\$151.532,53 (cento e cinquenta e um mil, quinhentos e trinta e dois reais e cinquenta e três centavos);

INFRAÇÃO 5 (05.03.01) – Omissão de saída de mercadorias tributáveis apuradas através de suprimimento de caixa de origem não comprovada, gerando o montante igual a R\$2.225.441,92 (dois milhões, duzentos e vinte e cinco mil, quatrocentos e quarenta e um reais e noventa e dois centavos);

INFRAÇÃO 6 (05.05.01) – Omitiu a saída de mercadorias tributáveis apurada através de mercadorias não registradas, gerando o montante igual a R\$34.610,15 (trinta e quatro mil, seiscentos e dez mil e quinze centavos);

INFRAÇÃO 7 (16.01.02) – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal, gerando o montante igual a R\$1.969,96 (hum mil, novecentos e sessenta e nove reais e noventa e seis centavos);

Na peça de defesa (fls. 1545 a 1562), o contribuinte inicialmente destacou a tempestividade da medida impugnatória. Em seguida, fez uma síntese das acusações fiscais para afirmar reconhecer a procedência das infrações 1, 2, 3 e 7. *Pari passu*, providenciou o pagamento das mesmas com as reduções previstas em lei, totalizando a cifra de R\$ 64.993,37 (sessenta e quatro mil, novecentos e noventa e três reais e trinta e sete centavos), conforme documento de arrecadação - (DAE anexo - doc. 02 – fl. 1576).

Em relação às infrações 4, 5 e 6 contestou “*in totum*” as acusações fiscais.

No que tange à infração 4, afirmou que, desde o ano de 2005 recolhe o imposto por antecipação parcial do ICMS sobre todas as mercadorias adquiridas e que, desde 2003 já lhe era exigida a antecipação dos recolhimentos por força de previsão normativa contida na Legislação Estadual. Diante dessas circunstâncias, alega que parte do imposto cobrado na autuação já fora pago antecipadamente, quando do recebimento ou trânsito das mercadorias, recolhendo o tributo a cada dia 25 do mês subsequente, na forma conferida pelo Regime Especial. Declarou que, quando não era detentora do referido regime efetuava os recolhimentos de forma antecipada, nos postos fiscais de fronteira. Considera que diante do pagamento antecipado mensal remanesceria, no máximo, descumprimento de obrigação acessória, jamais falta de pagamento do imposto.

No mérito, se defende da acusação de uso indevido do benefício da redução da base de cálculo pela falta de celebração com a Fazenda Estadual do termo de acordo, argumentando que as operações supostamente realizadas em infração ao RICMS se tratavam de transferências de produtos para a sua filial, situada neste Estado da Bahia. Arrolou na defesa as notas fiscais relacionadas a esta operação (Doc. 03), com a descrição da operação nos seguintes termos: transferência de mercadoria (CFOP 5152). Em seguida, apontou que apenas duas Notas, de nº 17.314 e nº 17.321, emitidas em janeiro de 2003, possuíam o CFOP 5102, relacionadas a vendas de produtos, gerando, somente estas, débito de ICMS da ordem de R\$ 9, -

Sustenta, ainda, em relação a este item, a não-incidência do ICM

mercadorias, uma vez que, no seu entendimento, não foram implem

à ocorrência do fato gerador, tais como a transferência de]

econômica. Apesar da previsão normativa de incidência do ICMS, inserida no art. 12, I da LC 87/96, invoca a aplicação do entendimento dos tribunais, em especial, a Súmula nº 166, do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação:

“Súmula 166: Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”

Transcreveu doutrina dos profs. Arnold Wald e Paulo de Barros Carvalho, a respeito do tema.

Citando a jurisprudência dominante a esse respeito do tema, continua a defesa:

O STF decidiu o seguinte: “O simples deslocamento de coisas de um estabelecimento para outro, sem transferência de propriedade, não gera direito à cobrança de ICM. O emprego da expressão ‘operações’, bem como a designação do imposto, no que consagra o vocábulo ‘mercadoria’ são conducentes à premissa de que deve haver o envolvimento de ato mercantil e este não ocorre quando o produtor simplesmente movimentar frangos”. (AI 131.941-1 – Rel. Min. Marco Aurélio – um. – DJ 19.4.91, p.4583)

“A simples circulação física da mercadoria não implica na caracterização do fato gerador do ICM. Sem que exista um fato econômico de relevância jurídica não há que se falar em fato gerador da obrigação tributária”. (RE 72.412 – 1ª T – Rel. Min. Djaci Falcão – j. 6.4.72)

Ponderou, mais à frente, que, ainda que a autuada tenha procedido ao destaque do imposto com base de cálculo a menor, a filial da Companhia, por sua vez, ao receber os produtos transferidos, creditou-se do imposto no valor destacado nas notas fiscais, não gerando, assim, qualquer possível perda tributária para o Erário Estadual. Anexou cópias reprográficas dos livros fiscais na peça de defesa (Doc. 04), ancorando a tese do não prejuízo para o Estado no princípio da não-cumulatividade do ICMS, ou seja, se o débito foi lançado a menor o crédito decorrente limitou-se àquele valor.

Argumentou ainda que no ano de 2004 as operações se deram sob a forma de remessa simples, com o código CFOP 5949. Ressalta que todos os produtos de CFOP 5949 referem-se a produtos consumidos pelos clientes da defendente nas máquinas de café e côngeres, cedidas pela BM Vending através de Contrato de Comodato, a exemplo do NCF MOKACCINO, NCF CAPUCCINO; NESCAU NESTLÉ, dentre outros. Detalhou as modalidades contratuais adotadas nas remessas de produtos consumidos por seus clientes. Em resumo: a operação envolveria o contrato de aluguel das máquinas cedidas pela autuada (doc. 07), e a venda do insumo utilizado nas máquinas, conforme notas fiscais que demonstram as referidas vendas de insumos, na forma da amostragem anexa (Doc. 08).

Ao final, reiterou o pedido de exclusão da infração nº 4.

Em relação à infração 5, que contém a acusação de suprimento de caixa de origem não comprovada, a defesa, após tecer comentários em torno da imputação fiscal e dos dispositivos da legislação aplicados pelo auditor, disse que a empresa autuada integra um grupo econômico, composto pelas empresas: Beiramar Participações S/A; BMP – Beiramar Patrimonial S/A; Praia do Forte Participações e Consultoria S/A e a Plus S/A Participações (Doc. 09) e que aproximadamente 99% do capital social da autuada, integralizado em 461.000 quotas, pertence à Beiramar Participações S/A que é em verdade sua controladora, sendo seu sócio administrador, o Sr. José Paulo de Freitas Guimarães. Este, por seu turno, responde, ainda, como sócio administrador da Beiramar Distribuidora de Bebidas Ltda, e BM Comércio Empreendimentos e Participações Ltda. (esta última, sócia ainda, da Beira Mar Distribuidora de Bebidas Ltda.), tudo a teor dos estatutos e contratos sociais, suas alterações e consolidações (Doc. 10).

Destacou que o Sr. José Paulo de Freitas Guimarães é o sócio administrador da companhia, possuindo diretamente, ou indiretamente, cotas do capital social das sociedades: BM Vending Alimentos e Serviços Ltda, Nutricash - Serviços de Alimentação ao Trabalhador Ltda; BM Alimentos e Serviços Ltda (nova denominação da Transcôncavo Transporte de Cargas Ltda) e BM Logística Comércio e Serviços Ltda (antiga BR Telecom Ltda), Calheu Serviços Transportes e Locações Ltda., BM Distribuidora de Bebidas Ltda, Zaz Comércio Cartões Telefônicos Ltda (antiga Patamares Serviços) e Praia (

conformidade com o que consta dos contratos sociais das socied

alterações (Doc. 11), documentos anexados para fins de comprovar a ligação societária de todas estas empresas que congregariam o mesmo grupo econômico.

Possuindo relação societária tão estreita, a defesa afirma que estas empresas promovem operações em conjunto, no sentido de se auxiliarem mutuamente, sendo que, dentre estas operações, realizam empréstimos (mútuos)– para suprirem o caixa umas das outras em determinados momentos.

Argumenta que tais operações, ao contrário do quanto verificado pela fiscalização, são plenamente possíveis e aceitáveis, não podendo ser descaracterizadas ao alvedrio do fisco, para efeitos de tributação dos valores recebidos a título de suprimento de caixa como se fosse omissão de receita.

Sobre o tema, fez a transcrição na peça de defesa das disposições do art. 2º parágrafo 3º do RICMS, que autoriza a tributação quando da ocorrência de operações tributáveis, sem o pagamento do imposto, sempre que a escrituração indicar suprimento de caixa de origem não comprovada, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção. Fazendo a exegese do dispositivo, afirma que, no caso em concreto, a documentação contábil da Companhia se mostra firme e valiosa em apontar a origem dos suprimentos de caixa realizados através das operações de mútuo, ocorridas no período, especificamente com as empresa Beira Mar Distribuidora de Bebidas, Nutricash Serviço de Alimentação ao Trabalhador, BM Logística, Comercio e Serviços Ltda, Calhau Serviços, Transporte e Locação Ltda. e Praia do Meio Serviços Ltda.

Para comprovação do quanto alegado, a defesa apensou aos autos a seguinte documentação:

- Extratos bancários das contas correntes de movimento da Autuada (Doc. 12);
- Extratos bancários das contas de origem (Doc. 13);
- Contratos de Mútuo (Doc.14);

A título de amostragem, em face da grande quantidade de documentos que necessitavam ser manejados, a autuada apresentou o encontro de contas entre os extratos bancários de saída de numerários das mais diversas empresas do grupo e os extratos bancários da conta de entrada da defendente, em duas contas correntes vinculadas ao Banco Itaú: Agências 3214 e 1576, C/C 6130-5 e 19551-3, respectivamente.

O referido cotejamento encontra-se documentado nos autos (Doc. 16).

Frisou que todos os documentos foram levados a registro na contabilidade das Companhias envolvidas nas transações, voltando a enfatizar a apresentação por amostragem, em razão da grande quantidade de papéis que documentam as operações. Reafirmou, em seguida, a ausência de valores de origem inidônea, fato que impõe, no seu entendimento, a exclusão da infração. Pediu que toda a documentação fosse remetida ao órgão competente da SEFAZ, para análise pericial, haja vista a necessidade da busca da verdade material, princípio a que se encontra vinculada a administração fiscal.

Sobre a matéria transcreveu na peça defensiva decisão oriunda do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Ao concluir, manifestou entendimento que diante das provas apresentadas, a infração 5 deve ser excluída do lançamento fiscal.

Em relação à infração 6, que contempla a acusação de omissão de saída de mercadoria tributável, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, afirmou a defesa que as notas fiscais que deixaram de ser lançadas na matriz da Companhia integraram os registros da filial desta, de CNPJ 16.171.209/0003-10 e Inscrição Estadual nº 57.519.517, conforme documentado no Livro de Registro de Entrada desta filial e registros do SINTEGRA, merecendo a configuração no máximo a aplicação de penalidade acessória, pelo descumprimento da formalidade de Registro de Entrada da Filial e dos Registros correspondentes no SINTEGRA (Docs. 17 e 18 da defesa). Disse que tal fato pode ser cor

Estoque da filial que comprova a entrada, por equívoco, das mercadorias descritas nas notas fiscais glosadas pela fiscalização. (Doc.19)

Destaca que, apesar do fornecedor dos materiais adquiridos pela autuada ter faturado as notas fiscais com o CNPJ da Matriz (estabelecimento autuado), não há que se falar em falta de recolhimento do imposto, apenas houve um equívoco da contabilidade da empresa que realizou a escrituração contábil e toda a apuração de venda (saída), e a conseqüente tributação do ICMS, no estabelecimento da filial. Disse ter sido esta a razão pela qual a fiscalização não conseguiu apurar a entrada de tais mercadorias no registro da matriz.

Renovou o pedido de realização de perícia contábil para confrontação dos dados apresentados pela Companhia e afastamento de qualquer eventual dúvida que ainda possa existir acerca das operações de mútuo realizadas pelas empresas coligadas. Formulou quesitos e indicou assistente técnico.

Ao concluir a peça defensiva requereu a juntada posterior de documentos que se fizerem necessários à comprovação dos fatos alegados e, no mérito, requereu a improcedência dos itens 4, 5 e 6, do Auto de Infração.

Prestada a informação fiscal, às fls. 2536/2539 (vol. 7), o autuante defende a manutenção da exigência fiscal, pelas razões a seguir expostas.

Com relação à Infração 4, por se tratar de operações tributáveis em que a Companhia teria supostamente tributado as saídas de mercadorias, com destaque do ICMS a menor, utilizando-se indevidamente do benefício concedido aos atacadistas (redução da base de cálculo de 41,176%), sem o necessário Termo de Acordo, o lançamento foi formalizado para a cobrança das correspondentes diferenças do imposto devido.

Quanto à infração 5, entende que a realização de diversas operações de mútuo entre a empresa autuada e suas coligadas, num total de 121 operações, representaria indício de que a contabilidade da empresa estaria comprometida, *“representando um quadro característico de empresa que realiza, com boa frequência, vendas sem a obrigatória contabilização”*. Tais aportes, no entendimento do autuante, configurariam ingresso de numerário que serviram para suprir omissões de saídas, possivelmente realizadas pela autuada em detrimento do erário estadual.

Por fim, com relação à infração 6, aduziu que as entradas de mercadorias ou bens não registrados geram a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, conforme estabelece o art. 2º. §3º, inciso V, do Regulamento do ICMS/Ba.

O contribuinte, em nova manifestação (fls. 2574/2587, vol. 7), após informação fiscal, reiterou os termos da defesa (infrações 4 e 6) e no tocante à infração 5, além de reafirmar as alegações defensivas, colacionou aos autos os seguintes documentos:

- Livro Razão de 01/01/2003 – BM Logística Ltda;
- Livro Razão de 01/01/2003 – BM Distribuidora de Bebidas;
- DIPJ (DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA – PESSOA JURÍDICA) de 2005 da BM Logística Comércio e Serviços Ltda;
- DIPJ de 2004 da BM Distribuidora de Bebidas Ltda;
- DIPJ de 2005 da BM Vending Alimentos e Serviços Ltda;
- DIPJ de 2004 da Nutricash Serviços de Alimentação ao Trabalhador Ltda;
- DIPJ de 2005 da Nutricash Serviços de Alimentação ao Trabalhador Ltda;

Voltou a solicitar a intervenção da ASTEC no presente PAF, através de auditor fiscal estranho ao feito, reafirmando o pedido de revisão do lançamento, à luz do princípio da verdade material.

O autuante, em nova manifestação (fls. 3030/3032, vol. 8), reiterou os termos da autuação com os seguintes argumentos:

- Relativamente às infrações 4 e 6, destacou que a impugnante r
razão pela qual manteve inalteradas as contra-razões apresenta
2536/2539, vol. 7).

- Para a infração 5, inicialmente fez observar que a defesa apresentou “*argumentos até envolventes e demonstrando uma linguagem num nível muito bom*”, todavia, entende que o defendente não fez comprovação documental que elidisse a acusação fiscal.

Às fls. 3034/3039, foi anexado pela Coordenação Administrativa do CONSEF, relatório contendo a comprovação do pagamento parcial do Auto de Infração, em relação às infrações 1, 2, 3 e 7.

O contribuinte, em nova manifestação (fls. 3042/3045, vol. 8), trouxe ao PAF relação de notas fiscais referentes às remessas que tratam com o CFOP 5449 e cópias dos contratos de comodato para subsidiar a impugnação relacionada à infração nº 4.

Distribuído o PAF para esta 5ª JF, foi determinada a realização de diligência, a cargo da ASTEC/CONSEF, ocasião em que foi elaborada a seguinte quesitação:

QUANTO À INFRAÇÃO 5: Analisar a documentação acostada pelo defendente, a fim verificar a existência de saldo credor de caixa. Em especial que sejam revisados o livro razão, quanto aos lançamentos do mútuo (fls. 2602 a 2691): as declarações de imposto de renda pessoa jurídica (fls. 2692 a 3027); os extratos bancários e correspondentes contratos de mútuo (docs. fls. 2169 a 2418); demais documentos que se fizerem necessários, mediante prévia intimação ao contribuinte.

Deverá também o revisor certificar se o contribuinte opera com mercadorias sujeitas ao regime da antecipação tributária (percentual em torno de 80%, conf. informado na peça defensiva), devendo ser aplicada, em caso afirmativo, as disposições da Instrução Normativa nº 56/97, sobre o valor do débito caso ainda remanesça exigência de imposto por presunção de omissão de saídas.

QUANTO À INFRAÇÃO 6 – Verificar as notas fiscais que compõem este item da autuação foram registradas no livro fiscal do estabelecimento inscrito no CNPJ nº 16.171.209/0003-10 e inscr. Estadual nº 57.519.517. Verificar o livro REM e os arquivos SINTEGRA. Confirmada a alegação defensiva, apurar a multa prevista no art. 42, incisos IX e XI, correspondente a 10% para as mercadorias tributadas e 1% para as mercadorias não tributadas ou com fase de tributação encerrada.

A ASTEC, no Parecer de nº 76/2010, apresentou relatório conclusivo. De início, declarou o diligente que, após intimar o contribuinte visando à entrega dos documentos fiscais solicitados, procedeu à análise das provas apresentadas, na inicial e no curso do processo.

Relatou o diligente à juntada ao PAF de diversas declarações de IRPJ (imposto de renda - pessoa jurídica), referentes a empresas do grupo Beiramar, do qual a autuada faz parte, visando comprovar a existência dos empréstimos entre as sociedades empresariais que justificassem os suprimentos de caixa. Relata que, também, foram analisados os contratos de mútuos e os extratos bancários acostados ao processo e os lançamentos efetuados na escrita fiscal/contábil da empresa. Em seguida, ainda no que respeita à metodologia adotada na revisão fiscal, discorreu que, por amostragem, procedeu à análise e conciliação dos valores pertinentes às transferências eletrônicas de fundos (TEF), entre as diversas contas correntes das empresas coligas à BM Vending.

No que se refere à infração 6, informou ter intimado o contribuinte a apresentar o livro registro de entradas relacionado à Inscrição Estadual nº 57.519.517, visando fazer ao exame das notas fiscais que foram objeto da exigência fiscal.

O diligente, ao se debruçar sobre a infração 5, disse que a partir da análise das declarações de imposto de renda – pessoa jurídica (fls. 2692 a 3027), constatou que no Ativo Permanente – conta realizável a Longo Prazo, na sub-conta “créditos com pessoas ligadas (físicas e jurídicas)”, há registros de valores significativos que denotam empréstimos a empresas coligadas à BM Vending. Detalha que na declaração de 2005 (ano base 2004), de CNPJ 00.173.342/0001-03, à pag. 2756, aparece o saldo de R\$1.163.786,06. Já no ano anterior (2003), o s:

Analisando os mútuos, por amostragem, e os lançamentos levad afirma que encontrou diversos valores devidamente contabilizac

também da técnica da amostragem, ao fazer o cruzamento dos extratos bancários com o livro Razão informou que os mesmos foram também conciliados com a escrituração contábil. Apresentou, no relatório conclusivo da diligência (fl. 3.134 do PAF), demonstrativo dos resultados da conciliação feita entre os extratos bancários e os lançamentos referentes aos contratos de mútuo, levados à escrituração no livro Razão, com menção das respectivas folhas do PAF. Na mesma ocasião fez o detalhamento do extrato e a correspondente folha do livro do Razão, com destaque para os valores que apareceram de forma repetida, no montante de R\$ 30.000,00, que se reportam a mútuos distintos.

Quanto às notas fiscais que compõem a infração 6, discorreu que o contribuinte comprovou, na revisão, o lançamento de quase todas as notas fiscais no LRE, da inscrição nº 57.519.517, à exceção das seguintes notas fiscais: Nota Fiscal nº 406, de 12/08/03; 192.423, de 02/08/04; 123085, de 06/08/04. Diante de tal situação, procedeu à revisão do cálculo das multas aplicadas sobre as notas não registradas, capitulada no art. 42, incs. IX e XI, da Lei nº 7.014/96, para os seguintes valores, respectivamente: R\$ 159,56; R\$ 1.040,45 e; R\$ 1.102,99, totalizando a cifra de R\$ 2.622,12, conforme tabela anexa (fl. 3.137 do PAF).

Instados, autuante e autuado, a se manifestar acerca dos resultados gerados na revisão fiscal, somente o primeiro trouxe novas considerações, em torno da infração 5, abaixo reproduzidas, (fl. 3.178 – vol. IX do PAF):

“Para a comprovação da regularidade das operações contábeis realizadas, objeto dessa discussão, no meu entendimento, além dos extratos bancários, é necessário, não somente os recibos de entrega de cada declaração, mas também a apresentação de todas as Declarações do Imposto de Renda – Pessoa Jurídica, de inteiro teor, e o que é fundamental, obtidas junto à Secretaria da Receita Federal, que, sendo o órgão fiscalizador, é quem conferirá total legitimidade a estes documentos, oferecendo assim a mínima garantia de que os tais empréstimos foram, de fato, declarados ao fisco federal e com isso serem considerados totalmente regulares. Isto porque, de um modo geral, qualquer um que disponha do programa específico para elaboração da declaração do imposto de renda de determinado exercício, o que se consegue facilmente, pode preparar e imprimir o correspondente documento a qualquer tempo, com as informações registradas nos valores que quiser e bem entender, o que os torna, como consequência, sem acusação direta, peças documentais de fácil manipulação. Por conta disto, como não foi apresentada toda documentação comprobatória necessária, no intuito de se garantir, de forma satisfatória, a legitimidade das operações contábeis realizadas, mantenho todo o posicionamento manifestado ao longo deste processo, o que se verifica nas informações fiscais anteriormente apresentadas, ver folhas 2536 a 2539 e de 3030 a 3032 do presente PAF”.

Após os trâmites seguintes à diligência o PAF retornou a este CONSEF para o julgamento da impugnação interposta pelo contribuinte.

VOTO

Inicialmente, cabe a este órgão julgador recomendar a homologação dos valores já recolhidos pelo sujeito passivo, no que tange às infrações 1, 2, 3 e 7. As referidas imputações fiscais foram objeto de reconhecimento expresso do contribuinte, na defesa inicial, seguido do imediato pagamento, conforme documentado em anexo (DAE, fl. 1576), no importe total de R\$64.993,37, sendo R\$39.776,16, o valor original, acrescido de R\$ 17.605,63, a título de juros moratórios e R\$ 7.611,58, a título de multa por infração. Registre-se que o pagamento se encontra detalhado no relatório apensado ao PAF pela Coordenação Administrativa do CONSEF, às fls. 3182 a 3186.

No tocante à infração 4, foi imputado ao contribuinte o recolhimento a menor do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. O benefício a que faz referência o autuante é a redução da base de cálculo do ICMS, no percentual de 41,176%, aplicável aos estabelecimentos atacadistas localizados neste Estado, nos termos do Decreto nº 7799/00, desde que tenham celebrado com a Fazenda Estadual Termo de Acordo específico.

Na peça de defesa o contribuinte sustenta a não tributação das o
tratar de meras transferências de mercadorias para sua filial, lo
Súmula nº 166 do STJ e transcreve lições doutrinárias que opinam n
ICMS nas transferências de bens e mercadorias entre estabelecime

por não haver circulação econômica, tampouco mudança de titularidade do bem. Pondera ainda que as referidas operações, no ano de 2004, em sua grande maioria, estavam relacionadas a remessas de produtos (insumos) destinados a consumo de seus clientes nas máquinas de café e congêneres, cedidas a título de comodato. Argumenta, ainda, que as saídas com base de cálculo inferior geraram no estabelecimento destinatário crédito fiscal também de menor valor, não acarretando para o erário qualquer perda tributária, conforme registros fiscais de apuração do imposto colacionados na peça de defesa.

O argumento defensivo de não tributação pelo ICMS nas saídas a título de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa não tem amparo legal, visto se tratar de hipótese de incidência contemplada em disposição expressa de lei (art. 12, I, da LC 87/96; art. 4º, I, da Lei Estadual nº 7.014/96; e art. 2º, I, do RICMS-Ba). Os dispositivos normativos citados apresentam as seguintes prescrições:

LC 87/96:

Art. 12. *Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Lei Estadual nº 7.014/96:

Art. 4º *Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

RICMS/Ba (aprovado pelo Decreto nº 6284/97):

Art. 2º *Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:*

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, inclusive em caso de transferência, assim entendida a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular;

Diante dos regramentos contidos no direito positivado acima transcritos, não pode o órgão julgador administrativo deixar de aplicá-los, uma vez que é vedado a este declarar a ilegalidade ou a inconstitucionalidade de norma posta no ordenamento ou negar-lhe a aplicação, conforme determina o art. 167, incs. I e III, com a seguinte redação, “*in verbis*”:

Art. 167. *Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:*

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

No que se refere às decisões judiciais colacionadas na peça de defesa e, em especial, a Súmula nº 166 do STJ, as mesmas não podem afetar a aplicação das normas de incidência do ICMS nas transferências entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, por lhes faltar o efeito vinculante “*erga omnes*” que obrigaria a Administração Pública como um todo. Os arestos judiciais citados pelo contribuinte e a jurisprudência dominante do STJ derivam de ações em que se operou o controle difuso de constitucionalidade, produzindo efeitos exclusivamente na esfera jurídica das partes envolvidas nos processos em que foram proferidas. Somente pela via do controle concentrado de constitucionalidade ou em decisão reiterada da corte suprema do país, com efeitos “*erga omnes*”, estaria obrigada a Administração a deixar de aplicar a norma tributária questionada pela defesa.

Ainda neste item, o contribuinte faz referência às remessas de produtos (insumos) de um estabelecimento para outro da mesma empresa, destinados à preparação de café e outras bebidas do gênero, para consumo de sua clientela através de máquinas cedidas em comodato. As remessas em questão, diversamente do que sustenta a defesa, têm incidência do imposto. O produto destinado a consumo da própria empresa entre seus estabelecimentos, configura saída definitiva, portanto incidência do ICMS.

Também não acolho o argumento esposado pela defesa de que, se o estabelecimento destinatário só apropriou o crédito fiscal no montante efetivamente destacado nas notas fiscais de remessa, não houve prejuízo tributário para o erário estadual. Vejamos as razões que justificam este entendimento.

O fato gerador verificado por ocasião da saída da mercadoria não é afetado pelo registro fiscal posterior adotado pelo sujeito passivo adquirente ou destinatário. Se assim fosse, todos os contribuintes que calculassem o tributo a menor teriam como argumento de excludente à infração tributária o fato do destinatário ou comprador das suas mercadorias lançar o crédito fiscal pelo valor informado na nota fiscal, ainda que calculado em desacordo com a lei. A obrigação tributária é vinculada aos termos da norma legal vigente à época da ocorrência do fato gerador. Efetivado o cálculo da obrigação em valor inferior ao devido não se corrige a mesma pela conduta de terceiros. No presente caso, o fato do destinatário da mercadoria ter lançado o crédito fiscal em valor inferior ao devido não elide a infração, que teve origem na redução indevida da base cálculo aplicável aos atacadistas, visto que este benefício era condicionado à celebração de Termo de Acordo específico com a Fazenda Pública Estadual. Não tendo o contribuinte preenchido a condição para auferir a benesse tributária, o cálculo do tributo deveria ter sido efetuado sem as deduções não autorizadas na lei.

Nesta situação, além do erário não ter recebido o tributo no valor correto, deixou também de arrecadar os acréscimos legais decorrentes, entre eles juros e multa, estando, assim, caracterizado o prejuízo suportado pela Fazenda Pública. Ademais, o contribuinte, com a alegação de não prejuízo, tenta se valer de interpretação que privilegia a possibilidade de fraude à norma legal, ou seja, tributar em valor inferior à operação de saída e alegar, como excludente, o lançamento do crédito fiscal também em valor inferior.

Insubsistentes, portanto, as alegações defensivas, razão pela qual mantenho integralmente a exigência fiscal contida no item 4 do Auto de Infração.

Passo agora ao exame da infração 5, que contém a acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de suprimento de caixa de origem não comprovada. A diligência realizada pela ASTEC, por solicitação desta Junta de Julgamento, foi decisiva para o deslinde da questão.

O autuante, na peça acusatória, sustenta a exigência fiscal em raciocínios calcados em meros indícios ou presunções sem amparo legal. A autoridade fiscal foi explícita ao afirmar neste processo que a realização de diversas operações de mútuo realizadas entre a autuada e suas coligadas, num total de 121 operações, representaria indício de que a contabilidade da BM Vending estaria comprometida, representando um quadro característico de empresa que realiza, com boa frequência, vendas sem a obrigatória contabilização. Tais aportes, no entendimento do autuante, configurariam ingresso de numerário que serviram para suprir omissões de saídas, possivelmente realizadas pela autuada em detrimento do erário estadual.

A nosso ver, nenhum lançamento tributário válido pode ter por base apenas inferências ou conjecturas. A Lei do ICMS que autoriza a presunção de omissão de saídas (Lei nº 7.014/96 - art. 4º, § 4º), não parte de inferências, mas de uma situação concreta. Primeiro: a verificação do ingresso do recurso financeiro no caixa ou na conta bancária do contribuinte. Segundo: a falta de demonstração documental e/ou fática da origem dos recursos.

A norma legal, por sua vez, possibilita ao contribuinte, no contencioso administrativo, fazer prova em contrário da acusação. A presunção só se configura se o fato deflagrador da mesma não for devidamente esclarecido pelo acusado e estiver em desconformidade com a lei.

A ASTEC, na análise da documentação carreada aos autos, se valeu da técnica da verificação por amostragem, tomando por parâmetro uma amostra significativa das operações. O revisor, em relatório minucioso, constante do Parecer nº 0076/10, amparado em às fls. 2030 a 2467 do PAF, verificou os extratos bancários das extratos bancários das contas de origem e contratos de mútuos.

A partir da conciliação dos extratos bancários, em confronto com os registros da contabilidade, a ASTEC certificou que efetivamente houve o aporte de recursos financeiros, movimentado entre as empresas integrantes do grupo econômico integrado pela BM Vending. Este grupo econômico era composto por diversas empresas, que participavam no capital societário da autuada, integrado pela Beiramar Participações S/A, BMP – Beiramar Patrimonial S/A, Praia Forte Participações e Consultoria S/A e Plus S/A Participações. Controlava o capital da autuada, a empresa Beiramar Participações S/A, que detinha aproximadamente 99% das cotas sociais, estando à frente a controladora, na condição de sócio-administrador, o Sr. José Paulo de Freitas Guimarães. Portanto, neste processo, a prova técnica da ASTEC revela que os recursos financeiros efetivamente ingressaram no caixa da empresa.

Não constitui infração fiscal o argumento levantado pelo autuante de que houve um volume expressivo de operações e de registros de mútuos. Tal situação por si só não revela ou mesmo prova a prática de atos de sonegação do tributo. A questão nuclear era saber se o ingresso de recursos financeiros no caixa da empresa efetivamente se concretizou. Esta dúvida a ASTEC esclareceu, apontando, assim, a fragilidade da exigência fiscal.

Prevalece aqui o princípio da verdade material que norteia o processo administrativo tributário. O item 5 do Auto de Infração é, portanto, improcedente.

Por último, no que se refere à infração 6, ficou descaracterizada a acusação de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis em decorrência do não registro das notas fiscais, situação enquadrada pelo atuante nas disposições do art. 2º, § 3º, inc. IV, do RICMS/Ba.

Neste item do Auto de Infração, a diligência efetuada pela ASTEC, evidenciou que grande parte das notas fiscais objeto do lançamento foram levadas a registro na escrita fiscal, só que no livro de Entradas do estabelecimento filial da empresa autuada, com inscrição no CAD-ICMS, sob o nº 57.519.517 e CNPJ nº 16.171.209/0003-10. Somente em relação às Notas Fiscais de nºs 406, de 12/08/03; 192.423, de 02/08/04 e 123.085, de 08/08/04, restou provada a inexistência de qualquer registro fiscal. Pelos valores envolvidos nas referidas notas fiscais fica descaracterizada a presunção de omissão de saídas, prevalecendo tão-somente o erro relativo à falta de lançamento das mesmas, configurando, assim, descumprimento de obrigação acessória.

Remanesce, então, no caso em exame, a possibilidade de aplicação de multa por descumprimento de obrigação instrumental. Nesse sentido, o RPAF/99, tem disposição expressa, contida no art. 157, com a seguinte redação:

***Art. 157.** Verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente.*

Assim, para as notas fiscais efetivamente não registradas (Notas Fiscais nºs 406; 192.423 e 123.085), deve ser aplicada a multa prevista no art. 42, inc. IX, correspondente a 10% do valor comercial das aquisições. Em relação às demais notas fiscais, cujo registro foi efetuado no livro de entradas de mercadorias da filial, o erro é também passível de aplicação da mesma penalidade. No entanto, para esta situação, valho-me da autorização prevista no art. 42, § 7º, da Lei do ICMS baiano, e reduzo a multa de 10% para 1%, visto que a conduta do contribuinte em relação aos erros de escrituração das notas fiscais remanescentes, não implicou em falta de pagamento de tributo, já que a presunção relativa ao ICMS foi elidida, e, a nosso sentir, também não houve a intenção de fraudar o fisco ou promover sonegação do tributo. Com isso, o demonstrativo de débito da infração 6 passa a ter a seguintes configuração:

Multa de 10% - art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96 -NFs 406, 192423 e 123085

Dados da base de cálculo extraídos da revisão da ASTEC – fl. 3.047 do PAF

Infr.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Base de Cálculo	Multa (%)	Vlr. Débito-5ª JJF
6	31/08/2003	09/09/2003	1.595,58	10	
6	31/08/2004	09/09/2004	21.434,43	10	
Total					

Created with

Dados extraídos do demonstrativo de débito do Auto de Infração

Multa de 10%, reduzida para 1% - demais notas fiscais					
Infr.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Base de Cálculo	Multa (%)	Vlr. Débito-5ª JF
6	31/01/2003	09/02/2003	65.457,81	1	654,58
6	28/02/2003	09/03/2003	28.143,60	1	281,44
6	30/06/2003	09/07/2003	2.698,16	1	26,98
6	31/10/2003	09/11/2003	32.076,87	1	320,77
6	31/12/2003	09/01/2004	7.525,45	1	75,25
6	31/01/2004	09/02/2004	5.132,10	1	51,32
6	28/02/2004	09/03/2004	2.668,19	1	26,68
6	31/05/2004	09/06/2004	4.080,00	1	40,80
6	30/06/2004	09/07/2004	8.821,50	1	88,22
6	31/07/2004	09/08/2004	20.687,34	1	206,87
6	30/09/2004	09/10/2004	3.268,00	1	32,68
Total					1.805,59

Remanesce, portanto, tão-somente as penalidades por descumprimento de obrigação acessória, em conformidade com autorização contida no comando normativo do art. 157 do RPAF/99. Em conclusão: o item 6 é procedente em parte.

Considerando o acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que passa a ter a seguinte configuração

- Infrações 1, 2, 3 e 7: procedentes, nos valores respectivamente de R\$731,27, R\$36.546,33, R\$528,57 e R\$1.969,96, com a homologação das quantias já recolhidas;
- Infração 4 – procedente conforme lançado no Auto de Infração, no importe de R\$151.532,53;
- Infração 5 – improcedente;
- Infração 6 – convertida em multa por descumprimento de obrigação acessória, com as reduções autorizadas pela norma legal, totalizando a cifra de R\$4.108,59.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281401.0045/08-4**, lavrado contra **BM VENDING ALIMENTOS E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$189.338,70**, acrescido das multas de 60% sobre R\$152.792,37 e 50% sobre R\$36.546,33, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$6.078,55**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “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.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de outubro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

JOÃ Created with