

PROCESSO - A. I. Nº 110427.0011/03-4
RECORRENTE - POSTES NORDESTE S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO Acórdão nº 0022-02/04
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 06.05.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0075-12/04

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA BENEFICIADA COM NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Infração totalmente elidida; b) FALTA DE DESTAQUE DO IMPOSTO. MERCADORIAS REMETIDAS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Infração descarterizada. 4. NOTAS FISCAIS. FALTA DE DESTAQUE DO IMPOSTO. MERCADORIAS REMETIDAS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO. Infração caracterizada. Modificada parcialmente a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto por Postes Nordeste S.A, para demonstrar sua inconformidade parcial em relação à Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, no que diz respeito ao Auto de Infração acima epigraado que acusou a existência de sete infrações, das quais a 3, a 6 e 7 foram acatadas.

Na infração 1 foi imputada ao contribuinte a utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com a não incidência do imposto, relacionadas às transferências de bens do ativo permanente dentro do próprio Estado da Bahia, beneficiada pela não incidência do ICMS, conforme demonstrativo anexo.

A infração 2 aponta a falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Relativamente à infração 4 o contribuinte foi acusado de recolhimento a menos do ICMS, apurado através da conta corrente fiscal, conforme demonstrativo anexo.

Por último, na infração 5, é imputado ao sujeito passivo o não recolhimento do ICMS sobre o valor de mercadorias remetidas para industrialização fora do estabelecimento, na matriz da empresa no município de Simões Filho-Ba, através das Notas Fiscais de nºs 00219, 00227, 00244 e 00245, cujo retorno físico ou simbólico dos produtos resultantes da industrialização não ocorreu.

A Junta de Julgamento Fiscal ao proferir sua Decisão em relação aos itens acima, externou os seguintes fundamentos:

“Infração 1- refere-se a créditos fiscais destacados nas Notas Fiscais nºs 2030, 2925, 3025, 3112, 2225 e 4828, correspondente a transferência entre estabelecimentos de bens do ativo permanente. Realmente não há como acatar a alegação defensiva, pois não havendo incidência de imposto em tais operações, não é devido o creditamento do imposto destacado indevidamente. Além do mais, considerando que os estabelecimentos para fins fiscais são autônomos, se o estabelecimento remetente procedeu incorretamente, caberia a ele proceder ao estorno do débito do imposto debitado indevidamente na forma prevista no RICMS. Procede a autuação.

Infração 2 – a acusação fiscal faz referência a falta de tributação das notas fiscais de vendas de mercadorias tributáveis relacionadas à fl. 27, sendo alegado pelo autuado que o imposto foi devidamente debitado nas notas fiscais de simples remessa, conforme demonstrativo às fls. 48 e 49. Considerando que o autuante acatou a comprovação relativa às Notas Fiscais nºs 660, 1130, 1154, 1197, 1203, 1204, 1205, 1241, 1268, 1269, 1270, 1296 e 0021, analisarei apenas as seguintes notas fiscais: NF 1110: não havendo provas de que ainda existe até o momento material não entregue no valor de R\$71,80, não vejo como acatar que as notas fiscais de simples remessa nºs 1111, 1114 e 1115 são correlatas com a nota fiscal objeto da autuação, ressaltando-se que não foi comprovado o lançamento da referida nota no Registro de Saídas. Nota Fiscal nºs 1243 e 1268: embora não conste nas Notas Fiscais nºs 1245 e 0042 qualquer anotação que se referem às notas fiscais em questão, contudo, considerando que o total dos valores corresponde com as mesmas, concordo que foi elidida a acusação fiscal das mesmas. Nota Fiscal nº 040: está comprovado o destaque do imposto nas Notas Fiscais de Remessa nºs 0050 e 044. Subsiste em parte este item da autuação no valor de R\$103,75, referente à Nota Fiscal nº 1110 no valor de R\$610,30.

Infração 4 – concerne a recolhimento a menos do ICMS/Regime Normal no total de R\$53,57, apurado através da conta Corrente Fiscal, conforme demonstrativo à fl. 35. Considero procedente a autuação, pois os documentos trazidos aos autos pelo autuado, constantes às fls. 67 a 74, quais sejam cópias do RAICMS, apresentam sinais visíveis de rasuras, e reforça o argumento do autuante de que tais lançamentos ocorreram após a ação fiscal, além do fato de que não foi comprovada a origem dos valores referentes a energia elétrica para a produção nos valores de R\$10,19; R\$11,36 e R\$9,53, e tão somente o estorno de débito no valor de R\$22,50 referente a Nota Fiscal nº 0657 relativa a transferência de mercadoria para outro Estado, na qual foi destacado indevidamente a alíquota de 17% ao invés de 12%.

Infração 5 – o débito deste item foi apurado com base no lançamento constante no RAICMS, no valor de R\$7.324,62 (doc. fl. 39), a título de estorno de débito das Notas Fiscais nºs 00219, 00227, 00244 e 00245. Considerando que o autuado não apresentou qualquer prova capaz de elidir a acusação fiscal, notadamente que tenha havido o retorno das mercadorias remetidas para industrialização, considero caracterizada a infração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$9.805,78, ficando alterada a infração 2 – 02.01.03 para o valor de R\$103,75”.

Inconformado com a Decisão acima o contribuinte ingressou com Recurso Voluntário.

Em relação à infração nº 1, alegou que houve apenas uma falha procedimental da autuada, falha esta que envolveu a transferência de bens de seu ativo imobilizado entre dois de seus estabelecimentos no Estado da Bahia, e que não gerou nenhuma perda de crédito tributário para o erário. Afirma que na emissão das Notas Fiscais de nºs 2030, 2925, 3025, 3112, 2225 e 4828 o estabelecimento emitente destacou e recolheu aos cofres públicos o ICMS no valor de R\$814,84, sem que isso fosse necessário, eis que tratava-se de mera transferência de bens do ativo permanente da pessoa jurídica. Declara que o autuado procedeu a um ajuste que não causou nenhuma lesão de direito ou prejuízo financeiro ao Estado, e por isso a Decisão que acatou a procedência da autuação, no particular, foi injusta.

Já no que diz respeito à infração nº 2, o recorrente afirma que também não houve justiça na Decisão do CONSEF ao declarar subsistente a autuação no valor de R\$103,75 relativamente à Nota Fiscal nº 1110 no valor de R\$610,30, pois a aludida nota fiscal, emitida em 29/07/1998, não contemplou destaque de ICMS, pois conforme carimbado no próprio bojo da nota, ela foi emitida na forma estabelecida no Ajuste SINIEF nº 01/87 de 24/02/1987, cláusula 1ª, art. 40, que de maneira expressa autorizou que o autuado assim procedesse, somente vindo a destacar o ICMS correspondente na nota fiscal de simples remessa, com a conseqüente saída de mercadoria. Em face do alegado, pediu que fosse declarada integralmente improcedente a autuação quanto a esta infração.

Na infração 4, afirma que dentre os documentos juntados, não há qualquer evidência que indique ou sugira a existência das alegadas rasuras. Além disso, o crédito realizado pelo autuado, em valores baixos e regulares, é evidente indicativo de crédito decorrente de consumo de energia elétrica cujas notas de pagamento foram regularmente exibidas ao fiscal autuante quando da realização da auditoria. No Recurso o contribuinte trouxe aos autos cópias de seu livro RAICMS para que o CONSEF faça a avaliação das alegadas rasuras. Outrossim, argumenta que está incorreta a Decisão quanto à exigência do ICMS no valor de R\$53,57, pois a mesma Decisão reconheceu e provou corretamente o estorno de débito no valor de R\$ 22,50 e, desta maneira, a exigência do ICMS deve se restringir apenas ao valor do somatório das notas de energia, que totalizam a cifra de R\$31,08. Dessa forma, o contribuinte requer a improcedência total do item ou que a exigência se restrinja ao valor de R\$31,08.

Quanto à infração 5 sustenta ser equivocada a Decisão de 1ª Instância, pois firmada no entendimento de que o autuado não apresentou qualquer prova que elidisse a acusação. Afirma que o autuante alegou, sem razão, que no mês de outubro de 1998 o contribuinte remeteu produtos para industrialização fora de seu estabelecimento, mais precisamente para sua matriz em Simões Filho-Ba, através das Notas Fiscais de nºs 0219, 0227, 0244 e 0245, não tendo havido prova do retorno físico dos produtos industrializados. Afirma que a juntada no processo de seu livro fiscal em relação ao período citado evidencia que as operações aludidas não ocorreram e que tampouco houve a emissão das notas fiscais citadas, o que evidencia a irregularidade da autuação.

Conclui, formulando pedido de Provimento integral do Recurso, para se reformar a Decisão da 1ª Instância.

Remetidos os autos para a Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), foi exarado Parecer, pela Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, que em relação aos itens objeto de Recurso Voluntário externou o seguinte opinativo. Em relação ao item 1 entendeu errado o procedimento da empresa de destacar o ICMS na remessa de ativo para estabelecimento do mesmo grupo, fato que impede que concessão de crédito ao destinatário. Cabe ao remetente proceder na forma legal, o estorno do débito. O crédito, nessa situação, não é legítimo. Quanto o item 2, não há provas nos autos de que a mercadorias relativa à Nota Fiscal nº 1110 ainda não foram entregues, portanto, houve saída tributada como não tributada. No item 4, as cópias anexadas pelo contribuinte revelam, de fato, que os números lançados contêm rasuras e imprecisões não aceitas pelo Fisco. Segundo o autuante, não era essa a escrituração até o encerramento da ação fiscal. Portanto, os créditos relativos à energia elétrica não foram comprovadamente lançados, cabendo ao contribuinte, se atendidos os requisitos legais, proceder à utilização extemporânea desses créditos. Quanto ao estorno proporcional relativo à Nota Fiscal nº 0657, a JJF acatou a alegação. Por fim, em relação à infração 5, o documento de fl. 39 revela o estorno de débito relativos às Notas Fiscais nºs 219, 227, 244 e 245 de forma incontestada. Cabe ao contribuinte, comprovar que tal estorno não se deveu à remessa para industrialização, pois os estornos estão devidamente lançados, devendo ser respaldados.

Ao final, a PGE/PROFIS opinou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO

Em relação à infração 1 não se sustentam as alegações do recorrente, pois as operações de remessa de ativos fixos entre estabelecimentos não é tributada. Se acaso o remetente efetuou o destaque do ICMS nas notas fiscais não cabe ao destinatário se apropriar do crédito fiscal, já que a legislação do ICMS não dá amparo a este crédito. Caberia ao remetente efetuar o estorno do débito, e acaso recolhido o imposto, postular a restituição do mesmo junto à autoridade fazendária competente através de processo específico. Assim, o cometimento de um erro não pode respaldar um direito sem amparo na lei, razão pela qual o item 1 do Auto de Infração é Procedente.

Quanto à infração 2, em relação à parte remanescente do débito, após julgamento na 1ª Instância, verifico que o Demonstrativo elaborado pelo autuante, inserido à fl. 48 dos autos, revela que a Nota Fiscal de Venda (Simples Faturamento) nº 1110, no valor de R\$610,30, encontra-se vinculada às notas de simples remessa, de nºs 1111, 1114 e 1115, restando ainda o valor de R\$ 71,80, para fechar o total que foi originalmente faturado. Trata-se de venda de mercadorias (blocos) para a Prefeitura Municipal de Buerarema, em que o autuante exigiu o imposto sobre total da operação, quando em verdade, as provas trazidas aos autos revelam que, das 85 unidades originalmente faturadas, 75 foram entregues através das notas fiscais de simples remessa, sendo perfeitamente plausível que as 10 unidades restantes ficaram para ser entregues em outra etapa, não se podendo partir do pressuposto de que toda a operação é irregular. Além do mais, só há ocorrência do fato gerador do ICMS quando da efetiva saída da mercadoria, não se podendo autuar o simples faturamento vinculado a entregas futuras. Com essa fundamentação, me posiciono pela improcedência da parcela remanescente do item 2.

No item 4, observei que os valores autuados se referem a créditos fiscais relacionados a contas de energia elétrica, com destaque de ICMS, cujos lançamentos se encontram no livro de Apuração do

ICMS, com a declaração de que o consumo da energia estava vinculado ao processo produtivo da empresa, e mais um lançamento de um estorno de crédito vinculado à Nota Fiscal nº 657, envolvendo operação de saída para o Estado de Pernambuco, tributada indevidamente à alíquota de 17%, quando o correto seria o lançamento a débito pela alíquota de 12%. As alegações do contribuinte embasadas nesse suporte documental, anexado aos autos, revelam que assiste razão ao mesmo, ficando em plano secundário as argumentações do autuante de rasuras na escrita fiscal. A prova do direito, neste caso, fundada na documentação existente no processo não pode ser desconsiderada em privilégio de questões meramente formais. Assim sendo, também considero improcedente o item 4 da autuação.

Relativamente ao item 5, o lançamento efetuado no livro de apuração do ICMS (cópia juntada à fl. 39 do PAF), revela que o contribuinte procedeu ao estorno de débito relativos às Notas Fiscais nºs 219, 227, 244 e 245, no valor de R\$7.324,62, deixando, entretanto, de fazer prova dos motivos para tal estorno, limitando-se a afirmar que não houve as operações de remessa de produtos para industrialização em sua filial localizada no município de Simões Filho-Ba. O lançamento de estorno de débito é algo que deve estar devidamente evidenciado, com base documental e razões explicativas dos motivos determinantes. O simples lançamento sem suporte fático ou documental não é suficiente para elidir a infração. Também não há nos autos a prova de que os produtos resultantes da industrialização retornaram ao estabelecimento de origem. Em razão disso, entendo que a Decisão de 1ª Instância não merece qualquer reparo, pois o item 5 da autuação é Procedente.

Assim, ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para considerar Procedentes os itens 1 e 5 e Improcedentes os itens 2 e 4 do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110427.0011/03-4**, lavrado contra **POSTES NORDESTE S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$9.528,46**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, II, “a” e “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, além da multa no valor de **R\$120,00**, prevista no inciso XVIII, “c”, do citado dispositivo legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

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