

A. I. N° - 207105.0375/03-2
AUTUADO - GIBAHIA COMERCIAL LTDA
AUTUANTE - BERNADETE LOURDES LEMOS LORDELO
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 25. 11. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0457-04/04

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Em relação às mercadorias objeto desta autuação, não há convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente. A Portaria n° 114/04 manda que se cobre o tributo por antecipação no posto de fronteira. Infração caracterizada em parte. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO.** É devido o pagamento da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo permanente. Infração parcialmente subsistente. **3. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO.** Nas entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo do imposto, deve ser efetuado o estorno de crédito fiscal no valor correspondente a parte proporcional da redução. Infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 29/12/03, para exigir ICMS no valor de R\$ 68.215,37, acrescido da multa de 60%, em razão das seguintes infrações:

- 1 - “Efetuiu o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação” – R\$63.827,06
- 2 – “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento” – R\$3.162,21.
- 3 – “Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução” – R\$1.226,18.

O autuado apresenta impugnação às fls. 33 a 39, elaborando demonstrativo à fl. 34, no qual item por item explica porque só concorda que é devedor do valor de R\$ 19.673,93, em relação à infração 1. Argumenta que vários dos produtos que foram objeto de cobrança por parte da

autuante, não estão sujeitos a antecipação tributária, são isentos ou foram calculados com MVA's erradas.

No que diz respeito à infração 2, alega que parte dos valores exigidos na autuação já foram recolhidos nos respectivos vencimentos, juntamente com o imposto normal. Apresenta demonstrativo à fl. 37, entendendo que persiste um débito apenas no valor de R\$ 208,88.

Quanto à infração 3, questiona a ocorrência de 30/09/00, dizendo que a mercadoria foi adquirida dentro do Estado para seu uso e consumo, e que o imposto foi destacado na nota fiscal nº 1105, de 14/09/00. Entende que o valor da infração em comento deve ser reduzido para R\$ 1.208,92.

Ao final, pede a procedência parcial do Auto de Infração, para que sejam exigidos somente os valores reconhecidos.

A autuante em informação fiscal às fls. 87 a 88, diz em relação à infração 1, que elaborou novo demonstrativo (fls. 89 e 90), após excluir os valores referentes ao produto preservativos (isento de ICMS), bem como efetuar as correções na apuração do produto bombons. No que tange a mercadoria suco de frutas, aduz que o autuado não comprovou que o produto seja em pó. Não acata também as devoluções que o contribuinte reclama, dizendo que não foram apresentados os comprovantes de tais operações.

Em relação às infrações 2 e 3, mantém os valores autuados, informando que o sujeito passivo não apresentou a documentação para comprovar suas alegações.

O autuado em nova manifestação às fls. 95 e 96, no que diz respeito à infração 1, informa que está anexando aos autos cópias de diversas notas fiscais que comprovam a aquisição de suco em pó, classificado na NCM 21041011 e 21069029, além de documentação que comprova as devoluções questionadas.

Quanto à infração 2, acosta aos autos cópia da DMA e do DAE, dizendo que fica comprovado o recolhimento do diferencial de alíquotas juntamente com o ICMS normal.

Com referência à infração 3, diz anexar cópia da nota fiscal nº 1105.

A autuante em nova manifestação às fls. 136 e 137, elabora novo demonstrativo para a infração 1, após excluir os valores referentes as notas fiscais de suco de frutas em pó. Continua sem acatar as devoluções, dizendo que o autuado não apresentou cópia do original do CTRC, e que a cópia do livro RE do fornecedor não comprova a devolução. Acrescenta que em relação à nota fiscal nº 765, que o contribuinte alega que foi devolvida através das notas fiscais nºs 37685, 37686 e 37687, que ainda há uma divergência de descrição e quantidade dos produtos entre a nota de entrada e as de devolução.

Quanto às infrações 2 e 3, acata as últimas comprovações apresentadas pelo sujeito passivo e reduz o valor exigido nas mesmas de acordo com os demonstrativos às fls. 140 e 141.

O autuado em nova manifestação às fls. 146 a 148, enumera mais alguns equívocos que julga a autuante ter cometido em relação à infração 2.

No que diz respeito à infração 1, persiste em alegar que ocorreram as devoluções das mercadorias constantes das notas fiscais nºs 2620, 2621, 2623 e 765, explicando que a operação com chocolates tem um tratamento diferenciado, já que se trata de mercadoria perecível e sua comercialização em eventos como Páscoa e Natal são em volume elevado. Acrescenta que por exigência da Vigilância Sanitária as mercadorias sem condições de uso e impróprias para o consumo, fisicamente não retornam ao fornecedor, sendo incineradas no Estado onde se encontra o distribuidor. Diz, ainda, que a nota fiscal de devolução é emitida para fins fiscais e contábeis.

A autuante tomou ciência (fl. 163) da manifestação do autuado, porém não se manifestou.

Diante das últimas alegações do autuado às fls. 146 e 147 de que a autuante cometeu alguns equívocos em seu levantamento mesmo após as retificações às fls. 136 a 141; e tendo em vista que a autuante, em sua última informação fiscal (fl. 163), não rebateu as alegações defensivas; a 3ª JFJ converteu o presente PAF em diligência à ASTEC, para que estranho ao feito, prestasse as seguintes informações:

1. Verificasse se procedem as alegações defensivas à fl. 146, onde o autuado enumera diversos equívocos que julga a autuante ter cometido em seu levantamento fiscal, referente à infração 2;
2. Confirmasse a efetiva devolução das mercadorias constantes das notas fiscais nºs 2620, 2621, 2623, 765, conforme afirma o sujeito passivo, à fl. 147, no que diz respeito à infração 1;
3. Elaborasse novo demonstrativo de débito, após as retificações porventura efetuadas.

O fiscal diligente, em Parecer ASTEC nº 0166/2004, às fls. 174 a 178, manifestou-se da seguinte forma:

Em atendimento ao solicitado, a empresa foi intimada em 05/07/2004 (fl.179) para apresentar as notas fiscais originais dos exercícios de 1999 e 2002, tendo na diligência realizada a empresa no dia 25/07/2004 feito as seguintes constatações:

3.1 Quanto o imposto de Diferença de Alíquota Exigido/Infração 02:

Agosto/00: Verificou-se que as NF 75173 e 74568 referem-se a mercadorias destinadas a comercialização. Constata-se que se trata de produto refresco Qualimax em caixas de 5 Kg, fracionados em envelopes que contém o pó do refresco.

As referidas notas fiscais foram lançadas no livro de Registro de Entrada de nº 02, fl. 43 e 44 respectivamente (vide cópias anexas nas fls. 182 a 183, tendo a empresa se creditado do produto e revendido os mesmos.

Como a exigência do crédito tributário de R\$ 188,37 é de diferença de alíquota e, a empresa distribuidora atacadista, é razoável que as quantidades não foram usados para consumo, e sim para revenda, motivo pelo qual foi excluído no demonstrativo de débito proposto.

Setembro/00: O valor de R\$ 7,49 foi reconhecido como devido.

Fevereiro/01- O valor de R\$ 258,76 foi recolhido no mês. Conforme DMA apresentada na fl. 152, a empresa apurou a diferença de alíquota de R\$ 258,76 e lançou em outros débitos no livro de apuração do ICMS, que corresponde ao mesmo valor o apurado pela autuante no demonstrativo elaborado na fl. 12. Também foi excluído do demonstrativo de débito proposto.

Anexou-se ao processo (fl.184) cópia do livro de Apuração do ICMS.

Agosto/01: O-R\$ 80,72 foi recolhido no mês. Constata-se o mesmo procedimento do item anterior, conforme DMA da fl. 154 e demonstrativo da fl. 12. Também excluído.

Novembro/01: O valor de R\$ 201,39 reconhece como devido

1.1 Quanto o imposto exigido de Substituição Tributária/Infração 01:

- a) *Quanto as devoluções das mercadorias das notas fiscais 2620, 2621 e 2623.*
A empresa alegou que efetuou o cálculo do pagamento da antecipação tributária na condição de sujeito passivo por substituição no valor de 5.913,83 (fl. 37) e deduziu o crédito correspondente a devolução da nota fiscal nº 035935 (fl. 135) tendo utilizado o MVA de 30% quando o correto é 40% e reconhece diferença devida de 775,68.
Informa ter deduzido do valor apurado da antecipação tributária o valor de R\$ 1.003,85 relativo a devolução em parte das mercadorias através da nota fiscal nº 35.935.
Intimada a comprovar a circulação física das mercadorias através de conhecimento de transporte, a empresa alegou que tendo o frete sido pago pelo vendedor (FOB), não dispõe do Conhecimento de Transporte, que foi solicitado do mesmo, mas até o presente não dispunha para ser apresentado.
Disse ainda, que a prova que dispunha já se encontrava no processo na fl. 108, que foi a cópia autenticada da fl. 04 do livro de Registro de Entrada Hershey do Brasil Ltda.
Como tal documento já se encontrava no processo antes da solicitação da diligência fiscal, ou seja, já tinha sido analisada pelo Relator, foi mantido o valor exigido pela autuante.
- b) *Quanto as devoluções das mercadorias da nota fiscal nº 765 pelas NF 37685, 37686 e 37687 relativo a produtos impréstáveis para consumo. A empresa informa não ter feito a antecipação tributária (fl. 147, item 2.6) por estar providenciando sua devolução.*
A nota fiscal nº 765, cuja cópia se encontra na fl. 56, com valor total de R\$ 191.776,00 indica aquisição de:

Cód Prod	Descrição dos produtos	Classif.fiscal	Quantidade	Valor Unit	Total
000329	Choc. ao leite rech. com coco	1806.31.20	600	460,89	276.534,00
004151	Choc. ao leite rech. com coco	1806.90.00	2000	46,13	92.260,00

Constata-se que os produtos constantes das notas fiscais de devolução nº 37685 (fl. 57) e 37686 (fl. 58) identificam o mesmo código do produto/mercadoria de nº 00329 e 04151, no entanto não corresponde a mesma descrição almond joy 49 g e 150 g, no entanto o preço unitário das devoluções de R\$ 239,67 e 23,99 difere dos registrados na nota de origem, mesmo considerando o desconto concedido de 18% (vide fl 56).
Constata-se ainda a quantidade de 2.600 caixas na NF original 765 (2.000 + 600), já a NF 37685 (fl. 57) indica 1.725 cx (580+1.345) e 22 cx pela NF 37.686 (fl.58).
Logo, a quantidade devolvida não corresponde integralmente a quantidade adquirida. A empresa informa ter devolvido parte das mercadorias, que se encontrava dentro do prazo de validade (vide item 2.3 da fl. 147) e que as notas de devolução foram lançadas no livro de entrada do vendedor (fl. 65). Quanto ao conhecimento de transporte, alegou que o frete foi FOB e também, não recebeu até o momento do vendedor e não foi apresentado.
Por sua vez, a NF 37.687, que se refere a mercadoria sem condições de venda, imprópria para o consumo humano (vide item 2.4 da fl. 147) não indica produto nenhum com código da NF original e a maior parte em unidades.
Na diligência a empresa, foi informado que se trata dos mesmos produtos, e que deve ter ocorrido falha em identificar os produtos com os mesmos códigos.
A empresa informa que os produtos por estarem impréstáveis para o consumo humano, permaneceu no depósito até maio de 2002, a devolução foi em 31.12.01, foram então encaminhados para incineração. Informou que teve dificuldade com a empresa Amaral de conseguir documentos que comprovem efetivamente o

deslocamento das mercadorias, tendo como única prova as constantes das fls. 159, uma declaração, um comprovante de coleta (fl. 160) e uma nota fiscal de fatura de serviços (fl. 161).

Verifica-se que nenhum documento identifica as especificações e quantidades das mercadorias ou qualquer vinculação com as notas de devolução. Na diligência a empresa não foi apresentado nenhum elemento novo, a não ser os já constantes do processo, tendo o Contador Sr. Henrique ficado de providenciar junto a Amaral um outro documento, o que não ocorreu.

Pelo exposto, não tendo a empresa apresentado outros elementos, ficou mantido o demonstrativo elaborado pela autuante, constante das fls.138 a 141.

4 – CONCLUSÃO

Pelo acima exposto, conclui-se após a análise dos documentos apresentados que:

- a) Relativo a infração 02, no demonstrativo de débito proposto foi deduzido os valores relativo a agosto/00, por ficar constatado se tratar de mercadorias destinadas a comercialização e não de uso/consumo, portanto não cabe diferença de alíquota. Da mesma forma, foi suprimido os valores relativos aos meses de fevereiro e agosto/01, por ter sido constatado que os valores exigidos no auto de infração já tinham sido oferecidos a tributação a título de outros débitos do livro RAICMS, nos respectivos meses de lançamento.*
- b) No que se refere a infração 01, foi mantido os valores exigidos pela autuante, tendo em vista que a empresa tendo sido intimada a comprovar as devoluções relativo às notas fiscais nº 2620, 2621, 2623 e 765, não apresentou nada além do que já estava no processo, conforme explicado anteriormente.*
- c) Elaborou-se demonstrativo de débito proposto com base nas informações da autuante e as deduções discriminadas no item “a”.*

Nº de Ordem	Data da Ocorrência	Data Vencido	Base de Cálculo	Alíquota %	Multa %	Valor do Débito	Fl.
1	30/06/00	09/07/00	2.616,53	17,00	60,00	444,81	138
2	31/07/00	09/08/00	350,65	17,00	60,00	59,61	138
3	30/09/00	09/10/00	9.201,12	17,00	60,00	1.564,19	138
4	30/11/00	09/12/00	3.252,35	17,00	60,00	552,90	138
5	28/02/01	09/03/01	13.298,76	17,00	60,00	2.260,79	138
6	31/03/01	09/04/01	2.964,94	17,00	60,00	504,04	138
7	30/04/01	09/05/01	2.584,65	17,00	60,00	439,39	138
8	30/06/01	09/07/01	58.630,41	17,00	60,00	9.967,17	138
9	31/08/01	09/09/01	5.407,47	17,00	60,00	919,27	138
10	31/10/01	09/11/01	195.207,76	17,00	60,00	33.185,32	138
11	31/11/01	09/12/01	13.928,53	17,00	60,00	2.367,85	139
12	31/12/01	09/01/02	3.603,00	17,00	60,00	612,51	139
13	30/09/00	09/10/00	44,06	17,00	60,00	7,49	141
14	30/11/01	09/12/01	1.184,65	17,00	60,00	201,39	141
Itens que não foram objeto de revisão: Infração 03							
1	31/01/00	09/02/00	1.868,88	17,00	60,00	317,71	140

2	28/02/00	09/03/00	481,12	17,00	60,00	81,79	140
3	31/05/00	09/06/00	166,47	17,00	60,00	28,30	140
4	30/11/00	09/12/00	59,53	17,00	60,00	10,12	140
5	28/02/01	09/03/01	417,24	17,00	60,00	70,93	140
6	31/03/01	09/04/01	4.118,06	17,00	60,00	700,07	140
	Total					54.295,65	

d) Com as retificações procedidas, o imposto exigido ajustado pela autuante conforme demonstrativo das fls. 138 a 141 de R\$ 54.823,50 com o demonstrativo proposto acima fica reduzido para R\$ 54.295,65.

O autuado em nova manifestação às fls. 193 e 198, inicialmente fez um breve histórico a respeito das informações constantes no presente processo. A respeito do demonstrativo elaborado pelo diligente às fls. 177 e 178, contesta apenas os valores referentes aos itens com nº de ordem 10 e 11, entendendo que o imposto devido deve ser reduzido para R\$ 966,65 e R\$ 1.364,00, respectivamente. Continua a alegar que a mercadoria constante nas notas fiscais de devolução nºs 37685, 37686 e 37687 (“Almond Joy 150g e 49g - posição 04151 e 00329”), trata-se da mesma adquirida através da nota fiscal nº 765, junto a empresa Cone do Brasil S/A, ou seja, a mercadoria “choc. ao leite rech. com coco – posição 04151 e 00329. Afirma que o nome usual para comercialização junto ao consumidor é denominado de ovo de páscoa almond joy, enquanto o fornecedor utiliza a outra denominação para fins de classificação do IPI.

Quanto à nota fiscal nº 35935 de devolução de parte das mercadorias constantes no documento fiscal nº 002621, afirma que devolveu o produto “display ioio mix 10 wafer 8x12”.

Reclama que a fiscalização não considerou a contabilidade da empresa, entendendo que as exigências em questão não devem prosperar por serem arbitrárias e se basearem em presunção. Diz que a autuante não considerou os argumentos e documentos apresentados pelo impugnante. Faz pequena exposição a respeito da aplicação da taxa SELIC, citando o CTN, bem como decisões de outros tribunais, entendendo que a mesma é inconstitucional nas relações tributárias. Afirma que a referida taxa está sendo utilizada visando maior arrecadação de tributos, rotulada de juros. Ao final, pede a improcedência do Auto de Infração.

A autuante tomou ciência à fl. 207 do parecer do preposto da ASTEC, porém não se manifestou.

VOTO

No que diz respeito à primeira infração, ou seja, o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, o autuado alegou que vários dos produtos que foram objeto de cobrança por parte da autuante, não estão sujeitos à antecipação tributária, são isentos, foram calculados com MVA's erradas, ou foram objeto de devolução.

Da análise dos elementos constitutivos do PAF, verifica-se que o autuado tem razão apenas em parte de suas alegações. Efetivamente a autuante havia incluído no seu levantamento o produto “preservativo” (isento de ICMS), bem como notas fiscais de suco de frutas em pó que não estão sujeitas à antecipação tributária.

No entanto, a autuante reconheceu tais equívocos e elaborou novo demonstrativo de débito para a infração em exame, às fls. 138 a 139, com o qual concordo, onde também efetuou correções na apuração do produto bombons (percentual de MVA).

Quanto às devoluções alegadas pelo sujeito passivo, relativas às notas fiscais nºs 2620, 2621, 2623 e 765, inicialmente devo ressaltar que mesmo que tivessem sido comprovadas, não haveria reflexo na presente exigência, uma vez que o imposto ora exigido deveria ter sido antecipado no momento da entrada da mercadoria neste Estado. Se comprovadas, serviria apenas para o autuado fazer uso do crédito fiscal destacado nos documentos fiscais de devolução, posteriormente.

Mesmo assim, através de diligência por fiscal estranho ao feito, tais devoluções não restaram totalmente comprovadas, haja vista a divergência de descrição e quantidade dos produtos entre a nota de entrada e as de devolução (nºs 37685, 37686 e 37687).

Portanto fica o valor da presente exigência reduzido para R\$52.877,85, de acordo com o demonstrativo às fls. 138 a 139 e ratificado pelo fiscal diligente às fl. 177 até o item 12.

Quanto à infração 2, que exige ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, o autuado alegou que parte dos valores exigidos na autuação já foram recolhidos nos respectivos vencimentos, juntamente com o imposto normal, além de enumerar alguns equívocos que julgou a autuante ter cometido durante a ação fiscal.

Visando dirimir as controvérsias existentes, o processo foi convertido em diligência à fiscal estranho ao feito que deduziu os valores relativos a agosto/00, por ter constatado que se referiam à mercadorias destinadas a comercialização e não para uso/consumo do estabelecimento, não cabendo, dessa forma a cobrança do diferencial de alíquotas. Da mesma forma, suprimiu os valores relativos aos meses de fevereiro e agosto/01, por ter constatado que tais valores já tinham sido debitados, a título de outros débitos, no livro RAICMS, nos respectivos meses de lançamento.

Portanto, concordo com a redução do valor exigido na presente infração para R\$208,88, de acordo com o demonstrativo elaborado pelo fiscal diligente à fl. 177 (item 13 e 14).

Finalmente, no que tange à infração 3, que trata da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, o autuado questionou apenas a ocorrência de 30/09/00, dizendo que a mercadoria foi adquirida dentro do Estado para seu uso e consumo, e que o imposto foi destacado na nota fiscal nº 1105, de 14/09/00.

Efetivamente, restou comprovado nos autos que assiste razão ao autuado, fato, inclusive, acatado pela autuante que concordou com a redução do valor exigido na infração em comento para R\$ 1.208,92 (fls. 140 e 178).

Quanto ao questionamento do autuado em relação a taxa SELIC, resalto que a mesma está prevista na norma legal, não cabendo a este foro administrativo a discussão sobre a sua constitucionalidade.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo de débito às fls. 177 e 178.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207105.0375/03-2, lavrado

contra **GIBAHIA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 54.295,65**, sendo R\$3.066,92, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, “f” e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$51.228,73 acrescido de idêntica multa e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA