

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0004/04-6
RECORRENTE - PELLEGRINO DISTRIBUIDORA DE AUTOPECAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0220-04/05
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 27/10/2005

1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0358-11/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. **a)** FALTA DE ESTORNO. **a.1)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS. A legislação tributária prevê o estorno proporcional do crédito fiscal, relativo às aquisições de energia elétrica e serviços de comunicação, às saídas tributadas e não tributadas (seja por isenção, não incidência ou substituição tributária). Infração subsistente. 2. ALÍQUOTA. SAÍDAS DE MERCADORIAS DEFEITUOSAS E EM GARANTIA PARA O FABRICANTE. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS E INTERNAS. As alíquotas aplicáveis, no caso de devolução, a qualquer título, são aquelas da operação original. Para as operações interestaduais a infração apurada é insubsistente. Mantida a exigência do imposto nas operações internas. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. BEM DESTINADO AO ATIVO PERMANENTE. Infração caracterizada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. EXTRAVIO. Infração não contestada. MULTA. Infração não contestada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário impetrado contra o Auto de Infração em tela lavrado em 23/12/2004 exigindo ICMS no valor de R\$12.737,51 mais multas de 60%, 70% e fixa de R\$170,00, na observação das seguintes ocorrências:

1. Uso indevido de crédito fiscal na compra de móveis e utensílios – R\$414,28;
2. Não estorno do ICMS em serviços vinculados a mercadorias, proporcional as saídas isentas – R\$3.055,72;
3. Idem, Idem em entradas de mercadorias, cujas saídas dentro do Acordo de Atacadista obrigavam ao estorno proporcional a redução da base de cálculo – R\$194,67;
4. Não recolhimento do ICMS em saídas para fora do Estado, operação não amparada no Decreto nº 7.488/98 – R\$72,86;
5. Recolhimento a menor do ICMS consoante Decreto nº 7488/98 por aplicação da redução de 58% ao invés de 41,176%, e de alíquota de 10% no lugar da de 17% - R\$22,92;
6. Presunção de omissão de saídas pelo não registro das entradas equivalentes – R\$983,77;
7. Não recolhimento do ICMS na diferença das alíquotas internas e interestadual, na aquisição de bens para o ativo fixo – R\$5.079,68;

8. Idem, Idem na diferença de alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias para consumo do estabelecimento – R\$48,76;
9. Não estorno do crédito de ICMS referente bem do ativo fixo ingressado até 31/12/00 e aplicado em prestações de serviços ou operações isentas ou não tributadas – R\$47,83;
10. Aplicação a menos da alíquota do ICMS nas saídas de mercadorias – R\$2.647,02;
11. Extraviou documentos fiscais. Multa no valor de R\$170,00.

A 4ª JFJ relata inicialmente que o autuado apresentou defesa (fls. 129 a 131) exclusivamente para as infrações 2, 6, 7 e 10 do referido Auto de Infração.

Quanto a infração 2, o autuado diz tratar-se de erro de escrituração, dizendo que o valor correto para a base de cálculos dos estornos das mercadorias isentas ou não tributadas, era de R\$14.451,97 e não R\$259.244,59 como fora escriturado, que bastava ser examinado através das notas fiscais e que esta diferença deveria ter sido escriturada na coluna “Outras”. A mesma entendeu que houve somente erro de escrituração, e que como a questão era meramente objetiva, requereu diligência fiscal para provar o ocorrido.

A seguir, para os itens 6 e 7 da autuação, uma vez que as notas fiscais se referiam a transferências de bens do ativo imobilizado, perdiam o caráter de mercadorias, não sendo tributadas. Afirmou ainda o autuado que o imposto foi exigido como se as mercadorias fossem compradas de fornecedores de outros Estados com alíquota diferenciada, portanto as autuantes confundiram conceitos e exigiram imposto não devido.

Com relação à infração 10, o autuado diz do engano havido na fiscalização, pois a operação foi de devolução de mercadorias com defeito. Que a remessa em retorno deveria contemplar a mesma alíquota com que foram recebidas.

Ao final ratifica pedido de diligência quanto ao item 2 e a improcedência dos itens 6, 7 e 10 do Auto de Infração.

As autuantes enfrentam as razões de defesa (fls. 308 a 312), afirmando, em relação à infração 2, que o autuado não havia apresentado as notas fiscais, com a indicação do imposto sobre mercadorias isentas ou não tributadas. Opinaram pela manutenção da autuação.

Da infração 6, informam que o apurado foi a omissão, por presunção, de saídas anteriores, com base no art 2, § 3º, IV, do RICMS/97, restando a infração caracterizada.

Quanto ao item 7, explanaram conceitos de tributaristas, sobre aquisição, transferência e operação de circulação de mercadorias, determinado no RICMS/97. Opinaram pela manutenção do procedimento fiscal.

Informam para o item 10, com base no art. 517, I, “c”, do RICMS/97, a alíquota aplicada havia sido, predominantemente, de 12%. Apenas, para as remessas internas adotaram a alíquota de 17%, e requereram a total procedência do Auto de Infração.

No enfrentamento às razões da defesa, os ilustres julgadores da 4ª JFJ, baixaram os autos em diligência à IFEP/METRO (fl. 324) para a intimação do autuado, com vistas a demonstrar as operações de saídas lançadas no RAICMS no mês de dezembro de 1999 no valor de R\$259.244,59, para apurar se estavam inclusas mercadorias isentas e não tributadas, conforme escriturado. A relação, produzida pelo contribuinte deveria ser acompanhada de cópia de todos os documentos fiscais necessários à sua comprovação.

Em decorrência o autuado anexou aos autos centenas de cópias de notas fiscais, sem, contudo anexar qualquer planilha (fls. 331 a 1.739).

As autuantes convocadas para conhecimento da diligência e dos documentos anexados pelo impugnante, observaram o não atendimento ao pedido, que consistia na confecção de relação das notas fiscais vinculadas as devidas comprovações.

Aduzem os nobres julgadores que o autuado reconheceu sete das onze infrações apontadas, recolhendo o imposto devido das mesmas conforme DAE que anexou aos autos (fl. 132).

A discussão residiu, portanto, somente quanto aos itens 2, 6, 7 e 10 da autuação. Analisam a seguir as infrações em questão, ao tempo em que indeferiram a solicitação de diligência fiscal na forma requerida pelo impugnante, ao teor do art. 147, I, “a” e II, “a” do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

A infração 2 do Auto de Infração exige ICMS pela falta de estorno de crédito fiscal relativo a serviços vinculados a mercadorias entradas no estabelecimento, com utilização de crédito fiscal, e que, posteriormente, foram consideradas como saídas com isenção do imposto. O contribuinte lançou o total de crédito sobre os serviços de energia e comunicação sem fazer o estorno proporcional as saídas de mercadorias isentas.

O autuado confessou ter existido erro de escrituração. Ou seja, no mês de dezembro de 1999, ao invés de ter lançado o valor de R\$259.244,50 no RAICMS (fl. 135) e na coluna de isentas e/ou não tributadas deveria ter escriturado o valor de R\$14.451,97. O valor de R\$244.792,62 (vendas de mercadorias adquiridas e/ou recebidas de terceiros – CFOP 5.12) deveria ter sido lançado na coluna mercadorias “outras”. Não trouxe ao processo cópias das notas fiscais. Quando da instrução processual, observaram que o argumento de defesa poderia ser pertinente. Poderia ser lançado em mercadorias “outras”, conforme alegado ou mesmo, mercadorias cujos créditos fossem de direito perante a legislação tributária vigente. Os autos foram baixados em diligência para que o próprio autuado produzisse as provas, elaborando (planilha), demonstrando a sua alegação. O impugnante apenas anexou aos autos centenas de cópias de notas fiscais, não cumprindo o que foi solicitado. As determinações do art. 147, I, “b”, do RPAF/99 aclaram não existir mais motivação para se solicitar nova diligência. Observam que se tratam de vendas de peças para veículos. Assim, à época do fato gerador eram mercadorias tributáveis enquadradas no regime normal de apuração do imposto, e que tais mercadorias somente a partir de 2001 foram enquadradas no regime da substituição tributária. A Câmara Superior deste Colegiado já se manifestou sobre a matéria, através do Acórdão CS Nº 0045-21/03, quando, depois de detida análise, proferiu sua sentença no sentido de que as mercadorias enquadradas no regime da substituição ou antecipação tributária não geram direito ao crédito fiscal relativo a serviços vinculados as mesmas. Desta forma, o contribuinte deveria ter lançado o estorno parcial e não total dos créditos sobre os serviços de energia e comunicação, em obediência com as determinações do art. 100, I, do RICMS/97.

Mantém a autuação no valor de R\$3.055,72.

A infração 6 trata da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através entradas não registradas em junho de 1999. A razão da autuação foi a presunção de saídas de mercadorias tributadas, decorrente da falta de registro de notas fiscais de entradas nos livros do contribuinte, conforme determina o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96.

No entanto, a defesa indicou as notas fiscais autuadas, de nºs 102765 e 102766 como referentes a transferências de bens do ativo fixo, e as autuantes embora detendo esta informação, mantiveram a autuação. Os ilustres julgadores realçam que em transferências, quaisquer que sejam, não existe desembolso, daí não poder falar-se em omissões de receitas e, em consequência, a infração é insubsistente.

A infração 7 decorreu de lançamento por falta de recolhimento do ICMS, das diferenças de alíquotas interna e interestadual, na aquisição de bens do ativo fixo oriundos de outros Estados. Aduzem que a Lei Complementar nº 87/96 determina aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS. Assim, conforme art. 2º, IV, da Lei nº 7014/96 o fato gerador do

imposto ocorre na entrada do estabelecimento quando mercadoria para ativo fixo ou consumo provir de outros Estados. Se tais mercadorias, adquiridas ou transferidas para compor o imobilizado, torna-se necessário findar o ciclo de sua tributação, com recolhimento da diferença da alíquota no Estado recebedor das mesmas, consoante art. 69 do RICMS/BA. Mantém a autuação no valor de R\$5.079,68, e comentam que as transferências de bens do ativo permanente são mercadorias que compõem o ciclo produtivo do estabelecimento, quer seja comercial ou industrial, existindo uma circulação física, econômica e jurídica, quando transferidas de um estabelecimento ao outro, pois os estabelecimentos são autônomos entre si (art. 14, § 2º da Lei nº 7.014/96). Por isso, a legislação tributaria trata as transferências de mercadorias como se adquiridas fossem, sendo hipótese de incidência do imposto, conforme art. 4º, I, da Lei nº 7.014/96 e art. 2º, I, do RICMS/97.

Analisando a situação relativa a infração 10, o art. 517, I, “c”, do RICMS/97 determina que na saída de peça defeituosa para o fabricante, o concessionário, revendedor, agência ou oficina autorizada, deverá emitir nota fiscal com destaque do imposto devido e estornar o crédito fiscal, caso tenha havido, da nota fiscal de entrada do documento que capeou a mercadoria defeituosa (inciso II). Este mesmo procedimento de estorno deverá ser realizado pelo fabricante, salvo quando a mesma for transformada em outro produto ou em resíduos com saídas tributadas (art. 519). Por sua vez, o art. 651, Parágrafo único, do RICMS/97, quando trata da devolução de mercadorias por pessoa obrigada à emissão de documento fiscal, determina que nesta devolução, a qualquer título, a alíquota a ser aplicada é a mesma consignada no documento originário, e este é o procedimento que deverá ser observado no caso em lide. Razão assiste ao defendente, entretanto, existiram devoluções internas. Nestes casos, a alíquota aplicada originalmente foi de 17%, a qual deverá ser mantida. Refeito o demonstrativo de débito para estas operações, o qual revela valor final para esta infração, de R\$42,42.

Votam pela procedência em parte do Auto de Infração, para exigir ICMS no valor de R\$8.979,14, mais multa de R\$170,00, homologando-se o valor do imposto efetivamente recolhido.

O Recurso Voluntário apresentado pelo recorrente, aborda com respeito à infração 2, apenas a questão prática da não apresentação de planilha, a qual julgam que poderia ter sido desenvolvida pelos próprios julgadores, e não adentram no mérito deste lançamento. Com referência à infração 7, dizem ser por demais conhecido que a transferência de bens do imobilizado não podem ser considerados mercadorias, e que não havia possibilidade dos Doutos Julgadores não acolherem a defesa interposta.

Com referência à infração 10, comentam o equívoco do Acórdão, pois que no retorno de produto por defeito, a alíquota aplicada deverá ser a mesma observada na entrada desse produto, qualquer que tenha sido sua origem.

Pedem conhecimento das razões do Recurso Voluntário e decretar improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS manifesta-se nos autos, com Parecer elaborado pela ilustre procuradora, dizendo que com relação à infração 2 a JJF deu oportunidade ao contribuinte para que produzisse provas que consubstanciassem suas alegações, e que após intimação este juntou quantidade considerável de cópias de notas fiscais sem ao menos indicar com alguma objetividade a quais erros cada uma se referia. Entende a i. procuradora que o ônus da prova é do autuado, dado que a infração está caracterizada e as provas devem conter um mínimo de clareza para a instrução do processo,

Em referência à infração 7, aponta que o art. 4º I, Lei nº 7014/96 prevê a incidência do ICMS na transferência de bens do ativo fixo entre estabelecimentos, em razão da independência fiscal destes e de que bens permanentes são mercadorias que compõem o ciclo produtivo do estabelecimento. Na infração 10, descabe o argumento recursal, já admitido na Decisão recorrida que entendeu que a devolução ao remetente se dar com a mesma alíquota do imposto original.

Referida Decisão manteve apenas as devoluções internas, as quais devem ser aplicadas à alíquota de 17%, remanescendo o valor de R\$42,42.

Opina a douta procuradora pelo Não Provimento ao Recurso Voluntário apresentado.

VOTO

Verifico controvérsia inicial no presente PAF, apenas com relação às infrações 2, 7 e 10, porquanto as demais restaram quitadas, consoante DAEs apensos a fl. 132 dos autos.

No tocante à infração 2 do Auto de Infração em comento, constatei tratar-se de mercadorias que somente a partir de 2001 foram enquadradas no regime de substituição tributária. Sendo na ocasião dos lançamentos apurada pelo Regime Normal, o total lançado dos créditos aplicados sobre os serviços de energia elétrica e de comunicações deveriam ter sido estornados proporcionalmente às saídas de mercadorias isentas, consoante art.100, I do RICMS/BA, e que a contraprova argüida pelo recorrente acabou não sendo eficaz pela carência de informações vinculadoras dos documentos acostados, aos registros fiscais respectivos.

Acolho a infração 7 tendo em vista que a legislação estadual define bens do ativo fixo serem considerados mercadorias, e sobre suas movimentações incide o ICMS. Se estes vão para compor o imobilizado do estabelecimento, o ciclo de tributação deverá ser encerrado, com o recolhimento da diferença de alíquotas devida ao Estado destinatário, conforme art. 69 do RICMS/BA.

Na infração 10 que se referiu a devoluções de mercadorias, o estorno do ICMS creditado deverá ser efetuado levando em consideração a alíquota constante na nota fiscal original. Divergências praticadas pelo recorrente e também pelas autuantes, geraram revisão desses valores o que foi providenciado pelos ilustre julgadores, elaborando quadro demonstrativo anexo ao PAF e que demonstra valor final para esta infração de R\$42,42, com o que estou de acordo.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, para que seja mantida, na íntegra, a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 274068.0004/04-6, lavrado contra **PELLEGRINO DISTRIBUIDORA DE AUTOPEÇAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.979,14**, atualizado monetariamente, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “f” e VII “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais a multa no valor de **R\$170,00**, prevista no art. 42, XIX, do mesmo Diploma Legal, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 6 de outubro de 2005.

ANTONIO FERREIRA FREITAS – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS