

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