

PROCESSO - A. I. Nº 279468.0706/03-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MAXITEL S/A
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 5ª JJF nº 0004-05/05
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 10/11/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0385-11/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM SEM INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. Infração parcialmente elidida; **b)** AQUISIÇÕES DE BENS PARA EMPRÉSTIMOS E COMODATO. Nas operações de comodato não há previsão legal para o estorno do crédito fiscal relativo à aquisição do bem. Infração subsistente apenas nas aquisições de mercadorias cujas saídas posteriores se trataram de operações de empréstimos. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. Infração não contestada. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Efetuadas correções no cálculo do imposto devido. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício contra a Decisão da 5ª JJF, Acórdão nº 0004-05/05, referente ao Auto de Infração que foi lavrado em 21/12/2004, exigindo ICMS no valor de R\$ 3.999.780,93, mais multas de 60% e 70%, conforme segue:

1. Uso indevido de crédito fiscal de ICMS em aquisição de mercadorias, cujas saídas não incidiram o imposto. Retorno de mercadorias de empréstimos em comodato CFOP 199/57, retorno de locação pessoa jurídica CFOP 199/58 e retorno de locação CFOP 199/92, com utilização do crédito do ICMS sem que as saídas nas remessas correspondentes tenham sido tributadas pelo ICMS – R\$324.854,71;
2. Não efetuou estorno do ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com não incidência do imposto. Operações de locação e empréstimo em comodato – R\$597.884,09;
3. Recolhimento a menor do ICMS, por de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte utilizou a de 17%, quando o correto seria de 25% nas saídas de strach card vendidos conjuntamente com aparelhos celulares (kit pré-pago) – R\$66.370,40;
4. Não recolhimento do ICMS constatado nas diferenças de entradas e de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre o diferencial de maior expressão monetária – as operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao omitir essas entradas, as mesmas foram pagas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias

realizadas e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Levantada a omissão de Saídas de mercadorias no valor de R\$8.418.104,61 e ICMS devido de R\$1.431.077,78 – R\$3.010.671,73.

Ao iniciar o julgamento, a ilustre 5^a JJF indica que o autuado requereu a posterior juntada de documentos, sob o argumento que os levantamentos efetuados são complexos e envolvem um volume muito grande de documentos fiscais.

E que reconheceu o cometimento da terceira infração, informando ter efetuado o seu recolhimento, dentro do princípio da boa-fé do autuado, o qual contesta as demais infrações, alegando estarem as mesmas em desacordo com as suas respectivas normas.

Dizem da alegação do autuado, na infração 1, tratarem-se de vendas em consignação onde ocorreram o destaque do ICMS, mas em seus respectivos retornos foram equivocadamente lançadas como “retorno de locação em comodato”. E que em alguns casos ocorreu equívoco na determinação do CFOP das operações relativas ao retorno dessas remessas em consignação, com saídas tributadas pelo ICMS, registrando-as como 199/57 – retorno de empréstimo em comodato, 199/58- retorno de locação – Pessoa Jurídica e CFOP 199/92 – Retorno de Locação. Anexa como amostragem, documentação para comprovar sua argumentação, afirmado, ainda, que os autuantes se enganaram quando arrolaram diversas notas de locação, que não geraram crédito, anexando, também por amostragem, notas fiscais de saídas e suas respectivas entradas (retornos) como prova do quanto alegaram.

Aduzem, com referência à segunda infração, que o autuado informa fazer transferência de aparelhos do estoque para seu ativo imobilizado, para atender demanda comercial relacionada com locação e/ou comodato, e não há que se exigir o estorno de crédito fiscal, como se as saídas fossem efetivamente uma baixa do imobilizado, e citam Decisão proferida pela 3^a CJF do CONSEF, consulta efetuada ao Conselho Regional de Contabilidade da Bahia e Parecer de auditores independentes, todos atestando não haver desincorporação do ativo fixo em operações de comodato. Alega que as operações foram de bens do ativo, e que dessa forma o dispositivo legal indicado pela fiscalização não se coaduna ao caso, pois se referem a saídas isentas e não tributadas, e não a bens do permanente. Diz não caber o estorno de crédito porque a LC N° 87/96 não a obrigava a este estorno e a LC 102/00 dispõe sobre a apropriação proporcional à razão de 1/48. Reconhece a ocorrência de um equívoco no seu procedimento, por não ter transferido os créditos para o CIAP, registrados por ocasião das aquisições dos aparelhos para revenda (e que depois foram repassados, em parte, para o ativo).

E que com referência à quarta infração, o sujeito passivo em uma primeira análise do demonstrativo elaborado pela fiscalização, indica já se identificarem claras distorções. Anexa demonstrativo que reduz em aproximadamente R\$3.000.000,00 as supostas omissões, e a seguir solicita explicações sobre as divergências no valor da base de cálculo, que no demonstrativo de estoque foi de R\$16.890.135,14 e no Auto de Infração foi de R\$17.709.833,70. Requer ainda, caso seja mantido este item da autuação, que se aplique o correspondente crédito pelas entradas.

Ao final da exposição do autuado, informam os nobres julgadores os mesmos terem solicitado revisão fiscal e o julgamento pela procedência parcial do Auto de Infração, e que nas Informações Fiscais, as fls. 873 a 876, os agentes assim se manifestaram:

INFRAÇÃO 1: Na amostragem não verificada nenhuma inconsistência entre os dados informados no meio magnético e os das notas fiscais, entretanto, as notas apresentadas pelo contribuinte que comprovaram falha operacional na determinação do CFOP foram excluídas do demonstrativo de débito -Anexo 1, passando o valor a ser de R\$324.854,71 para R\$298.595,99 (demonstrativo Anexo A). Intimada a empresa para apresentar as demais notas fiscais, que alegam existirem, cujo CFOP foi registrado erroneamente.

O entendimento, sustentação da autuação neste item, são as notas fiscais de retorno de empréstimo, juntadas pelos autuantes às fls 39 a 116 do PAF e as anexadas pelo próprio

contribuinte às fls. 729 a 849, sem destaque do imposto, por se tratar de operações não tributadas pelo ICMS, porém com utilização indevida do crédito, conforme livro de registro de entradas (fls. 117 a 143 do PAF e cópias das pág do livro de registro de entradas do mês de março 2, 3, 10, 34, 37, 41, 55, 56, 59, 62 e 63, os quais anexam nesta oportunidade.)

INFRAÇÃO 2: O autuado alega imputação de dispositivo legal inadequado, pela exigência do estorno de crédito, em saídas de aparelhos do estoque para locação e/ou comodato como se estas saíssem do ativo, o que não procede. Coube a exigência fiscal com base na utilização indevida de crédito, quando da saída de estoque de mercadorias para a prestação de serviço de locação e/ou comodato, operações estas não sujeitos à incidência do ICMS, portanto sem direito ao crédito fiscal, conforme previsto no art. 97, inciso I, e obrigação ao estorno, conforme art. 100, inciso I., do RICMS/BA.

Alega o descabimento da citação das LC Nº 87/96 e 102/00, dado o estorno a que se refere a autuação não se referir a transferência de aparelhos para o ativo imobilizado. Ainda que assim fosse, segue dizendo, não seria permitido o uso do crédito fiscal, quer no todo ou na proporção de 1/48, pois trata-se de bens destinados à prestação de serviços não tributados pelo ICMS, logo, sem direito a manutenção do crédito.

INFRAÇÃO 4: Acrescentam os agentes autuantes, o refazimento do estoque, mediante o SAFA para importação dos arquivos e ficou constatado que ocorreu algum equívoco quando da recepção do meio magnético pelo access, pois obtiveram novo valor para omissão de entrada de R\$15.658.456,45 e omissão de saída de R\$9.326.685,24, com ICMS devido correspondente às omissões de entradas no valor de R\$2.792.576,47 (Anexo B), no que foi reduzida esta infração 4 em R\$218.095,26. Decorrente desse novo levantamento, verificaram a existência de notas fiscais de entrada e de saída, do mês de fevereiro, no levantamento da empresa que não foram informadas nos arquivos magnéticos do SINTEGRA, consequentemente não constando desse referido demonstrativo, e em algumas notas fiscais de saídas do SINTEGRA, foram informados quantitativos dos produtos, enquanto que no arquivo utilizado pelo contribuinte, constava zero. Foi intimado o contribuinte a apresentar estes documentos para apuração da veracidade dos fatos, e todo esse material acha-se apenso aos autos (Anexos C a I, 1 e 12).

Aduzem os agentes fiscais que na base de cálculo observada no levantamento quantitativo, em nada prejudica o contribuinte, dada inalterada a valoração de autuação. Demonstrada a base de cálculo para cada alíquota correspondente, enquanto que na digitação do valor do débito do ICMS no Auto de Infração, o sistema só aceita uma alíquota por infração, que neste caso foi de 17%, gerando assim as bases divergentes, conforme segue:

“ICMS apurado no demonstrativo dividido pela alíquota de 17%, (R\$3.010.671,73 / 17% = R\$17.709.833,70), em lugar dos R\$16.890.135,14 constantes no demonstrativo.”

No tocante à falta de registro de notas fiscais de entradas, em face pretender crédito relativo a essas notas pelo contribuinte, a admissão desses créditos fica condicionada a apresentação destas notas fiscais idôneas, com ICMS devidamente destacado e com comunicação na Inspetoria Fiscal para a sua utilização extemporânea (art. 101, parágrafo primeiro, inciso I e II do RICMS).

Finalizam dizendo não ter o autuado apresentado a documentação solicitada por meio de intimação, para fazer prova das suas alegações, pedem que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, passando o total de débito de R\$3.999.780,93 para R\$3.755.426,95, assim composto:

Infração 1 – R\$298.595,99; Infração 2 – R\$597.884,09; Infração 3 – R\$66.370,40 (paga pelo contribuinte) e infração 4 – R\$2.792.576,47.

Informam ainda os ilustres julgadores, que o autuado após tomar ciência da informação fiscal, em nova manifestação (fls. 2445 a 2458), ratificou seu entendimento, exposto na defesa inicial, em

relação às infrações 1, 2 e 4, citando, em relação a infração 1, a não apreciação dos fiscais e se tratar de utilização legal do credito, e anexam copias as fls. 2460 a 2509.

Com relação à infração 4, apontou erros no SINTEGRA, e que o referido sistema adotou incorretamente lançamentos da empresa, ao considerar inúmeras operações do ativo imobilizado como se fossem de estoque. Apresentou, por amostragem, novos números às fls. 2511 a 2518, visando comprovar sua alegação, bem como afirmou que os autuantes não consideraram as transferências com retorno no exercício seguinte, nem as operações de remessa de aparelhos para conserto. Anexou, ainda, disquete à fl. 2518, informando que contém planilha demonstrando diversos equívocos cometidos no levantamento fiscal realizado.

Reitera pedido de revisão fiscal e o julgamento pela procedência apenas da terceira infração.

Informam os i.julgadores, de que a 4^a JJF frente a impugnação apresentada pelo autuado, quando o mesmo trouxe novas alegações no que diz respeito às infrações 1 e 4, esta 4^a JJF decidiu converter o PAF em diligência à Inspetoria de Origem (fl. 2527), para que os autuantes prestassem nova informação fiscal, observando ao disposto no parágrafo 6º, do artigo 127, do RPAF/99, inclusive atentando para aquelas alegações defensivas apresentadas.

Atendendo a solicitação acima, manifestaram-se às fls. 2532 a 2534, informando que em acatamento a diligência solicitada, consoante fl. 2527 do PAF, foi a empresa intimada em 03/05 e secundariamente no dia 11/05 para apresentar:

- As notas fiscais que constam nos dados magnéticos fornecidos pelo autuado, como sendo de retorno de locação ou comodato e alegado na defesa serem de retorno em consignação e cuja divergência decorreram da aplicação incorreta do CFOP/SAP;
- 1) *“Documentos que demonstram a quantidade e descrição das mercadorias transferidas para o ativo imobilizado, o livro razão do imobilizado e da depreciação destes bens, bem como o controle destes ativos para fins de depreciação”.*

A empresa apresentou notas fiscais referente ao item 1 acima e o relatório contábil intitulado relação de aparelhos contabilizados como ativo imobilizado no ano 2000- Bahia.

A revisão do levantamento quantitativo de estoque, utilizando dados do sistema SAP, foram comparadas as quantidades do produto 10001, com as informadas na planilha anexada pelo contribuinte, fl. 2502, cujos dados foram extraídos do sistema ASPEN SATI, e constatou-se divergência por falta de informações de algumas notas fiscais nos arquivos do SAP.

Esta divergência impediu concluir a diligência, e os agentes autuantes solicitaram no dia 20/05/05, prorrogação do prazo para entrega do PAF, visando intimar a empresa a apresentar o arquivo com dados extraídos do ASPEN SATI para poderem apurar com segurança a realidade dos fatos. Então expuseram:

“Infração 1. Na manifestação, apensada ao PAF em 15/03/05, o autuado volta a anexar cópias das mesmas notas, fls. 2460 a 2509, mais as 6267 e 6271. Considerado o ICMS destacado nestas duas notas o débito passou a ser de R\$ 283.181,05”. Concluíram que estas notas anexadas ao processo as fls 680 a 727 ou 2460 a 2509, comprovam que ou ocorreram operações de saída para locação com destaque indevido do ICMS ou operações de retorno em consignação com a utilização devida do crédito, razão de terem excluído do Demonstrativo os valores das citadas notas.

Para demonstração final, foram elaborados os Anexos 1 A e 1 C. O Anexo 1 B permanece o anexado às fls 34 a 37 do PAF.

“Infração 2 – Anexam um novo demonstrativo em substituição ao Anexo 02 constante do PAF às fls. 190 e 192, separando as operações de empréstimo e comodato das de locação”.

“Infração 4 – Ocorreu equívoco no procedimento adotado pelo contribuinte ao transferir mercadorias do estoque para o ativo imobilizado sem a emissão de notas fiscais para acobertar esta operação, conforme preceitua o art 201, inciso VI do RICMS”.

Informam que apesar de intimada (em 14/07/04, 27/09/04 e 14/10/04) não disponibilizou nenhum documento fiscal e/ou contábil que demonstrasse a quantidade e descrição das mercadorias transferidas para o ativo imobilizado com saída subsequente para locação, empréstimo ou comodato, o que impediu aos autuantes, durante a ação fiscal, exclusão do levantamento de estoque, das operações realizadas com estes ativos.

O acatamento à intimação do dia 11/05/05 lavrada durante diligência fiscal, com a apresentação do relatório contábil intitulado relação de aparelhos contabilizados como ativo imobilizado no ano 2000- Bahia, possibilitou suprimir aqueles lançamentos e considerar as saídas do estoque de mercadorias os aparelhos destinados à integração do ativo imobilizado (coluna e do levantamento de estoque).

E destacam que o arquivo cujas informações foram extraídas do sistema ASPEN SATI e que contém dois dígitos de controle do CFOP (relação anexada às fls. 188 e 189) possibilitou refazerem levantamento de estoque expurgando ou não considerando diversas operações, detectando não mais a omissão de entrada no valor de R\$ 2.792.576,47 e sim omissão de saída no valor de R\$2.439.631,59.

Concluem solicitando que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, exigindo-se os seguintes valores:

Infração 1 – R\$283.181,05; Infração 2 – R\$597.884,09; Infração 3 – R\$66.370,40 (paga pelo contribuinte) e Infração 4 – R\$2.439.631,59.

O autuado tomou ciência à fl. 2763 das informações prestadas na diligência requerida, não se manifestando a respeito da mesma.

Voltando aos autos os i.julgadores da 5ª JJF observam, com respeito à infração 1, que os autuantes demonstraram não ter havido inconsistência entre os dados informados no meio magnético e os das notas fiscais, ou seja, ocorreram operações de retorno de empréstimos em comodato, retorno de locação pessoa jurídica e retorno de locação, com utilização do crédito do ICMS sem que as saídas das remessas anteriores tenham sido tributadas pelo imposto.

Porém, algumas notas fiscais efetivamente comprovaram falha operacional na determinação do CFOP, sendo excluídas nos novos demonstrativos de débito elaborados pelos autuantes. Na primeira informação fiscal os autuantes reduziram o valor do débito de R\$324.854,71 para R\$298.595,99, e como na segunda manifestação do autuado, novos exemplos de notas fiscais que tiveram o destaque normal do ICMS (nºs 6267 e 6271) por se tratarem de operações de retorno em consignação com a utilização devida do crédito, levaram os autuantes a novamente reduzir o valor a ser exigido para R\$283.181,05, com o que concordam os senhores julgadores.

Ressaltam que o CFOP constante na nota fiscal corresponde ao que está informado no arquivo magnético, que serviu de base aos trabalhos da fiscalização, sendo que de acordo com os documentos às fls. 680 a 727 ou 2460 a 2509, os autuantes estão cobrando corretamente o crédito fiscal utilizado indevidamente, em operações de saída para locação com destaque indevido do ICMS.

Realçam o fato de o autuado ter tomado conhecimento do último demonstrativo de débito sem ter se manifestado, do que deduz-se a aceitação tácita da redução efetuada pelos mesmos.

Em comento quanto à segunda infração, a qual trata do estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que foram objeto de saídas destinadas à locação e empréstimo em comodato, o impugnante alegou que os bens em questão pertencem a seu ativo imobilizado, e que a operação de comodato não está sujeita ao

estorno de crédito.

O CONSEF em outras decisões sobre a mesma matéria, já se posicionou a respeito do assunto em tela, opinião que também endossam, e concordam com o entendimento, ou seja, de que não existe previsão legal para se estornar o crédito fiscal, relativo às mercadorias adquiridas, e que, posteriormente, foram objeto de saídas em comodato.

No entanto, o art.100, VI, do RICMS/97, prevê que o contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, quando as mercadorias ou os serviços, forem objeto de locação ou arrendamento a terceiros.

Como os autuantes na segunda informação prestada, separaram tais operações (demonstrativos às fls. 2554 a 2564), os i.julgadores mantém a exigência apenas sobre essas últimas operações, cujo valor é de R\$ 442.375,78.

E aduzem, a exemplo do item anterior, o autuado ter tomado conhecimento dos novos demonstrativos elaborados pelos autuantes para a infração em comento, porém não se manifestou.

Julgam com relação à terceira infração, recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, que o próprio autuado reconhecendo o seu cometimento solicitou o parcelamento do débito (fls. 2437 e 2438), razão pela qual mantêm os valores apurados pela fiscalização.

Na última infração, que trata de levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, onde sentiram-se diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária (inicialmente sobre as operações de entrada), o autuado alegou que as diferenças apuradas pelos autuantes decorreram de falhas no arquivo magnético fornecido. Pediu explicações sobre os valores das bases de cálculo, que no demonstrativo de estoque foi de R\$16.890.135,14 e no Auto de Infração foi de R\$17.709.833,70, e indicou, para o caso de ser mantida a autuação, deveria se reconhecer o correspondente crédito fiscal pelas entradas.

Por sua vez, os agentes autuantes refizeram o levantamento de estoque, desta vez utilizando o SAFA para importação dos arquivos e ficou constatado que ocorreu algum equívoco quando da recepção do meio magnético pelo utilitário “access”, pois foi obtido novo valor para omissão de entrada (R\$15.658.456,45) e para omissão de saída (R\$9.326.685,24), sendo que o ICMS devido correspondente às omissões de entradas ficou reduzido para R\$2.792.576,47.

Frente à nova manifestação, apontando erros no SINTEGRA, e que referido sistema adotou incorretamente dados lançados pela empresa, ao considerar inúmeras operações do ativo imobilizado como se fossem de estoque; não consideradas as transferências com retorno no exercício seguinte, nem as operações de remessa de aparelhos para conserto; e ainda, que foi anexado disquete à fl. 2518, contendo planilha demonstrando diversos equívocos cometidos no levantamento fiscal realizado, a 4^a JJF converteu o PAF em diligência à Inspetoria de Origem (fl. 2527), para que os autuantes se manifestassem a respeito, observando ao disposto no § 6º, do artigo 127, do RPAF/99.

No desenvolvimento da diligência, os autuantes informaram que inúmeras operações do ativo imobilizado foram consideradas como de estoque pelos fiscais, em decorrência a equívoco do contribuinte que ao transferir mercadorias do estoque para o ativo imobilizado, não emitiu notas fiscais cabíveis, conforme preceitua o art 201, inciso VI do RICMS.

À intimação no dia 11/05/05 decorrente da diligência fiscal, a empresa apresentou o relatório contábil intitulado “*Relação de aparelhos contabilizados como ativo imobilizado no ano 2000-Bahia*”, possibilitando aos autuantes identificar e suprimir do levantamento aquelas operações e

considerar as saídas do estoque de mercadorias dos aparelhos destinados à integração do ativo immobilizado.

Utilizando informações extraídas do sistema ASPEN SATI que contém dois dígitos de controle do CFOP (relação anexada às fls. 188 e 189) os autuantes refizeram o levantamento de estoque não considerando as operações de saídas e retornos para locação, empréstimos, comodatos e consertos, concluindo não mais a omissão de entrada no valor de R\$2.792.576,47 (presunção legal de omissão de saídas anteriores) e sim omissão de saídas reais no valor de R\$2.439.631,59, com o que concordam.

Em relação ao questionamento da base de cálculo divergente no levantamento quantitativo, está visto o que de fato ocorre, a adaptação da mesma para incidir a alíquota padrão de 17% no demonstrativo do Auto de Infração. Não causa nenhum prejuízo para o autuado. Não há que se falar em aproveitamento do crédito fiscal pelas entradas omitidas, pleiteada pelo autuado, pois além de não terem sido apresentados os respectivos documentos fiscais, após a retificação procedida, o imposto passou a ser exigido pela constatação de saídas omitidas.

Tendo o autuado conhecimento das retificações efetuadas no quantitativo, e do novo demonstrativo de débito elaborado pelos autuantes, não se manifestou o que autoriza entender a aceitação tácita da infração em comento.

Votam pela procedência em parte do Auto de Infração, de acordo com os valores abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Infração 1 – R\$283.181,05; Infração 2 – R\$442.375,78; Infração 3 – R\$66.370,40 (paga pelo contribuinte) e Infração 4 – R\$2.439.631,59.

VOTO

Das infrações contidas neste PAF, a de número 3 foi objeto de reconhecimento inicial do contribuinte, tendo inclusive procedido ao parcelamento para quitação da mesma, consoante consta dos relatórios das 4^a, e 5^a, Juntas de Julgamento Fiscal.

Das restantes, tenho o seguinte Parecer:

INFRAÇÃO 1- Lavrada com fundamento na utilização indevida de crédito do ICMS, quando houve saídas beneficiadas com a não incidência do imposto. O autuado alegou engano de remessas em consignação, quando em seus retornos foram lançadas como locação em comodato: alega também equívoco dos agentes autuantes ao arrolarem diversas notas fiscais de locação, que não geraram crédito do ICMS, anexando por amostragem notas fiscais de saídas e suas respectivas entradas provando o alegado. Entretanto, os autuantes demonstram que realmente houve operações de retorno de empréstimos em comodato, retornos de locações de pessoa jurídica e física, com utilização de crédito do imposto sem que as saídas nas remessas anteriores tenham sido tributadas. Porém, algumas notas fiscais comprovaram falha na indicação do CFOP, tendo sido excluídas nos novos demonstrativos de débitos levantados pelos autuantes. Destarte, o valor final resultante para esta infração é de R\$283.181,05, tendo sido informado o autuado, o qual não se manifestou a respeito.

INFRAÇÃO 2- Relativa à imposição do estorno do ICMS, por entradas de mercadorias com utilização desse crédito fiscal, e que foram objetos de saídas em locação, e a empréstimo em comodato. O autuado impugnou o Auto de Infração alegando que os bens em questão pertencem ao seu immobilizado e que a operação de comodato não está sujeita ao estorno do imposto, com o que concordo. Entretanto, para outras operações, tais como arrendamento a terceiros ou locações, o art. 100, VI, do RICMS/97 estipula para estas movimentações a imposição do estorno ou anulação do ICMS. Assim, o valor final para esta infração é de R\$442.375,78, também informado ao autuado e sem manifestação do mesmo, como no item anterior.

INFRAÇÃO 4 – Trata-se de diferenças cotejadas, tanto nas entradas como nas saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a maior importância monetária, o que inicialmente recaiu sobre as entradas. O contribuinte justificou falhas no arquivo magnético fornecido, e solicitou explicações acerca das bases de cálculo, as quais no demonstrativo de estoque estavam com valor menor da indicada no Auto de Infração, e entendeu que no caso de ser mantida a infração, deveria ser reconhecido o crédito fiscal incidente nas entradas de mercadorias.

Apontou ainda o autuado, erros no SINTEGRA quando adotou operações de ativo imobilizado como se fossem de estoque, em grande quantidade, e que os autuantes não consideraram devoluções e retornos ocorridos em exercício seguinte, nem operações de remessas de aparelhos para consertos, e juntaram disquete (fl. 2518) contendo indicações de diversos enganos cometidos no levantamento fiscal. A ilustre 4^a JJF baixou os autos em diligência a Inspetoria de Origem, com observação ao disposto no § 6º art. 127 do RPAF/99, para manifestação dos autuantes.

Estes observaram o relatório contábil intitulado relação de aparelhos contabilizados como ativo imobilizado ano 2000-Bahia, que lhes possibilitou suprimir do levantamento aquelas operações e considerar as saídas de estoque das mercadorias destinadas ao ativo fixo da empresa. E utilizando arquivo com informações adquiridas do sistema ASPEN SATI com dois dígitos de controle (CFOP, fls.188 e 189) os autuantes refizeram o levantamento de estoque, desta vez não considerando saídas e retornos para locação, empréstimos, comodatos e consertos, detectando não mais a omissão de entradas, mas omissão de saídas reais no valor de R\$2.439.631,59.

A divergência observada nas bases de cálculo indicadas, decorre do sistema padrão de 17% com que é elaborado o Auto de Infração: em nada afeta o valor do imposto lançado. Quanto ao crédito nas entradas não registradas, para se consumar seria necessário ao contribuinte comunicar intempestivamente a Repartição Fazendária, com base em notas fiscais idôneas, além do mais, não compete falar a este respeito, pois a infração passou a exigir o imposto pela omissão de saídas.

Pelo quanto foi exposto, o meu voto é por NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado, mantendo a PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com os valores seguintes, dos quais deverão ser homologados os já recolhidos.

Infração 1 = R\$283.181,05, Infração 2 = R\$442.375,78, Infração 3 – R\$66.370,40 (Paga pelo contribuinte) e Infração 4 = R\$2.439.631,59.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 279468.0706/03-1, lavrado contra MAXITEL S/A, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$3.231.558,82, sendo R\$742.756,79, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais R\$2.488.802,03, acrescido das multas de 70% sobre R\$2.439.631,59 e 60% sobre R\$49.170,44, previstas no art. 42, III, VII, “a”, e II, “a”, respectivamente, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPRES. DA PGE/PROFIS