

PROCESSO - A. I. Nº 146548.0904/04-4
RECORRENTE - KOMATSU FOREST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÁQUINAS FLORESTAIS LTDA. (PARTEK FOREST LTDA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0302-01/05
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 20/12/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0441-12/05

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERRESTADUAIS DE BENS DE CUNSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Comprovado nos autos que parte das mercadorias se referem a brindes e material promocional sujeitos à tributação convencional pelo regime de débito e crédito. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão de 1ª instância em relação às demais mercadorias, pois não restou provado pelo contribuinte que se destinavam a uso em prestações de serviços sujeito ao imposto de municipal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário relacionado ao Auto de Infração lavrado em 28/09/2004, que exige imposto no valor de R\$4.716,61, por ter deixado o contribuinte de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de julho a dezembro de 1999, janeiro, fevereiro, abril a junho, agosto a outubro e dezembro de 2000.

A Junta de Julgamento ao decidir a lide fiscal proferiu o seguinte voto, abaixo transscrito:

“Na presente autuação está sendo exigida a falta de pagamento do imposto decorrente de diferença de alíquotas nas aquisições por transferências interestaduais de mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento.

Ressalto que nos termos do art. 125 da Lei 3.956/81 e do art. 167, I, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores deste Conselho a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de lei ou ato normativo emanado de autoridade superior.

No tocante a alegação de que os bens recebidos em transferência foram adquiridos para consumo, nos termos do art. 7º, I, do RICMS/97, previsão legal em que não é devido o pagamento da diferença de alíquotas quando se tratar de mercadorias ou materiais adquiridos por prestador de serviços para emprego ou aplicação na prestação de serviços de qualquer natureza, inclusive quando se tratar de estabelecimento que desenvolva atividade mista entendo que além de não ter ficado evidenciado nos autos que o autuado possui oficina, cuja prestação de serviços está vinculada ao ISS, analisando as peças processuais constato que alguns dos documentos fiscais relacionados na autuação se referem a aquisição, por transferência, de peças e partes de computadores, fardamentos (calças, blusas, botinas, bonés, etc), copiadora xerox, material de escritório, etc, que só confirmam a assertiva do autuante ao efetuar o lançamento do crédito tributário.

Ressalto que também foram arroladas na autuação as de nºs 008753, 009717, 009702, 010376, 011073, 011800, 012140, 012201 e 013205, que se referem a “cestas de natal” a título de brindes aos seus funcionários e “miniaturas de formander/harvester e garrafa de vinho”, utilizado como material promocional. Assim, as mesmas devem ser excluídas da autuação por não se

tratar de material de uso e consumo, não havendo previsão legal para cobrança de diferença de alíquota nas operações acima identificadas.

Vale salientar que foram identificadas divergências entre o valor apontado no Auto de Infração e o demonstrativo elaborado pelo autuante (fls. 09/12), onde constam relacionados os documentos fiscais e os cálculos para apuração da diferença de alíquota. Desta maneira, em relação aos meses em que os valores apontados no Demonstrativo de Auditoria Fiscal - Diferença de Alíquota, são superiores ou foram omitidos do Auto de Infração, considerando que os valores majoram o lançamento do crédito tributário, deve ser observado o que determina o art. 156 do RPAF/99. Também, se verifica exigência de tributo em valor superior ao apontado no referido demonstrativo, nesta situação, como estão identificadas, no roteiro de Auditoria, as notas fiscais, objeto da cobrança da diferença de alíquota, concluo deva ser corrigido para exigência do valor efetivamente demonstrado, que é inferior ao apontado no Auto de Infração, senão vejamos:

| Mês/Ano | ICMS - Auto de Infração | ICMS – Demonstrativo Auditora – Diferença de Alíquota (fl. 9/12) |
|--------------|-------------------------|------------------------------------------------------------------|
| 07/1999 | 74,74 | 74,75 |
| 08/1999 | 89,54 | 210,23 |
| 09/1999 | 611,81 | 671,14 |
| 10/1999 | 101,62 | 74,39 |
| 11/1999 | 327,77 | 0,00 |
| 12/1999 | 195,82 | 197,08 |
| 01/2000 | 254,17 | 167,78 |
| 02/2000 | 1.174,41 | 1.174,41 |
| 03/2000 | 0,00 | 26,97 |
| 04/2000 | 493,03 | 493,03 |
| 05/2000 | 274,88 | 292,68 |
| 06/2000 | 215,14 | 316,27 |
| 07/2000 | 0,00 | 480,56 |
| 08/2000 | 294,28 | 259,22 |
| 09/2000 | 257,58 | 339,58 |
| 10/2000 | 84,32 | 224,69 |
| 11/2000 | 0,00 | 103,27 |
| 12/2000 | 267,50 | 118,10 |
| TOTAL | 4.716,61 | 5.224,15 |

Desta maneira, o demonstrativo de débito passa a ser o abaixo:

| Ocorrência | Nota Fiscal Excluída | ICMS | ICMS Excluído | ICMS Remanescente |
|----------------|----------------------|----------|---------------|-------------------|
| Julho/1999 | -- | 74,74 | 0,00 | 74,74 |
| Agosto/1999 | 008753 | 89,54 | 2,34 | 87,20 |
| Setembro/1999 | | 611,81 | | 611,81 |
| Outubro/1999 | | 74,39 | 0,00 | 74,39 |
| Novembro/1999 | | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| Dezembro/1999 | 009717 e 009702 | 195,82 | 97,88 | 97,94 |
| Janeiro/2000 | | 167,78 | | 167,78 |
| Fevereiro/2000 | | 1.174,41 | | 1.174,41 |
| Abri/2000 | | 493,03 | | 493,03 |
| Maio/2000 | 011073 | 274,88 | 13,00 | 261,88 |
| Junho/2000 | -- | 215,14 | | 215,14 |
| Agosto/2000 | 011800 | 294,28 | 10,00 | 294,28 |
| Setembro/2000 | 012140 e 012201 | 257,58 | 92,00 | 165,28 |
| Outubro/2000 | | 84,32 | 0,00 | 87,32 |
| Dezembro/2000 | 013205 | 118,10 | | 0,00 |
| | | 5.224,15 | 169,50 | 3.805,20 |

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, para exigir o imposto no valor de R\$3.805,20”.

O contribuinte, inconformado com a Decisão acima ingressou com Recurso Voluntário, através de seus advogados regularmente constituídos. Preliminarmente, declarou que a intimação da Decisão recorrida se deu no dia 13/09/2005 e a contagem do dia de início para interposição de Recurso Voluntário seu deu a partir de 14/09/2005, primeiro dia útil subsequente ao da intimação, sustentando, portanto, a tempestividade do requerimento recursal.

Sustenta que a Decisão recorrida padece de análise perfuntória da questão, pois olvida as inteiras da matéria fática ora recorrida. Afirma ainda que o “*a quo*” está eivado de ilegalidades, por não examinar a defesa apresentada sob todos os seus aspectos, sendo desnuda de suporte legal.

Afirma que o julgador originário desatendeu os princípios gerais aplicáveis à controvérsia administrativa, porque apesar de reconhecer a improcedência da atuação, fixou infringência e penalidade diversas do previsto no auto lavrado. E concluiu que o julgamento de primeiro grau deixou de observar aos princípios da legalidade e da reserva legal.

Quanto aos aspectos meritórios do Auto de Infração, destacou que todas as notas fiscais nas quais o fiscal se baseou para a presente autuação dizem respeito a bens remetidos da matriz para a filial e que se destinam a utilização nas prestações de serviços de oficina.

Pede a reforma da Decisão originária, pois o autuado não agiu em desacordo com a legislação pertinente. Teceu considerações em torno do modelo legal do ICMS posto na Constituição Federal e disse ser cediço que o imposto a ser compensado é apenas aquele que diz respeito às entradas de mercadorias que, como tal, seguirão sendo objeto de circulação, ou seja, que sairão do estabelecimento no qual entraram. Afirma que no seu caso as mercadorias objeto das notas fiscais relacionadas no Demonstrativo anexo ao Auto de Infração são para uso e consumo e utilizadas no almoxarifado/escritório, na atividade de prestação de serviços sujeitos ao ISS municipal, não havendo, no caso, incidência de ICMS na transferência das mercadorias, pois as mesmas não contemplam a condição de fornecimento de peças ou partes para fins de exigência do imposto estadual.

Faz considerações em torno das disposições do Código Tributário Nacional, Dec-lei nº 406/96 e Lei Complementar nº 87/96 e cita doutrina e jurisprudência pátrias, para demonstrar que o ICMS não incide sobre atos estranhos ao conceito de operação de circulação de mercadorias, como a locação, comodato, arrendamento mercantil, meras transferências de mercadorias ou matérias-primas de um para outro estabelecimento do mesmo titular, fora ou dentro do mesmo Estado federado. Enfatiza que a expressão “circulação de mercadorias” é adjetivação e consequência, e só terá relevância jurídica aquela operação mercantil que acarrete circulação da mercadoria como meio ou forma de transferir-lhe a titularidade.

Frisou que o próprio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia já pacificou a questão com o entendimento externado em Decisão que menciona nos autos, de que não “*constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*” sendo a transferência da propriedade condição essencial para a incidência do imposto (Apelação Cível nº 12039/00, Acórdão do mesmo número). Citou também o Acórdão nº 10.218/2002, exarada pela mais alta corte de Justiça do Estado. Trouxe cópia de sentença exarada por juiz da 10ª Vara da Fazenda Pública para sustentar as suas razões recursais.

Formulou pedido, fundamentado na legislação aplicável, na jurisprudência e doutrinas que se referem à matéria, alegando que não houve infração no caso em lide, requerendo a total improcedência do Auto de Infração por flagrante nulidade.

A Procuradoria Estadual ao se manifestar nos autos opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário, argumentando que com base nos documentos acostados aos autos não se revela a veracidade da tese esposada pelo recorrente, pois as mercadorias adquiridas não se subsumem a idéia de prestação de serviços de oficina e, por fim, por não existir qualquer indicação probatória da existência de uma oficina nos autos. Apontou ainda que de acordo com o contrato social do

autuado, exposto a fl. 98 dos autos, as mercadorias transferidas, entre elas, os produtos denominados chave, trena e espátulas, poderiam ser perfeitamente utilizados e consumidos pela filial, não se prestando somente à utilização na prestação de serviços de oficina, conforme aduziu o recorrente.

VOTO

Acompanho o mesmo entendimento externado pelo julgador de 1º grau e o opinativo jurídico da Procuradoria Estadual. Primeiro porque não restou demonstrada nos autos a existência de uma oficina no estabelecimento do recorrente que preste serviços sujeitos à incidência do ISS municipal. Segundo, face à natureza das mercadorias adquiridas pelo autuado, que revelam não se prestar a uso nos serviços de oficina, pois as notas fiscais acostadas ao processo demonstram a aquisição / transferência, de material de informática, fardamento, calçados, material de escritório entre outros. Ademais, a atividade comercial desenvolvida pelo recorrente não afasta a possibilidade de aplicação dos materiais recebidos, a exemplo de chaves, trenas e espátulas no consumo vinculado às operações desenvolvidas pelo contribuinte sujeitas à incidência do ICMS.

No entanto, foi comprovado nos autos que parte das mercadorias se referem a brindes e material promocional sujeitos à tributação convencional pelo regime de débito e crédito. Os cálculos da exigência fiscal foram ajustados na Decisão da Junta. Em relação às demais mercadorias, não restou provado pelo contribuinte que se destinavam a uso em prestações de serviços sujeito ao imposto de municipal.

Quanto à questão jurídica trazida pelo recorrente na tentativa de afastar a possibilidade de incidência da diferença de alíquota nas operações de transferências de mercadorias, é matéria que tem disposição expressa na legislação tributária vigente, conforme inscrito no art. 1º, § 2º, inc. IV, do RICMS/97, não se aplicando ao caso a regra de não incidência apontada pelo sujeito passivo, inserida no art. 7º, inc. I, do mesmo Decreto regulamentar. Em razão disso, os órgãos administrativos de julgamento não podem deixar de aplicar a norma expressa, considerando também que a lei que rege a incidência do imposto não dispõe em sentido contrário.

Face o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal que declarou a PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 146548.0904/04-4, lavrado contra KOMATSU FOREST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÁQUINAS FLORESTAIS LTDA. (PARTEK FOREST LTDA.), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$3.805,20, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

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