

A. I. Nº - 274068.0001/05-5
AUTUADO - PELLEGRINO DISTRIBUIDORA DE AUTOPEÇAS LTDA.
AUTUANTES - MÁRCIA LIBÓRIO FRAGA LIMA e CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP/METRO
INTERNET - 17/10/05

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº.0078-05/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração parcialmente subsistente. **b)** FALTA DE ESTORNO. **b.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. **b.2)** REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Infração não contestada. **b.3)** BENS DO ATIVO IMOBILIZADO ADQUIRIDOS ATÉ 31/12/2000 E UTILIZADO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO OU NA COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS CUJAS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES FORAM ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS. Infração não contestada. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. Infração admitida pelo sujeito passivo. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** BEM DESTINADO AO ATIVO PERMANENTE. Infração caracterizada. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Fato admitido pelo sujeito passivo. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração não contestada 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. Infração não contestada. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A entrada de bens ou mercadorias não registradas indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. Infração elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 6/7/2005, exige ICMS no valor de R\$48.876,40 acrescido das multas de 60% e 70%, mais a multa no valor de R\$120,00, sob as seguintes acusações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento (fevereiro, março, maio, setembro, novembro e dezembro de

- 2000) – R\$868,50;
2. Falta de estorno de crédito fiscal relativo a serviços vinculados a mercadorias entradas no estabelecimento, com utilização de crédito fiscal, e que, posteriormente, foram objeto de 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 (exercício de 2000) – R\$8.127,30;
 3. Falta de estorno de crédito fiscal relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente á parte proporcional da redução. Em 2000 o contribuinte fez uso do Acordo de Atacadista, baseado no Decreto nº.7.488/98 (art.6º-A) e nº.7.799/00 (art.6º) e não efetuou o estorno de crédito que excedeu ao percentual de 10% do valor dos serviços, bens e mercadorias adquiridas (exercício de 2000) – R\$31.785,72;
 4. Falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo á bem do ativo immobilizado, cuja entrada no estabelecimento ocorreu até 31/12/2000 e utilizado na prestação de serviço ou na comercialização, produção, industrialização, geração ou extração de mercadorias cujas prestações ou operações são isentas ou não tributada (exercício de 2000) – R\$79,93;
 5. Falta de recolhimento do imposto referente a saída de produtos com utilização indevida do beneficio da redução da base de cálculo ao aplicar a redução de 94,89% (janeiro de 2001) – R\$8,33;
 6. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento (julho e setembro de 2000, fevereiro, abril, junho, julho, agosto e setembro de 2001) – R\$3.532,56;
 7. Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento (fevereiro, março, maio, junho, julho, setembro, novembro e dezembro de 2000 e janeiro, maio, julho, agosto, outubro e dezembro de 2001) – R\$2.301,81;
 8. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente ás aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação (janeiro a maio de 2001, julho e agosto de 2001) – R\$926,50;
 9. Extraviou documentos fiscais. Multa no valor de R\$120,00.
 10. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas (julho de 2000) – R\$1.245,75.

O autuado (fls.406/407), preliminarmente, entendeu que como o Termo de Início de Fiscalização havia sido lavrado em 14/2/2005, nas infrações 2, 3 e 4 os itens relativos a janeiro de 2000 deveriam ser excluídos do lançamento fiscal, tendo em vista o prazo decadencial dos mesmos.

Em seguida, apresentou defesa, exclusivamente, quanto às infrações 1 e 10 do Auto de Infração.

Impugnando parcialmente a infração 1, fez as seguintes considerações:

1. o valor de R\$29,50 se referiu á entrada de brindes (doc. 2 da defesa). O estorno do imposto foi realizado com a emissão da nota fiscal de saída simbólica, conforme documentos fiscais que anexou aos autos (doc. 2 e 3);
2. o valor de R\$71,96 refere-se à entrada de material de embalagem (NF nº.002.805), portanto com direito a crédito fiscal;
3. do montante de R\$254,19, somente procedia á exigência de R\$23,35, já que o restante foram aquisições de brindes (doc. 4, 5 e 6), havendo o respectivo estorno do crédito fiscal através de notas de saídas (doc. 7 e 8);

4. em relação ao valor de R\$81,26, de igual forma, foram aquisições de brindes, havendo o crédito e o seu respectivo débito (doc. 9 e 10);
5. no que tange ao valor de ICMS de R\$363,89, admitia como devido o valor de R\$287,91; conforme se verificava através das notas de entrada (doc. 11 e 12) e de saídas simbólicas (doc. 13 e 14);
6. este mesma situação se configurava com os brindes da Bosch que deram entradas com créditos do imposto (doc. 15 e 16) e saídas simbólicas com o débito (doc. 17 e 18). Assim, não era devido o tributo no valor de R\$67,70;

Rechaçou a infração 10, afirmando que ela não poderia subsistir tendo em vista que houve, simplesmente, erro material no registro da nota fiscal nº 278686, emitida pela Bosch (doc.19). Ela havia sido escriturada com outro número, como poderia ser comprovado no seu livro Registro de Entradas (doc.21).

Informando que já havia recolhido o imposto no valor de R\$80.436,37, conforme admitido e provado pelos DAE juntados aos autos (doc. 21 e 22), requereu a procedência parcial da autuação.

As autuantes ao contra argumentarem as razões de defesa (fls.434/436), expuseram, preliminarmente, sua discordância quanto á decadência do imposto relativo a janeiro de 2000.

Em seguida, e em relação á infração 1, expuseram:

1. para a NF nº.303.157, de 14/9/2000, item porta escova, o defensor não apresentou nota de saída. Portanto, mantiveram o valor apurado;
2. em relação á NF nº.128.883, de 29/9/2000, com crédito indevido de R\$287,30, afirmaram que o defensor havia admitido a irregularidade. Portanto, o valor era devido para o mês de setembro de 2000;
3. para as NF nº.310.117 e 310.118, embora o contribuinte tenha anexado as NF nº.62.199 e 62.198 (doc. 17 e 18 – fls.428/429), nelas os itens não estavam descritos. Em sendo assim, o valor de R\$67,70, em novembro de 2000, não poderia ser excluído;
4. a NF nº.5.981, de 18/12/2000, com crédito indevido de R\$23,35 foi admitido pelo autuado;
5. com relação á NF nº.47.667, de 28/12/2000, o contribuinte não apresentou nota de saída. Portanto, mantiveram o valor de R\$40,01 para dezembro de 2000.

A respeito da infração 10, ressaltaram que o documento fiscal autuado tem o nº.278.686 e o contribuinte alegou que é o mesmo escriturado no seu livro Registro de Entradas sob o nº.279.093, em 11/07/2000.

Porém, como se verificava na via do fisco de destino (fl.369), a mercadoria havia saído de São Paulo no dia 11/7/2000, às 17:00h, através da Transportadora Ramos Rodoviário Ltda. Desta forma, jamais poderia ter entrado no estabelecimento em Salvador no mesmo dia. Entenderam que o documento fiscal não foi escriturado e mantiveram a autuação.

Requereram a procedência parcial do Auto de Infração.

Chamado para tomar conhecimento da informação prestada pelas autuantes (fls.437/438), o sujeito passivo manifestou-se (fls.441/442) ressaltando que a prescrição, em relação ao ICMS se concretiza mês a mês e não como determinado nas leis estaduais deste Estado que contrariam o Código Tributário Nacional. Além do mais, entendeu que a regra do art.173, I, do CTN dizia respeito aos tributos cujos fatos geradores eram anuais, não podendo ser aplicada ao ICMS, que tem o fato gerador no momento da saída da mercadoria do estabelecimento remetente.

No que concerne á infração 1, afirmou que a sua improcedência havia sido demonstrada com

base em documentos fiscais e nos meses e valores que admitiu a irregularidade, o imposto foi recolhido, fato não levado em consideração pelas autuantes.

Em relação á infração 10, reafirmou ter havido erro de escrituração do número da nota fiscal e que a NF de entrada foi de fato a de nº.278.686. Ressaltou que as autuantes não haviam observado a NF nº.279093. Quanto à data das mercadorias entradas no seu estabelecimento, ao contrário do afirmado, ela deu entrada em seu estabelecimento em 18/7/2000 e não 11/7/2000.

VOTO

O autuado argüiu preliminar de decadência do crédito tributário referente ao mês de janeiro de 2000 e relativo ás infrações 2, 3 e 4. Entendeu que como o ICMS é imposto apurado mensalmente, a regra do art.173, I, do CTN não poderia ser a ele aplicada já diz respeito aos tributos cujos fatos geradores eram anuais. Assim, a norma estadual contraria o CTN.

Quando ao entendimento do defendant de que a norma estadual contraria o CTN, esta é discussão que não pode ser aberta neste foro administrativo, conforme disposto no RPAF/99. No mais, regra que prevalece no Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº.3.956/81), no seu art. 107-A, I, bem como no art.965, I, do RICMS/97, é a prevista no art.173, I, do CTN, ou seja, o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Assim sendo, o prazo para a contagem iniciou-se em 1/1/2001, com prazo final em 31/12/2005. O lançamento ocorreu em 6/7/2005. Não há o que se falar em decadência.

O Auto de Infração trata da acusação de dez irregularidades cometidas pela empresa autuada. Ao impugnar o lançamento fiscal, o autuado reconheceu oito delas, com exceção do imposto referente á janeiro de 2000, e relativo ás infrações 2, 3 e 4, recolhendo o tributo devido, como havia indicado, conforme hard copy dos pagamentos realizados e anexado aos autos (fls.447/448). As infrações reconhecidas estão abaixo indicadas e nos valores autuados, já que, conforme acima exposto, o ICMS relativo ao mês de janeiro de 2000 das infrações 2, 3 e 4 fica mantido.

1. Falta de estorno de crédito fiscal relativo a serviços vinculados a mercadorias entradas no estabelecimento, com utilização de crédito fiscal, e que, posteriormente, foram objeto de 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 – R\$8.127,30;
2. Falta de estorno de crédito fiscal relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Em 2000 fez uso do Acordo de Atacadista, baseado no Decreto nº.7.488/98 (art. 6º-A) e nº.7.799/00 (art. 6º) e não efetuou o estorno de crédito que excedeu ao percentual de 10% do valor dos serviços, bens e mercadorias adquiridas – R\$31.785,72;
3. Falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo á bem do ativo imobilizado, cuja entrada no estabelecimento ocorreu até 31/12/2000 e utilizado na prestação de serviço ou na comercialização, produção, industrialização, geração ou extração de mercadorias cujas prestações ou operações são isentas ou não tributada – R\$79,93;
4. Falta de recolhimento do imposto referente á saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo ao aplicar a redução de 94,89% – R\$8,33;
5. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento – R\$3.532,56;

6. Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento – R\$2.301,81;
7. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente ás aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação – R\$926,50;
8. Extraviou documentos fiscais. Multa no valor de R\$120,00.

A lide, portanto, somente foi estabelecida quanto aos itens 1 e 10 da autuação. Passo a análise e decisão das matérias em questão.

A infração 1 do Auto de Infração exige ICMS pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente á aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento

O autuado a contestou parcialmente, trazendo aos autos notas fiscais para provar suas alegações e á elas volto minha análise.

1. NF nº.269.383, de 10/2/2000, comprovado que foram mercadorias entradas no estabelecimento para brindes (boné, camisetas e porta lápis – fls.412/413). O imposto exigido neste mês é excluído do lançamento fiscal.
2. NF nº.002.805, de 14/3/2000, comprovado que foram aquisições de materiais de embalagem (sacolas, bobina e fita adesiva – fl.408). O imposto exigido do mês de março também é excluído do lançamento fiscal.
3. Em relação á NF nº 011965 (fl.419), de 9/5/2000, no valor de R\$81,26, de igual forma, foram aquisições de brindes (camiseta e cad. Poltrona no Estado AF-1275), devendo ser excluído do levantamento fiscal o imposto neste mês de maio exigido.
4. O autuado admitiu a utilização indevida de crédito fiscal no valor de R\$287,91 referente ás NF nº.303157 e 128883. Para as NF nº 032909 e 034069, emitidas em 19 e 28/9/2000, respectivamente (fls.422/423), comprovou, mais uma vez, que foram entradas de brindes, devendo ser excluídas da ação fiscal.
5. NF nº.310.117 e 310.118, com datas de 9/11/2000 (fls.428/429) as autuantes também concordaram que as mercadorias nelas consignadas (minipolitrz, furadeira, serra tico-tico e trimmer) entraram no estabelecimento como brindes. Apenas não concordaram com a suas exclusões, tendo em vista que as NF se saídas de nº.62.199 e 62.198 (fls.428/429) não especificavam as mercadorias. Entendo não assistir razão ás autuantes. O que aqui se exige é estorno de crédito fiscal de material de uso e consumo e não irregularidade, porventura apurada sobre brindes. O valor de R\$67,70, em novembro de 2000 deve se excluído.
6. Nesta mesma linha deve ser excluído o valor o imposto de R\$254,19 - mês de dezembro de 2000 e NF nº.45768, 47016 e 47667, já que aquisições de brindes (fls.414/416), não se constituindo em material de uso e consumo. O valor deste lançamento passa para R\$23,35 referente ás mercadorias consignadas na NF nº.005981, de 18/12/2000.

Pelo exposto, mantendo em parte a autuação deste item no valor de R\$311,26, conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 1.

CÓDIGO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	ICMS DEVIDO	MULTA (%)
10	30/09/2000	9/10/2000	287,91	60
10	31/12/2000	9/1/2001	23,35	60
TOTAL			311,26	

A infração 10 trata da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas em julho de 2000. Ou seja, a razão da autuação foi a presunção de operações anteriores de saídas de mercadorias tributadas, decorrente da falta de registro de notas fiscais de entradas na escrita do contribuinte, conforme determina o art. 4º, § 4º, da Lei nº.7.014/96, pois a presunção legal tem a finalidade de lançar imposto incidente na saída das mercadorias, que, no caso, se deu anteriormente, permitindo que o sujeito passivo obtivesse recurso para realizar aquisições não registradas.

O autuado, em sua defesa, afirmou que houve, apenas, erro de escrituração do número do documento fiscal. Ao invés de registrar o nº.278.686 o fez com o nº.279.093. As autuantes não concordaram com a defesa. Observaram, inclusive, que aos documentos não poderiam ser os mesmos, pois no autuado a data de saídas das mercadorias havia sido o dia 11/07/2000 às 17:00h, não podendo dar entrada no estabelecimento adquirente (autuado) neste mesmo dia.

A decisão neste caso somente pode ser feita, novamente, através de prova. Da análise da cópia do livro Registro de Entradas, apensada aos autos pelo impugnante (fl.430), a NF nº.279.093, emitida pela Roberto Bosch Limitada foi escriturada em 11/7/2000 e não em 18/7/2000 conforme indicou o impugnante em sua última manifestação. A NF nº.278.686 foi também emitida pela Roberto Bosch Limitada, porém no dia 11/7/2000, com esta mesma data de saída do estabelecimento e às 17:00h (fl.369). O estabelecimento remetente está localizado no Estado de São Paulo. As mercadorias não poderiam adentrar no estabelecimento autuado, em Salvador/BA, no mesmo dia.

Ressalto de que, mesmo sendo documentos emitidos pelo mesmo fornecedor e no mesmo valor, estes fatos, por si só, não fazem prova, de fato, que houve somente uma escrituração irregular.

A autuação é mantida no valor de R\$1.245,75.

Voto pela procedência em parte do Auto de Infração para exigir o ICMS no valor de R\$48.319,16, mais a multa por obrigação acessória no valor de R\$120,00, homologando-se o valor do imposto efetivamente recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 274068.0001/05-5, lavrado contra **PELEGRINO DISTRIBUIDORA DE AUTOPEÇAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$48.319,16**, sendo R\$27.982,47 atualizado monetariamente, acrescido das multas 60%, sobre o valor de R\$26.736,72 e 70% sobre R\$1.245,75, previstas no art. 42, incisos II, “a”, “d” e “f”, III e VII “a” e “b”, da Lei nº.7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes e R\$20.336,69 acrescido da multa de 60% do mesmo Diploma Legal, além da multa no valor de **R\$120,00**, prevista no art. 42, XIX, da mesma Lei. Homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de outubro de 2005.

MÔNICA MARIA ROTERS- PRESIDENTE/RELATORA

CLAUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR