

A. I. N° 146548.0904/04-4
AUTUADO - KOMATSU FOREST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÁQUINAS
AUTUANTE - HAMILTON DE OLIVEIRA DOS REIS
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 05.09.2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0302-01/05

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. 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. Refeito os cálculos. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/2004, exige imposto no valor de R\$4.716,61, por ter deixado 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.

O autuado, às fls. 88/93, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa alegando que todas as notas fiscais que o fiscal se baseou para a autuação dizem respeito a bens remetidos da matriz para a filial e são utilizadas na prestação de serviços em oficina. Transcreveu o art. 3º, V, da LC 87/96 e ementa de Acórdão no Recurso Especial nº 121738/RJ, da 1ª Turma do STJ, em 17/06/97.

Argumentou que o Decreto nº 406/98 recepcionado pela CF/88, como Lei Complementar, no inciso III, §3º do art. 1º, dispõe sobre a não incidência do ICMS na saída de estabelecimento prestador de serviço, nos termos do art. 8º do mesmo Decreto. No art. 8º remete a lista de serviço, com redação dada pela Lei Complementar nº 56/87, transcrevendo os itens 68 e 69 da citada lista.

As mercadorias, objeto das notas fiscais relacionadas pelo autuante são para uso e consumo e utilizadas na prestação de serviço constante da lista de serviços própria do ISS. Elas não contemplam aquela condição de fornecimento de peças ou partes e não tomam condição de circulação de mercadorias, com a transferência da titularidade, destacadas para incidência do ICMS.

Protestou alegando ter o STJ já sumulado a questão em relação as mercadorias utilizadas na prestação de serviços. Transcreveu a Súmula 167 que trata do fornecimento de concreto, por empreiteira, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, sujeitando-se apenas a incidência do ISS. Também, alegou ser entendimento pacífico do STF de que a transferência de mercadorias entre estabelecimento do mesmo titular não implicam em incidência do ICMS e não há que se falar em diferença de alíquota. Citou a Súmula 166 “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”. Argumentou que doutrinadores também entendem não incidir ICMS na transferência de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. Citou José Nabatino Ramos, em RDP 2/38 e que o Tribunal da Justiça da Bahia é

pacífico sobre a questão. Transcreveu o Acórdão nº 12039 – Apenação Cível nº 12039/00 e Acórdão nº 10218 – Apelação Cível 20104-9/01.

Disse não haver infração possível a ser apurada na ação fiscal, já que a legislação infraconstitucional de caráter nacional, que se sobrepõe às legislações estaduais, prevê a não incidência do ICMS.

Requeru a improcedência do Auto de Infração e a restituição devidamente atualizada de todos os valores recolhidos referente às notas fiscais objeto de Auto de Infração que foram recolhidos indebitamente.

O autuante, à fl. 186, informou que a defesa não apresentou argumentos elucidativos do ilícito fiscal, não questiona a base de cálculo, a alíquota aplicada, não rebate os levantamentos efetuados, tão somente discute a legalidade da autuação sob o ponto de vista de tributaristas ou da Lei Complementar nº 87/96.

Esclareceu, o autuante, não existir previsão legal para prestar informação sobre os argumentos extra legislação estadual, assim, cumpre-se a lei.

Opinou pela manutenção da autuação.

VOTO

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 garrafão 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/20000		167,78		167,78
Fevereiro/2000		1.174,41		1.174,41
Abril/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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **146548.904/04-4**, lavrado contra **KOMATSU FOREST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÁQUINAS**, devendo o autuado ser intimado 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, 29 de agosto de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

MARCELO MATTEDI E SILVA – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR