

A. I. Nº - 233037.0179/04-0
AUTUADO - FENIX COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE GRANITOS LTDA.
AUTUANTE - ADHEMAR BISPO DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 27.10.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0384-02/05

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. O contribuinte na qualidade de sujeito passivo por substituição recolheu a menos o imposto devido nas aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos anexos 69 e 88. Corrigida a MVA aplicada equivocadamente pelo autuante. Acusação elidida. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. FALTA DE RECOLHIMENTO.** O contribuinte deixou de recolher as diferenças entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições oriundas de outros estados destinadas a consumo. Acusação parcialmente elidida. **3. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO.** O contribuinte deixou de proceder ao estorno de mercadorias adquiridas para comercialização e utilizadas para uso ou consumo. Acusação parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2005, para exigir o pagamento de R\$ 35.460,25, em decorrência de:

- 1) ter recolhido a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88 no valor de R\$ 3.686,49, sendo aplicada a multa de 60%;
- 2) não ter recolhido o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento no valor de R\$ 5.725,79, sendo aplicada a multa de 60%;
- 3) não ter recolhido o 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 no valor R\$ 13.539,76, sendo aplicada multa de 60%;
- 4) não ter recolhido o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento no valor de R\$ 660,53, apurado pela divergência entre os valores da DMA e os constantes no LAICMS, sendo aplicada a multa de 60%;
- 5) deixar de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadoria adquiridas para comercialização no estabelecimento, e posteriormente destinada a uso ou consumo do adquirente o valor de R\$ 11.847,68.

Em sua peça defensiva o autuado acata de plano as exigências relativas aos itens 03 e 04 do auto de infração, reconhecendo o débito apurado para estes dois itens, no valor total de R\$ 14.200,29, e,

quanto ao item 02, do total de R\$ 5.725,79, reconhece somente R\$ 1.396,68. E, insurge-se integralmente em relação aos itens 01 e 02.

Rebate o autuado o R\$ 3.686,49 exigido pelo item 01 do auto de infração requerendo que seja declarado improcedente, aduzindo que não houve recolhimento a menor do ICMS por antecipação, por ele, na qualidade sujeito passivo por substituição. O que ocorreria, segundo ele, foi o enquadramento equivocado, pelo autuante, da mercadoria adquirida como sendo refrigerante para efeito de substituição tributária, com MVA, prevista no anexo 88, de 140%. Quando na realidade trata-se de refresco, cuja MVA prevista no referido anexo é de 40%. Assevera que, embora o produto tenha classificação fiscal equivalente ao refrigerante na NCM apresenta MVA distinto, apresenta como comprovação de sua alegação, declaração do fornecedor contendo regulamentação da especificação do produto expedida pelo Ministério da Agricultura, fls. 160 a 163. Salienta, por fim, que ao contrário do que pretende a acusação fiscal, o que houve na verdade foi um recolhimento a maior, e apresenta como prova de sua assertiva duas planilhas, inclusive anexa cópias das notas fiscais e respectivos DAE's, demonstrando a apuração por ele realizada, fls. 159 e 170, onde figura o cálculo do valor R\$ 1.953,36, devido pela antecipação com a aplicação da MVA de 40%, e não R\$ 3.686,49, como constam da acusação fiscal. Ficando ainda demonstrado o recolhimento de R\$ 2.346,40 que resulta num pagamento a maior de R\$ 393,04.

No tocante ao item 05, do mesmo modo, solicita o autuado que seja declarado improcedente tendo em vista que as mercadorias referentes a este item, ou seja, as constantes das notas fiscais nºs 41614, 42578, 43103, 43500, 44516, 44519, e 184161, todas de 2003, adquiridas para revenda, não foram destinadas a uso e consumo, portanto, não cabe o estorno de crédito reclamado.

Para comprovar a sua alegação, o autuado colaciona aos autos cópia do livro de Registros de Inventários, fls. 182 a 184, onde constam as mercadorias adquiridas através destas e de outras notas fiscais, que não foram vendidas e se encontram devidamente inventariada.

Informa ainda o autuado que, por ter sido inviabilizado o seu empreendimento, negociou com o fornecedor e, a partir de dezembro de 2003 a julho de 2004 devolveu o restante destas mercadorias, acostando aos autos planilhas demonstrando este procedimento com as cópias, tanto das notas fiscais de entrada, quanto as de devolução, fls. 193 a 210, ocasião em que procedeu ao destaque e se debitando do imposto anteriormente creditado.

Reafirma ainda o autuado, que além das alegações anteriormente enunciadas, o item é improcedente, pelo fato do autuante não ter feito o levantamento de estoque das mercadorias constantes das notas fiscais de entradas questionadas.

Nesse aspecto sim, assevera o autuado, poderia ter sido detectado, com segurança, se as mercadorias teriam sido destinadas a uso e consumo ou a revenda, tivesse o autuante procedido o levantamento quantitativo de estoque.

Em relação ao item 02 do auto de infração, - diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento - acata parcialmente o lançamento, rebatendo os valores decorrentes da nota fiscal nº 241721 - anexo "B", fl. 126, elaborado pelo autuado - e as notas fiscais nºs 41417 (vasilhames para uso), 41614, 42578, 43103 e 43500 (pallets) – anexo "B.1" elaborado pelo autuado, fl. 129.

No que tange à NF nº 241724, anexa o autuado cópia do DAE, embora recolhido com o código de receita 0759, quando correto seria 0791, e quanto às demais notas fiscais, apresenta cópias do livro de Registro de Entradas onde figuram os lançamentos em virtude dos aludidos créditos terem sido recolhidos de forma escritural, conforme preceitua o art. 93 em seus parágrafos 11º e 12º do

RICMS/97-BA. Assevera que é também improcedente o valor cobrado referente à nota fiscal nº 2923 e o seu respectivo CTCR nº 640700, tendo em vista que as mercadorias nela constante, não foram utilizadas para uso e consumo, e para revenda, fls. 137 a 314.

O autuante, em sua informação fiscal, consigna, inicialmente, o fato de o autuado ter reconhecido integralmente a exigência atinente aos itens 03 e 04, e parcialmente o item 02, e a contestação integral dos itens 01 e 05. Apresenta, em seguida, de forma sucinta, as alegações defensivas do autuado dos itens que ele se insurgiu, resultando no reconhecimento parcial da acusação fiscal, por parte do autuado, no valor de R\$ 15.596,97.

O autuante apresenta um novo demonstrativo de débito com base nos valores reconhecidos pelo autuado e os remanescentes constando todos os itens do auto de infração. Como o valor original do lançamento importa em R\$ 35.460,25 e, o valor reconhecido pelo autuado, alcançou tão somente R\$ 15.596,97, remanesceu o débito a ser exigido no valor de R\$ 19.863,28. Valor este, discriminado no demonstrativo como sendo R\$ 3.686,49, R\$ 4.329,11 e R\$ 11.847,68, atinentes, respectivamente, aos itens 01, 02 e 05.

Assevera o autuante que dos valores contestados pela defesa, acolhe somente R\$ 2.098,78, correspondente ao pagamento do ICMS da diferença de alíquota da nota fiscal nº 241721, em relação ao item 02.

Acolhe também o autuante, os argumentos do autuado apresentados em relação ao item 05. No entanto, ressalva que a mudança na classificação das mercadorias de materiais de consumo para revenda implicou em saldo devedor na conta corrente no conta-corrente fiscal no exercício de 2004, conforme demonstrativo, onde se verifica que o débito original do item que era de R\$ 11.847,68, passa para R\$ 4.130,48, referente ao imposto lançado e não recolhido.

Quanto ao item 01, informa que analisou a declaração, - apresentada na defesa, do fabricante e fornecedor do autuado em que consta tratar-se o produto em questão ser refresco e não refrigerante – e concluiu que tem razão o autuado quanto ao percentual da MVA aplicado na antecipação tributária, depois de ter verificado a NCM e o Anexo 88, item 7.

Por fim, conclui o autuante que, por todo o exposto, mantém as alegações feitas no PAF, considerando as alterações procedidas.

Em sua manifestação defensiva ulterior à informação fiscal, o autuado aduz que o autuante deixa claro em sua contestação que, lhe assiste razão quanto as suas alegações em relação aos itens 01 e 02, pois acerca desta última sequer tece comentários.

No entanto, assevera que o autuante tenta manter o item 05 com o frágil argumento, quando afirma que “ressalvando, porém a mudança de classificação das mercadorias de materiais de consumo para revenda, implicou em saldo devedor na conta corrente fiscal no exercício de 2004 ...”, não trazendo aos autos, qualquer comprovação de sua alegação, pois o demonstrativo anexado à informação fiscal não tem qualquer fundamento ou amparo na escrituração do autuado.

Redargúi o autuado afirmando que o autuante admitiu, explicitamente, em sua contestação que errou quando considerou as mercadorias, objeto da lide, como material de uso e consumo, acatando, desta forma, suas argumentações.

Ora, refuta o autuado, se o autuante acatou as notas fiscais, objeto da glosa, por estarem corretamente lançadas, ou seja, com a utilização dos respectivos créditos, e, em sendo mantidos os aludidos créditos, nada altera a apuração do ICMS, por ele efetuada.

Afirma o autuado que realizou a escrituração de forma correta como mostra o livro de Registro de Entradas, (cópias colacionadas às fls. 229 a 268), onde se verifica que não houve crédito indevido para ser glosado ou estornado no exercício de 2003, quanto mais em 2004, asseverando

ainda, que para provar a suposta omissão o autuante deveria, no mínimo, ter efetuado o levantamento quantitativo de estoque.

Conclui o autuado que em face das razões apresentadas, corroboradas com as afirmações do autuante em sua informação fiscal reitera o seu pleito inicial para que seja julgado procedente em parte.

VOTO

O presente auto de infração foi lavrado para exigir o pagamento do ICMS no valor de R\$ 35.460,25, com aplicação da multa de 60%, em decorrência do cometimento das seguintes infrações: recolhimento a menor do ICMS, por antecipação de mercadorias relacionadas no Anexo 88; falta de recolhimento do ICMS, decorrente de diferença de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias destinadas a consumo, e ao ativo fixo e por falta de estorno do crédito fiscal do ICMS, relativo a mercadorias adquiridas para comercialização e utilizadas para uso e consumo.

Dos exames empreendidos em todas as peças que compõem os presentes autos, precipuamente nos arrazoados defensivos oferecidos pelo autuado e na informação fiscal prestada pelo autuante, todos na forma supra condensada, emergiram para mim as seguintes convicções:

- 1) o item 01 foi lançado indevidamente em decorrência do equívoco cometido pelo autuante, e por ele próprio reconhecido, fl. 220, quando utilizou a MVA de 140% para o produto refresco em vez de 40%, como previsto no item 7 do Anexo 88. Refazendo os cálculos, verifico que a exigência deste item deixa de subsistir, fls. 159 a 180;
- 2) o item 02 restou comprovado que, do total reclamado de R\$ 5.725,79, é devida a parcela relativa a nota fiscal nº 241721, no valor de R\$ 2.098,78, que já fora recolhida pelo autuado, cópia do DAE anexo, fl. 127, remanescendo a diferença de um centavo de real em relação a esta nota fiscal, e, R\$ 1.396,68, reconhecidos pelo autuante, relativos que são a aquisição de mesas, cadeiras, garrafas e brindes. Constato com base nas constatações evidenciadas nos autos que, o valor remanescente R\$ 2.230,34, relativo às notas fiscais nºs 41417 (vasilhames para uso), 41614, 42578, 43103 e 43500 (pallets), 2923 (mercadorias para revenda) e o CTCR nº 640700, todas elas encontram-se devidamente lançadas no livro de Registro de Entradas e foram consideradas no cálculo do imposto devido, acorde lançamentos no livro de RAICMS, fls. 129 a 131. Por isto, entendo que o débito do item 02 é de R\$ 1.396,68 na forma discriminada no demonstrativo do valor remanescente apurado a seguir apresentado;
- 3) os itens 03 e 04 do auto de infração, além de terem sido reconhecidas as suas exigências, na forma materializada nos autos, constato que se encontram corretamente enquadrados na legislação pertinente aplicável, bem como, as multas aplicadas estão devidamente tipificadas;
- 4) com base nos elementos examinados não subsiste a acusação fiscal do item 05, tendo em vista restar evidenciado nos autos que as mercadorias apontadas como tendo sido adquiridas para revenda e destinadas, pelo autuado, a uso e consumo, encontravam-se, por ocasião da ação fiscal, no estoque conforme se verifica no livro de Registro de Inventários, fls. 77/78, além do que, as referidas mercadorias foram, posteriormente, objeto de devolução aos fornecedores, conforme documentos colacionados, fls. 186 a 211. Entendo também que não procedem as alegações do autuante, quando aduz em sua informação fiscal, apresentando demonstrativo da repercussão dos aludido créditos, no conta-corrente fiscal no exercício de 2004, indicando um débito remanescente de R\$ 4.130,48. Eis que, comprovada a não utilização das mercadorias no uso e consumo do autuado e tendo elas sido lançadas corretamente nos

livros fiscais, não há o que se falar em reflexos ulteriores no conta-corrente fiscal. Por isto, entendo decaído este item, pelas razões, ora expostas.

Entretanto, mesmo reconhecendo que as notas fiscais objeto deste item não foram utilizadas para uso e consumo, o autuante apurou o saldo devedor no valor de R\$ 4.130,48 na conta corrente do ICMS, no exercício seguinte. Mudando assim, o fulcro da autuação originária, represento a autoridade fazendária para que seja examinada a questão, e em sendo pertinente, seja renovada uma ação fiscal para apurar e cobrar o aludido débito.

DEMONSTRATIVO DO VALOR REMANESCENTE APURADO – ITEM 02

DISCRIMINAÇÃO DAS OCORRÊNCIAS ITEM 02	VALOR ORIGINAL	VALOR APURADO	SITUAÇÃO	MANIFEST. AUTUADO
NF 162998,51566, 163784, 53257 e 54462 - MESAS E CADEIRAS, GARRAFAS E BRINDES - If. 40 - fls. 146 a 151	1.031,73	1.031,73	PROC.	RECONHECIDO
NF 49262, 4595 a 4597, 50734 e 50735 - BRINDES - fl. 40 - fls. 137 a 144	293,45	293,45	PROC.	RECONHECIDO
NF 57546, 58099, 58670, 59488, 60317 e 60570 - GARRAFAS - fl.40/41 - fls. 152 a 158	71,49	71,49	PROC.	RECONHECIDO
NF 41417 - VASILHAME E PALLETS. fl. 40 - fls. 129 a 133	1.853,43		IMPROC.	
NF 241721 - REFRIGERADORES PARA REVENDA, fl. 40 - fls. 126/127	2.098,77		IMPROC.	JÁ RECOLHIDO
NF 241721 - DIFERENÇA DAE RECOLHIDO A MENOR	0,01	0,01	PROC.	RECONHECIDO
NF 2923 - MERCADORIA PARA REVENDA fl. 40 - fls. 137e 144	289,30		IMPROC.	
CTRC 640700 - MERCADORIA PARA REVENDA fl. 40 - fls. 137e 145	87,61		IMPROC.	
TOTAL DA INFRAÇÃO	5.725,79	1.396,68		

Com base nas alterações e ajustes procedidos no item 02, mantidos que foram os valores originais dos itens 03 e 04 e excluídos os itens 01 e 05 do auto de infração, o valor remanescente corresponde a R\$ 15.596,97, conforme discriminado no demonstrativo de débito.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

INFR.	DATA OCOR.	DATA VENC..	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	DÉBITO	MULTA %
02	30/06/03	09/07/03	0,06	17,0%	0,01	60,0
02	30/09/03	09/10/03	1.136,41	17,0%	193,19	60,0
02	31/10/03	09/11/03	6.658,76	17,0%	1.131,99	60,0
02	31/12/03	09/01/04	420,53	17,0%	71,49	60,0
03	30/06/03	09/07/03	79.645,64	17,0%	13.539,76	60,0
04	31/01/04	09/02/04	3.298,23	17,0%	560,70	60,0
04	31/03/04	09/04/04	587,23	17,0%	99,83	60,0
TOTAL DO DÉBITO					15.596,97	

Diante do exposto, entendo que restou comprovado o cometimento, por parte do autuado, dos itens 03 e 04, integralmente, do item 02, parcialmente, e, o não cometimento em relação aos itens 01 e 05.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233037.0179/04-0**, lavrado contra **FENIX COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE GRANITOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 15.596,97**, acrescido da

multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II “d” e “f”, e VII, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologada os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR