

A. I. N° - 279468.0006/04-8
AUTUADO - MAXITEL S/A
AUTUANTES - LAUDELINO BISPO C. FILHO, ROQUELINA DE JESUS e SANDRA MARIA S. NOYA
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 14.02.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0025-01/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES DE BENS PARA LOCAÇÃO. Nas operações de locação há previsão legal para o estorno do crédito fiscal relativo à aquisição do bem. Infração subsistente. **b)** MATERIAL DE CONSUMO. Vedada a utilização de crédito de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento. Infração reconhecida. **c)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA INTEGRAR O ATIVO IMOBILIZADO. Constatado erro na apuração do crédito proporcional através da aplicação da planilha CIAP. Infração caracterizada. 2. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES APURADOS NO LIVRO RAZÃO E O DECLARADO NO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 24/10/2005, exige ICMS no valor total de R\$2.082.219,44, acrescido da multa de 60%, sendo atribuído ao autuado o cometimento das seguintes irregularidades:

01 – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com não incidência do imposto. Tais saídas referem-se a operações de locação de aparelhos celulares ocorridas no exercício de 2001, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 621.543,74, estando a infração demonstrada nos Anexos 01, 02 e 03;

02 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, abril a julho e novembro de 2001, no valor de R\$ 3.906,30. Consta que ao escriturar o livro CIAP, o contribuinte utilizou indevidamente o crédito relativo a bens de uso e consumo e à aquisição de manuais e que a infração se encontra demonstrada no Anexo 04;

03 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, sendo exigido imposto no valor de R\$ 3.663,61, correspondente aos meses de abril e dezembro de 2001. Consta que o contribuinte, ao escriturar o livro CIAP, utilizou indevidamente crédito decorrente de lançamento de nota fiscal em duplicidade e por falta de escrituração de nota fiscal no livro Registro de Entradas, estando a infração demonstrada no Anexo 04;

04 – Recolheu a menor o ICMS relativo aos serviços de telecomunicações, apurado entre o livro Razão e o declarado pelo contribuinte no livro RAICMS, sendo exigido imposto no valor de R\$ 1.453.105,79, correspondente ao exercício de 2000, conforme Anexos 05 ao 22.

O autuado, através de representantes legalmente constituídos, apresentou defesa às fls. 29 a 36,

contestando a infração 01 do Auto de Infração e, reconhecendo os débitos relativos às demais infrações, informou já haver efetuado o pagamento correspondente, ressaltando a sua boa fé perante o fisco.

Em relação à infração 01, disse que as operações correspondentes, conforme consta do próprio Auto de Infração e das cópias das notas fiscais (fls. 58 a 66), tratam-se de saídas para locação, portanto com não incidência do ICMS. Aduziu que essas transações se prestam a atender demanda comercial relacionada com locação e/ou comodato, efetivadas através de transferência de aparelhos do estoque para o seu ativo imobilizado, para então atender a seus clientes por meio de locação ou de comodato.

Que a comprovação de que as operações ocorreram com bens do ativo está no fato de que somente se aluga ou se dá em comodato aquilo que é da própria empresa, uma vez que o bem, posteriormente, retornará ao ativo. Dessa forma, argumentou, não há que se exigir o estorno de crédito fiscal, como se as saídas fossem efetivamente uma desincorporação de bens do ativo, pois não houve transferência de propriedade. Observou, ainda, que nas notas fiscais consta expressamente que a operação se referia a “material de nossa propriedade que segue para locação”. Objetivando comprovar que as operações efetivamente foram de locação, o autuado *scaneou* uma nota fiscal, inserindo-a na defesa. Prosseguiu, dizendo que, assim, não há que se falar em transferência ou saída dos bens, pois os mesmos permaneceram de sua propriedade.

Citou decisões proferidas pela 3ª CJF do CONSEF, referente ao Auto de Infração 03016950/96 e pela Câmara Superior, relativas aos Autos de Infração 03147530/95 e 03147551/96, argüindo que nesses casos a operação se tratava de comodato, sendo os referidos autos de infração julgados improcedentes. O autuado anexou resposta a consulta formulada ao Conselho Regional de Contabilidade da Bahia (fl. 68) e parecer de auditores independentes (fl. 69), que atestam que não há desincorporação do ativo imobilizado na operação de comodato. Alegou que como as operações foram de bens do ativo, o dispositivo legal indicado pela fiscalização não se adequa ao caso em lide, pois ali não se refere a bens do ativo e sim a saídas isentas e não tributadas.

Disse estar claro que a hipótese trata de incorporação ao ativo permanente, não podendo se falar em estorno do crédito, transcrevendo ementa oriunda do Superior Tribunal de Justiça, onde é manifestado o entendimento no sentido de reconhecer o direito ao crédito de ICMS relativo à aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado.

Salientou que sua principal fonte de receita é a prestação de serviços de telecomunicações e que esses serviços são viabilizados através das operações de aluguel dos aparelhos. Requereu, ao final, a nulidade da infração 01 e a procedência parcial do Auto de Infração.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 74 a 76, observando a princípio que o autuado reconheceu a procedência das infrações 02, 03 e 04, tendo ocorrido a extinção do crédito com o pagamento em 31/10/2005.

Ao tratar da infração 01, enfatizaram que o autuado interpretou de forma errônea a infração, pois todos os argumentos apresentados e fundamentados em consultas e decisões são aplicados a operações referentes a comodato, em relação às quais, efetivamente, o entendimento do CONSEF é de que não deve haver estorno do ICMS, ressaltando, entretanto, que nos casos de locação existem reiteradas decisões deste Conselho em sentido inverso.

Argüiram que o Auto e Infração 279468.0706/03-1, lavrado anteriormente contra o autuado, fora julgado procedente pela 5ª JJF, através da Resolução 0004-05/05, decisão acatada pela 1ª CJF (Resolução 0385-11/05), sendo a mesma reconhecida pelo contribuinte, que recolheu o débito correspondente.

Asseveraram que a exigência fiscal foi baseada na utilização indevida de crédito quando da saída do estoque de mercadorias para a prestação de serviço de locação, operações nas quais não há incidência do ICMS, não havendo, de igual modo, direito ao crédito fiscal, conforme previsto no art. 97, inciso I do RICMS/BA. Como os créditos fiscais foram utilizados quando da aquisição destas mercadorias, os mesmos deveriam ter sido estornados, conforme art. 100, inciso I, o que não foi feito pelo autuado, cabendo à fiscalização a sua exigência.

O aludido estorno não se refere à transferência de aparelhos para o ativo imobilizado e mesmo que fosse esse o entendimento, não seria permitido o uso do crédito fiscal, quer no todo ou na proporção de 1/48, por tratar-se de bens destinados à prestação de serviços não tributados pelo ICMS e, por esse motivo, sem direito ao crédito.

Acrescentaram que em razão do autuado não ter apresentado nenhum fundamento que pudesse suprimir a infração 01, não cabe o seu pedido de nulidade e que, considerando as diversas manifestações do CONSEF favoráveis à procedência das autuações relativas a estorno de crédito de bens destinados a locação, sugerem a total procedência do Auto de Infração, desde quando as infrações 02, 03 e 04 foram acatadas pelo autuado, sendo recolhido o imposto correspondente.

VOTO

No que diz respeito à infração 01, observo que, como demonstrarei adiante e de forma diversa àquela aventada pela defesa, os autuantes aplicaram ao caso os dispositivos compatíveis à infração em tela, estando a mesma devidamente enquadrada, não se observando qualquer erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99.

Essa infração corresponde ao estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que foram objeto de saídas destinadas a locação, tendo o autuado alegado que os bens em questão pertenciam a seu ativo imobilizado. Acrescentou que fazia transferência de aparelhos do estoque para seu ativo imobilizado, para atender demanda comercial relacionada com locação e/ou comodato, e que, dessa forma, não se poderia exigir o estorno de crédito fiscal, como se as saídas fossem efetivamente uma desincorporação do ativo, por não ter havido transferência de propriedade. Citou decisões proferidas pela 3ª CJF e pela Câmara Superior do CONSEF, consulta efetuada ao Conselho Regional de Contabilidade da Bahia e parecer de auditores independentes que atestam que não há desincorporação do ativo imobilizado na operação de comodato.

Noto que o autuado no transcorrer de sua explanação reportou-se sempre às operações de comodato, em relação às quais o meu entendimento é de que realmente não cabe a obrigatoriedade do estorno do crédito, uma vez que o comodato é uma forma de empréstimo gratuito, além de existirem diversas decisões deste Conselho nesse sentido. Verifico, entretanto, que a operação de comodato não pode ser confundida com a de locação, situação esta que visa lucro e a respeito da qual o RICMS/97, em seu art. 100, inciso VI, que transcrevo a seguir, prevê que o contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, quando as mesmas forem objeto de locação.

“Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

.....

VI – forem objeto de locação ou arrendamento a terceiros;”

Ressalto inclusive que tem sido este o entendimento deste CONSEF, em decisões a respeito da matéria em lide, a exemplo do Acórdão CJF nº 0385-11/05, do qual transcrevo parte:

“ 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 imobilizado 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.”

Deste modo, mantenho a infração 01.

Verifico que o sujeito passivo reconheceu a procedência das infrações 02, 03 e 04, tendo inclusive efetivado os recolhimentos correspondentes (fl. 80). Observo que os procedimentos fiscais, nos três casos, foram realizados atendendo as orientações legais e que a constituição do lançamento do crédito tributário ocorreu de forma correta. Assim, ficam mantidos esses itens da autuação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279468.0006/04-8**, lavrado contra **MAXITEL S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 2.082.219,44**, acrescido das multas de 60% prevista no art. 42, inciso VII, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2006.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR