

PROCESSO - A. I. Nº 272041.0112/05-4  
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TECPLAN SERVIÇOS LTDA.  
RECORRIDOS - TECPLAN SERVIÇOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSOS - RECURSOS DE OFICIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0024-03/06  
ORIGEM - INFAC EUNÁPOLIS  
INTERNET - 12/04/2007

**2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0097-12/07**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NA PORTARIA 114/2004. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Comprovado nos autos que parte das mercadorias não se destinam à comercialização, e por isso, não se inclui nas hipóteses em que não deve ser feita a antecipação parcial. Modificada a Decisão recorrida. Diligência saneadora excluiu os valores indevidamente exigidos. Infração parcialmente caracterizada. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIAMENTO PROVIDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário e de Ofício, interpostos contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 09/09/2005, para exigir de R\$64.815,79 de ICMS, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento da antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização.

O autuado apresentou impugnação alegando que nenhuma das notas fiscais objeto da autuação se refere a compra para comercialização, conforme Livro Registro de Entradas e cópias das notas fiscais que acostou aos autos. Salienta que não foi observada a natureza da operação constante em cada nota fiscal, e apresenta as seguintes explicações:

1. Em relação às notas fiscais da NEXA TECNOLOGIA EM REDES DE COMPUTADORES LTDA., diz que são materiais enviados, para serem instalados no cliente pela própria Nexa, sendo devolvidos os materiais das notas fiscais 00614 e 00615, por meio das notas fiscais de números 0028 e 0029.
2. Quanto à Nota Fiscal nº 036898, da MS ATACADISTA E DISTRIBUIÇÃO LTDA., se refere a compras de cestas básicas para distribuição aos funcionários como brinde de final de ano, sendo emitida a Nota Fiscal de Saída de nº 0036, conforme art. 565, do RICMS/97.
3. Nota Fiscal nº 07144, da SETHA INDÚSTRIA ELETRÔNICA LTDA.: houve a compra dos materiais, sendo devolvidos em seguida, conforme Nota Fiscal nº 033.
4. Notas Fiscais nºs 2012 e 2019, da TECPLAN MARTIZ: foram entradas de imobilizado para utilização na prestação de serviço.
5. As notas fiscais da DME MATERIAL ELÉTRICO LTDA de números 059785, complementada pela Notas Fiscais nºs 059847; 059786, complementada pela Notas Fiscais nºs 059848 e 00646, foram compras de materiais para uso e consumo e vieram com a alíquota interna do Estado de origem.
6. As notas fiscais da ELETROVAN MATERIAL ELETRICO LTDA. de números 00628, complementada pela Notas Fiscais nºs 01385; 00626, complementada pela Notas Fiscais nºs 1384; 00627, complementada pela Notas Fiscais nºs 1383; 0623, complementada pela Notas Fiscais nºs 01382; 0622, complementada pela Notas Fiscais nºs 01381; 02321 e 01967 foram

compras de materiais para uso e consumo e vieram com a alíquota interna do Estado de origem.

7. A Nota Fiscal nº 043489 se refere a compra de material para uso e consumo e foi lançada a diferença de alíquota no livro RAICMS, no quadro “outros débitos”.
8. A Nota Fiscal nº 47847, se refere a compra de material para uso e consumo, tendo sido recolhido o ICMS antecipação parcial, conforme cópias anexa à defesa.
9. Nota Fiscal nº 045769, emitida pela SCAC FUNDAÇÕES E ESTRUTURAS LTDA: trata-se de compra de material de uso e consumo.

O defendente alega também que o presente Auto de Infração foi lavrado de acordo com o relatório CFAMT, e a empresa não foi intimada a apresentar os documentos fiscais, ressaltando que a TECPLAN SERVIÇOS LTDA mudou a sua condição de Normal para Especial, por ficar, somente, prestando serviços de manutenção. Por fim, pede a improcedência da autuação.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 76 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que o contribuinte deve comprovar com documentação hábil e idônea, coincidentes em datas e valores, o destino e a remessa das mercadorias, relativamente às NFs nºs 614, 615, 627, 117, 43498, 7144 e 36898, do exercício de 2004. Referente ao exercício de 2005, diz que o autuado também deve comprovar as operações realizadas com as NFs de números 1967, 2321, 59785, 45769, quanto ao destino das mercadorias elencadas nesses documentos fiscais. Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

*“O presente Auto de Infração fiscal trata da falta de recolhimento do imposto relativo à antecipação parcial das mercadorias adquiridas através das notas fiscais de aquisição, conforme demonstrativos (fls. 06 a 08).*

*O autuado alegou em sua defesa que não ficou configurada a irregularidade apontada na autuação fiscal, informando que nenhuma das notas fiscais objeto da autuação se refere a compra para comercialização, conforme o livro Registro de Entradas e cópias das notas fiscais que acostou aos autos.*

*Observo que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 352-A do RICMS/97:*

*“Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”.*

*§ 3º Para os efeitos deste artigo, também serão consideradas para fins de comercialização as aquisições interestaduais de mercadorias, cujo imposto tenha sido calculado com aplicação de alíquota interestadual, efetuadas por:*

*I - pessoas jurídicas inscritas no cadastro do ICMS na condição de especial;*

*II - contribuinte que desenvolva atividade sujeita ao ICMS e ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS.*

*Analisando os documentos acostados ao presente processo pelo defendant, constatei:*

*1 - As mercadorias constantes das NFs nºs 614 e 615 foram devolvidas conforme NFs nºs 028 e 029 (fls. 37 e 39);*

*2 - NF N° 00117 (fl. 41): consta apenas a informação de que se trata de simples remessa sem retorno da mercadoria. Efetivamente, não foi comprovado que houve retorno da mercadoria;*

*3 - Na NF N° 00627 (fl. 40) consta observação de que se trata de remessa de material para retorno posterior, mas não foi comprovado o retorno da mercadoria;*

4 – NF N° 43498, emitida em 27/10/2004 (fl. 70): Comprovado o lançamento do valor referente à diferença de alíquota sobre o material para uso e consumo, conforme fotocópia dos livros fiscais (fls. 24 e 30);

5 – NF N° 7144 (fl. 44): mercadoria devolvida conforme NF N° 0033 (fl. 45);

6 – NF N° 36898 (fl. 42): comprovado pela NF N° 0036 (fl. 43) que são mercadorias adquiridas para brindes, e por isso, seria devido o imposto referente à diferença de alíquota;

7 – NFs 00622 (fl. 66), 00623 (fl. 64), 00626 (fl. 60), 00627 (fl. 62), 00628 (fl. 58): não comprovada a alegação de que são materiais para uso e consumo;

8 - NFs N°<sup>os</sup> 2321 e 1967 (fls. 68 e 69): acatada a alegação do autuado de que se trata de material para uso ou consumo, considerando as alíquotas do ICMS (17% e 18%) indicadas nos documentos fiscais;

9 – NFs n°<sup>os</sup> 59785 e 59786 (fls. 50 e 54): não comprovada a alegação de que são materiais para uso e consumo;

10 – NFs N°<sup>os</sup> 2012 e 2019 (fls. 46 e 48): consta nos documentos fiscais que se referem a materiais do ativo para a prestação de serviços com posterior retorno. Entretanto não foi comprovado o retorno das mercadorias;

11 – NF N° 45769 (fl. 73): não comprovada a alegação de que se trata de material para uso e consumo.

12 – NF N° 646 (fl. 57): acatada a alegação do autuado de que se trata de material para uso ou consumo, considerando a alíquota do ICMS (17%) indicada no documento fiscal.

Entendo que deve ser acatada a alegação defensiva, considerando elidida a exigência da antecipação parcial referente às mercadorias que não são destinadas à comercialização, relativamente às Notas Fiscais de números 614, 615, 4398, 7144, 36898, 2321, 1967 e 646. Quanto às demais notas fiscais, as alegações defensivas e os elementos acostados aos autos são insuficientes para comprovar que as mercadorias não foram destinadas à comercialização, e por isso, é devido o imposto apurado no levantamento fiscal. Assim, fica alterado o imposto exigido para R\$ 8.200,77, conforme demonstrativo (quadro abaixo).

NOTA FISCAL N°	DATA DE EMISSÃO	UF DO REMET	(A) VALOR DA MERCADORIA	(B) ALIQ.	(C = A x B) IMPOSTO	(D) CRÉDITO N F	(E = C - D) IMPOSTO DEVIDO
627	10/09/04	ES	1.695,00	17%	288,15	203,40	84,75
<b>TOTAL DO MÊS SET/04</b>							<b>84,75</b>
117	18/10/04	ES	899,00	17%	152,83		152,83
<b>TOTAL DO MÊS OUT/04</b>							<b>152,83</b>
622,623,626,627,628	MAR/05	ES	9.712,06	17%	1.651,05	1.165,45	485,60
<b>TOTAL DO MÊS MAR/05</b>							<b>485,60</b>
59785	01/06/05	ES	11.150,00	17%	1.895,50	1.338,00	557,50
59786	01/06/05	ES	21.151,79	17%	3.595,80	2.538,21	1.057,59
2012	05/06/05	ES	19.120,00	17%	3.250,40	-	3.250,40
2019	21/06/05	ES	14.030,00	17%	2.385,10	-	2.385,10
45769	06/06/05	SP	4.530,00	17%	770,10	543,60	226,50
<b>TOTAL DO MÊS JUN/05</b>							<b>7.477,09</b>
<b>DÉBITO TOTAL</b>							<b>8.200,27</b>

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

Em seu Recurso Voluntário o recorrente diz que: (I) as Notas Fiscais n°<sup>os</sup> 00627 e 00117 “não foram aquisições de mercadorias e sim um material enviado pela NEXA para ser instalado no próprio escritório da NEXA, não havendo incidência da Antecipação Parcial, neste ACÓRDÃO, não foi observado pelos membros da JJF que as Notas Fiscais de n°<sup>os</sup> 00622 a 00626, 059785, 059786, 045769, primeiramente foram emitidas com alíquotas interestaduais e posteriormente foram emitidas

*notas fiscais de complementação de alíquota de nºs 001381/82/83, 059847, 059848, respectivamente, as notas avulsas 1508222005 e 1508022005. Uma visão mais ampla, profunda e consubstancial do fato poderá visualizar que o contribuinte não usou de má-fé, dolo, fraude ou simulação”.* Solicita a Improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, em seu parecer, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, argumentado: “*Após exame das provas acostadas aos autos pelo autuado, a 3ª JJF depurou o débito em análise, expelindo de sua base de cálculo os valores desvelados em documentos fiscais juntados ao processo. Inobstante a depuração, o autuado manetou seu apelo, sob rubrica da não análise ou verificação equivocada de alguns documentos por ele acostados pelo 3º JJF. Portanto reduziremos nossa análise apenas aos documentos instilados pelo recorrente*”. I – Notas Fiscais nºs 627 e 0017. Quanto a esta assertiva laborada pelo autuante, não trepido em afirmar que a mesma é destituída de qualquer lógica jurídica, pois, conforme se verifica dos documentos acostados aos autos, não há prova da devolução das mercadorias remetidas, conforme preconiza o art. 627 §§ 3º e 4º do RICMS/97 (segue a transcrição). Portanto, neste ponto não há como se aceder à tese da defesa, pois não há nos autos qualquer comprovação do retorno das mercadorias. II – Notas Fiscais nºs 622ª 628, 59785/86 e 45769. Em relação às notas fiscais acima relatadas, verifica-se efetivamente que o autuado emitiu notas fiscais complementares no sentido de compor corretamente o recolhimento do diferencial de alíquota. Contudo, o cerne da questão não elidido pelo recorrente é a comprovação de que os bens comercializados se encartam no conceito de bens de uso e consumo. Neste passo, não há como se aceder à tese da defesa. III – Notas Fiscais nºs 2019 e 2012. Em relação às Notas Fiscais nºs 2019 e 2012, não há se encarecer guarida à tese esposada pelo recorrente, pois as notas fiscais avulsas indigitadas, em razão de não atestarem as mesmas mercadorias como preconiza expressamente ao art. 308 do VIII do RICMS/97.

Na sessão de julgamento a Câmara de Julgamento Fiscal decidiu converter o processo em diligência à ASTEC para que:

- I. Verifique e informe qual o tipo de atividade desenvolvida pelo recorrente, bem como se praticava atos de comércio no período em questão, sujeitos a incidência do ICMS. Conferir essas informações nos livros de vendas e de apuração do imposto.
- II. verifique se as Notas Fiscais nºs 627 e 117 (fls. 126-127) são pertinentes a materiais enviados pela Nexa Tecnologia para serem instalados no escritório da própria Nexa Tecnologia. Caso positivo, os valores referentes a essas notas devem ser excluídos da autuação.
- III. Verifique se os documentos acostados às fls. 107-125 e 128 comprovam que as notas fiscais que remanescem após a Decisão de primeira instância não se destinavam à comercialização, e sim ao consumo do estabelecimento. Caso positivo, que sejam os valores correspondentes excluídos da autuação.
- IV. Que seja elaborado novo demonstrativo de débito para o Auto de Infração, caso remanesça algum valor a recolher.

A fiscal diligente conclui a sua informação nos seguintes termos:

*“Ante ao exposto, elaboramos demonstrativo excluindo:*

- a) *as notas fiscais em que foi aplicada a alíquota interna do estado emissor do documento fiscal, caracterizando venda para consumidor final;*
- b) *as notas fiscais de transferências do ativo imobilizado para prestação de serviços e ficou comprovado o seu retorno através de nota fiscal avulsa emitida pela Secretaria da Fazenda.*

*O imposto devido apurado no demonstrativo à fl. 81 foi retificado, permanecendo o valor de R\$464,08 que era de R\$ 8.200,27, conforme demonstrativo:”* (segue demonstrativo).

Notificados da diligência autuante e autuado não se manifestam. À fl. 153 consta um DAE de pagamento do débito remanescente.

A PGE/PROFIS opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, nos termos do opinativo da ASTEC, tendo em vista se tratar de operações meramente contábeis e de análise de novos documentos fiscais arrolados pelo recorrente. A procuradora assistente ratifica o parecer.

## VOTO

Com fundamento no resultado da perícia da ASTEC, tendo em vista se tratar de operações meramente contábeis e da análise de novos documentos fiscais arrolados pelo recorrente, e considerando que o autuante e o autuado não se manifestaram, importando em concordância, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, para manter a condenação no valor apurado pela ASTEC, homologando a importância recolhida pelo contribuinte, conforme DAE de fl. 153.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de ofício interposto e PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 272041.0112/05-4, lavrado contra TECPLAN SERVIÇOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$464,08, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de março de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

PAULA GONCALVES MORRIS MATOS – REPR. PGE/PROFIS