

PROCESSO - A. I. Nº 110123.0080/05-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PEDREIRAS PARAFUSO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão JJF nº 0101-01/08
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 30/09/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0270-12/08

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. DIVERGÊNCIAS ENTRE OS VALORES CONSTANTES NAS NOTAS FISCAIS E OS ESCRITURADOS NOS LIVROS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A comprovação de que a divergência dos valores decorreria de equívoco na emissão das notas fiscais, por não ter sido indicada a redução da base de cálculo cabível nas operações de saídas internas de brita e que o lançamento do imposto no livro fiscal estava correto, descaracteriza a infração. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. BEM DESTINADO AO ATIVO PERMANENTE. Tendo em vista que a aquisição do bem ocorreu com não-incidência do ICMS, não é devido o imposto apurado. Infração desconstituída com apoio dos autuantes. Mantida a Decisão de 1ª Instância. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto nos termos do art. 169, inciso I, letra “a”, nº 1, referente ao Auto de Infração, lavrado em 26/12/2005, para lançamento do ICMS no valor de R\$72.980,50, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

1. deixou de recolher o ICMS, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, nos exercícios de 2000, 2001 e 2002, exigindo imposto no valor de R\$12.213,33, acrescido da multa de 70%, conforme Demonstrativo 1;
2. deixou de recolher o ICMS em função de divergências entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios, nos meses de abril e maio de 2001, sendo exigido imposto no valor de R\$18.885,50, acrescido da multa de 60%, de acordo com o Demonstrativo 2;
3. deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de abril a junho, novembro e dezembro de 2001, janeiro a maio e julho a dezembro de 2002, com exigência do imposto no valor de R\$16.243,08, acrescido da multa de 60%, conforme Demonstrativo 3;
4. deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, nos meses de abril a junho e outubro a dezembro de 2001 e de janeiro a dezembro de 2002, exigindo o imposto no valor de R\$11.371,05, acrescido da multa de 60%, de acordo com o Demonstrativo 4;
5. utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, relativo à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, abril a junho e outubro a dezembro de

2001, janeiro a maio e julho a dezembro de 2002, sendo exigido imposto no valor de R\$9.572,33, acrescido da multa de 60%, conforme Demonstrativo 5;

6. utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a maio de 2002, sendo exigido imposto no valor de R\$2.721,08, acrescido da multa de 60%, conforme Demonstrativo 6;
7. deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo imobilizado do próprio estabelecimento, no mês de setembro de 2002, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.500,00, acrescido da multa de 60%, em conformidade com o Demonstrativo 7;
8. utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, relativo à aquisição de serviço de comunicação utilizado na industrialização, nos meses de fevereiro e julho a dezembro de 2002, exigindo o imposto no valor de R\$474,13, acrescido da multa de 60%, conforme Demonstrativo 8.

Na Decisão de 1ª Instância, as infrações 2 e 7, foram declaradas improcedentes, conforme Decisão a seguir transcrita, vazada nos seguintes termos, quanto aos itens que foram excluídos pelo julgador de 1º grau:

“Observo que no Auto de Infração em lide foi atribuído ao sujeito passivo o cometimento de oito irregularidades, dentre as quais o autuado reconheceu expressamente as infrações 01, 04, 06 e 08, tendo, inclusive, informado que em decorrência da correção dessas imputações, estaria efetuando o pagamento dos débitos correspondentes”. (...)

As infrações 3 e 5 apesar de contestadas, foram também posteriormente reconhecidas pelo autuado.

(...) “No tocante à infração 02, verifico que decorreu da falta de recolhimento do ICMS em função de divergências entre os documentos fiscais e os lançamentos no livro Registro de Saídas, de acordo com os demonstrativos e as cópias reprográficas das páginas do citado livro, que se encontram anexados às fls. 21 a 25.

Noto que ao atacar a imposição tributária, o autuado alegou que a ocorrência se originara de erro na emissão das notas fiscais, uma vez que não fora levada em consideração a redução da base de cálculo prevista para os produtos (brita) de 33,33%, fato corrigido quando do lançamento dos documentos no livro fiscal próprio. Trouxe aos autos, por amostragem, cópias reprográficas das notas fiscais em questão, assim como declarações dos destinatários de que não tinham feito uso dos créditos constantes nos referidos documentos fiscais e listagem contendo os dados concernentes a todas as notas fiscais em questão.

Os autuantes, por outro lado, mantiveram o lançamento, argüindo que para que pudesse prevalecer a alegação defensiva de que os destinatários não tinham feito jus aos valores integrais destacados nas notas fiscais se fazia necessário que o autuado acostasse à sua defesa as cópias de todas as notas fiscais emitidas e das páginas dos livros fiscais dos destinatários.

Ressalto que para o deslinde da questão em tela, se faz necessário verificar, inicialmente, se nas operações correspondentes às saídas das mencionadas mercadorias era ou não cabível a utilização pelo emitente, que vem a ser o autuado, da redução da base de cálculo referida. Ao analisar o inciso III do art. 82 do RICMS/97, vejo que, efetivamente, tal benefício está ali previsto: “nas saídas internas de pedra britada e de mão, calculando-se a redução em 33,33%”. Portanto, a consignação do valor do ICMS a recolher conforme realizado pelo contribuinte no livro Registro de Saídas está em conformidade com esta previsão legal.

Um segundo ponto a se analisar diz respeito à irregularidade que foi imputada ao autuado, que se refere, textualmente, a: “deixou de recolher o ICMS em função de divergências entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios”. Ora, conforme detalhado acima, os valores do ICMS consignados no livro fiscal próprio, que serviram de base para a

apuração do montante mensal do imposto a recolher estão de acordo com a previsão regulamentar, isto é, foram calculados com a dedução de 33,33% sobre a base de cálculo, significando dizer que de forma contrária àquela apresentada na imputação, não ocorreu recolhimento a menos do imposto, uma vez que o cálculo da forma como realizada pelo contribuinte está correta.

Por outro lado, analisando os documentos anexados aos autos, constato que diversos dos destinatários das mercadorias se referem a empresas construtoras e outros estabelecimentos que em virtude do tipo de atividade econômica desenvolvida, a exemplo das empresas Indaiá Brasil Águas Minerais, Monsanto Nordeste, Norberto Odebrecht, Construterra Construção Ltda. e Dimara Construtora Ltda., realmente não indicam que se utilizam dos créditos fiscais destacados nos documentos fiscais de aquisição de brita.

Nessa situação o que poderia se configurar como infração, inclusive de acordo com a alegação oferecida pelos próprios autuantes em sua informação fiscal, seria a utilização a maior dos créditos fiscais por parte dos estabelecimentos destinatários, o que se constituiria numa infração totalmente diversa daquela apontada no Auto de Infração. Ademais, a irregularidade se porventura fosse confirmada, recairia sobre os contribuintes destinatários dos referidos produtos e não sobre o autuado. Assim, considero descaracterizada a imposição fiscal, razão pela qual esta infração resta improcedente”. (...)

Quanto à infração nº 7, também julgada improcedente:

“A infração 07 se deveu à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo imobilizado do contribuinte.

Observe que o impugnante pleiteou a improcedência deste item da autuação, alegando que a cobrança se referiu à aquisição de um bem usado proveniente do ativo imobilizado do fornecedor, cuja nota fiscal fora emitida sem destaque do imposto. Os autuantes concordaram com a alegação defensiva, tendo sugerido a desconstituição da cobrança.

Verifico que a operação de aquisição que gerou este lançamento se refere à Nota Fiscal nº 27.166, procedente do Estado do Ceará, correspondendo a um equipamento usado, tendo a referida saída sido amparada por não-incidência do ICMS, de acordo com a legislação tributária daquele Estado. Nesta situação, em conformidade com o disposto no art. 7º, inciso III, alínea “a” do RICMS/97, não é devido o pagamento do imposto, motivo pelo qual esta infração fica descaracterizada”.

Em virtude do órgão de 1º grau ter julgado improcedentes, os itens 2 e 7 do Auto de Infração em montante superior ao estabelecido na norma já transcrita do RPAF/99, foi devolvido à 2ª Instância administrativa, por determinação legal, o reexame daquela Decisão via Recurso de Ofício.

VOTO

Mantenho a Decisão da 1ª Instância. De fato, em relação à infração 2, restou demonstrado na Decisão “a quo”, que a operação de circulação de mercadorias se encontrava amparada pela redução da base de cálculo do ICMS, correspondente a 33,33%, prevista no art. 82, inc. III, do RICMS/97, envolvendo saídas internas de pedras britadas e de mão. Ocorre que o contribuinte ao emitir as notas fiscais de saídas não observou a redução a que tinha direito, procedendo à correção de seu erro por ocasião do lançamento dos documentos fiscais no livro Registro de Saídas e corrigindo, a seu favor, o cálculo do imposto. Portanto, esse equívoco não implicou em falta de recolhimento de tributo, ficando descaracterizada a imputação constante de Auto de Infração que atribuiu ao sujeito passivo o não recolhimento do imposto em função de divergências entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. Por outro lado, a alegação de que os destinatários das mercadorias poderiam apropriar créditos fiscais em

valor superior ao legalmente permitido não justifica a manutenção da acusação fiscal por duas razões;

- a) se de fato isso ocorreu, pois não foi provada pela fiscalização, a situação envolveria imputação autônoma, distinta da existente no Auto de Infração;
- b) os destinatários, em sua grande maioria, são pessoas jurídicas cujas atividades não se encontram contempladas com o direito de apropriação de créditos fiscais em relação à mercadoria objeto das operações lançadas no procedimento fiscal. Em decorrência, é correta a Decisão da Junta de Julgamento, podendo, todavia, a repartição fazendária competente proceder à renovação da ação fiscal objetivando verificar, nos destinatários, se houve apropriação indevida de crédito fiscal.

Quanto à infração nº 7, a fundamentação apresentada pelo julgador de 1º grau em seu voto é didática em revelar a improcedência da imposição fiscal. O lançamento se deveu à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, decorrente da aquisição de bens destinadas ao ativo imobilizado do contribuinte.

Conforme restou demonstrado nos autos, a cobrança se referiu à aquisição de um bem usado proveniente do ativo imobilizado do fornecedor, cuja nota fiscal fora emitida sem destaque do imposto, fato que os autuantes reconheceram na informação fiscal, sugerindo, inclusive, desconstituição da cobrança. A operação que gerou este lançamento se refere à Nota Fiscal nº 27.166, procedente do Estado do Ceará, correspondendo a um equipamento usado, tendo a referida saída se dado ao amparo da não-incidência do ICMS, de acordo com a legislação tributária daquele Estado. Aplicando ao caso o disposto no art. 7º, inciso III, alínea “a” do RICMS/97, não é devido o pagamento do imposto, motivo pelo qual esta infração não tem sustentação legal.

Diante do acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo inalterada a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110123.0080/05-7**, lavrado contra **PEDREIRAS PARAFUSO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$52.595,00**, acrescido das multas de 70% sobre R\$12.213,33 e 60% sobre R\$40.381,67, previstas nos incisos III, II, alíneas “f” e VII, “a” e “b”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

ALINE SOLANO DE SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS