

PROCESSO - A. I. N° 148714.0006/08-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - POLYSTAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS SINTÉTICOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4^a JJF n° 0121-04/09
ORIGEM - INFAS INDÚSTRIA
INTERNET - 29/07/2009

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0187-11/09

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIOR. INOCORRÊNCIA. Não há utilização a maior de crédito fiscal se, como na espécie, o contribuinte emitiu nota fiscal de entrada para repor o seu estoque em virtude de sinistro devidamente comprovado com as mercadorias saídas do estabelecimento. O lançamento a crédito do valor do imposto, nessa hipótese, é medida legítima e visa a anular o débito decorrente da saída anterior que não chegou ao destinatário dos bens comercializados. 2. CRÉDITO PRESUMIDO. PROGRAMA BAHIAPLAST. INEXISTÊNCIA DE UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Não obstante o contribuinte tenha deixado de discriminar em seu livro Registro de Apuração do ICMS o estorno do crédito presumido relativo a mercadorias devolvidas, ficou devidamente comprovado que o abatimento foi efetivamente realizado. Assim, até mesmo em homenagem ao primado da verdade real, não pode prosseguir a cobrança do valor efetivamente estornado. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Ficando comprovado que o diferencial de alíquotas inicialmente lançado não era devido em sua integralidade, seja porque algumas mercadorias adquiridas estavam sujeitas ao regime de substituição tributária com encerramento de fase na saída do remetente, seja porque se comprovou a ocorrência de equívoco por parte do emitente de alguns documentos fiscais, nenhuma censura merece a Decisão que proclama a procedência parcial da infração em comento. Mantida, na íntegra, a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso de Ofício tem por objeto a Decisão proferida pela 4^a JJF, que julgou Procedente em Parte este Auto de Infração, no qual o autuante apurou o cometimento das seguintes irregularidades pelo sujeito passivo:

INFRAÇÃO 1 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque do imposto a maior em documentos fiscais. Valor exigido de R\$5.898,31 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei n° 7.014/96;

INFRAÇÃO 2 - recolhimento a menos do imposto em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista no Programa Desenvolve. Valor exigido de R\$6.097,17 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 3 - utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS, previsto no Programa Bahiaplast, que após estornado constitui saldo do imposto a recolher. Valor exigido de R\$21.558,45 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 4 - falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Valor exigido de R\$41.027,19 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96;

Na Decisão submetida à revisão desta Câmara de Julgamento Fiscal, o Órgão de Primeiro Grau reduziu o valor inicialmente lançado nas infrações 1, 3 e 4, consoante fundamentação a seguir transcrita, *in verbis*:

“Conforme documentos de fls. 381 a 383, o autuado acata por completo a infração 02, parcialmente as infrações 01 e 03 e impugna a infração 04. Consoante demonstra o RELATÓRIO DE DÉBITO DO PAF, à fl. 480, houve pagamento de parte do quanto exigido no presente Auto de Infração.

No que se refere à infração 01, constato que as notas fiscais de nºs 47.770, 47.768, 47.831, 47.829, 47.832 e 47.830 foram emitidas a título de documentos de entrada para repor estoque, nos termos do art. 533, I do RICMS/BA, com o que concordou a autuante na informação fiscal. Assim, o débito à mesma referente deve ser reduzido de R\$ 5.898,31 para R\$ 1.618,02. Infração parcialmente elidida.

Com relação à infração 03, verifico que os valores relativos a outubro e novembro de 2006, referem-se a estornos de créditos presumidos nas devoluções sujeitas ao Programa de Incentivo Fiscal Bahiaplast, fato com o qual a autuante também concordou na informação fiscal. Desta forma, o valor exigido nesta infração deve ser reduzido de R\$ 21.558,45 para R\$ 14.403,47. Infração parcialmente elidida.

No tocante à infração 04, vide demonstrativo de débito abaixo, não procedem as argumentações da autuante e do autuado, relativas ao período de março de 2006, ao aduzirem que as mercadorias consignadas na Nota Fiscal nº 110.125 não são tributadas (formulários). Tais mercadorias são sujeitas à tributação, motivo pelo qual deve ser mantida a exigência de R\$ 366,32, referente a este mês. Quanto a junho deste mesmo ano, nada resta a ser cobrado, pois deve ser abatido o valor de R\$ 1.561,84, relativo às Notas Fiscais nºs 240.084, 241.119, 242.736, 243.656 e 245.011 (cimento). Conforme documentos de fls. 435 a 439, trata-se de operações de aquisições de cimento no Estado de Sergipe, que foi empregado na construção de galpões. Neste caso, as compras são destinadas ao uso por consumidor final, não cabendo a exigência do imposto por diferença de alíquotas. No tocante ao período de julho de 2006, entendo que devem ser elididas as cobranças relativas às Notas Fiscais de nºs 164.220, 165.056 e 165.058 (imposto no valor de R\$ 30.000,00), pois o contribuinte apresentou fartos elementos de prova do equívoco narrado na impugnação (cópias das notas fiscais, do livro Registro de Saídas de Mercadorias, do livro Registro de Entradas de Mercadorias e declaração do fornecedor DEMAG CRANES E COMPONENTES LTDA.). Restou comprovado que as mercadorias destinadas ao estabelecimento matriz foram simbolicamente devolvidas e refaturadas contra o estabelecimento filial, cujos documentos fiscais foram devidamente escriturados. Assim, o valor exigido neste mês deve ser reduzido de R\$37.613,36 para R\$ 613,36. Não foram apresentadas razões de impugnação relativas a outubro de 2006. Relativamente a novembro deste mesmo ano, deve ser afastada a exigência da quantia referente à Nota Fiscal nº 233.320, de novembro de 2006, no valor de R\$ 370,19, pois a mercadoria está sujeita ao regime de substituição tributária. Portanto, neste mês, nada resta a ser cobrado. Assim, de acordo com o quadro abaixo, o valor devido na infração fica reduzido de R\$ 41.027,19 para R\$ 2.236,04. Infração parcialmente elidida.”

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a 1ª JJF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

VOTO

A Decisão submetida à revisão desta Câmara de Julgamento Fiscal não merece reforma, consoante se observará da fundamentação a seguir expendida:

INFRAÇÃO 1: O contribuinte juntou aos autos cópias das Notas Fiscais nºs 47770, 47768, 47831, 47829, 47832 e 47830, por ele mesmo emitidas como forma de anulação do débito do imposto

lançado na saída, tendo em vista que as respectivas mercadorias foram alvo de sinistro. Trouxe, ainda, cópia do registro de entradas no qual foram consignados os referidos sinistros e lançado o crédito correspondente ao débito das anteriores saídas, bem como os certificados de vistoria e os recibos de indenização de sinistro (fls. 309/409). Assim, dúvidas não há de que o crédito utilizado pelo contribuinte é lícito e tinha por único intuito a anulação do débito do imposto decorrente da saída de mercadorias sinistradas, consoante estabelece o art. 533, I, “a”, item 2, do RICMS, devendo ser mantida a Decisão que propugnou pela exclusão dos valores relativos às indigitadas notas fiscais.

INFRAÇÃO 3: Asseverou a autuante, confirmando as alegações defensivas, que, conquanto o contribuinte não tenha discriminado o estorno do crédito presumido do programa BAHIAPLAST relativo às devoluções de mercadorias em seu Livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de outubro de 2006, houve um estorno efetivo de R\$4.423,79, já que tinha em tese direito a um crédito de R\$208.081,06 mas somente lançou em seu registro R\$203.657,27. Esses números encontram respaldo na cópia do Livro de Apuração do ICMS constante das fls. 423/428 e na planilha elaborada pelo contribuinte às fls. 429, devendo, portanto, ser mantida a redução do imposto lançado originariamente.

INFRAÇÃO 4: Esse item refere-se à cobrança de diferencial de alíquotas e a redução deu-se quanto aos meses de junho, julho e novembro de 2006, conforme se verá a seguir:

- a) Junho/2006: As operações relativas às Notas Fiscais nºs 240084, 241199, 242736, 243656 e 245011 (fls. 435 a 439) referem-se, todas elas, a aquisições de cimento (NBM 2523.29.10) oriundo da empresa Cimento Sergipe S/A, localizada na zona rural de Laranjeiras/SE. O imposto foi recolhido integralmente pelo remetente da mercadoria, mediante a aplicação da alíquota interna de 17%, consoante, aliás, determinam as cláusulas primeira e terceira do Protocolo ICM 11/85, ao qual aderiram os Estados da Bahia e de Sergipe.

O autuado somente poderia ser responsabilizado supletivamente pelo pagamento do tributo ou do diferencial de alíquotas, nos termos do art. 125, § 7º do RICMS.

Assim, tratando-se de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária com encerramento de fase de tributação na saída do estabelecimento remetente, não há diferencial de alíquota devido pelo contribuinte autuado. Na verdade, o imposto devido ao Estado de destino, no caso a Bahia, deve ser recolhido pela empresa Cimento Sergipe, consoante impõe a cláusula 5ª, do indigitado Protocolo, *in verbis*:

“O imposto retido pelo sujeito passivo por substituição deverá ser recolhido, até o décimo dia do mês subsequente ao da remessa da mercadoria, por meio da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE, em agência do banco oficial da unidade federada destinatária, ou na sua falta, em agência de qualquer banco oficial signatário do Convênio patrocinado pela Associação Brasileira dos Bancos Comerciais Estaduais - ASBACE, ou, ainda, na falta deste, em agência de banco credenciado pela unidade federada interessada”.

- b) Julho/2006: Ficou devidamente comprovado nos autos que houve equívoco da empresa Demag Cranes & Components Ltda. quando emitiu as Notas Fiscais nºs 164220, 165056 e 165058 (fls. 450/455), fazendo constar os dados do autuado como destinatário, quando o correto seria indicar os dados da filial. Para corrigir o erro, o autuado emitiu Notas Fiscais de Devolução de compras do ativo imobilizado (nºs 46461, 46462 e 46463) e a remetente das mercadorias, empresa Demag Cranes, nova Nota Fiscal (nº 166173) contendo todos os materiais indicados nos três documentos anteriores, desta vez indicando corretamente o estabelecimento filial como respectivo destinatário (fls. 459/460). Frise-se que todas essas ocorrências encontram-se registradas nos livros próprios (registros de saídas e de entradas - fls. 466/471), além de haver nos autos declaração firmada pela empresa remetente (Demag) confirmado a versão dos fatos narrada pelo autuado.

Assim, não há falar em cobrança de diferencial de alíquotas referente a estas operações.

c) Novembro/2006: A mercadoria comercializada através da Nota Fiscal nº 233320 (fls. 434) consiste em lubrificante e, em virtude disso, está sujeita ao regime de substituição tributária preconizado no Convênio ICMS 03/99, com encerramento de fase na saída do estabelecimento remetente. Logo, não se pode pretender cobrar diferencial de alíquotas.

Da mesma forma como se disse com relação ao mês de junho/2006, a responsabilidade do autuado, aqui, é exclusivamente supletiva (art. 125, § 7º, RICMS).

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 148714.0006/08-3, lavrado contra **POLYSTAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS SINTÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.624,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

ANGELY MARIA GUIMARÃES FEITOS - REPR. DA PGE/PROFIS