

PROCESSO	- A. I. N° 269353.0007/08-7
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- DUDEK COMÉRCIO, DISTRIBUIÇÃO, REPRESENTAÇÃO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE MATERIAIS MÉDICO-HOSPITALARES LTDA. (DUDEK PRODUTOS MÉDICOS LTDA.)
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0209-02/09
ORIGEM	- INFRAZ ATACADO
INTERNET	- 02/10/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0253-11/09

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO E NÃO INCIDÊNCIA. Reduzido o débito por restar comprovado inclusão indevida de notas fiscais no levantamento fiscal. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. Reduzido o débito por restar comprovado inclusão indevida de notas fiscais no levantamento fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 2ª JJF após julgamento pela Procedência em Parte do Auto de Infração acima epigrafado, através do Acórdão JJF nº 0209-02/09. O Auto de Infração foi lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento de 08 infrações, sendo objeto deste Recurso as relacionadas nos itens 02 e 06 da autuação, abaixo descritas:

2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$ 26.121,59, referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com não-incidência do imposto, nos meses de janeiro, agosto e dezembro de 2003, janeiro, abril, junho, agosto e setembro de 2004, conforme demonstrativo e documentos às fls.16/17 e 94/475 e,
6. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 132.519,75, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos exercícios de 2003 e 2004, conforme demonstrativo e documentos às fls.21 a 66 e 94 a 475.

O Relator de Primeira Instância inicialmente informou que das 08 infrações imputadas, as descritas nos itens 1, 3, 4, 5, 7 e 8, foram integralmente reconhecidas, e as descritas nos itens 2 e 6 foram reconhecidas apenas parcialmente, tendo sido objeto de parcelamento o valor reconhecido, no montante de R\$154.488,92.

Consigna o Relator da JJF que da análise das provas apresentadas pela defesa às fls.542 a 547 quanto à infração 2 - apropriação indevida de créditos fiscais de mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto – verifica-se que as Notas Fiscais nºs 12847, 13011 e 14333, se referem a empréstimo de instrumental cirúrgico. Aduziu que em que pese o creditamento indevido do valor do ICMS destacado nas mesmas, as Notas Fiscais nºs 8509, 8493 e 9151, comprovam que o imposto, por ocasião da devolução, foi devidamente destacado e lançado nos livros fiscais, dentro do próprio mês, com exceção da Nota Fiscal nº 12.847, porém entende razoável que também seja admitido o crédito, ao contrário do que entendeu autuante, que não acolheu o argumento defensivo. Elabora em seu voto quadro resumo dos valores que entendem devam ser excluídos da exigência fiscal, no montante de R\$8.959,98, julgando, assim, Procedente em Parte o item 2 da autuação.

Em relação ao item 6 – operações tributadas como não tributadas – consignou a JJF que considerando que restou comprovado que as Notas Fiscais nºs 8916, 8891, 8793, 8700 e 8808 dizem respeito à operação de faturamento de consignação de mercadorias, conforme documentos de fls. 532, 534, 536, 539, 540, as quais foram enviadas através das Notas Fiscais nºs 8705, 8739, 8766, 8661 e 8699 - fls. 533, 535, 537, 538 - respectivamente, e o imposto foi devidamente destacado nas mesmas, deve ser deduzido da exigência fiscal o total de R\$ 19.388,50, julgando, assim, também Procedente em Parte este item, remanescendo como devido o valor de R\$ 113.131,25, conforme demonstrativo de débito elaborado pelo Relator, como parte integrante do seu voto, ao tempo que no final do voto recomenda a homologação dos valores que foram objeto de parcelamento pelo sujeito passivo.

Diante da desoneração representada pelo julgamento pela procedência da autuação, a JJF recorre de ofício da sua Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

VOTO

Da análise dos autos e da Decisão recorrida, entendemos não merecer reparos o Julgado de Primeira Instância, embora com fundamentação diversa quanto à infração descrita no item 2 da autuação.

Assim, em relação à infração descrita no item 2 da autuação – que imputa ao recorrido a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS oriundo de operações não tributadas – em verdade verificamos que as notas fiscais que ampararam o ingresso das mercadorias no estabelecimento autuado foram emitidas com o devido destaque do ICMS, como se vê das suas cópias acostadas pelo recorrido as fls. 542, 544 e 546. Assim, nada obsta o lançamento a crédito em sua escrita fiscal levado a efeito pelo recorrido, até porque a figura do “emprestimo de mercadorias” não encontra amparo na legislação do ICMS, alem do que não consta dos referidos documentos qualquer menção a esta figura. Frise-se que o CFOP utilizado foi o CFOP 6949, que se refere a “Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado”, classificando-se neste código as outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido especificados nos demais códigos fiscais de operações ou prestações.

De qualquer forma, comprovou-se o efetivo retorno das mercadorias nelas constantes, através das Notas Fiscais nºs 8509, 8493 e 9151, acostadas pelo recorrido as fls. 543, 545 e 547, e onde constam o débito do imposto com a mesma base de cálculo e alíquotas recebidas, tendo como natureza da operação o CFOP 6913 – Retorno de Mercadoria recebida em Demonstração. Assim, entendemos que a acusação fiscal não restou comprovada, tendo o contribuinte procedido corretamente ao se creditar do imposto que foi devidamente destacado pelo remetente das mercadorias e ao retorná-las efetuou o destaque do ICMS com a mesma base de cálculo e alíquotas recebidas.

No pertinente a infração descrita no item 6 – que imputa ao recorrido a realização de operação tributada como se fosse isenta, restou de fato comprovado que, em relação às Notas Fiscais de Venda por este emitidas, de nºs 8916, 8891, 8793, 8700 e 8808, o contribuinte informou nas mesmas o CFOP equivocado para a operação, pois se tratava de vendas de mercadorias anteriormente remetidas em consignação – CFOP 5114 - tendo sido equivocadamente utilizado nos referidos documentos fiscais o CFOP 5102 – que se refere a venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros - alem do que, nos documentos fiscais em tela, consta no campo “Informações Adicionais” a referência às Notas Fiscais de Remessa em Consignação de nºs 8705, 8739, 8766, 8661 e 8699 – acostadas às fls.533, 535, 537 e 538 dos autos, devidamente lançadas no livro Registro de Saídas, com o destaque do imposto incidente. Registre-se que o próprio autuante, em sua informação fiscal de fls. 551 e 552, acatou o argumento defensivo.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida, devendo ser homologados os valores recolhidos através do parcelamento requerido pelo sujeito passivo.

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 269353.0007/08-7, lavrado contra **DU-DER COMÉRCIO, DISTRIBUIÇÃO, REPRESENTAÇÃO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE MATERIAIS MÉDICO-HOSPITALARES LTDA. (DUDER PRODUTOS MÉDICOS LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$127.012,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$27.475,85**, previstas nos incisos IX e XI do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos pelo contribuinte através do parcelamento de débito à fl. 517 a 521.

Sala das Sessões do CONSEF, em 08 de setembro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS