

PROCESSO - A. I. N° 269193.0129/08-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SUSTARE DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2^a JJF nº 0207/02-09
ORIGEM - INFAS CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - 22/12/2009

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0389-12/09

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA INTEGRAR O ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. Foi excluído o valor da exigência tributária relativo ao bem objeto de arrendamento mercantil. Infração parcialmente subsistente. 2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Efetuados os ajustes necessários, infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 2^a Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão exarada no Acórdão JJF nº 0207-02/09, que julgou Procedente em Parte os itens 2 e 3 do Auto de Infração, lavrado em 30/06/2008, pelo cometimento das seguintes infrações

INFRAÇÃO 2 – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 39.629,93, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 3 – omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa. ICMS no valor de 106.830,33, com multa de 70%;

O autuado, em sua defesa (fls. 188/192), argumentou ser o Auto de Infração nulo. Em relação às infrações motivadores do presente Recurso de Ofício, asseverou que de fato existiam algumas diferenças de alíquotas a recolher, referentes às Notas Fiscais nºs 159893, 112892, 112891, 120550 e 120549, concernentes ao ano de 2007 e as Notas Fiscais nºs 193022, 193023, 21666, 93475, 93476 e 93477, relativas ao ano de 2006. Entretanto o autuante havia se equivocado ao cobrar ICMS referente *“Diferencial de Alíquotas em relação à Nota Fiscal nº 350930 no valor de R\$ 320.000,00, pois tal aquisição de imobilizado foi efetuada através de arrendamento mercantil, conforme Nota Fiscal e Boletos de Pagamentos e documentos dos Veículos onde comprovam que os mesmos estão alienados (Anexo II),”* o que descharacteriza a cobrança exigida.

Quanto à infração 3, afirmou que, em 03/2007 foi efetuado empréstimo bancário no valor de R\$52.000,00, conforme, extrato bancário e seu livro Diário na página 30 (Anexo III) gerando assim suprimento de caixa no referido mês, não considerado pelo autuante. No mês 04/2007, solicitou que se atentasse para o fato de que a Nota Fiscal nº 155117, no valor de R\$27.789,24, registrada no livro Registro de Entradas de Mercadorias (em Anexo) foi equivocadamente considerada como não lançada na composição do livro Caixa do mês 04/2007 no valor de R\$ 32.812,00, sendo

novamente lançada nesta composição do livro Caixa do mês 04/2007. Diante de tais argumentos, asseverou não ter havido “estouro de caixa” nos meses de março e abril de 2007, como demonstrado em planilha que elaborou (Anexo III).

Disse que no mês 09/2007 foi considerada a aquisição de imobilizado no valor de R\$ 123.000,00, referente à Nota Fiscal nº 239943 como “a vista”, acarretando saldo credor de caixa. No entanto, como poderia ser observado na própria nota fiscal, tal aquisição de imobilizado foi objeto de arrendamento mercantil, não podendo ser considerada como aquisição a vista (Anexo III). Assegurou que no mês 10/2007 com a correção devida no mês 09/2007, não existia “estouro de caixa”, em virtude de haver saldo inicial decorrente do mês anterior (09/2007), dando respaldo para todas as suas despesas.

Arguiu que, em 11/2007, mais uma vez foi considerada pelo fisco a aquisição de imobilizado provenientes de arrendamento mercantil no valor de R\$320.000,00 referente à Nota Fiscal nº 350920, como a vista, acarretando em um saldo credor de caixa no referido mês no valor de R\$351.301,23. Com a sua exclusão, pois bem adquirido através de Leasing, não existia saldo credor de caixa.

Em referência ao mês de 12/2007, mais uma vez foram lançadas equivocadamente aquisições de imobilizado no valor de R\$ 653.950,00 como “a vista”. As notas fiscais lançadas no Livro Registro de Entrada, foram todas objeto de parcelamentos, sendo, então, consideradas como “a prazo” e não a vista. Pediu atenção ao fato das Notas Fiscais nºs 37919, 105027 e 105198 se referem ao exercício de 2006 e foram lançadas contabilmente no seu referido ano, sendo lançado no Livro Registro de Entrada do ano calendário de 2007 somente para atender à legislação estadual e não ser penalizado com a aplicação de multa por não estarem registradas no referido livro (Anexo III).

Solicitou a procedência parcial da autuação.

Na sua informação fiscal (fls. 261/262) o autuante, em relação à infração 2, observou, preliminarmente, que o contribuinte reconheceu correta a exigência da diferença de alíquota em relação às mercadorias constantes das Notas Fiscais nºs 159893, 112892, 112891, 120550 e 120549, concorrentes ao ano de 2007 e as Notas Fiscais nºs 193022, 193023, 21666, 93475, 93476 e 93477, relativas ao ano de 2006. Em relação à impugnação da Nota Fiscal nº 350930, disse que, em uma operação de “leasing”, o bem é faturado contra a empresa que promoverá o arrendamento mercantil. Porém, o que se via, por exemplo, no documento fiscal à fl. 251, anexado pelo contribuinte na defesa da infração 3, este fato não ocorreu. A nota fiscal foi faturada contra a SUSTARE (ver fl. 32) e, como tal, passou a integrar seu ativo imobilizado, mesmo que, posteriormente, tal bem tenha sido objeto de alguma modalidade de financiamento.

Quanto à infração 3, afirmou que o empréstimo de R\$ 52.000,00 não constava do Livro Caixa do contribuinte (fl. 51 do PAF). Contudo, como este valor foi comprovado, o excluía da autuação. Mesma situação para os valores de R\$32.812,00, referente a Nota Fiscal nº 155117, efetivamente lançada no livro Registro de Entradas, e de R\$ 123.000,00, referente a Nota Fiscal nº 239943.

Quanto ao valor de R\$ 320.000,00, referente à Nota Fiscal nº 350930 (e não 350920, como dito na defesa), apesar de ter sido faturada contra o contribuinte, como narrado no item anterior, reconheceu o financiamento posterior, no valor parcial de R\$ 256.000,00 (fl. 233 do PAF).

Em relação às compras do mês 12/07, informou: 1) o contribuinte foi intimado a apresentar as duplicatas das eventuais compras “a prazo” (fl. 12 do PAF); não apresentou à época nem trouxe ao processo, não havendo como se comprovar que tais compras se deram “a prazo” (nem em qual prazo); 2) quanto às notas fiscais de 2006, apropriadas pelo contribuinte em 12/1/2007, se tais lançamentos tivessem ocorrido em 2006, o saldo inicial do caixa em 2007 teria sido menor e o “estouro” teria sido antecipado.

Entendeu que o valor total do Auto de Infração deveria ser reduzido para R\$367.272,34.

A 2^a JJF na Decisão prolatada, preliminarmente, rejeitou as nulidades argüidas pelo autuado, uma vez que: *a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa; foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal.*

Quanto ao mérito das infrações pertinentes ao presente Recurso, foi emitida a seguinte Decisão:

“.....

Em relação à infração 02, o autuado reconhece as diferenças de alíquotas devida, referentes às Notas Fiscais 159893/112892/112891/120550/120549, concernentes ao ano de 2007 e as Notas Fiscais 193022/193023/21666/93475/93476/93477, relativas ao ano de 2006, conforme demonstrativo levantado pela Autuante.

Verifico, contudo, que o sujeito passivo se insurge quanto à exigência do “Diferencial de Alíquotas” em pertinente a Nota Fiscal nº 350930 no valor de R\$ 320.000,00 (Trezentos e Vinte Mil Reais) sob a alegação de que tal aquisição foi efetuada através de arrendamento mercantil.

Cabe observar que a Nota Fiscal em questão, os Boletos de Pagamentos e documento do Veículo, que constam como proprietário o Banco Safra, às fl. 234 a 241, comprovam que, efetivamente, se trata de um arrendamento mercantil.

Destaco que, no caso do ICMS, a Lei Complementar nº 87/96, dentre as hipóteses de não-incidência destaca-se a do inciso VIII, in verbis:

“Art. 3º O imposto não incide sobre:

....

VIII – operações de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário.’

Já o RICMS/Ba, deixa claro que ocorre a não-incidência do ICMS de diferença de alíquotas especificamente nas operações de arrendamento mercantil, ou seja, não é devida a diferença de alíquota nas aquisições de bens ou material pela arrendadora ou arrendatária, tratando-se de arrendamento mercantil, conforme preceitua o artigo 6º, inciso XIV e 7º, inciso II, combinado o parágrafo 6º do art. 563, seguir transcritos:

Art. 6º O ICMS não incide nas seguintes situações:

.....

XIV - saída ou fornecimento:

a) de bem de uso em decorrência de contrato de comodato (emprestimo), locação ou arrendamento mercantil (“leasing”), bem como o respectivo retorno (art. 563);

XV - operação de arrendamento mercantil;

.....

Art. 7º Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas:

I - nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuadas por prestador de serviço para emprego ou aplicação, como insumos, na prestação de serviços de qualquer natureza, inclusive quando se tratar de estabelecimento que desenvolva atividades mistas;

....

II - nas aquisições de bens ou materiais pela arrendadora ou pela arrendatária, tratando-se de arrendamento mercantil, nas hipóteses do § 6º do art. 563;

III - se a operação de remessa for realizada com:

a) não-incidência do imposto; ou

b) isenção decorrente de convênio;

....

IV - nas aquisições de bens do ativo permanente, a partir de 01/11/96, e de bens de uso e materiais de consumo, a partir de 01/01/2011, efetuadas por (Lei Complementar nº 87/96):
....

Art. 563. Não incide o ICMS nas saídas de bens integrados ao ativo permanente do estabelecimento da empresa arrendadora, quando decorrentes de contrato de arrendamento mercantil ("leasing"), bem como nos retornos dos mesmos ao estabelecimento de origem.

.....
§ 6º Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas nas entradas de bens ou materiais:

I - em estabelecimento da instituição que se dedique à prática de arrendamento mercantil, na condição de arrendadora;

II - em estabelecimento de empresa arrendatária, em decorrência de contrato de arrendamento mercantil.

.....
Diante do exposto, considero que o bem, em questão, foi alvo do arrendamento mercantil, alegado pelo autuante, não cabendo a exigência relativa à diferença de alíquota, hora reclamada.

A única modificação no demonstrativo de débito do Auto de Infração, além do total do débito, é a exclusão da cobrança do ICMS relativa à data de ocorrência de 31/11/2007, que originalmente constava R\$ 16.000,00, concernente à indevida cobrança da diferença de alíquota, atinente à nota fiscal nº 350930.

Assim, a infração 02, que totalizava a exigência de R\$ 39.629,93, conforme o demonstrativo de débito do Auto de Infração passa constar o valor do ICMS devido de R\$ 23.629,93.

Quanto à infração 03, foi acolhido o empréstimo de R\$ 52.000,00, conforme, extrato bancário e escrituração contábil no seu Livro Diário apresentado pelo autuado, mês 03/07, considerado nos ajustes efetuados pelo autuante. Ficou constatado, quanto ao valor de R\$ 32.812,00, referente à N.F. 155117, que efetivamente foi lançada no livro Registro de Entradas, demonstrado pelo autuado e reconhecido pelo autuante, relativo ao mês 04/2007.

Quanto ao valor de R\$ 123.000,00, referente à N.F. 239943, mês 09/07 que o autuante considerou aquisição de Imobilizado no valor de R\$ 123.000,00 (Cento e Vinte e Três Mil Reais) referente Nota Fiscal 239943, indevidamente como a vista, bem como o valor de R\$ 320.000,00, mês 11/07, referente à N.F. 350930 (e não 350920 como anota o autuante), o mesmo reconhece como financiamento, bem como esse relator como arrendamento mercantil, devidamente excluídos da exigência.

No que se refere às compras do mês 12/07, alegadas pelo impugnante, procedem os argumentos do autuante de que o contribuinte foi intimado a apresentar as duplicatas das eventuais compras a prazo (fl. 12 do PAF); não apresentou à época nem as trouxe na presente impugnação, não havendo como se comprovar que tais compras se deram a prazo (nem em qual o prazo).

Quanto, às N.Fiscais números 37919/105027/105198, de 2006, lançadas pelo contribuinte em 12/2007, ficou demonstrado que os lançamentos não ocorrido em 2006, se fosse feito o lançamento como o autuado alega o saldo inicial do caixa em 2007 teria sido menor e o saldo credor de caixa teria sido, inclusive, antecipado. Ficaram mantidos os pagamentos, como lançados."

Como a infração 1 foi mantida e não houve contestação em relação às infrações 4 e 5, o Auto de Infração foi mantido parcialmente no valor de R\$351.272,34.

A 2ª JJF recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida de 1ª Instância julgado procedente em parte as infrações 2 e 3 do presente processo.

As infrações ora em lide tratam da exigência do ICMS pela falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento (infração 2) e da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa (Infração 3).

Não merece reparo a Decisão recorrida.

Provado, em relação à infração 2 que a aquisição do bem, objeto da Nota Fiscal nº 350930, no valor de R\$320.000,00, foi efetuada através de arrendamento mercantil. Neste caso, como bem posicionou a JJF, não cabe a cobrança da diferença de alíquota, com base nas determinações do art. 3º, VIII, da Lei Complementar nº 87/97, bem como aquelas emanadas do art. 6º, XIV e art. 7º, II combinados com o parágrafo 6º do art. 563, todos do RICMS/BA (Decreto nº 6.284/97)

Quanto à infração 3, diante dos argumentos e provas trazidas pela defesa, a Decisão recorrida acolheu a análise feita pelo autuante que recompôs o caixa elaborado com o acolhimento do empréstimo efetuado e das aquisições através de arrendamento mercantil, não sendo considerados os demais argumentos, pois desprovidos de provas, como se constatada ao compulsar os autos.

Em assim sendo, comungando com o entendimento expendido pela 2ª JJF, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser mantida integralmente a Decisão recorrida.

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 **269193.0129/08-6**, lavrado contra **SUSTARE DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$339.406,42**, acrescido das multas de 60% sobre R\$264.036,45 e 70% sobre R\$75.369,97, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “f”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$11.865,92**, previstas nos incisos IX e XI, do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei 9.837/05.

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS