

PROCESSO - A. I. Nº 232882.0005/09-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - VIVO S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0140-03/10
ORIGEM - IFEP SERVIÇO
INTERNET - 24/09/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0303-12/10

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ATIVO PERMANENTE. BENS COM MENOS DE UM ANO DE USO. O autuado deu saída dos bens sem comprovação de seu retorno ao estabelecimento, assim como, da data de aquisição. Restou comprovada a regularidade de parte das operações. 2. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE RETORNO DE BENS ENVIADOS PARA CONserto. Caracterizada a desincorporação dos bens. Imputações parcialmente elididas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0140-03/10, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, § 2º, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 16/06/2009, diz respeito as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte efetuou remessa de bens para conserto e demonstração e não comprovou o seu retorno, caracterizando-se a desincorporação. Exercício de 2004 - meses de janeiro a dezembro. Demonstrativos às fls. 8 e 11/15. ICMS no valor de R\$155.200,83.

INFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento de ICMS em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte efetuou remessa de bens para conserto e demonstração e não comprovou o seu retorno, caracterizando-se a desincorporação. Exercício de 2004 - meses de janeiro a dezembro. Demonstrativos às fls. 10 e 16/20. ICMS no valor de R\$7.964,53.

O autuado na sua impugnação ao lançamento fiscal (fls. 293/298), após indicar as infrações a ele imputadas, afirma que a pretensão fiscal não merece prosperar, pois todas as operações autuadas se encontravam lastreadas por notas fiscais de retorno, portanto não se configurando a desincorporação e, conseqüentemente, afirma inexistir fato gerador de ICMS. Entende de que se houvesse a suposta desincorporação, sem o devido pagamento do imposto, geraria saldo a pagar de ICMS e acarretaria o uso indevido de créditos de ICMS. E, a título de exemplo para consubstanciar sua argumentação, elabora tabela para demonstrar o retorno de diversas mercadorias, entre elas, as Notas Fiscais de nºs 20746, 136667, 136668, 136669, 20836, 20940, 20972, 20995, 21001, 21048, 21152, 21203, 21213, 21217, 21291, 21304 e 21262. Solicita, em seguida, a concessão do prazo de 30 dias para diligenciar junto aos seus fornecedores e apresentar a totalidade dos documentos fiscais comprovantes dos retornos das mercadorias. Conclui pedindo pelo cancelamento do Auto de Infração e junta documentos às fls. 299/35

Os autuantes prestam informação quando acatam parcialmente as razões de defesa, pois entendem que nem todas as operações comerciais realizadas se encontravam lastreadas por notas fiscais de retorno (fls. 364/366).

Informam que, em 04/03/2009 o autuado foi intimado a apresentar à fiscalização as notas fiscais de retornos dos bens enviados para consertos. Posteriormente, nova intimação foi feita nos mesmos termos da anterior (fls. 21/41) e, até a data da lavratura do Auto de Infração, o contribuinte não havia comprovado o retorno dos bens consignados nas notas fiscais relacionadas no anexo III do Auto de Infração (fls. 11/15), base para composição do valor lançado de ofício. Observam de que a fiscalização foi efetuada com base nos dados dos livros Registro de Entrada e da documentação apresentada pelo autuado durante o processo de fiscalização.

Quanto às cópias das notas fiscais apresentadas, observam de que elas, em quantidade de 28, não correspondem ao total dos documentos que lastrearam a autuação. Afora terem encontrado algumas divergências, em relação ao produto da Nota Fiscal de nº 515289 que não consta na Nota Fiscal de Remessa nº 20940. Na Nota Fiscal de nº 000822 constam 5 unidades no valor total de R\$25.000,00, enquanto que na Nota Fiscal de Remessa nº 21291 constam apenas 4 unidades no valor total de R\$20.000,00.

Após tais colocações, sugerem que o valor do Auto de Infração seja reduzido em R\$28.876,36, passando do valor originalmente lançado de R\$163.165,36 para o montante de R\$134.289,00. Juntam novos demonstrativos fiscais às fls. 367/374.

A 3ª JJF converteu os autos em diligências (fls. 380/381) objetivando que os autuantes informassem se na data da saída dos bens para conserto e demonstração eles já tinham mais de um ano de uso. Caso afirmativo, elaborassem demonstrativos separados para os bens com mais de um ano de uso, e para os bens com menos de um ano de uso. Também foi solicitado que a Inspetoria entregasse ao autuado cópia das fls. 364/374, com os novos documentos acostados ao processo pelos prepostos fiscais. Foi reaberto prazo de 30 dias para que o autuado acostasse ao PAF os documentos que lastrearam suas alegações defensivas.

Os autuantes em informação (fls. 383/384) afirmam que, em 27/04/2009 apresentaram ao contribuinte Termo de Intimação (fl. 21) solicitando documentos fiscais que comprovassem as datas de entradas dos bens e mercadorias enviados para conserto sem os devidos retornos. E, como até a lavratura do Auto de Infração os documentos não foram apresentados, consideraram todos os bens enviados para conserto sem os devidos retornos com menos de um ano de uso, o que levou à cobrança no valor de R\$7.964,53, constantes da Infração 2 do PAF.

Em manifestação, a empresa concorda com a redução do débito realizada pelos fiscais autuantes (fls. 389/390). Solicita a homologação da redução proposta pela fiscalização, bem como que também seja reconhecida a existência de retorno de todas as mercadorias envolvidas no presente Auto de Infração.

Em nova manifestação (fl. 393), os autuantes dizem que nada mais têm a acrescentar e que o contribuinte não apresentou nenhum fato novo em sua manifestação.

A 3ª JJF prolatou a seguinte Decisão:

O Auto de Infração trata das duas imputações constantes no Relatório que antecede este voto.

As imputações trazem como cerne a falta de retorno de mercadorias adquiridas para integrarem o ativo permanente da empresa, e de bens, enviados para demonstração, e para conserto, sem a comprovação de seu retorno, caracterizando-se a sua desincorporação.

Na primeira imputação o Fisco exige o ICMS relativo ao uso indevido de crédito fiscal referente à aquisição das mencionadas mercadorias adquiridas para integrarem o ativo permanente, nos quais deu saída e na segunda imputação exige imposto porque o contribuinte não comprovou estabelecimento.

O contribuinte, em sua impugnação, comprova o retorno de parte dos bens, elidindo parcialmente as imputações, o que leva o Fisco a elaborar novos demonstrativos do levantamento fiscal, às fls. 367 a 374, reduzindo de R\$163.165,36 para R\$134.289,00 o débito total de ICMS originalmente lançado de ofício, redução com a qual concorda o contribuinte, embora persistindo na alegação de que também teriam retornado todos os demais bens a que deu saída sem, contudo, apresentar novas provas.

O contribuinte pediu prazo para apresentar as demais notas fiscais que comprovariam o retorno da totalidade dos bens objeto da autuação, e este prazo de trinta dias foi-lhe concedido por determinação desta 3ª JF, conforme Diligência de fls. 380 e 381. Contudo, dentro deste novo prazo concedido, e até à data desta sessão de julgamento, o autuado continua sem apresentar comprovante de retorno dos bens objeto das demais operações.

Ainda no curso do procedimento fiscal, antes da lavratura do presente Auto de Infração, os autuantes intimaram o contribuinte (fl. 21) para que apresentasse os documentos que comprovariam o decurso de mais de um ano - contados a partir data de aquisição dos bens destinados a seu ativo imobilizado - quando da saída dos bens que não retornaram ao estabelecimento, e o contribuinte não comprovou tais datas de aquisição, não restando ao Fisco outra alternativa que não a de considerar que a aquisição dera-se há menos de um ano de uso, quando das operações de saídas promovidas pelo contribuinte.

Assim, em relação à infração 01, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, às quais o contribuinte deu saída sem comprovação de retorno ao estabelecimento, e também não comprovou a data de aquisição, foi infringido o disposto no artigo 97, inciso XII, alínea "b", do RICMS/BA.

art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

XII - quando se tratar de entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, e respectivo serviço de transporte, ocorridas a partir de 1º/1/2001, em relação (Lei nº 7710/00):

a) à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas, sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período;

b) à fração que corresponderia ao restante do quadriênio, na hipótese de alienação dos bens do ativo permanente, antes de decorrido o prazo de quatro anos contado da data de sua aquisição.

Contudo, tendo o contribuinte comprovado a regularidade de parte das operações que foram objeto da imputação 01, fica a mesma procedente em parte, reduzindo-se de R\$155.200,83 para R\$127.631,57 o débito originalmente lançado no Auto de Infração, conforme novos demonstrativos fiscais de fl. 367 (sintético) e de fls. 369 a 371 (analítico), dos quais foi dada ciência ao autuado, sem que o mesmo trouxesse novas provas a este processo.

Quanto à infração 02, falta de recolhimento de ICMS em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno constando, na descrição dos fatos, que o contribuinte efetuou remessa de bens para conserto e demonstração e não comprovou o seu retorno, caracterizando-se a desincorporação, persiste a irregularidade em relação a parte das operações objeto da ação fiscal.

Assim, uma vez que o contribuinte não comprovou o retorno de parte de tais bens, e não recolheu o ICMS decorrente destas operações de saídas que promoveu, é devido o ICMS no montante R\$6.657,41, conforme novos demonstrativos fiscais de fl. 368 (sintético) e de fls. 372 a 374 (analítico), dos quais foi dada ciência ao autuado, igualmente sem que o mesmo trouxesse novas provas a este processo.

Por tudo quanto exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração no montante de R\$134.288,98 conforme demonstrativos fiscais de fls. 367 e 368.

A 3ª JF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Em 14/7/2010 a empresa atravessa petição informando que desistiu da discussão travada no presente processo administrativo fiscal, recolhendo o valor do imposto como exigido através da Decisão proferida pela 3ª JF em relação às infrações 1 e 2 usando do benefício que lhe concedeu a Lei nº 11.908/2010. Entende que na situação, a obrigação tributária restava integralmente cumprida e extinto o crédito tributário. Dessa forma, o processo deveria ser cópias dos DAE's de pagamento do imposto (fls. 443/446).

VOTO

Como o sujeito passivo tributário atravessou petição na qual solicita a extinção, e arquivamento, do presente processo por ter recolhido o imposto como decidido pela JJF, entendo que devo me pronunciar a respeito deste assunto.

No caso presente, o RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) no seu art. 169, I, “a” determina que cabe Recurso de ofício para as Câmaras de Julgamento do CONSEF, com efeito suspensivo, as decisões prolatadas pelas Juntas de Julgamento Fiscal (JJF) quando a Decisão, por unanimidade, for total ou parcialmente favorável ao sujeito passivo, se o montante do débito exonerado pela referida Decisão for superior a R\$50.000,00. Ou seja, a Decisão de 1º Grau, sendo constatada a situação ora descrita, não é definitiva, podendo ser reformada, ou não, pela 2ª Instância deste Colegiado.

Em assim sendo, o fato de o contribuinte ter recolhido o imposto, conforme decidido em 1ª Instância deste CONSEF, não pode ser óbice para a apreciação do Recurso de Ofício interposto e qual passo a decidir.

O lançamento fiscal trata da falta de retorno de mercadorias adquiridas para integrarem o ativo permanente da empresa de bens enviados para demonstração, e para conserto, sem a comprovação de seu retorno, caracterizando-se a sua desincorporação.

Não merece reparo a Decisão recorrida. Resta provado, nos autos, que parte dos bens autuados que saíram do estabelecimento do contribuinte a título precário retornaram. Este fato foi analisado pelos próprios autuantes diante de toda a documentação apresentada pela empresa. Os fiscais apresentaram novo demonstrativo de débito (fls. 367/374) sugerindo que o valor do Auto de Infração fosse reduzido em R\$28.876,36, passando do valor originalmente lançado de R\$163.165,36 para o montante de R\$134.289,00. Esta posição foi aceita pela JJF, pois a desoneração da exigência do imposto teve por base provas de ordem puramente material.

O contribuinte acatou os valores do ICMS decidido pela JJF e recolheu o débito utilizando-se do benefício que lhe concedeu a Lei nº 11.908/10.

Em assim sendo, comungando com o entendimento expendido pela 3ª JJF, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO da Decisão recorrida, a mantendo em sua totalidade. Solicita-se ao Órgão Competente desta Secretaria de Fazenda a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

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 232882.0005/09-6, lavrado contra **VIVO S.A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$134.288,98**, acrescido das multas no percentual de 60%, previstas no art. 42, II, alíneas “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologada a quantia já paga.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI