

PROCESSO - A. I. Nº 148714.0017/09-3
RECORRENTE - MITTI ANDAIMES E EQUIPAMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0346-03/10
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 27/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0359-11/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. APROPRIAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO LEGALMENTE PERMITIDO. **b)** DESTAQUE A MAIS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infrações reconhecidas. 2. DIFERIMENTO. RECEBIMENTOS DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. O valor lançado representa o imposto correspondente às operações com refeições fornecidas por restaurante a empregados, ou a prestadores de serviço, do sujeito passivo. Não comprovada a entrada, nem o recebimento a qualquer título, de refeições para alimentação de empregados, pelo autuado, por conseguinte não tendo ocorrido em seu estabelecimento o fato que encerra a fase de diferimento tendo o estabelecimento como responsável tributário. Imputação insubsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. É devida a imposição das multas de 10% e 1%, respectivamente, sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Comprovado que se tratava de mercadorias não tributáveis. Modificada a penalidade aplicada. Imputação parcialmente elidida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0346-03/10), que concluiu pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, através do qual foram atribuídas ao sujeito passivo cinco irregularidades distintas, sendo objeto da irresignação apenas as infrações 4 e 5, a seguir descritas:

INFRAÇÃO 4. Entrada, no estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal, de mercadorias não sujeitas à tributação, com aplicação da multa no percentual de 1% sobre seu valor comercial. Período de fevereiro a dezembro/2004. Demonstrativo às fls. 101 e 102. Notas Fiscais às fls. 103 a 121. Multa no valor total de R\$1.282,09.

INFRAÇÃO 5. Entrada, no estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal, de mercadorias sujeitas à tributação, com aplicação da multa no percentual de 10% sobre seu valor comercial. Período de novembro/2004 a janeiro/2005. Demonstrativo à fl. 122. Notas Fiscais às fls. 123 a 131. Multa no valor total de R\$9.000,00.

A Junta assim decidiu a lide administrativa posta à sua apreciação, no que concerne às referidas infrações:

"Quanto às infrações 04 e 05, conforme verificado pelo Fisco e exposto na informação fiscal, em ambas as imputações trata-se de falta de escrituração de documentos fiscais relativos a operações não mais tributadas pelo ICMS. O contribuinte reconhece, quanto à Infração 04, que não houve a devida escrituração dos documentos fiscais em sua empresa, embora não tenha havido dolo, tanto assim que tais documentos teriam sido escriturados na filial da empresa. E, quanto à Infração 05, embora reconheça que as operações foram praticadas com empresa que cita em sua impugnação, imputa a falta de escrituração dos correspondentes documentos fiscais a situação de não ter recebido tais documentos da empresa com quem fizera as operações. Portanto, a rigor, o contribuinte não nega a falta e escrituração, e nem comprova que as notas fiscais estariam escrituradas regularmente em seu livro fiscal.

Nos termos do artigo 40, §2º, da Lei nº 7.014/96, a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente, ou beneficiário. O contribuinte, tendo praticado operações comerciais sobre as quais incida o imposto, deve exigir e escriturar os documentos fiscais. Assim, sempre que tenha recebido mercadoria, bem, ou material de consumo, sem documentação fiscal, cabia-lhe a responsabilidade por exigí-los do remetente se esta situação tenha se configurado, como afirmado na impugnação. Contudo, o fato comprovado é a não escrituração, e tais documentos fiscais foram identificados pelo contribuinte.

Assim, a infração 04 é totalmente procedente. E a Infração 05, uma vez que comprovado, pela autuante, tratar-se na verdade de operações não mais tributáveis, com a conversão, de ofício, da multa de 10% indicada no Auto de Infração, para a multa de 1% prevista no artigo 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96, é esta procedente em parte, no valor de R\$900,00, conforme tabela a seguir, baseada no demonstrativo fiscal de fl. 200:

DATA OCORRÊNCIA	VALOR
30/11/2004	500,00
30/12/2004	80,00
30/01/2004	320,00
TOTAL	900,00

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$18.748,67, conforme planilha a seguir:

INFRAÇÃO	VOTO	ICMS	MULTA	PENALIDADE DESCUMPRIDA OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA
01	PROCEDENTE	14.725,02	60%	
02	IMPROCEDENTE	-	-	
03	PROCEDENTE	1.841,56	60%	
04	PROCEDENTE	-	-	1.282,09
05	PROCEDENTE EM PARTE	-	-	900,00
TOTAL		16.566,58		2.182,09

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 279/284, aduzindo que a falta de escrituração tratada na infração 4 não teve caráter doloso e não houve falta de recolhimento de tributo. Esclarece que possui filial na cidade de Dias D'Ávila, com o qual atende mais facilmente seus clientes e que as notas fiscais eram de simples remessa, tendo sido escrituradas na filial, embora não tenham sido escrituradas no livro da matriz.

Assevera que as operações de transferência não implicam mudança de titularidade das mercadorias transferidas e, por isso, não ensejam cobrança de ICMS. Transcreve o artigo 23 do RICMS/BA, e pugna pelo cancelamento da multa, independentemente da objetividade que marca a responsabilidade tributária.

No tocante à infração 5, alega não ter recebido as notas fiscais de remessa da empresa Star Ambiental e que solicitou, junto a essa empresa, segundas vias destes documentos fiscais, porém não foi atendido. Assevera que não escriturou tais notas fiscais porque não as recebeu, e que isto é da responsabilidade da empresa Star Ambiental. Esclarece que não se trata de operação sujeita à tributação, requerendo, também quanto a este item, o cancelamento desta infração.

Pugna, ao final, pelo Provimento do apelo ofertado.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fl. 315, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, sob os seguintes argumentos:

- Infração 4 - O cometimento da infração é fato incontroverso. A Junta de Julgamento Fiscal já acatou a argumentação do sujeito passivo e adequou o percentual da multa aplicada, não havendo razão para uma maior redução do valor devido; e
- O contribuinte reconhece o recebimento das mercadorias, a ele cabendo providenciar junto ao

remetente o competente documento fiscal, ou, se fosse o caso, providenciar a emissão de nota fiscal de entrada para efetuar o registro adequado e regularizar a situação.

VOTO

Não prospera a tese recursal levantada pelo sujeito passivo no intuito de afastar a ilicitude decorrente da falta de registro das notas fiscais tratadas na infração 4, do presente lançamento de ofício.

Da análise dos documentos fiscais de fls. 103/121, constata-se que se tratam de transferências de bens do ativo imobilizado entre estabelecimentos de mesma titularidade, operações sujeitas à incidência do ICMS, por expressa previsão legal e regulamentar, *in verbis*:

- Lei n° 7.014/96:

"Art. 4º - Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;"

- RICMS/97

"Art. 2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, inclusive em caso de transferência, assim entendida a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular;

(...)

V - da saída decorrente da desincorporação de bem do ativo permanente, ressalvadas as disposições expressas em contrário;"

É oportuno salientar, por hipótese, que mesmo se tratando de desincorporação de bem do ativo permanente com mais de um ano de uso no estabelecimento remetente, quando, por expressa previsão normativa não há exigência do ICMS (art. 6º, VIII, do RICMS), ainda assim a falta do registro da entrada enseja a aplicação da multa de 1%, prevista no art. 42, XI, da Lei n° 7.014/96, pois, apesar de se tratar de operação não tributável, a transferência de bem do ativo entre estabelecimentos de mesma titularidade se insere, pelo menos em tese, no âmbito de incidência do mencionado imposto estadual.

Ademais, o registro da entrada consiste em dever instrumental útil à administração tributária, por possibilitar a fiscalização quanto ao preenchimento dos requisitos necessários para fruir do direito à desoneração anteriormente referida.

Nas circunstâncias, correta a aplicação da multa.

Deixo de acatar o pedido de redução ou cancelamento da penalidade aplicada, primeiro porque o fato de se tratar de operação não tributada já foi considerado pelo próprio legislador para a fixação da penalidade decorrente da falta de escrituração de tais notas fiscais, no percentual de 1%. Logo, não pode esse mesmo fato - o de se tratarem de mercadorias desoneradas - ensejar nova adequação da penalidade.

Ademais, a multa estabelecida nesta autuação, no valor de R\$1.282,09, não representa onerosidade excessiva em desfavor do contribuinte e a sua redução poderá tornar ínfima a sanção imposta, usurpando-lhe o caráter educativo que, mais até do que o viés puramente punitivo reclama a sua manutenção.

Quanto à infração 5, contudo, outro deve ser o deslinde recursal.

As notas fiscais que deixaram de ser registradas pelo sujeito passivo neste item e, portanto, ensejaram a aplicação de multa também no percentual de 1%, referem-se a operações de simples remessa de sanitários químicos. Todas as notas fiscais foram emitidas pela empresa STAR AMBIENTAL, que, de acordo com as informações disponíveis em seu sítio na rede mundial de

computadores, destina-se principalmente às atividades de locação, montagem e manutenção de sanitários químicos.

Além disso, em todas as notas fiscais consta, expressamente, que se trata de remessa de sanitários químicos locados, operação esta sobre a qual não incide ICMS por previsão regulamentar (art. 6º, XIV, a, do RICMS - a seguir transcrito), tanto que não houve, em nenhum dos documentos, destaque do imposto.

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

(...)

XIV - saída ou fornecimento:

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

A operação de remessa de bens para fins de locação está completamente fora do âmbito de incidência do ICMS, uma vez que, como curial, a regra matriz de incidência do referido tributo, com fundamento constitucional, exige que seja objeto da operação de circulação uma mercadoria, ou seja, um bem destinado à mercancia (venda, comércio), exigindo-se, por isso mesmo, que o resultado dessa operação de circulação seja a mudança da titularidade quanto ao domínio do bem que circulou.

A título de esclarecimento, as transferências entre estabelecimentos de mesma titularidade são inseridas no âmbito de incidência do ICMS para fins de maior controle das operações realizadas pelos contribuintes e, principalmente, em se tratando de operações interestaduais, como medida de repartição de receita entre os Estados da Federação.

Retomando a questão acerca dos sanitários químicos remetidos para locação, tenho que, na hipótese vertente, não se tratam de operações que se insiram no âmbito de incidência do ICMS. Observe-se não se trata de operações desoneradas pelo imposto; a hipótese é de não incidência. E, assim sendo, tenho que a falta de escrituração dessas notas fiscais não pode ensejar a penalidade prevista no art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96, até mesmo porque o art. 116, II, c, do RICMS, estabelece que o contribuinte deve fazer o registro das entradas das **operações** ou prestações isentas e não tributadas.

O vocábulo operações aqui deve ter o seu sentido extraído do art. 1º, do mesmo RICMS, que ao definir o âmbito de incidência do ICMS, fala, expressamente, em operações de circulação de mercadorias. No caso vertente, como não há circulação jurídica do bem e, ainda, como não há mercadorias, (bens destinados à locação, e não a comercialização), não há falar em obrigatoriedade quanto ao registro das entradas.

A multa da infração 5 é, assim, improcedente, porquanto não há mercadoria, não há circulação (mudança de titularidade dos bens) e, acima de tudo, não há previsão normativa que obrigue o registro dos respectivos documentos fiscais ou insira a operação no âmbito de incidência do ICMS, ao contrário do que ocorre na infração 4, que trata de transferências de bens do ativo imobilizado, para o que há expressa previsão de escrituração.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para julgar improcedente a infração 5, mantendo, nos demais termos, a Decisão alvejada.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO								
Seq.	Infr.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Aliq. (%)	Vlr. Histórico	Vlr. Julgado-JJF	Vlr. Julgado-CJF	Multa (%)
5	1	30/01/2005	09/02/2005	17	285,25	285,25	285,25	60
6	1	28/02/2005	09/03/2005	17	285,26	285,26	285,26	60
7	1	31/03/2005	09/04/2005	17	285,26	285,26	285,26	60
8	1	30/04/2005	09/05/2005	17	285,26	285,26	285,26	60
9	1	31/05/2005	09/06/2005	17	285,26	285,26	285,26	60
10	1	30/06/2005	09/07/2005	17	285,26	285,26	285,26	60
11	1	31/07/2005	09/08/2005	17	285,26	285,26	285,26	60
12	1	30/08/2005	09/09/2005	17	285,26	285,26	285,26	60
13	1	30/09/2005	09/10/2005	17	285,26	285,26	285,26	60
14	1	31/10/2005	09/11/2005	17	285,26	285,26	285,26	60
15	1	30/11/2005	09/12/2005	17	282,60	282,60	282,60	60

16	1	31/12/2005	09/01/2006	17	285,26	285,26	285,26	60
17	1	31/01/2006	09/02/2006	17	285,26	285,26	285,26	60
18	1	28/02/2006	09/03/2006	17	624,47	624,47	624,47	60
19	1	31/03/2006	09/04/2006	17	624,47	624,47	624,47	60
20	1	30/04/2006	09/05/2006	17	324,60	324,60	324,60	60
21	1	31/05/2006	09/06/2006	17	324,60	324,60	324,60	60
22	1	30/06/2006	09/07/2006	17	324,60	324,60	324,60	60
23	1	31/07/2006	09/08/2006	17	324,60	324,60	324,60	60
24	1	31/08/2006	09/09/2006	17	324,60	324,60	324,60	60
25	1	30/09/2006	09/10/2006	17	324,60	324,60	324,60	60
26	1	31/10/2006	09/11/2006	17	324,60	324,60	324,60	60
27	1	30/11/2006	09/12/2006	17	266,65	266,65	266,65	60
28	1	30/06/2007	09/07/2007	17	3.577,98	3.577,98	3.577,98	60
29	1	31/07/2007	09/08/2007	17	4,14	4,14	4,14	60
30	1	30/09/2008	09/10/2008	17	501,04	501,04	501,04	60
44	1	30/01/2004	09/02/2004	17	295,88	295,88	295,88	60
45	1	29/02/2004	09/03/2004	17	285,27	285,27	285,27	60
46	1	31/03/2004	09/04/2004	17	285,27	285,27	285,27	60
47	1	30/04/2004	09/05/2004	17	285,27	285,27	285,27	60
48	1	31/05/2004	09/06/2004	17	285,25	285,25	285,25	60
49	1	30/06/2004	09/07/2004	17	285,25	285,25	285,25	60
50	1	31/07/2004	09/08/2004	17	285,25	285,25	285,25	60
51	1	31/08/2004	09/09/2004	17	285,25	285,25	285,25	60
52	1	30/09/2004	09/10/2004	17	285,27	285,27	285,27	60
53	1	31/10/2004	09/11/2004	17	285,25	285,25	285,25	60
54	1	30/11/2004	09/12/2004	17	285,15	285,15	285,15	60
31	2	23/01/2004	09/02/2004	5	82,66	0,00	0,00	0
32	2	09/03/2004	09/04/2004	5	19,51	0,00	0,00	0
33	2	01/07/2004	09/08/2004	5	8,25	0,00	0,00	0
34	3	09/02/2004	09/03/2004	17	1.378,56	1.378,56	1.378,56	60
35	3	17/01/2005	09/02/2005	17	481,95	344,25	344,25	60
36	3	20/07/2006	09/08/2006	17	118,75	118,75	118,75	60
1	4	16/12/2004	09/01/2005	0	428,31	428,30	428,30	1
37	4	28/02/2004	09/03/2004	0	116,69	116,69	116,69	1
38	4	30/03/2004	09/04/2004	0	1,00	1,00	1,00	1
39	4	30/04/2004	09/05/2004	0	1,00	1,00	1,00	1
40	4	30/05/2004	09/06/2004	0	1,00	1,00	1,00	1
41	4	30/06/2004	09/07/2004	0	611,03	611,03	611,03	1
42	4	30/07/2004	09/08/2004	0	86,77	86,77	86,77	1
43	4	30/10/2004	09/11/2004	0	36,30	36,30	36,30	1
2	5	30/11/2004	09/12/2004	0	5.000,00	500,00	0,00	1
3	5	30/12/2004	09/01/2005	0	800,00	80,00	0,00	1
4	5	30/01/2005	09/02/2005	0	3.200,00	320,00	0,00	1
TOTAL					27.096,80	18.748,67	17.848,67	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **148714.0017/09-3**, lavrado contra **MITTI ANDAIMES E EQUIPAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.566,58**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$1.282,09**, prevista no artigo 42, inciso XI, da mencionada lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS