

A. I. N° - 269194.0039/10-1
AUTUADO - PELZER DA BAHIA LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO
ORIGEM - IFEPE INDÚSTRIA
INTERNET - 29/11/2011

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0247-03/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. Autuado não contestou. 2. SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA. REMESSAS EM COMODATO E REMESSA PARA CONSERTO SEM COMPROVAÇÃO DO RETORNO. Excluído o débito relativo a uma nota fiscal que teve o contrato de comodato comprovado nos autos. Mantida parcialmente a exigência fiscal. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento da saída de mercadoria de estabelecimento do contribuinte, inclusive em caso de transferência de um estabelecimento para outro do mesmo titular. Infração subsistente. 4. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 06/12/2010, refere-se à exigência de R\$93.273,12 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Consta, na descrição dos fatos que houve estorno indevido de débito no livro Registro de Apuração do ICMS em dezembro de 2005. Não cabia este estorno porque o contribuinte já havia utilizado o crédito relativo ao imposto destacado na nota fiscal de aquisição do produto (NF 582.046). Não poderia mais se creditar como compensação pela saída tributada e não houve uso do crédito pelo destinatário (NF 11983). Valor do débito: R\$430,22. Multa de 60%.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que se trata de remessas em comodato e outra saída não especificada, todas sem comprovação do necessário retorno, nos meses de abril e junho de 2005; janeiro e dezembro de 2006. Valor do débito: R\$36.966,00. Multa de 60%.

Infração 03: Contribuinte efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Consta, na descrição dos fatos, que houve estorno de débito a mais, em virtude da devolução de material recebido sem tributação, com destaque do imposto no valor de R\$10.161,16, NF 10.859, de 19/07/2005. Foi lançado no livro Registro de Apuração do ICMS, em dezembro de 2005, no campo estorno de débitos, o valor de R\$15.118,30. A diferença apurada é de R\$4.957,14. Multa de 60%.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que se trata de Nota Fiscal de Transferência do estabelecimento autuado para o estabelecimento matriz, de

mercadoria sem a devida tributação, conforme Nota Fiscal de Saída nº 15.137, de 23/05/2006. A mercadoria foi adquirida como se bem do ativo imobilizado fosse, através das NFs 1792 e 1793, de 03/10/05. Apesar ter sido adquirida como ativo imobilizado, foi transferida e posteriormente vendida pela matriz à empresa Ford Company. Valor do débito: R\$40.963,85. Multa de 60%.

Infração 05: Recolhimento a menos de ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos que esta infração está relacionada à anterior, pois o autuado, quando transferiu a mercadoria (NF 15137), o fez em valor inferior ao preço de aquisição (NFs 1792 e 1793). Valor do débito: R\$9.955,91. Multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação às fls. 19 a 29 do PAF. Informa que a impugnação se refere às infrações 02, 04 e 05. Apresenta preliminar de decadência, alegando que na infração 02 a autuação trata da remessa de mercadorias a título de comodato (portanto, sem tributação), e parte deste débito decorre de operações praticadas nas competências de abril e junho de 2005. Assim, com base no que dispõe o art. 150, § 4º, do CTN, apresenta o entendimento de que o crédito tributário relativamente às operações praticadas no mês de abril de 2005 deveria ter sido constituído antes de decorrido o prazo decadencial, ou seja, deveria ter sido efetuado até março de 2010. Igualmente, para as operações praticadas no período de junho de 2005, a constituição do crédito tributário deveria ocorrer até maio de 2010. Como o presente Auto de Infração foi lavrado pela autoridade fazendária em 06/12/2010, alega que se operou a decadência destes débitos tributários. Salienta que o Superior Tribunal de Justiça corrobora este posicionamento em suas decisões e reproduz o entendimento esposado pelo Exmo. Ministro Mauro Campbell Marques proferido no Recurso Especial 674497/PR, julgado em 20 de agosto de 2009. Assim, o defendant requer sejam reconhecidos como indevidos os valores cobrados a título de ICMS relativamente às operações de comodato praticadas nos meses de abril e junho de 2005, bem como seus consectários legais. No que tange às operações de remessa de mercadorias a título de comodato praticadas em janeiro e dezembro de 2006, ressalta que estas foram feitas tendo por base a Súmula 573 do Superior Tribunal de Justiça, que reproduziu. Diz que as remessas em comodato enviadas pelo estabelecimento autuado nos meses de janeiro e dezembro de 2006 são ferramentais, enquadrando-se no conceito de utensílios previstos na Súmula referida anteriormente. Por esta razão, as remessas efetuadas pelo autuado não sofreram o destaque do imposto. Também alega que a referida Súmula não determina prazo de retorno dos bens enviados para que seja aplicável a não incidência. Desta forma, ainda que os ferramentais enviados estejam em posse da empresa destinatária, a não incidência do ICMS nesta operação continua valendo para todos os fins. Alega que o argumento utilizado pelo fisco de que o autuado não apresentou notas fiscais que comprovam o efetivo retorno destas mercadorias, exigindo, assim, o recolhimento do ICMS não procede, já que, como explicado anteriormente, a não incidência é sobre a operação de comodato e não sobre o efetivo retorno dos bens. Requer seja desconstituída a totalidade do crédito fiscal oriundo da infração de nº 02, quer seja por já ter decaído o prazo para que a Fazenda o constitua, quer seja porque não existe tributo a ser recolhido. Quanto às infrações 04 e 05 alega que embora o fato gerador do ICMS seja a circulação de mercadorias, no caso das operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, a circulação não é suficiente para alcançar a hipótese de incidência do ICMS. Entende que a mera circulação física de mercadorias é imprópria para alcançar a hipótese de incidência do ICMS. Para que haja o nascimento da obrigação tributária, a mercadoria deve movimentar-se essencialmente sob o aspecto jurídico; ou seja, é necessário que haja a transferência de sua titularidade. Transcreve ensinamentos do Professor Roque Carrazza acerca do tema, e diz que estão ausentes os pressupostos indispensáveis para o nascimento do tributo, por isso, não há que se falar em incidência de ICMS nas operações de transferência de ativo imobilizado entre estabelecimentos do mesmo contribuinte. Afirma que restou evidenciado que o ICMS não incide nestas operações, razão pela qual a autuação deve ser julgada improcedente. Caso seja superada alegação, o defendant contesta a multa de 60%, dizendo que em face de sua exorbitância, não poderia ser exigida nestes termos, tendo em vista

seu nítido caráter confiscatório. Diz que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou quanto ao assunto, quando do julgamento do RE nº 81.550-MG, (in RTJ 74/319), o qual vem servindo de paradigma de inúmeros outros julgados de nossos tribunais. Pede que seja acolhida integralmente a impugnação, para o fim de se julgar improcedente o auto de infração relativamente às infrações de número 02, 04 e 05. Subsidiariamente, caso mantido o auto, requer o afastamento da multa, por entender que tem caráter confiscatório;

O autuante prestou informação fiscal às fls. 87 a 91 dos autos, dizendo que o autuado não contestou as infrações 01 e 03, se comprometendo a realizar o pagamento integral dos valores exigidos. Quanto à decadência, contesta as alegações defensivas e diz que em relação às obrigações tributárias nascidas no período fiscalizado, somente a partir de 2011 não seria mais permitido ao fisco a constituição definitiva do crédito tributário através do lançamento. Como este auto de infração foi lavrado em 06 de dezembro de 2010, entende que é válido o crédito tributário exigido neste PAF. Transcreve o art. 965, I do RICMS e diz que o mencionado artigo é mera repetição do artigo 173 do CTN. Desta forma, todos os débitos das infrações cujas ocorrências estiverem compreendidas entre os meses de abril a junho de 2005 devem ser considerados perfeitamente válidos e eficazes. Quanto aos débitos desta infração 2, gerados em janeiro e dezembro de 2006, relativos à remessas para conserto sem o devido retorno, diz que o RICMS/BA dispõe claramente que deve haver retorno em prazos estabelecidos nos seus artigos 627 a 631, e o impugnante não apresentou sequer os contratos de comodato. Em relação às transferências efetuadas entre estabelecimentos da mesma empresa (infrações 04 e 05), o autuante afirma que o Regulamento de ICMS admite como operação isenta, a transferência entre estabelecimentos da mesma empresa de bens do ativo imobilizado, conforme art. 27, §2º, inexistindo qualquer previsão de isenção ou não incidência para transferências de mercadorias destinadas à revenda. Assim, não há que se falar em não tributação do ICMS para a infração 04. Diz que a infração 5 decorre diretamente da infração anterior, e que não houve qualquer menção por parte do contribuinte autuado. Desta forma, deve ser mantida na íntegra. Quanto à multa, diz que não cabe ao autuante analisar a constitucionalidade da legislação tributária do Estado. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

Às fls. 96 e 97 esta 3ª Junta, em pauta suplementar, converteu o presente processo em diligência à Inspetoria Fazendária de origem para que fossem tomadas as seguintes providências:

1. Quanto à infração 02, autuante que intimasse o autuado para comprovar a existência dos contratos de comodato, e das notas fiscais relativas às saídas em comodato, anexando cópia destes documentos a este processo, e comprovar documentalmente os retornos das mercadorias enviadas para consertos. Que elaborasse novo demonstrativo, excluindo os valores das operações de remessa em comodato que fossem comprovadas, bem como os valores relativos a operações de saídas para conserto com retorno comprovado.
2. Em relação às infrações 04 e 05, que o autuado comprovasse a data de aquisição das mercadorias objeto das imputações e, caso se fosse bem do ativo, comprovasse a escrituração de tais documentos fiscais no seu livro de Controle de crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP. Que elaborasse demonstrativos separados para cada uma das infrações.
3. Após as providências a serem tomadas pelo autuante em cumprimento à diligência, que a Inspetoria Fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse cópias da informação fiscal de fls. 87 a 91; do encaminhamento da diligência e de todos os documentos que fossem anexados pelo preposto do Fisco ao PAF em atendimento à diligência, concedendo o prazo de dez dias para o deficiente se manifestar, querendo.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 100 a 103 dos autos expondo o autuado apresentou parte do contrato de comodato que teria celebrado com a Fortik Nordeste Ltda.. Diz que a mencionada cópia não foi autenticada, não consta prazo de validade do contrato para se verificar se os bens já não deveriam ter retornado. Salienta que diversos requisitos estabelecidos no § 1º do art. 563 do RICMS/BA não parecem estar sendo observados, e que a única Nota Fiscal de

Saída em comodato citada foi a de número 13.422. Entretanto, NF de maior relevância é a de número 10.220, que não houve justificativas, nem menção na cópia do contrato. Informa que as notas fiscais anexadas pelo defendante estão ilegíveis. Quanto aos retornos de mercadorias enviadas para conserto, diz que não foram comprovados ou, se o foram, as notas fiscais eram ilegíveis. Assim, pede a procedência da infração 02. Quanto às infrações 04 e 05, informa que o autuando juntou aos autos as notas fiscais de aquisição de números 1792 e 1793, também ilegíveis. Como estas mesmas notas já haviam sido acostadas pelo autuante ao PAF (fls. 13 e 14), as informações podem ser vistas com clareza. Também informa que o defendante anexou aos autos a NF 15137, também ilegível, mas já constava nos autos uma cópia à fl. 15. Foram acostadas, ainda, as NFs 1264 e 1265, que além de ilegíveis, o autuante diz que não entendeu a que se prestam. Por fim, o autuante informa que não há novos demonstrativos a serem elaborados, em virtude do não acatamento das informações prestadas e que anexou aos autos os documentos apresentados pelo defendante, inclusive um CD de armazenamento de dados. Pede a procedência total do presente Auto de Infração. Acostou documentos às fls. 104 a157.

O contribuinte apresentou requerimento às fls. 162 e 163, pedindo a juntada de cópias do contrato de comodato com a empresa Fortik Nordeste Ltda., da NF 13422, Notas Fiscais de remessa para conserto do ano de 2006 e correspondente Nota Fiscal de Prestação de Serviço e de Retorno das mercadorias; NFs 1792 e 1793; Notas Fiscais de Vendas 12464, 12465; Nota Fiscal de Transferência de bem do Ativo nº 15137, Procuração e documento de Identidade do Procurador.

O defendante apresentou “recurso voluntário” às fls. 208 a 219, por entender que o presente Auto de Infração foi julgado procedente. Por isso, requereu que fosse reformada a decisão de primeiro grau, julgando improcedente o presente Auto de Infração.

Às fls. 248/250 esta 3^a Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em nova diligência para que o autuante, quanto à infração 02, intimasse o defendante a comprovar a existência de notas fiscais relativas às saídas em comodato e aos retornos das mercadorias enviadas para conserto, anexando aos autos cópias legíveis dos documentos fiscais e apresentando vias originais ao Fisco para cotejamento. Quanto às infrações 04 e 05, foi solicitado para que o autuante intimasse o autuado a comprovar a data de aquisição das mercadorias objeto das imputações e, caso fosse comprovado que é bem do ativo, que fosse solicitada a comprovação de escrituração dos documentos fiscais no livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP. Que fossem excluídas da infração 02 as operações de remessa em comodato, devidamente comprovadas, e que fossem elaborados demonstrativos fiscais para cada uma das infrações 04 e 05. Após as providências, que a repartição fiscal, entregasse ao defendante cópia da informação fiscal de fls. 100 a 103, do encaminhamento da diligência e de todos os documentos que fossem acostados aos autos em atendimento à diligência solicitada.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 252 a 255 dos autos, dizendo que o autuado apresentou cópias e originais das quatro notas fiscais constantes do demonstrativo que embasou a infração 02. Três delas se referem a saídas em comodato celebrado com a Fortik Nordeste Ltda. CNPJ 03.281.950/0001-20, todas sem retorno. Diz que a cópia do contrato se refere apenas à NF 13422, sendo as de maior relevância são as NFs 10.220 e 9385, e a empresa informou não possuir o necessário contrato. Para a NF18046, que se refere à saída de bem do ativo fixo para prestação fora do estabelecimento, o autuado disse não ter comprovação do retorno do bem. O autuante pede a procedência da infração 02, em virtude da falta de comprovação de retorno, e em relação às NFs 10220 e 9385, por não ter sido apresentado o contrato de comodato.

Quanto às infrações 04 e 05, o autuante informou que as notas fiscais de aquisição de números 1792 e 1793 já constavam no presente PAF, às fls. 13/14, e que o autuado apresentou cópia do registro destas notas fiscais no livro Registro de Entradas e no Registro de Apuração, onde foram lançados os créditos, pelo fato de a empresa ter percebido se tratar de mercadoria para comercialização e não bens para o ativo fixo. Diz que o defendante confirma à fl. 162 do PAF que as aquisições são mesmo de mercadorias para revenda, e não para o ativo fixo. Quanto às NFs

1264 e 1265, diz que o defendante apresentou justificativa, informando que se trata apenas de mais um exemplo de transferências de mercadorias para revenda pela matriz, não tendo relação direta com os fatos contidos nestas infrações. O autuante reafirma os argumentos esposados nas informações fiscais anteriores e pede a procedência destas infrações. Esclarece que não houve necessidade de elaborar novos demonstrativos em face de não ter havido acatamento dos argumentos defensivos. Para as infrações 04 e 05, os demonstrativos se encontram em separado para cada uma delas no próprio texto do Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal, o defendante se manifestou às fls. 272 a 274, aduzindo que a fiscalização se equivocou, tendo em vista que foram exigidos valores abrangidos pela decadência, notadamente no período entre abril e junho de 2005. Diz que a fiscalização está cobrando ICMS sobre operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte. Além disso, foram comprovadas saídas de bens em regime de comodato, indevidamente tributadas pela fiscalização. Também foram tributadas operações de bens enviados para conserto, que retornaram ao estabelecimento, dentro do prazo previsto, conforme as Notas Fiscais de Serviço e de retorno anexadas aos autos e planilha que elaborou à fl. 273 do PAF. Relativamente às NFs 1792 e 1793, emitidas em 03/10/2005, pelo fornecedor Mar Técnica Modelação e Ferramentaria Ltda., alega que estes documentos foram equivocadamente escriturados como se do ativo imobilizado fossem. Quando constatado o equívoco, o autuado tratou de alterar em seus registros fiscais e contábeis, de maneira que tais mercadorias passaram a compor o estoque de bens destinados à revenda, fazendo o respectivo estorno. Entende que, independentemente de ser a operação de transferência de bens do ativo imobilizado ou transferência de mercadorias, não há incidência do ICMS em tais operações, tendo em vista se tratar de mera circulação física de bens/mercadorias, não havendo circulação jurídica, que é a transferência de titularidade. O defendante também contesta o percentual da multa aplicada e conclui pedindo a improcedência do presente Auto de Infração.

Consta à fl. 94, Extrato emitido através do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – SIGAT, indicando o pagamento dos valores apurados nas infrações 01 e 03, no valor total principal de R\$5.387,36.

O presente PAF foi redistribuído para o atual relator em razão do afastamento da relatora designada anteriormente, tendo assumido como Conselheira da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

VOTO

Quanto à preliminar de decadência suscitada pelo defendante, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente aos fatos ocorridos no exercício de 2005, foi alegado nas razões de defesa, que o fisco não exerceu, de forma tempestiva, o seu direito de constituir o crédito, fundamentando a sua alegação no art. 150 do CTN.

Observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

...

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e

definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Vale salientar, que o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelece nos arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º:

Art. 28. *Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.*

§ 1º *Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.*

Art. 107-B. *O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

§ 5º *Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

No caso em exame, os fatos geradores do imposto, relativos ao exercício de 2005, têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2010. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 06/12/2010, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo fixado pela legislação, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

No mérito, O autuado impugnou somente as infrações 02, 04 e 05, e efetuou o recolhimento do imposto apurado nas infrações 01 e 03, conforme extrato do Sistema SIGAT à fl. 94 dos autos. Assim, considero procedentes os itens não contestados, haja vista que não existe controvérsia.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que se trata de remessas em comodato e outra saída não especificada, todas sem comprovação do necessário retorno, nos meses de abril e junho de 2005; janeiro e dezembro de 2006, conforme demonstrativo à fl. 11 dos autos.

Em sua impugnação, o autuado alegou que devem ser considerados como indevidos os valores cobrados a título de ICMS relativamente às operações de comodato praticadas nos meses de abril e junho de 2005, bem como seus consectários legais. No que tange às operações de remessa de mercadorias a título de comodato praticadas em janeiro e dezembro de 2006, alega que são ferramentais, enquadrando-se no conceito de utensílios.

O demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 11 dos autos indica que foi exigido o imposto em relação a quatro notas fiscais de números: 13422 (fl. 257), 10220 (fl. 258), 9385 (fl. 259) e 18046 (fl. 260). De acordo com as cópias dos mencionados documentos fiscais, constata-se que somente a NF 18046 se refere a remessa para conserto. Portanto, as NFs 9385, 10220 e 13422 foram emitidas para remessa em comodato

Conforme estabelece o art. 6º, inciso XIV do RICMS/97, o ICMS não incide na saída ou fornecimento de bem de uso em decorrência de contrato de comodato, locação ou arrendamento mercantil, bem como o respectivo retorno. Portanto, é indispensável a apresentação pelo contribuinte do contrato de comodato fazendo a correlação com os documentos fiscais relativos a esta operação.

No caso em exame foi apresentado um contrato (fls. 261 a 264 dos autos), constando que foi cedido pelo autuado, na condição de comodante, um “MOLDE DE TIRANTE LEVADOR”, fazendo referência apenas à NF 13422. Na cláusula 5^a consta a informação de que o mencionado contrato tem vigência por prazo indeterminado. Logo, não há necessidade de o contribuinte comprovar o retorno da mercadoria, como entendeu o autuante.

Quanto às demais Notas Fiscais (NFs 9385 e 10220), o defendante não apresentou qualquer contrato para comprovar que a operação realizada, efetivamente se refere a comodato, devendo ser mantida a exigência do imposto em relação aos mencionados documentos fiscais, haja vista que faltou a necessária prova que afastaria a tributação sobre a operação.

Relativamente à remessa para conserto (NF 18046), o art. 627 do RICMS/BA estabelece que é suspensa a incidência do ICMS nestas operações, desde que as mercadorias retornem ao estabelecimento de origem. Assim, de acordo com o § 3º deste mesmo artigo, a suspensão do imposto é condicionada a que as mercadorias ou bens retornem real ou simbolicamente ao estabelecimento de origem, dentro de 180 dias, contados da data da saída, sendo que esse prazo poderá ser prorrogado duas vezes, por igual período, em face de requerimento escrito do interessado, dirigido à repartição fiscal a que estiver vinculado.

O presente processo foi encaminhado em diligência, em duas oportunidades, e o defendante não apresentou a comprovação necessária em relação à NF 18046, nem qualquer prorrogação do prazo, conforme previsto na legislação. Como a operação de remessa foi realizada em 07/12/2006, e não estando comprovado o retorno das mercadorias, é devido o imposto, considerando que ficou caracterizado o não atendimento da condição de retorno no prazo regulamentar.

Concluo pela procedência parcial desta infração, no valor total de R\$35.771,90, com a exclusão apenas do débito relativo à NF 13.422 (R\$1.194,10), que teve o contrato de comodato comprovado nos autos.

As infrações 04 e 05 serão analisadas conjuntamente, mantendo-se a mesma ordem em que foi apresentada a defesa, tendo em vista que tratam da mesma matéria e o autuado impugnou o presente lançamento, combatendo simultaneamente estes dois itens.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que se trata de Nota Fiscal de Transferência do estabelecimento autuado para o estabelecimento matriz, de mercadoria sem a devida tributação, conforme Nota Fiscal de Saída nº 15.137, de 23/05/2006. A mercadoria foi adquirida como se bem do ativo imobilizado fosse, através das NFs 1792 e 1793, de 03/10/05. Apesar ter sido adquirida como ativo imobilizado, foi transferida e posteriormente vendida pela matriz à empresa Ford Company.

Infração 05: Recolhimento a menos de ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que esta infração está relacionada à anterior, pois o autuado, quando transferiu a mercadoria (NF 15137 – fl. 15 do PAF), o fez em valor inferior ao preço de aquisição (NFs 1792 e 1793 – fls. 13/14 do PAF).

Na informação fiscal, o autuante afirma que o Regulamento de ICMS admite como operação isenta, a transferência entre estabelecimentos da mesma empresa de bens do ativo imobilizado, conforme art. 27, §2º, inexistindo qualquer previsão de isenção ou não incidência para transferências de mercadorias destinadas à revenda.

Nas razões de defesa, o autuado alegou que em relação às NFs 1792 e 1793, emitidas em 03/10/2005, pelo fornecedor Mar Técnica Modelação e Ferramentaria Ltda., estes documentos fiscais foram equivocadamente escriturados como se do ativo imobilizado fossem. Quando constatado o equívoco, o autuado tratou de alterar em seus registros fiscais e contábeis, de maneira que tais mercadorias passaram a compor o estoque de bens destinados à revenda, fazendo o respectivo

estorno. Entende que, independentemente de ser a operação de transferência de bens do ativo imobilizado ou transferência de mercadorias, não há incidência do ICMS em tais operações, tendo em vista se tratar de mera circulação física de bens/mercadorias, não havendo circulação jurídica, que é a transferência de titularidade.

Não acato a alegação defensiva de que não há incidência de ICMS em tais operações, haja vista que, conforme prevê o art. 2º, inciso I do RICMS/97, nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento da saída de mercadoria de estabelecimento do contribuinte, inclusive em caso de transferência de um estabelecimento para outro do mesmo titular. Portanto, embora não haja a circulação jurídica, como alegou o defendant, o RICMS/BA prevê a incidência do imposto em relação a tais operações.

Ademais, no âmbito do ICMS foi estabelecida a regra de que os estabelecimentos são autônomos, conforme art. 42 do RICM/BA. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o art. 11, § 3º, II da Lei Complementar 87/96. Portanto, considerando a autonomia dos estabelecimentos, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, verifica-se a ocorrência do fato gerador do ICMS.

Em relação à base de cálculo, no caso de saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, o RICMS/BA prevê que deve ser o preço de aquisição ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria, conforme art. 56, IV, “a” do RICMS/BA.

O defendant não contestou os cálculos efetuados pelo autuante, tendo apresentado o entendimento de que independentemente de ser a operação de transferência de bens do ativo imobilizado ou transferência de mercadorias, não há incidência do ICMS em tais operações.

Concluo pela subsistência destas infrações, tendo em vista que a exigência do imposto está de acordo com o previsto na legislação pertinente à matéria.

Quanto à multa decorrente da autuação, que foi objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicados corretamente os percentuais, conforme estabelece o art. 42, da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o § 1º, do art. 159, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269194.0039/10-1, lavrado contra **PELZER DA BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$92.079,02**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR