

AL. Nº - 281508.0002/11-0
AUTUADO - HOME CENTER NORDESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO S.A.
AUTUANTE - DILSON OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 09. 05 .2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0086-01/12

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Impugnante acata parcialmente a infração e refuta parte do lançamento, sob argumento de que se tratavam de aquisições mediante contrato de arrendamento mercantil. A verdade material que aflora no processo, aponta que, houve de fato, um contrato de leasing entre as partes envolvidas e que tal operação é desonerada do pagamento do ICMS, de acordo com art. 6º, XIV, a, do RICMS. Infração elidida parcialmente. **2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS.** Foi lançado ICMS pela existência de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias. No cálculo do imposto foi tomada por base a diferença de maior expressão monetária, as saídas. Impugnante aponta erros do levantamento, notadamente a ausências das operações com ECF. Autuante reconhece as provas apresentadas. Infração improcedente. **3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA.** Impugnante apresenta comprovação de parte dos créditos extemporâneos, que foi aceita pelo autuante. Infração elidida parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 10/08/2011, e lança o crédito tributário de R\$123.484,04, em razão do cometimento das seguintes infrações:

- 1) Deixou de recolher ICMS em decorrência da diferença de alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de dezembro de 2008 a março de 2009, e de julho a agosto de 2009. Foi lançado o valor de R\$32.953,18, acrescido de multa de 60% por cento.
- 2) Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, sendo lançado o valor de R\$84.925,46 nos exercícios de 2008, 2009 e 2010, acrescido de multa de 70% nos exercícios de 2008 e 2009 e de 100% no exercício de 2010.

3) Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, sendo lançado o valor de R\$5.605,40 nos meses de janeiro e maio de 2009, com multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, às fls. 113/133, e transcreve os termos das infrações. Aduz que por razões técnicas inicia sua justificativa pela infração 02, por se tratar de matéria preliminar de nulidade absoluta, pois está eivada de vícios insanáveis. Que há nulidade plena de direito, pois desconhecendo a recorrente, os parâmetros da programação adotada pela autoridade fiscal, houve contaminação dos dados constantes nos arquivos originários, de modo que no relatório final constou a inserção de informações desconhecidas, bem como excluídas outras seriadas e relevantes nele contidas, tornando nulo o auto de infração, pois foi lavrado com informações eivadas de vícios insanáveis. No relatório fiscal “resumo da auditoria de estoque” evidenciam-se diversas incorreções entre as informações entregues ao auditor fiscal através dos arquivos magnéticos, contendo a escrituração fiscal padrão SINTEGRA; do ponto de vista técnico, a metodologia de cálculo é perfeita, desde que todos os documentos sejam considerados. Apresenta demonstrativo do estoque de 2008 onde a maioria das diferenças apontadas coincide com as vendas mediante emissão de cupom fiscal (registro SINTEGRA 60R e 60I), declarados nos arquivos, mas ignorados durante os trabalhos de auditoria fiscal. O único produto onde foi apontada omissão de entrada, refere-se a um provável erro de transcrição de dados do produto 477788 para a planilha de auditoria, pois as quantidades de saída estão acima do enviado no arquivo SINTEGRA. Reconsiderados os cálculos, não restará quaisquer inconsistências na movimentação de estoques da empresa para 2008. Em relação a 2009, aponta divergências com relação ao estoque inicial, conforme demonstrativo da defesa, e também as seguintes divergências com relação às quantidades de entrada, entre os registros da empresa demonstrados nos arquivos SINTEGRA e o relatório de auditoria fiscal, apresentadas em demonstrativo à fl. 118. Na folha 119 apresenta demonstrativo em que afirma que as diferenças apontadas nas saídas, coincidem com as vendas mediante cupom fiscal, e ainda em relação ao estoque final, os valores divergem dos que estão apontados nos registros das empresas(LRI) assim como nos arquivos SINTEGRA (reg. 74); que se os cálculos forem reconsiderados não se observará quaisquer inconsistência para o exercício de 2009. À fl. 121 apresenta planilha onde aponta divergências com relação às quantidades de entradas entre os registros da empresa e também dos arquivos e aqueles que estão na demonstração da auditoria; que as diferenças de saídas também se devem às vendas com cupom fiscal, mas ignoradas pelo auditor; em relação ao estoque final as quantidades também divergem das que estão nos registros da empresa, conforme demonstra à fl. 124. Assim, pela dimensão dos equívocos, pede pela absoluta nulidade do auto de infração.

Quanto à infração 01, reconhece parcialmente e quitou a parte reconhecida em 30/08/2011 e 09/09/2011, conforme os DAES anexos à defesa(docs. 01 a 06). No entanto discorda da parcela de R\$20.216,63 relativa à cobrança de ICMS sobre operações de leasing no mês de dezembro de 2008. Em que pese o efetivo reconhecimento de parte da infração 01, houve equívoco da autoridade fiscal na apreciação da documentação relativo ao lançamento na modalidade leasing; tais equipamentos foram destinados ao recorrente por meio das notas fiscais 3397, 3401, 3646 emitidas pela Metal Light Indústria - que o artigo 3º da lei complementar 87/96, inc. VIII, veta a incidência de ICMS sobre operações de arrendamento mercantil, conhecidas como leasing. Arguiu também a lei 7.014/96, art. 3º, II onde reconhece não ser devido o pagamento de diferença de alíquotas de bens da arrendadora ou arrendatária nas operações de leasing; que foi feito contrato de leasing junto ao Banco Itauleasing, mediante contrato 82530 em 22/12/2008 no total de R\$433.467,41, conforme doc. (fl. 147), e que este valor se refere à totalidade das máquinas arrendadas, com a inclusão do IPI. Assim, afirma que não procede, o lançamento feito relativo às notas fiscais da Metal Light.

Que reconhece parcialmente a infração 03, no montante de R\$869,25, quitado em 05/09/2011, conforme DAE anexos(docs. 22 e 24), mas que é nulo de pleno direito a parcela de R\$4.736, relativo a créditos fiscais legítimos oriundos de recolhimentos realizados a maior; que a recorrente utilizou-se de crédito por impostos recolhidos a maior entre novembro/2008 e março de 2009, conforme art. 93, VIII do RICMS/BA 97; que todo o estorno de débitos pagos a maior encontram-se devidamente

escriturados em seus livros fiscais, os quais estiveram todo o tempo da diligência em questão, disponíveis para o fiscal; que improcede a alegação de extemporaneidade para utilização dos créditos pois o parágrafo 3º do art. 93 estabelece o prazo de até cinco anos, contados da emissão do documento fiscal; que deve se declarar insubsistente a parcela controversa de R\$4.736,15 consoante relatórios de fls. 25 a 33 da impugnação(fl. 159 a 157 do processo). Apresenta fundamentos jurídicos, notadamente do mestre Samuel Monteiro, acerca do lançamento tributário, do princípio da verdade material, etc, e finaliza pedindo pela nulidade absoluta do auto de infração em epígrafe.

O autuante apresenta informação fiscal às fls. 172/177, aduzindo o seguinte: que quanto à infração 02, tem razão o autuado, todavia não houve corrupção de dados ou inserção de informações inexistentes nos arquivos magnéticos. O que de fato ocorreu foi que ao elaborar as auditorias de estoque, por erro exclusivo do autuante, não foram qualificadas as saídas das vendas realizadas por meio de ECF, fato que efetivamente maculou as auditorias de estoque de 2008, 2009 e 2010, de modo que essa infração deve ser julgada improcedente. Quanto à parte controversa da infração 01, decorrente da diferença de alíquota paga a menor, recolhendo o valor principal de R\$12.736,55 referente aos exercícios de 2008 e 2009, contestando, porém, o valor de R\$20.216,63 referente ao exercício de 2008, por conta das operações de leasing, que considera como não tributadas, e que segundo o impugnante são decorrentes de arrendamento mercantil e portanto não tributadas pelo ICMS, conforme inc. VII do art. 3º da LC 87/96. No entanto, intimado a apresentar os respectivos contratos, o contribuinte declarou não existir tais contratos. As comprovações desta infração estão consubstanciadas nas declarações fornecidas pelo contribuinte, conforme se vê à fl. 33. O contrato trazido à fl. 147/152 não elide a ação fiscal, pelo contrário, prova o acerto. As notas fiscais que constam do contrato de leasing são totalmente divergentes das que sustentam a infração. O contrato de leasing foi firmado em 22.12.2008 e as notas fiscais foram emitidas em data anterior. As notas fiscais que constam no PAF são de nº 3394, 3395 e 3396 e são divergentes daquelas que sustentam a infração(3397,3401,3646). As notas 3397 e 3401 foram emitidas em 25 e 26/11 de 2008, enquanto o contrato de leasing foi firmado em 22/12/2008(fl. 126). Também não há nas notas fiscais 3397, 3401, 3646 a remessa por conta e ordem de terceiros, necessário em operações triangulares, visto que os remetentes dos bens apenas consignou: MERC FAT P/ITAULEASING AS EM ARRENDAMENTO MERCANTIL CONF LEI COM 87/96 ART 3 VIII, deixando de colocar o CNPJ e endereço do arrendador (remetente) dos bens, de maneira que esta infração deve ser julgada procedente.

Sobre a parte controversa da infração 03, de acordo com o RICMS qualquer crédito lançado de forma extemporânea deve ser esclarecido e que há na folha 08, intimação para esclarecimento, porém o mesmo silenciou. Como foi comprovado parcialmente a origem dos créditos, esta infração deve ser julgada procedente em parte. Refaz os cálculos das infrações à folha 177, remanescendo R\$33.822,43 do total Auto de Infração, conforme seu demonstrativo refeito à fl. 177 e abaixo reproduzido.

INFRAÇÃO	DATA OCORR.	VENCIMENTO	B. CÁLCULO	ALÍQUOTA	ICMS
1	31/12/2008	09/01/2009	549.397,00	5%	27.469,85
1	31/01/2009	09/02/2009	76.265,40	5%	3.813,27
1	28/02/2008	09/03/2009	23.435,40	5%	1.171,77
1	31/03/2009	09/04/2009	1.192,00	5%	59,60
1	31/07/2009	09/08/2009	8.482,80	5%	424,14
1	31/01/2009	09/02/2009	291,00	5%	14,55
				TOTAL	32.953,18
3	31/01/2009	09/02/2009	1.498,59	17%	254,76
3	31/05/2009	09/06/2009	3.614,65	17%	614,49
				TOTAL	869,25
			TOTAL DAS INFRAÇÕES		33.822,43

Intimado a se manifestar sobre a informação fiscal, o impugnante à fl. 185/194, apresenta os seguintes argumentos: por oportuno informa que o único valor que resta controverso se refere ao

contrato de leasing de R\$20.216,63, porque todos os demais valores encontram-se quitados; que improcede o argumento do autuante fl. 176 de que os bens arrendados são divergentes nas notas fiscais mencionadas. Que uma simples análise visual comprova que os bens descritos nas nfs. 3394, 3395, 3396 cujo destinatário é o arrendador, Itauleasing, são as mesmas das notas fiscais 3397, 3401, 3646 cujo destinatário é a recorrente e que a diferença de valor se refere unicamente ao IPI que é obrigatório para o banco arrendador. O fato das notas fiscais serem emitidas antes, não há qualquer problema neste sentido, posto ser determinação do Banco Central - BACEN, a menção dos documentos nos contratos de arrendamento mercantil, obrigando a emissão em data anterior, e o próprio instrumento contratual ressalva em seu item 1, o termo inicial da operação no dia 27/11/2008(doc. 13, fl. 147); que não há dúvidas sobre a natureza da operação envolvendo as aquisições junto à Metal Light nas notas fiscais em questão. Por esta razão é improcedente o lançamento tributário. Por último, não houve má fé da recorrente nas questões atinentes à operação de leasing e que consoante o art. 158 do mesmo diploma legal, não implicaram falta de recolhimento do ICMS, uma vez que a operação é isenta. Assim, pede a aplicação da equidade (art. 159 do RICMS) a fim de reconhecer a validade da operação. Que a inobservância de detalhes burocráticos na emissão das notas por parte do fornecedor Metal Light encontra justificativa no pedido da equidade, conforme incisos II e III do 1º do supracitado artigo; que o fato de não haver CNPJ e endereço do arrendador constitui, no máximo, descumprimento de obrigação acessória e não a principal. Ressalta o princípio da verdade material no processo tributário e por todo o exposto requer a absoluta nulidade do auto de infração tornando sem efeito a multa pretendida, frisando mais uma vez que a ausência de informações legais na nota fiscal constitui infração de obrigação acessória e não principal. E requer dispensa ou redução da aplicação da multa a rigor do disposto nos art. 157, 158 e 159 do RICMS. Requer ainda a produção de todas as provas em direito inclusive realização de perícia e diligência necessárias à elucidação dos fatos.

VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com todas as formalidades legais, não havendo, portanto, nulidade no lançamento tributário por questão de vício insanável. Descarto também o pedido de diligência apresentado pelo impugnante, por considerar que as provas apresentadas no processo, são suficientes para a tomada de decisão desta Junta.

A impugnação começa pela infração 02, e assim, por este critério, faço o mesmo no voto. O autuante reconhece a improcedência total da infração 02, cujo crédito tributário lançado foi de R\$84.925,46 em levantamento quantitativo de estoques, uma vez que foi constatado que não foram consideradas as saídas decorrentes da emissão de cupom fiscais, pelo fato de tais registros não se encontrarem no SINTEGRA, época da fiscalização. Assim, julgo improcedente a infração 02.

Quanto à infração 03, o autuante refaz os cálculos com base nas justificativas que foram apresentadas na defesa quanto à utilização dos créditos extemporâneos, à fl. 177, apontando a diferença remanescente de R\$869,25. Em sede de manifestação à fl. 185, sobre os novos fatos trazidos na informação fiscal, o impugnante reapresenta o novo demonstrativo feito pelo autuante(fl. 186) e não refuta tal diferença, afirmando já haver recolhido os valores incontroversos. Assim, voto pela procedência parcial da infração 03.

O único valor controverso neste processo é o que se refere ao contrato de leasing, cujas notas de aquisição foram lançadas pelo Auditor Fiscal e cujo imposto alcança R\$20.216,63. Analisando-se as notas fiscais em questão no demonstrativo à fl. 12 do PAF, de números 3397 (fl. 201), 3401 (fl. 202) e 3646 (fl. 203), em cotejo com as notas apresentadas pelo impugnante, 3394 (fl. 204), 3395 (fl. 206) e 3396(fl. 205), é possível comprovar que as notas fiscais 3397 e 3394(fl. 201 e 204), apresentam o mesmo valor, de R\$344.278,48 e com os mesmos materiais e mesma data de emissão, sendo que a primeira foi faturada para a Home Center e a segunda para Itauleasing, ambas com data de 25/11/2008. As notas fiscais relacionadas pelo autuante, de nºs 3646, de 29/12/2008 e 3401, de 26/11/2008 (fls. 203 e 202), são respectivamente de R\$28.141,20 e R\$31.912,94, emitidas para Home Center, que

somadas tem o mesmo valor da nota fiscal 3395, de 25/11/2008, apresentada pelo impugnante, de R\$60.054,15, emitida para a Itauleasing, e com os mesmos materiais, sendo que as duas primeiras, cobradas pelo autuante, foram emitidas em 26/11/2008 e a última emitida em 25/11/2008. Em todas as notas, consta nas informações complementares como sendo arrendamento mercantil envolvendo a Itauleasing e a Home Center. A nota fiscal 3396 (fl. 205), de 25/11/2008, de R\$8.493,48, não apresenta nexos com as demais e aparentemente foi juntada ao processo sem nenhuma vinculação com o Auto de Infração. É fato que a data de início do contrato com o Banco Itauleasing (fl. 207), está declarada como sendo 27/11/2008 e no campo “fornecedor”, consta a empresa METAL LIGHT IND E COMERCIO DE MOV AÇO LTDA, a mesma que emitiu as notas fiscais. A questão que levou o autuante a desconsiderar o contrato, foi apenas a data, que seria posterior à emissão das notas fiscais. Cabe aqui, a observação de que uma das notas fiscais, a de nº 3646, de R\$28.141,20, teve emissão em 29/12/2008 (data posterior, portanto), e é complementar, junto com a nota fiscal 3401, de 26/11/2008 em relação à nota fiscal 3395, apresentada pela defesa, com emissão de 25/11/2008.

O contrato de leasing é regulado pela instrução 2309/96 do Banco Central do Brasil e se faz necessária a emissão da nota fiscal do fornecedor para o arrendador (banco), com destaque de ICMS, e também a emissão pelo fornecedor, de uma outra nota fiscal para o arrendatário, sem destaque de ICMS. A sequência numérica das notas fiscais mostram que, primeiro foram emitidas as notas fiscais para o banco e em seguida para o arrendatário. O autuante sustenta, entre outras irregularidades, que faltou a comprovação de emissão da nota fiscal de venda à ordem do banco para a Home Center. No entanto, o banco por não ser contribuinte de ICMS, não é obrigado a emitir nota fiscal, apenas fornece cópia da nota que foi lhe emitida, ao destinatário, de forma a suprir a ausência da emissão de sua própria nota fiscal. Vejamos o que diz o RICMS no art. 563 § 7º:

As empresas legalmente habilitadas a operar com arrendamento mercantil (“leasing”) como arrendadoras ficam dispensadas do cumprimento de obrigações acessórias, ressalvada a obrigatoriedade de inscrição cadastral e manutenção de documentos pelo prazo decadencial.

Quanto ao fato da emissão das notas fiscais (à exceção de uma delas), em data anterior ao início da vigência do contrato, devo argumentar que embora a resolução do BACEN não estabeleça obrigatoriedade de emissão da nota em data anterior, como afirmou o impugnante, é perfeitamente factível que norma interna do banco (arrendador), exija a emissão da nota fiscal pelo fornecedor em momento anterior, por conta das garantias que o banco necessita para pagamento das mercadorias adquiridas, visto que tais mercadorias serão entregues ao arrendatário e não ao banco (arrendador). Outras eventuais falhas, como a ausência do endereço ou CNPJ do arrendador, que foram alegadas pelo autuante, são descumprimento de obrigações acessórias que são também contempladas no art. 563. Além disso, as datas são em momento imediatamente anterior ao contrato (de um a dois dias) e a própria legislação do ICMS, conforme reprodução do texto legal anterior, é liberal em relação ao cumprimento de obrigações acessórias. Assim, não há como negar que existe uma aparência de legalidade das operações realizadas entre as 03 empresas envolvidas. Assim, considero que não há segurança jurídica para a manutenção da exigibilidade do crédito tributário, pois a verdade material que aflora nos diz que houve de fato um contrato de leasing entre as partes envolvidas no contrato apresentado no processo, operação esta, que é desonerada do ICMS, conforme art. 6º, XIV, “a”, do RICMS/BA sendo assim, voto pela procedência parcial da infração 01.

Pelo exposto, julgo o Auto de Infração pela PROCEDÊNCIA EM PARTE, com manutenção dos seguintes valores, de acordo com o demonstrativo abaixo.

INFRAÇÃO	DATA OCORR.	VENCIMENTO	B. CÁLCULO	ALÍQUOTA	ICMS
1	31/12/2008	09/01/2009	145.064,40	5%	7.253,22
1	31/01/2009	09/02/2009	76.265,40	5%	3.813,27

1	28/02/2008	09/03/2009	23.435,40	5%	1.171,77
1	31/03/2009	09/04/2009	1.192,00	5%	59,60
1	31/07/2009	09/08/2009	8.842,80	5%	424,14
1	31/01/2009	09/02/2009	291,00	5%	14,55
				TOTAL	12.736,55
3	31/01/2009	09/02/2009	1.498,59	17%	254,76
3	31/05/2009	09/06/2009	3.614,65	17%	614,49
				TOTAL	869,25
			TOTAL DAS 2 INFRAÇÕES		13.605,80

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281508.0002/11-0**, lavrado contra **HOME CENTER NORDESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.605,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F”, VII, a, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR