

PROCESSO - A. I. Nº 279862.0301/11-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e FIORELLI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECCÕES LTDA.
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e FIORELLI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECCÕES LTDA.
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0003-04/12
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 02/05/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0084-12/13

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO NO REGIME SIMPLIFICADO DE RECEITA BRUTA. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. Infração não defendida. 2. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não comprovada a origem dos valores relativos à escrituração na conta “Caixa” a título de “Adiantamento de Clientes”. Infração caracterizada, entretanto como o contribuinte é optante do regime especial para apuração do imposto mensal com base no valor da receita bruta (indústria de vestuário) é cabível a aplicação do percentual de 4% na apuração do débito. Refeitos os cálculos o que implicou na redução do débito. Infração procedente em parte. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não defendida. Não acolhidas as preliminares. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário interpostos contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lançado em 28/03/11, para cobrar o ICMS no valor de R\$128.667,47, em decorrência do cometimento de 03 infrações, a seguir transcritas:

Infração 01 - Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração do imposto como optante do regime simplificado de Receita Bruta - R\$4.260,74.

Infração 02 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de suprimentos de caixa de origem não comprovada. Consta, na descrição dos fatos, que a irregularidade foi constatada pela análise da conta de adiantamento de clientes e as respectivas faturas de notas fiscais de fornecimento de mercadorias, tendo sido acatadas as apropriações comprovadas - R\$124.100,00.

Infração 03 - Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento - R\$306,73.

Foi apresentada defesa tempestiva às fls. 329 a 337 rebatendo todo o Auto de Infração. Por sua vez, à fl. 354, está prestada informação fiscal, afastando a argumentação defensiva e pedindo pela procedência do lançamento.

Após concluída a instrução, a 4ª JJF julgou parcialmente procedente o Auto de Infração em epígrafe, conforme abaixo transcrito:

"VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo a recolhimento a menos do imposto no regime de Receita Bruta, por omissão de saídas de mercadorias decorrente de suprimentos de caixa de origem não comprovada e da diferença de alíquotas.

Na defesa apresentada, com relação às infrações 1 e 3, o autuado afirmou que iria conferir os cálculos efetuados pela fiscalização em relação à primeira e verificar se a operação que resultou na exigência do ICMS da diferença de alíquota se enquadrava em dispensa regulamentar e caso encontrasse alguma prova que lhe fosse favorável, carrearia ao processo.

Disse também, que caso não encontrasse falhas iria providenciar o pagamento dos valores exigidos nestas infrações.

Verifico que com relação à infração 1, o autuante elaborou planilha (fl. 9) na qual apurou o ICMS devido mensalmente pelo Regime de Receita Bruta e deduziu os valores recolhidos o que resultou em diferenças de valores pagos a menos que o devido. Como a empresa não apresentou qualquer prova em contrário, a infração deve ser mantida na sua integralidade.

Da mesma forma, relativamente à infração 3, foi juntado demonstrativo e 2ª via da nota fiscal nº 6087 emitida em 12/04/07 pela Zap do Brasil Ltda (fls. 23/24) localizada no Estado de São Paulo, a qual relaciona bens adquiridos de consumo do estabelecimento (difusor, grelha e veneziana).

Portanto, em se tratando de aquisições interestaduais de bens destinados ao consumo do estabelecimento ocorreu a obrigação de recolher o ICMS da diferença de alíquota e não tendo a empresa comprovado o pagamento do imposto correspondente no prazo legal, ficou caracterizado o cometimento da infração. Por isso, deve ser mantida na totalidade esta infração.

Quanto à infração 2, o autuado alegou que na sua operacionalidade é comum receber adiantamento de Recursos por parte de clientes, os quais são pagos com o fornecimento de mercadorias ou quitação em espécie. Alegou que o fato de não haver faturamento relativo a adiantamentos recebidos não configura ocorrência de suprimento de caixa de origem não comprovada.

Conforme ressaltado pelo autuante o recebimento de Recursos de clientes a título de adiantamento configura uma operação financeira que se encontra fora do campo de incidência do ICMS. Entretanto, conforme demonstrativos elaborados pela fiscalização (fls. 25/36) foram relacionados os valores de adiantamento de clientes escriturados no Livro Razão do estabelecimento autuado e deduzidos os valores consignados em notas fiscais faturadas para os mesmos clientes o que resultou na apuração de diferenças entre o valor do adiantamento e o total de faturamento relativo à parte de clientes conforme demonstrativo resumo à fl. 36.

Pelo exposto, em se tratando de valores de adiantamentos escriturados no exercício de 2007 e o Auto de Infração lavrado em 28/03/11, ou seja, decorrido quase quatro anos, não é razoável que a empresa até o presente momento não tenha efetuado o pagamento dos valores recebidos a título de adiantamento, em espécie ou mediante faturamento de mercadorias. Logo, os ingressos de Recursos financeiros escriturados na contabilidade como adiantamento, não havendo comprovação de pagamentos conduz a presunção de suprimento de Recursos de origem não comprovada.

Como se trata de imposto exigido a título de presunção (art. 2º, § 3º do RICMS/BA) é facultado ao impugnante comprovar a improcedência da presunção, invertendo-se o ônus da prova. Não tendo o autuado apresentado qualquer prova em contrário junto com a defesa em relação aos demonstrativos elaborados pela fiscalização, restou caracterizado o cometimento da infração de suprimento de caixa de origem não comprovada.

Também não pode ser acatado o argumento defensivo de que se tivesse pago o adiantamento com mercadorias e não emitido notas fiscais, o imposto deveria ser apurado mediante outro roteiro de auditoria, tendo em vista que a contabilização de recebimento por meio de adiantamento é feita mediante débito na conta caixa (ou banco) em contrapartida de um lançamento a crédito numa conta do passivo (adiantamento de...). Não havendo comprovação da origem dos Recursos que ingressaram no caixa da empresa conduz a presunção de que estes Recursos financeiros são provenientes de receitas anteriores auferidas na própria empresa e não contabilizadas. Cabe ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção, o que não ocorreu. A situação hipotética aventada de ocorrência de pagamento mediante entrega de mercadorias sem emissão de documento fiscal materializa a omissão de receita presumida.

No tocante ao argumento defensivo de que o estabelecimento autuado apura o ICMS pelo regime de Receita Bruta e que sobre a base de cálculo apurada deve, para apurar o imposto, serem aplicados os percentuais previstos e não a alíquota de 17%, tal alegação não foi contestada pelo autuante na informação fiscal.

Observe que conforme disposto no art. 505, XII do RICMS/BA é vedada a utilização de quaisquer créditos fiscais por parte do contribuinte que optar pelo regime de apuração em função da receita bruta. Presume-se que ao apurar a base de cálculo de omissão de receitas, na situação presente decorrente de suprimento de caixa de origem não comprovada, no débito do ICMS apurado relativo às receitas omissas não é contraposta ao imposto incidente sobre as compras dos produtos comercializados cujas receitas não foram contabilizadas.

Ressalto que a legislação do Simbahia, que por similaridade vedava a utilização de créditos fiscais, previa que no caso de apuração de ICMS em decorrência de cometimento de infrações de natureza grave (art. 408-L, V do

RICMS/BA) com aplicação da alíquota de 17%, deveria ser concedido crédito presumido de 8%, redação que já foi revogada com a implantação do Simples Nacional. Logo, na situação presente o contribuinte apura o ICMS pelo regime de Receita Bruta Mensal (RBM), não é razoável que o imposto seja exigido com a aplicação da alíquota de 17% sem que tenha direito a utilizar qualquer crédito fiscal.

Saliento que o entendimento de que sobre as receitas omitidas deve ser aplicado o percentual previsto na legislação para os contribuintes que apuram o imposto pelo Regime da Receita Bruta já foi manifestado em diversas decisões deste Conselho, a exemplo dos Acórdãos CJF 069-12/06, CJF 0144-12/05 e CJF 066-11-03 cujas ementas foram transcritas na defesa (fls. 335/336).

Pelo exposto, é razoável acatar o pedido da empresa de que sobre a base de cálculo apurada nesta infração seja aplicado o percentual previsto para as empresas que apuram o imposto com base no regime de receita bruta. Como o imposto a ser pago mensalmente deve ser calculado progressivamente (art. 505, VIII do RICMS/BA) de 3% sobre o valor da RBM até esta atingir o valor correspondente a R\$ 40.000,00; 3,5% sobre o que exceder a R\$40.000,00 até R\$100.000,00 e 4% sobre o que exceder a R\$100.000,00 até o limite de R\$1.200.000,00, considerando que a base de cálculo da omissão apurada em todos os meses apresenta valor mínimo de R\$100.000,00 deve ser aplicado o percentual de 4%.

Dessa forma, tomo como base o demonstrativo resumo elaborado pelo autuante (fl. 36) e de ofício faço a aplicação do percentual de 4% sobre a receita omitida conforme planilha abaixo resultando em valor devido de R\$29.200,00.

Data Ocorr	Data Vencido	Base de Cálculo	Aliq %	Multa%	Valor do Débito	Fl.
11/09/07	09/10/07	100.000,00	4,00	70,00	4.000,00	36
30/10/07	09/11/07	150.000,00	4,00	70,00	6.000,00	36
29/11/07	09/12/07	320.000,00	4,00	70,00	12.800,00	36
17/12/07	09/01/08	160.000,00	4,00	70,00	6.400,00	36
Total					29.200,00	

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.”

Diante da desoneração ocorrida, houve a interposição do Recurso de Ofício pela 2ª JF na Resolução do Acórdão, consoante previsão legal.

Inconformado com a Decisão, o autuado interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 372 a 375, pedindo pela nulidade e improcedência do Auto de Infração, notadamente das infrações 2 e 3.

Inicia seu arrazoado reiterando todos os termos de sua defesa e solicitando que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos seus advogados. Fala que, conforme documentação já anexada aos Autos e como admitido tanto pela Autuante, como pela JF, é comum o autuado receber recursos de clientes, a título de adiantamentos, os quais são pagos, normalmente, sem afastar a possibilidade de quitação em espécie, através do fornecimento de mercadorias, devidamente faturadas e suportadas pelas notas fiscais. Alega que tal costume se encontra espelhado no demonstrativo da apuração, que lista os clientes, valores de suprimentos recebidos e, a faturas emitidas para as devidas quitações.

Aponta que o próprio autuante registrou no corpo do Auto de Infração que foram “*acatadas todas as apropriações sugeridas pelo contribuinte*”, listando cada valor de adiantamento (suprimento) e cada fatura emitida, atestando que esse procedimento é comum e efetivo, além de legal. Mesmo assim, alega o recorrente que a fiscalização erigiu à condição de “*suprimento de origem não comprovada*”, depósitos, cujas datas e contas foram identificadas na planilha anexo ao PAF, com os mesmos Clientes que possuem o costume de operar com o autuado nessa modalidade. Entende que, diante dos demonstrativos que sustentam a acusação, a origem dos suprimentos “*restou esclarecida mediante a própria ação fiscal, qual seja, os depósitos, a título de adiantamentos, realizados por Clientes*”.

Alega que a apuração fiscal não é suficiente para instaurar a presunção de “omissão de receita”, valendo, no máximo, como um indício da existência de irregularidade, o que deveria ser claramente comprovado através de outros roteiros de fiscalização. Em seguida assevera o recorrente que, tendo em vista o fulcro da autuação, os valores apontados possuem origem lícita e comprovada, “*como se pode auferir, ainda, mediante os recibos de depósitos anexados pela defesa, que sequer foram objeto de análise pela JF*”. Diz que a acusação fiscal foi baseada em presunção plenamente elidida, na forma preconizada pelo art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. Em síntese, fala que a “*questão relativa ao pagamento, pelo autuado, seja em espécie, seja com o*

fornecimento de mercadorias, não comporta a presunção instaurada no AI, fulcrada, como já observado, no ‘suprimento sem origem comprovada’.

Por outro giro, na hipótese do autuado ter pago com mercadorias e não ter emitido notas fiscais, tal ilícito deveria ser comprovado por outro roteiro de fiscalização, visto que, segundo relata, “*os suprimentos detectados, que possuem sim origem comprovada e lícita, no máximo poderiam servir como indício da existência de alguma anormalidade*”. Entende que não existe relação de causa e efeito entre os fatos narrados e o enquadramento legal adotado, o que torna ineficaz a autuação.

Em sustento à sua tese, junta ementa do Acórdão CJF nº 0114-11/05 de relatoria do Conselheiro Fernando Antonio Brito Araújo, a seguir transcrito:

RELATOR(A): CONS. FERNANDO ANTONIO BRITO ARAUJO

Auto de Infração – 2068980125049

Recurso - Recurso Voluntário

Recorrente – ELIO NEGRAO BERNARDES DE SOUZA ME

Recorrido - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

Autuante(s) – LAURO DOS SANTOS NUNES

ACORDÃO CJF Nº 0114-11/05

ICMS. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Modificada a Decisão recorrida. Infração não caracterizada. Inexistência de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o valor do débito. Auto de Infração NULO. Recurso PROVIDO. Decisão unânime.

Fala também que deve ser afastada a hipótese de enquadramento do pagamento das obrigações assumidas sem o devido registro, como “passivo fictício” ou “saldo credor de caixa”, uma vez que, não se tratam das circunstâncias aqui vividas nos autos e em nenhum momento tal fato foi levantado pela autuação ora impugnada. Por seu turno, colaciona ementa da Decisão proferida pela 5ª JJF, no Acórdão Nº 0210-05/06 de relatoria da então julgadora Monica Maria Roters, que julgou, segundo entende, caso semelhante.

Abaixo transcrevo referido julgado:

RELATOR(A): CONS. MONICA MARIA ROTERS

Auto de Infração – 2693570037068

Recurso – DEFESA

Recorrente – MARINEIDE CARDOSO DA SILVA DE UAU

Autuante(s) – JUTAI LOPES DA COSTA

ACORDÃO JJFNº 0210-05/06

ICMS. “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES. MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGIA DO IMPOSTO. A imputação relativa a suprimento de origem não comprovada não está configurada nos autos. O suprimento, quando contabilizada e não comprovada sua origem e efetivo ingresso do numerário no estabelecimento, tem que ficar evidenciado nos autos com indicação do exato valor, da data da contabilização e pela intimação ao sujeito passivo objetivando a prestação dos esclarecimentos e comprovação pertinentes. O que efetivamente ficou constatado foi a ocorrência de saldo credor da conta “Caixa”, que não foi motivo da autuação. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATOR(A): CONS. MONICA MARIA ROTERS

Auto de Infração – 2693570037068

Recurso – DEFESA

Recorrente – MARINEIDE CARDOSO DA SILVA DE UAU

Autuante(s) – JUTAI LOPES DA COSTA

ACORDÃO JJFNº 0210-05/06

ICMS. “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES. MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGIA DO IMPOSTO. A imputação relativa a suprimento de origem não comprovada não está configurada nos autos. O suprimento, quando contabilizada e não comprovada sua origem e efetivo ingresso do numerário no estabelecimento, tem que ficar evidenciado nos autos com indicação do exato valor, da data da contabilização e pela intimação ao sujeito passivo objetivando a prestação dos esclarecimentos e comprovação pertinentes. O que efetivamente ficou constatado foi a ocorrência de saldo credor da conta “Caixa”, que não foi motivo da autuação. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

Quanto ao item 3, que se reporta à Nota Fiscal nº 6087, emitida pela empresa ZAP BRASIL LTDA – EPP, pede que seja averiguado se a hipótese não se enquadra na dispensa estabelecida no art. 7º, inciso IV, letra “b”, do RICMS, o que não foi analisado pela JJF.

Ao final de sua peça recursal, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos, e pede pelo provimento do seu Recurso, julgando nulo ou improcedente o Auto de Infração.

Em termos, os autos foram encaminhados à PGE para análise.

As fls 381 a 383, o n. procurador José Augusto Martins Júnior, emite Parecer opinativo. Inicia fazendo um breve histórico dos fatos, das infrações discutidas e da Decisão da 4ª JJF.

No que tange a infração 2, após sintetizar a tese do recorrente dos adiantamentos, fala que tal tese tem pertinência lógica, mas, no caso em apreço, não possui esteio probatório. Lembra que a questão foi posta com muita propriedade pelos julgadores de piso, ao dizerem que não se fazia verossímil que os adiantamentos realizados há quase cinco anos atrás não tenham comprovação de sua devolução, o que configuraria um simples jogo de documentos fiscais. Assim sendo, conclui o n. Procurador que *“em que pese provado o ingresso da receita, não se faz crível que este suprimento tenha sido feito por intermédio de adiantamento de clientes, sem que fique comprovado a contraprestação do autuado em relação aos seus credores do adiantamento”*. Sem tal comprovação, entende a Procuradoria que restaria configurada uma verdadeira doação.

Assim sendo, entende o i. Procurador que foi acertada o entendimento da Junta de que só poderia elidir a acusação caso fossem colacionados os pagamentos ou faturamento dos credores dos supostos adiantamentos.

Quanto à infração 3, entende que não há como acolher a tese recursal de que a operação da nota fiscal nº 6087 refere-se incorporação no ativo fixo, haja vista serem produtos de uso e consumo do estabelecimento, para difusão de ar em ambientes, não se enquadrando na capitulação legal do art. 7º, IV do RICMS/BA-97, sendo perfeitamente cobrável o diferencial de alíquotas.

Ao final, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Em mesa, o n. Procurador do recorrente arguiu em sua sustentação oral, a possibilidade do escalonamento do percentual aplicável ao pagamento do ICMS nas faixas das Recitas Brutas, conforme a dicção do art. 505 do RICMS/BA-97 então vigente.

VOTO

Tratam-se de Recurso Voluntário e de Ofício interposto contra a Decisão da 4ª JJF que julgou procedente em parte o Auto de Infração em epígrafe. As infrações 1 e 3 foram consideradas procedentes e a infração 2, parcialmente procedente.

Faço a análise do Recurso Voluntário.

O Recorrente argui, em sede de preliminares, a nulidade do Auto de Infração devido à insuficiência de dados ou informações para se instaurar a presunção de omissão de receita e a nulidade da Decisão de piso por falta de análise dos documentos acostados pela defesa.

Em relação à primeira nulidade, relativa ao Auto de Infração, vejo que não merece guarida a tese recursal, vez que entendo ser perfeitamente a adequada a tipificação legal do fato gerador presente na infração 2, ante ao fatos ocorridos. Diante de todos os documentos dos autos, em especial os comprovantes de depósitos sem especificação do depositante, acostados pelo próprio sujeito passivo, não resta dúvida de que realmente houve um suprimento de caixa não comprovado. Quantias vultosas entraram na conta corrente do recorrente sem que houvesse a devida comprovação da identidade do depositante e da natureza da operação, ensejando a correta lavratura da presente infração.

Nulidade do Auto de Infração não reconhecida.

Quanto a segunda nulidade, relativa à falta de análise dos documentos carreados aos autos quando da Decisão, compreendo que tal arguição também não merece prosperar, visto que, a 4ª

JJF expressamente entendeu que não houve a devida comprovação de pagamentos dos valores recebidos a título de adiantamentos nos autos. Em outro ponto, vejo com clareza solar que a JJF explicou com base na análise dos documentos carreados aos autos que, cabia ao autuado o afastamento da presunção de omissão para elidir a infração 2, confirmando em seu voto que a empresa não apresentou *"qualquer prova em contrário junto com a defesa em relação aos demonstrativos elaborados pela fiscalização"* o que levou a devida caracterização do *"cometimento da infração de suprimento de caixa de origem não comprovada"*.

Além disso, vejo que os comprovantes de depósito carreados pelo Recorrente não identificam os depositantes, sendo este o motivo pelo qual foram afastados com provas capazes de elidir as acusações fiscais, tanto pelo Auditor Fiscal, quanto pelos n. Julgadores de piso.

Nulidade da Decisão não reconhecida.

Passo para análise das questões de mérito.

Em relação à infração 2, como bem dito pela JJF, o recebimento de Recursos de seus clientes, como adiantamento, não configura operação de circulação de mercadorias, fato gerador do ICMS. Entretanto, vejo que diante da documentação acostada aos autos, em especial os demonstrativos de fls. 25 a 36 do PAF, não houve a comprovação da origem dos valores escriturados pelo contribuinte a título de adiantamento de seus clientes.

A fiscalização apurou mediante recibos de depósitos na conta corrente do contribuinte, que realmente houve ingresso de certos valores recebidos a título de adiantamento, com posterior emissão de notas fiscais nos valores correspondentes àqueles ingressados na empresa. Todavia, nem todos os lançamentos existentes no livro contábil do Contribuinte a título de adiantamento foram devidamente comprovados ou identificados, levando à presunção de suprimento de caixa de origem não comprovada.

Noto que os comprovantes de depósito acostados pelo Contribuinte não indicam o depositante, sendo, portanto, incapazes de elidir a infração lançada. Dessa forma, como não houve a devida comprovação da origem dos adiantamentos na conta caixa da empresa, entendo acertada a exação lançada nos autos.

Também não deve prosperar o argumento recursal de aplicação do escalonamento do percentual previsto às faixas de recita bruta mensal, consoante interpretação literal do art. 505, VIII do RICMS/BA-97.

Pois, bem. Assim dispunha o citado artigo:

Art. 505

VIII - o imposto a ser pago mensalmente será calculado da seguinte forma, progressivamente:

- a) 3% (três por cento) sobre o valor da receita bruta mensal, até esta atingir o valor correspondente a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais);*
- b) 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) sobre o valor da receita bruta mensal que exceder a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) até R\$ 100.000,00 (cem mil reais);*
- c) 4% (quatro por cento) sobre o valor da receita bruta mensal que exceder a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) até o limite de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais);*

Em que pese a louvável tese do patrono da parte, entendo que esta não é a melhor interpretação do citado artigo, uma vez que, como em outros casos semelhantes de recolhimento e cálculo de ICMS, v.g. na legislação da SimBahia, não há previsão legal expressa quanto ao escalonamento do percentual aplicável, ao contrário do previsto no Imposto de Renda, por exemplo. Entendo que na metodologia de apuração do art. 505, VIII, há tão somente a indicação da alíquota a ser aplicada em cada intervalo de Receita Bruta Mensal, sem que seja levado em consideração os percentuais das faixas anteriores, conforme corretamente aplicou e apurou o n. Relator do Acórdão recorrido.

Diante do exposto, filio-me ao entendimento da PGE/PROFIS e entendo que a infração 2 é parcialmente procedente conforme julgamento de primeiro grau.

No que concerne à infração 3, o Recorrente requer que seja averiguado quanto a possibilidade de aplicação no disposto no art. 7º, IV do RICMS, vigente à época dos fatos, por se tratar de mercadoria destinada ativo fixo.

Assim dispõe o referido texto legal:

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

(...)

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):

(...)

b) contribuintes enquadrados no regime de apuração em função da receita bruta;

Compulsando os autos, entendo que a Nota Fiscal nº 6087 diz respeito a mercadorias destinadas ao ativo permanente. Devido à destinação da mercadoria (Shopping Salvador), diferente da matriz da empresa, vejo que as mercadorias (difusor, grelha e veneziana) integraram o ativo permanente de um novo estabelecimento do recorrente, devendo ser aplicado o quanto disposto no art. 7º, IV, 'a', do RIMCS vigente à época dos fatos.

Infração 3 improcedente.

Diante do exposto, voto pelo provimento parcial do Recurso Voluntário, para reconhecer a improcedência da infração 3.

Quanto ao pedido de encaminhamento ao procurador da parte de todas as intimações e notificações relativas a este feito, entendo que o mesmo deve ser atendido, consoante as regras previstas no RPAF/BA.

Agora, adentro a análise do Recurso de Ofício.

A desoneração ocorrida se deu pela aplicação da sistemática contida no regramento do SimBahia ao sistema de apuração do imposto para as empresas optantes do regime de Receita Bruta Mensal. Ambos os sistemas de apuração vedada à utilização de créditos fiscais por parte do contribuinte optante dos respectivos sistemas, o que motivou a adoção dos mesmos princípios no julgamento da lide. O n. Relator, aplicou a inteligência do já revogado art. 408-L, inciso V do RICMS/BA-97 que previa a consideração de crédito presumido de 8% nos casos de infrações cometidas por empresas regidas pelo SimBahia.

Portanto, entendo como correta a conclusão de que deve ser aplicado o percentual previsto no art. 505, VIII do RICMS sobre a base de cálculo com o fim de apurar o imposto devido em relação às empresas que têm como Regime de Apuração do ICMS a Receita Bruta Mensal.

Nesta senda, voto pelo Não Provimento do Recurso de Ofício.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, (infração 3) e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

VOTO VENCEDOR (Infração 3)

Com todo respeito que tenho pelas Decisões exaradas pelo n. Conselheiro Relator, ousou divergir da prolatada em relação à infração 3 do presente processo.

Em primeiro, não é o fato da Nota Fiscal nº 6087 – fl. 24 (com CNPJ e inscrição da empresa autuada) indicar que a mercadoria deva ser entregue no endereço constante no documento fiscal (que não é do recorrente) é fato motivador de caracterizar um bem como pertencente ao ativo permanente.

E, segundo, saliento de que o RICMS/97, ao regulamentar as determinações da Lei nº 7.014/96, no art. 93, inciso V, “b” define o que seja material de uso e consumo: *mercadorias que não forem destinadas a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação (§ 11) (Lei Complementar nº 87/96)*. Por seu turno, no § 1º, I, do citado artigo determina que: *Salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos*

intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que: I - as mercadorias adquiridas e os serviços tomados: a) estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação; b) sejam consumidos nos processos mencionados na alínea anterior; ou c) integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso.

Diante destas determinações, o que se depreende é que o sistema de crédito do ICMS não alberga diversos materiais, entre eles os de reposição de peças e partes de equipamentos. E tal entendimento decorre da interpretação das normas que compõem o ordenamento jurídico nacional e expresso na Lei Complementar nº 87/96, Lei Estadual nº 7.014/96 e do Regulamento do ICMS/97 (Decreto nº 6.284/97). No mais, este Conselho de Fazenda, assim tem se posicionado.

Ao analisar os produtos autuados (difusor, grelha e veneziana) claramente se denota que foram adquiridos como peças de reposição e partes de equipamentos. Em assim sendo, são considerados materiais para uso e consumo, não podendo ser considerados produtos que compõem o ativo imobilizado do estabelecimento autuado. Consequentemente as determinações do art. 7º, IV, “b”, do RICMS/97 à época dos fatos geradores devem ser obedecidas, mas não para definir os produtos como ativo permanente e sim como material de uso e consumo, sendo devido o recolhimento do diferencial de alíquota.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário em relação à infração 3 e acompanho o voto do n. relator quanto às demais questões inerentes ao presente processo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279862.0301/11-9**, lavrado contra **IORELLI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$33.767,47**, acrescido das multas de 50% sobre R\$306,73, 60% sobre R\$4.260,74 e 70% sobre R\$29.200,00, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto à infração 3) – Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Denise Mara Andrade Barbosa e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (Quanto à infração 3) – Conselheiro(s): Rodrigo Lauande Pimentel, José Antonio Marques Ribeiro e Carlos Henrique Jorge Gantois.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de abril de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Infração 3)

MÔNICA MARIA ROTERS – VOTO VENCEDOR
(Infração 3)

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS