

A. I. Nº - 206911.0001/07-7  
AUTUADO - BRASWEY S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO  
AUTUANTE - JALDO VAZ COTRIM  
ORIGEM - IFEP NORTE  
INTERNET - 31.07.2007

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0214-02/07**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO OU CONSUMO. Fato não negado pelo autuado, que apenas discute os aspectos legais, com base na redação primitiva de preceitos que foram modificados no curso do tempo. Mantido o lançamento. **b)** CRÉDITO UTILIZADO A MAIS. Fato demonstrado nos autos. Mantido o lançamento. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. Fato não impugnado objetivamente pelo sujeito passivo. Mantido o lançamento. 3. DIFERIMENTO. REFEIÇÕES. AQUISIÇÕES PARA CONSUMO DOS EMPREGADOS. Imputação não elidida pelo sujeito passivo. O valor lançado representa o imposto correspondente às operações antecedentes cujo lançamento se encontrava diferido, em virtude da responsabilidade que é atribuída por lei ao autuado, na qualidade de responsável tributário por substituição, por ter ocorrido em seu estabelecimento o fato que encerra a fase de diferimento. Quanto ao fato de os fornecedores serem contribuintes do regime do SimBahia, a ocorrência de diferimento afeta apenas o cálculo do imposto porventura devido pela microempresa, não tendo qualquer reflexo no tocante ao tributo a ser pago pelos adquirentes das mercadorias. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/3/07, diz respeito aos seguintes fatos:

1. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, sendo glosado crédito no valor de R\$2.208,97, com multa de 60%;
2. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque do imposto a mais no documento fiscal, sendo glosado crédito no valor de R\$ 3.000,00, com multa de 60%;
3. falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, sendo lançado imposto no valor de R\$3.981,01, com multa de 60%;
4. falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento [ICMS cujo lançamento se encontrava diferido], na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, sendo lançado tributo no valor de R\$53.618,75, com multa de 60%.

O autuado apresentou defesa confirmando que, de fato, os materiais a que se refere o lançamento do item 1º são destinados a consumo. Argumenta que, embora o Regulamento do ICMS só

prevê o direito ao crédito do imposto relativo à entrada de bens de uso ou consumo a partir de 1º de janeiro de 2007, nos termos do art. 93, V, “b”, esses dispositivos não se coadunam com a norma hierarquicamente superior estabelecida no art. 33 da Lei Complementar nº 87/96, segundo o qual o crédito dos aludidos materiais já poderia ser utilizado a partir de 1º de janeiro de 1998. Sustenta que, havendo lei, que é hierarquicamente superior ao Regulamento, que permitia o creditamento do imposto, não pode a legislação estadual retardar a eficácia do direito, pois isto implicaria falta absoluta de segurança jurídica. A seu ver, esse retardamento caracterizaria, no mínimo, crime de prevaricação, pela demora em conceder o crédito, haja vista que em outros Estados a sua vigência se deu em 1º de janeiro de 1998, conforme determinou a Lei Complementar nº 87/96.

Relativamente ao item 2º, o autuado explica que o crédito em questão diz respeito à aquisição de carvão ativado, que também constitui “material de consumo na industrialização de mamona em baga” [sic], de modo que, nos moldes e razões do item anterior, é legítimo o direito ao crédito.

No que concerne ao item 3º, diz que o assunto é idêntico ao do item 1º, de modo que “o correto é que a contribuinte se credite com o mesmo fundamento adotado naquela ocasião”.

Quanto ao item 4º, discorda da do lançamento do tributo em seu nome, argumentando que todos os fornecedores são microempresas, conforme consta nas Notas Fiscais de fornecimento das refeições, sendo, por isso, inaplicáveis neste caso as normas apontadas no Auto de Infração. Observa que no Regulamento do imposto existe um capítulo específico relativo às microempresas, e, ao se exigir, neste caso, o pagamento do tributo das microempresas, está sendo exigido o pagamento em duplicidade. Argumenta que, por força do art. 386-A, quem deve pagar o imposto são as microempresas, e não o adquirente das refeições. A seu ver, o imposto lançado neste Auto é indevido, pois o tributo foi recolhido pelas microempresas que forneceram as refeições, de modo que seria um absurdo cobrar o imposto em duplicidade, baseando-se o fisco em normas genéricas, em vez de aplicar as normas específicas.

Pede que o Auto de Infração seja declarado improcedente. Juntou documentos.

O fiscal autuante juntou aos autos alguns contratos de fornecimento de refeições firmados pelo contribuinte, e sugeriu que fosse dada ciência dos mesmos ao sujeito passivo.

O autuado manifestou-se dizendo que, conforme já havia sustentado na defesa, os fornecedores de refeições, que são microempresas, são os “contribuintes diretos” perante o fisco estadual, e isto é corroborado pela cláusula nona dos contratos de fornecimento de refeições anexados aos autos. Aduz que, diante da legislação e do princípio “pacta sunt servanda”, quem deve pagar o imposto neste caso são os fornecedores de refeições. Diz que permanece inalterado tudo quanto foi dito na defesa inicial.

O fiscal autuante prestou informação observando que, no tocante ao item 1º do Auto, o contribuinte reconheceu que se trata de bens de consumo. Quanto aos aspectos legais, o fiscal considera que, embora a anamnese das leis esteja perfeita, a interpretação feita pelo autuado está equivocada, por não levar em conta as alterações sofridas pela Lei Complementar nº 87/96 pelas Leis Complementares 92/07, 99/99, 114/02 e 122/06, que postergaram o prazo para apropriação dos créditos fiscais relativos a aquisições de bens de uso ou consumo para 1/1/00, 1/1/03, 1/1/07 e 1/1/11, respectivamente, sendo, por conseguinte, descabidas as alegações do autuado.

Com relação ao item 2º, o fiscal diz que as alegações do contribuinte são extremamente econômicas e simplistas, ao evocar uma semelhança com o fato do item 1º, alegando que se trata de carvão ativado, classificando-o como “material de consumo na industrialização de mamona em baga”. O fiscal assinala que o item 2º se refere a crédito fiscal apropriado a mais, por erro no tocante à alíquota, por ter o contribuinte adotado a alíquota de 12%, em vez de 7% (mercadoria

procedente do Paraná). Prosegue dizendo que a defesa pretende que se dispense o mesmo tratamento tributário a situações diferentes, a saber, crédito fiscal e diferença de alíquotas.

No tocante ao item 3º, o autuante observa que a defesa considerou fatos distintos como se fossem da mesma natureza. A seu ver, as infrações consideradas neste caso são conexas, por envolverem a aquisição de material de consumo, mas não são similares, por dizerem respeito a crédito fiscal e diferença de alíquotas.

Relativamente ao item 4º, o fiscal confirma que os fornecedores das refeições realmente se encontravam inscritos como microempresas, estando um inscrito na atividade de “restaurantes e similares” e outro na atividade de “fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para empresas”. Observa que um dos fornecedores tem características eminentemente de varejista (restaurante), o que o difere dos fornecedores de refeições destinados a atender às empresas, para consumo dos empregados, com diferimento do imposto, enquanto que o outro fornecedor tem código de atividade flagrantemente identificado com os fornecedores de refeições. Considera que a cláusula contratual a que alude o autuado não o exime da responsabilidade pelo imposto.

Opina pela manutenção dos lançamentos.

#### VOTO

Este Auto de Infração comporta quatro lançamentos. O 1º diz respeito à glosa de crédito fiscal de ICMS utilizado indevidamente, na aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento do autuado. O autuado defendeu-se tomando por fundamento a redação originária do art. 33, I, da Lei Complementar nº 87/96. Ocorre que esse dispositivo foi sucessivamente modificado pelas Leis Complementares 92/07, 99/99, 114/02 e 122/06. Esta última postergou o direito ao crédito relativo a mercadorias destinadas a uso ou consumo do estabelecimento para a próxima década: só será admitido o crédito a partir de 1º de janeiro de 2011 – se não houver nova prorrogação....

No caso do item 2º, também se trata de glosa de crédito fiscal, por ter o contribuinte se creditado de imposto a mais. Na Nota Fiscal 448, da Activbras, no valor de R\$60.000,00, o emitente destacou o imposto à alíquota de 18% (imposto destacado: R\$10.800,00). O emitente é estabelecido no Paraná. Nas operações efetuadas por contribuintes daquele Estado para outros contribuintes estabelecidos no Nordeste, com mercadorias destinadas a comercialização ou aplicação em processo produtivo ou na prestação de serviços sujeitos à incidência do ICMS, a alíquota aplicável é de 7% (imposto que deveria ter sido destacado: R\$ 4.200,00). Como o autuado se apropriou do crédito correspondente a 12% (imposto creditado: R\$7.200,00), está caracterizado o creditamento indevido (R\$3.000,00).

A defesa alega que se trata de compra de carvão ativado, aduzindo que “se trata de material de consumo na industrialização de mamona em bagas”. Essa alegação contempla um fator favorável ao contribuinte. Apesar da forma um tanto imprópria como ele se expressa, dizendo que o carvão ativado constituiria “material de consumo”, entenda-se que o consumo se dá “na industrialização de mamona em bagas”. Por conseguinte, não se trata, a rigor, de “material de consumo”, mas sim de insumo industrial, na categoria de produto intermediário, sendo legítimo o crédito fiscal.

Porém, o que se discute neste caso não é a natureza do material adquirido. A autuação decorreu do fato de o crédito ter sido utilizado a mais. Conforme foi demonstrado, o crédito correto seria de R\$4.200,00, mas o contribuinte se creditou de R\$ 7.200,00. Assim sendo, está correta a glosa do valor utilizado a mais.

Já no que concerne ao item 3º, que cuida da falta de pagamento da diferença de alíquotas na aquisição de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, procedentes de outros Estados, a defesa confundiu-se, dizendo que o assunto seria idêntico ao tratado no item 1º,

aduzindo considerar correta a utilização do crédito. As considerações feitas são inócuas. Mantendo o lançamento.

Por fim, o lançamento do item 4º refere-se à falta de recolhimento do ICMS, pelo autuado, relativo à substituição tributária por diferimento, relativamente a aquisições de refeições para os empregados da empresa. O diferimento do lançamento do imposto neste caso é previsto no art. 343, XVIII, do Regulamento do ICMS. O valor lançado representa o imposto correspondente às operações antecedentes cujo lançamento se encontrava diferido, em virtude da responsabilidade que é atribuída por lei ao autuado, na qualidade de responsável tributário por substituição, por ter ocorrido em seu estabelecimento o fato que encerra a fase de diferimento do lançamento do imposto.

A defesa sustenta a tese de que não seriam aplicáveis as normas genéricas atinentes ao diferimento, em face das normas específicas aplicáveis às microempresas, tendo em vista que os fornecedores das refeições são inscritas como microempresas. Argumenta que no Regulamento do imposto existe um capítulo específico relativo às microempresas, e, ao se exigir, neste caso, o pagamento do tributo devido pelas microempresas, está sendo exigido o pagamento em duplicidade. Argumenta que, por força do art. 386-A, quem deve pagar o imposto são as microempresas, e não o adquirente das refeições.

Em tese, posso conjecturar assim: uma microempresa inscrita no SimBahia que apenas realize operações mercantis sujeitas ao regime de diferimento, sem exceção alguma, não tem ICMS a pagar, haja vista que a responsabilidade pelo imposto é diferida (adiada, transferida) para os adquirentes das mercadorias; por outro lado, se a microempresa, além de realizar operações com diferimento do imposto, também realiza operações tributáveis normalmente, deve calcular o imposto a ser pago por ela de acordo com o regime do SimBahia, abatendo da receita bruta as operações cujo lançamento foi diferido, e, portanto, transferido o encargo a terceiros; sendo assim, a ocorrência de diferimento afeta apenas o cálculo do imposto porventura devido pela microempresa, não tendo qualquer reflexo no tocante ao tributo a ser pago pelos adquirentes das mercadorias.

Quanto à cláusula contratual a que alude o autuado, o que tenho a dizer é que as convenções particulares não derrogam as obrigações decorrentes de lei.

Mantendo o lançamento do item 4º.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206911.0001/07-7, lavrado contra **BRASWEY S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$62.808,73**, 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2007

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR