

PROCESSO - A. I. Nº 269189.3010/09-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FMC QUÍMICA DO BRASIL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JF nº 0186-01/10
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 19/11/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0388-11/10

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA NÃO ENTRADA NO ESTABELECIMENTO. A falta de comprovação por parte do fisco estadual quanto à inexistência do estabelecimento autuado, bem como a demonstração do modelo de atividade desenvolvido pelo contribuinte, tornam a infração descaracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JF nº 0186-01/10) que julgou Improcedente o presente Auto de Infração, através do qual foi atribuída ao sujeito passivo a utilização indevida de crédito fiscal, por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado, nos meses de janeiro, fevereiro e abril a junho de 2009, sendo exigido o imposto no valor de R\$512.181,38, acrescido da multa de 150%.

Na “Descrição dos Fatos” consta que se refere à utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias que não entraram no estabelecimento em função de sua inexistência de fato, considerando que sua constituição virtual fere o conceito de estabelecimento empresarial definido pelo art. 1.142, do Código Civil.

A Junta de Julgamento Fiscal, no acórdão submetido à revisão desta CJF, rejeitou as preliminares suscitadas e, no mérito, acatou as razões defensivas, discorrendo, inicialmente, sobre o método operacional desenvolvido pelo autuado.

Disse que os produtos comercializados pelo impugnante se referem a herbicidas, fungicidas e outros insumos agropecuários, cujas operações internas são beneficiadas pela isenção do ICMS prevista no art. 20, I, do Regulamento, enquanto que a aquisição ocorre com a alíquota de 7%, tendo em vista que o contribuinte recebe as mercadorias de sua fábrica situada no Estado de Minas Gerais.

Asseverou que o acúmulo de crédito fiscal por parte do contribuinte é uma consequência natural e, tanto é assim que, conforme documentação acostada aos autos, em várias oportunidades foram deferidos pedidos de transferência de crédito fiscal acumulado, pedidos esses, salientou, analisados pela própria Inspetoria de Barreiras.

Lembrou que nem sempre a manutenção de créditos nos casos de entradas de mercadorias com isenção depende de regras próprias delineadas na legislação correlata, e neste caso existe regra específica, qual seja o art. 104, VI, do RICMS.

Afirmou que, conforme o Termo de Acordo celebrado entre o sujeito passivo e a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, assinado dois meses antes da lavratura da autuação, o contribuinte foi autorizado a “transferir o montante de créditos fiscais acumulados em decorrência das situações prevista no art. 106,... conforme previsto no alínea ‘d’ do inciso II do artigo 108-A do RICMS-BA”.

Ainda de acordo com o mencionado termo, diz a Junta, “cabe à fiscalização examinar a escrita e a documentação fiscal do contribuinte, para verificar a correção declarado. Deste modo, como os créditos fiscais glosados consignados na escrita fiscal do autuado, tendo se originado

aquisição interestadual de mercadorias normalmente tributáveis, concluo restar descaracterizada a exigência fiscal”.

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 02, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00, a JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Consoante relatado, a base para a autuação em comento foi o entendimento firmado pelo auditor fiscal de que o sujeito passivo está constituído apenas virtualmente, não possuindo estabelecimento empresarial tal como definido pelo art. 1.142, do Código Civil vigente e, por isso, não poderia utilizar os créditos tributários relativos às aquisições feitas de sua unidade fabril localizada no Estado de Minas Gerais.

Sucedendo que, ao revés do quanto entendeu o preposto fiscal, o conceito de estabelecimento que deve ser levado em consideração para aplicação da legislação tributária do ICMS é aquele previsto na Lei Complementar nº 87/96, por homenagem ao princípio da especialidade, e não aquele previsto no Diploma Civil, que é geral e se volta a regular as relações privadas entre pessoas físicas e jurídicas.

Assim, tomo por conceito de estabelecimento aquele previsto no §3º, do art. 11, da Lei Complementar nº 87/96, *in verbis*:

“Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

I - na impossibilidade de determinação do estabelecimento, considera-se como tal o local em que tenha sido efetuada a operação ou prestação, encontrada a mercadoria ou constatada a prestação;

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;

III - considera-se também estabelecimento autônomo o veículo usado no comércio ambulante e na captura de pescado;

IV - respondem pelo crédito tributário todos os estabelecimentos do mesmo titular”.

Vê-se, portanto, que o conceito legal de estabelecimento, para fins de tributação, é o mais amplo possível: pode ser um local privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, bastando que nele pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como o local onde estejam armazenadas mercadorias. Até mesmo o simples local de armazenamento ou o veículo usado no comércio de ambulante e na captura de pescado são considerados estabelecimento, para fins de definição dos critérios da relação jurídica de natureza tributária.

Na hipótese vertente, o sujeito passivo trouxe aos autos cópias autenticadas de contratos celebrados enquanto estabelecimento localizado na cidade de Luís Eduardo Magalhães, Bahia, sendo que um deles refere-se à prestação de serviços contábeis (escrituração fiscal, elaboração de guias de recolhimento, guarda de documentos e assessoria nas áreas fiscal e contábil – instrumento de fls. 66/71) e o outro trata de serviços de armazenagem e manuseio de produtos (instrumento de fls. 72/83 e aditivos de fls. 84/90).

Ficou, ainda, comprovado que o sujeito passivo requereu e obteve alvará de licença para funcionamento e cadastro de inscrição municipal, ambos do Município de Luís Eduardo Magalhães (fl. 91), bem como foi cadastrado pela Agência de Defesa Agropecuária do Estado da Bahia (fl. 92), fazendo tais documentos referência expressa ao estabelecimento da empresa no Estado da Bahia e que foi alvo da presente autuação.

A empresa juntou, ainda, cópias dos livros Registro de Inventário e Registro de Saídas (fls. 93 a 233), fotografias de suas dependências físicas no Município de LEM e de automóveis plotados com sua logomarca (fls. 234/244), que seriam utilizados na entrega dos produtos comercializados, mapa do modelo de logística implantado, no qual o estabelecimento é o Centro de Distribuição – CD (fls. 247/249) e relação dos funcionários de LEM e Barreiras (fl. 250).

Por derradeiro, foram ainda coligidos ao *in folio* requerimentos de transferência de créditos acumulados, devidamente deferidos pela Inspetoria de Origem (fls. 251/256) e Termo de Acordo firmado com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia também autorizando a transferência dos créditos fiscais acumulados a terceiros e a utilização desses mesmos créditos para pagamento do débito resultante da apuração mensal do ICMS.

Assim, pelo que se extrai do processo, nada há que autorize a conclusão do preposto fiscal de que a empresa não possui estabelecimento no Município de LEM e que esteja forjando operações para se locupletar ilicitamente em prejuízo para o Estado da Bahia. Como curial, o dolo, a má-fé e o intuito de fraude dependem de provas; o ordenamento não admite, nesse âmbito, a incidência de presunções, muito menos quanto provas robustas apontam para direção diametralmente oposta.

Nesse contexto, percebo não ter ocorrido no mundo fático a hipótese normativa do art. 97, VII, do RICMS, invocada pelo autuante como embasamento para a exigência veiculada nesta autuação. Tal dispositivo veda ao contribuinte o creditamento do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias ou de serviços tomados, *“quando se tratar de documento fiscal falso ou inidôneo, nos termos do art. 209 e seu parágrafo único, admitindo-se, porém, a utilização do crédito depois de sanada a irregularidade, ou se, não obstante o vício do documento, houver comprovação de que o imposto nele destacado foi efetivamente recolhido ou lançado”*.

Como visto anteriormente, o estabelecimento autuado não pode ser considerado fictício, hipótese de inidoneidade prevista no inciso VII, alínea “a”, do art. 209, do RICMS. Ele existe, de fato e de direito, nos termos da legislação vigente, e vem celebrando negócios jurídicos com particulares e com o próprio poder público. Aliás, a própria acusação de utilização indevida de crédito fiscal pressupõe a existência de um estabelecimento capaz de ostentar a qualidade de sujeito passivo de obrigação tributária principal.

Por derradeiro, cumpre salientar que, não obstante as mercadorias comercializadas pelo sujeito passivo gozem de isenção nas saídas internas, o art. 104, VI, do RICMS, traz regra explícita de manutenção do crédito fiscal das entradas:

“Art. 104. Não se exige o estorno do crédito fiscal relativo:

(...)

VI - às entradas dos produtos de uso agropecuário objeto da isenção de que cuida o art. 20, bem como às entradas das matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem e demais insumos utilizados na fabricação daqueles produtos, inclusive o crédito relativo aos serviços tomados, nas operações de saídas internas subseqüentes de que cuida o referido artigo, atendidas as condições nele estipuladas, enquanto perdurar aquele benefício, sem prejuízo do disposto no inciso V do art. 105 (Conv. ICMS 36/92, 89/92, 144/92, 148/92, 124/93, 68/94, 151/94 e 100/97)”.

A Decisão ora reexaminada revela-se, por tudo, acertada em sua conclusão, sobretudo porque ficou amplamente demonstrada a existência de estabelecimento para fins de tributação pelo ICMS e, por outro lado, a legitimidade dos créditos utilizados pelo sujeito passivo, oriundos de acumulação amparada na legislação vigente e certificada como correta pela Inspetoria de Origem e pelo Secretário da Fazenda do Estado da Bahia, através de Termo de Acordo válido e vigente.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269189.3010/09-2, lavrado contra **FMC QUÍMICA DO BRASIL LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2010.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – PRESIDENTE

JOSÉ AUGUSTO MARTINS