

A. I. N º - 299333.0050/09-3
AUTUADO - COMERCIAL MARGUTTI LTDA.
AUTUANTE - MARCELO DE AZEVÊDO MOREIRA e ALAN ROBERTO DIAS
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 20.04.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0076-02/10

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. LANÇADO O IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA. A DE SAÍDA. Infração reconhecida. 2. DOCUMENTO FISCAL. FALTA DE EMISSÃO E DE LANÇAMENTO NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Infração reconhecida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. MULTA PERCENTUAL. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. BENS DO ATIVO PERMANENTE. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO. A legislação prevê que em cada período de apuração de imposto, será admitido o crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período. Ficou provado que o autuado se creditou do imposto não considerando a mencionada proporção. Infração subsistente. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração não elidida. 6. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. RECOLHIMENTO A MENOS. IMPOSTO EXIGIDO. Infração reconhecida. 7. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 8. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração reconhecida. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 03/12/09, exige ICMS no valor de R\$ 268.088,11, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$710,00 em decorrência das seguintes infrações:

1 - falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo lançado o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de saídas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado - 2008, sendo 1 acrescido de multa de 70%;

2 - omissão de saída de mercadorias e/ou serviços decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Foi acrescido que se trata de mercadoria adquirida tipo brinde sem emissão de notas fiscais de saídas correspondentes, sendo lançado o montante de R\$1.627,39, acrescido da multa de 70%;

3 - multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada, sendo lançado o montante de R\$713,19, acrescido da multa de 60%, no mês de fevereiro de 2008;

4 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a entrada de ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. Foi acrescentado que a empresa não utilizou o crédito da proporcionalidade conforme art.93, §17 do RICMS/97, sendo lançado o valor de R\$2.106,61, acrescido da multa de 60%, referente ao período de janeiro a dezembro de 2008;

5 - deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, sendo lançado o valor de R\$ 5.421,49, acrescido da multa de 60%;

6 – recolheu a menos o ICMS em razão de utilização do benefício da redução da base de cálculo, na venda para contribuinte com inscrição cancelada na cadastro da SEFAZ, sendo lançada a importância de R\$22.745,96, acrescido da multa de 60%;

7 – deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Acrescentado que houve falta de retenção na venda para contribuinte com inscrição cancelada, sendo lançado o valor de R\$8.675,91, acrescido da multa de 60%;

8 – Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo. Foi acrescentado que decorreu de venda para não contribuinte, sendo lançado o valor de R\$1.874,71, acrescido da multa de 60%. Período de março a dezembro de 2008.

O autuado apresenta defesa, às fls. 539 a 543, dizendo que reconhece a procedência das Infrações 01, 02, 03, 07 e 08, mas que impugnará as Infrações 04 e 05.

Em relação à Infração 04, aduz que da análise dos demonstrativos referentes a esta infração, diz que com efeito, as disposições regulamentares atinentes à matéria dispõem que não se admite o creditamento “*em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período*”, diz que por este motivo os autuantes se equivocaram em relação à proporcionalidade efetuada em seus demonstrativos, quando considerou que as operações de saídas abrangidas pela redução da base de cálculo prevista no Decreto n. 7.799/2000 não seriam tributadas. Argui que as considerou aplicando o estorno do crédito de ICMS sobre aquisições para ativo permanente na mesma proporção dessas operações.

Frisa que não se pode confundir as operações incentivadas pelo Decreto n. 7.799/2000 com “operações isentas ou não tributadas”, porque entende que há incidência tributária.

Defende que por expressa disposição legal é admissível o aproveitamento do crédito sobre a aquisição de bens para o ativo permanente nos casos em que as saídas são objeto de desoneração tributária parcial prevista no art. 6º do Decreto nº 7.799/2000, que transcreve.

Aduz que não pode haver dúvidas quanto à legitimidade do aproveitamento de créditos procedido pelo autuado. Entende que a disposição legal limita tal crédito ao percentual de 10% da base de cálculo do imposto constante nos documentos fiscais re

contudo, não exclui a totalidade do crédito das aquisições vinculadas a saídas subsequentes em que houve redução da base de cálculo.

Sustenta que considerando que houve aplicação de 12% para aproveitamento do crédito a limitação a 10% implicaria que fosse necessário estornar apenas 16,66% do crédito utilizado, de modo que toda a planilha dos autuantes deverá ser refeita, julgando-se improcedente a autuação.

Quanto à Infração 05, diz que os demonstrativos indicam que se trata da entrada no estabelecimento de material para divulgação de atividades comerciais remetidos ao autuado, sem que tenha havido aquisição.

Revela que a esse respeito foi enviada ao autuado, declaração assinada pelo representante legal da Ajinomoto Interamericana Indústria e Comércio Ltda., consignando que os documentos fiscais listados foram emitidos com o objetivo de encaminhar material promocional.

Prega que não há incidência do ICMS em relação à entrada de bens que não se enquadrem no conceito de mercadorias, que não sejam adquiridos pelo contribuinte com vistas a revenda posterior. Frisa que a inexistência do gênero mercadoria e a inocorrência de circulação econômica (troca de propriedade) demonstram que não ocorreu fato gerador do ICMS que justificasse o recolhimento do diferencial de alíquota exigido.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente. Impugnante requer desse Egrégio Conselho que sejam levados em consideração todos os argumentos apresentados, relacionados com os equívocos no cálculo do imposto, para julgar parcialmente procedente a autuação impugnada.

Requer ainda o funcionamento no presente processo administrativo da Procuradoria Fiscal como “*custus legis*”, fiscalizando o perfeito cumprimento da legislação tributária, para enriquecer esta lide, o que certamente poderá fazer com suas sempre judiciosas manifestações.

Os autuantes apresentam informação fiscal, às fls. 548 a 552, transcrevem resumo dos termos das razões defensivas, dizem que no que se refere à Infração 04, conforme citado pelo autuado, o Dec. Nº 7.799/2000, no art.6º, diz que não poderão exceder a 10% os créditos das mercadorias e bens adquiridos e a serviços vinculados a operações subseqüentes amparadas pelos benefícios previstos no referido diploma legal, que estabelece um limite máximo, não querendo dizer que tudo dará um crédito de 10%, entendem que deverão ser observadas as regras gerais de utilização de crédito, previstas no art.93, § 17 do RICMS/97, que transcrevem.

Salientam que com base na citada norma, o crédito fiscal de bens do ativo imobilizado será calculado proporcional às parcelas das saídas tributadas, informam que aplicaram a proporcionalidade nas saídas totais, conforme demonstrado no Anexo IV.

Entendem que não há previsão para a manutenção do crédito fiscal, e que por isso fica o autuado impedido da sua utilização de forma integral. Frisam que o art. 100, inc. II, complementa o seu entendimento em relação a proporcionalidade do uso do crédito no caso de redução de base de cálculo pelas saídas. Transcreve, o mencionado dispositivo regulamentar além de ementa do STF no julgamento de RE nº 398.337-7/MG, sobre mencionado tema.

Quanto à Infração 05, informam que houve a exigência do diferencial de alíquota nas remessas de diversas notas fiscais efetuadas pelas empresas Ajinomoto Interamericana Industria e Comércio Ltda, CNPJ 46.377.636/0001-58, de uma nota fiscal da empresa Sakura-Nakaya Alimentos Ltda, CNPJ 61.070.694/0001-28 e de uma nota fiscal da Dori Alimentos Ltda, CNPJ 52.123.916/0028-52, onde o autuado impugna a cobrança somente em relação ao primeiro remetente, Ajinomoto Interamericana Industria e Comércio Ltda.

Frisam que no enquadramento da infração capitularam o artigo 36, do RICMS/97, que define quem são os contribuintes do ICMS, e que no caso em pauta, não resta nenhuma dúvida que o sujeito passivo na relação é um atacadista, e que capitularam também o artigo 5º do referido artigo, exigindo a apresentação de comprovação da existência da operação, que é a exigência do diferencial de alíquota pela ocorrência do fato gerador.

estabelecimento de contribuinte de mercadoria ou bem oriundos de outra UF quando destinados a uso ou consumo.

Salientam que a empresa argumenta que se trata de material promocional sem intuito de venda, mas que observaram que em todas as notas fiscais dos materiais remetidos foram destacados os valores de ICMS à alíquota de 7%, e que à luz do artigo 7º, inc. III, alínea "a" e do artigo 1º, §. 2º, inc. IV, do RICMS/97 - que transcreve, e não contra o argumentado pela defesa, fica cristalina a exigência tributária da diferença de alíquota, porque as remessas foram feitas com incidência do imposto.

Esclarecem que para sustentar o argumento que se trata de material promocional sem o intuito comercial, foi juntada declaração do remetente, emitida após a ciência da autuação, mas que a cobrança em pauta não é em função da revenda de mercadoria, conforme argumenta a defesa e sim por serem materiais utilizados para a comercialização dos produtos no estabelecimento e a serem consumidos na comercialização das mercadorias objeto da atividade do autuado, como displays, uniformes, bandeirolas, faixas de gôndolas e bobinas, constituindo-se assim material de uso e consumo pelo autuado, com intuito de suprir e impulsionar uma melhor vendagem dos produtos que ela representa.

Frisam que em julgamento em 30 de dezembro de 2009 no AI nº 269197.0002/09-5, a 3º Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0399-03/09 decidiu pela procedência total de infração idêntica.

Conclui pedindo pela procedência total do Auto de Infração.

Constam às fls. 553 a 556 dos autos relatório SIGAT de pagamento de parte do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração trata de oito imputações, o contribuinte reconheceu expressamente o cometimento das infrações 01, 02, 03, 07, e 08, e tacitamente a Infração 06, visto que não reconheceu especificamente mas realizou o pagamento do seu montante juntamente com os valores daquelas infrações, pelo que as considero desde já subsistentes, tendo se insurgido sobre às Infrações 04 e 05, que passo a examiná-las.

Em relação à Infração 04, observo que foi utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a entrada de ativo imobilizado, decorrente da apropriação de valor superior ao permitido pela legislação, visto que ao utilizar o crédito fiscal correspondente, não foi observada a regra da proporcionalidade conforme prevista no §17, do art.93, do RICMS/97.

De acordo com o mencionado art. 93, § 17 do RICMS/Ba, constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário, entre outras hipóteses, o uso do crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte, ocorridos a partir de 1º/1/2001 fica sujeito às seguintes disposições:

"I - a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;

II - em cada período de apuração do imposto, não será admitido o creditamento de que trata o inciso I, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período;

III - para aplicação do disposto nos incisos I e II, o montante do crédito a ser apropriado será o obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a um quarenta e oito avos da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para fins deste inciso, as saídas ao exterior;"

Observo que o contribuinte se apropriou mensalmente da totalidade dos 1/48 avos do crédito fiscal do ICMS referente às aquisições de bens destinados ao seu ativo imobilizado, deixando de aplicar sobre esse total o coeficiente obtido da razão entre as saídas tributadas e as saídas totais, conforme determina os incisos I a III do § 17 do artigo 93 do Regulamento do ICMS/97, reproduzidos acima, visto que se creditou do imposto em relação à proporção das operações de saídas não tributadas decorrentes de redução da base de cálculos, portanto está correto o procedimento dos autuantes em glosar o crédito referente à redução da base de cálculo do imposto.

Ressalto que neste caso específico, o contribuinte não poderia utilizar integralmente o crédito fiscal das aquisições de bens do ativo permanente, uma vez que não há previsão para a manutenção do crédito fiscal, quando da saída subsequente com redução da base de cálculo do imposto. Infração não elidida.

Na Infração 05, foi lançado o crédito tributário, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo e documentos acostados ao PAF.

O contribuinte alegou que se trata de entrada de material para divulgação de suas atividades comerciais, por isso no seu entendimento não caberia a exigência do imposto porque tais mercadorias não foram adquiridas com o intuito de revenda posterior.

A despeito de tais produtos não representarem objeto normal da atividade do estabelecimento, com vistas a revenda posterior, por si só já justificaria considerá-los como de uso e consumo, porque são utilizados justamente para promoverem a divulgação das atividades comerciais do contribuinte.

Saliento que o RICMS/97 determina as regras a serem seguidas pelos contribuintes no que se refere ao imposto a ser pago em decorrência do cálculo da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais na situação atinente ao presente lançamento. No art. 5º, inciso I consta que o fato gerador do ICMS ocorre no momento da entrada das mercadorias no estabelecimento; no art. 69 são apresentadas as diretrizes referentes ao cálculo do imposto devido; já de acordo com o art. 111, constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher, o valor correspondente à diferença de alíquotas nas aquisições objeto desta autuação; por fim, no art. 116, inciso III, alínea "b", item 4 é apontado que os contribuintes inscritos no regime normal deverão apurar, no último dia de cada mês, com base nos elementos constantes no livro Registro de Apuração do ICMS, os valores do imposto devido relativos à diferença de alíquotas.

Portanto, está correto o procedimento do autuante, que ao atribuir aos materiais recebidos para consumo, a título de divulgação das atividades comerciais do contribuinte, o tratamento tributário previsto no artigo 5º do RICMS/97, lançou o crédito fiscal correspondente, sobre a entrada no estabelecimento do sujeito passivo relativo à display, estantes, prateleiras e outros materiais, destinados a uso no estabelecimento do sujeito passivo. A declaração do contribuinte Ajinomoto Interamericana Indústria e Comércio Ltda., não é suficiente para invalidar a autuação. Mantido o lançamento.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299333.0050/09-3, lavrado contra **COMERCIAL MARGUTTI LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$44.769,75**, acrescido das multas 60% sobre R\$40.824,68, e de 70% sobre R\$3.945,07, previstas no art. 42, incisos II, "a", "e" e "f", e III da Lei Legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória.

prevista no inciso, II, “d”, dos mencionados artigo e Lei. devendo ser homologado os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2010

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR