

A. I. N° - 281401.0050/09-6
AUTUADO - ROCHA ANDRADE COMÉRCIO DE PAPÉIS LTDA.
AUTUANTES - LIDIO CELESTINO CONCEIÇÃO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET 24.11.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0307-05/10

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Não restou comprovado que as mercadorias danificadas, objeto da autuação, foram utilizadas posteriormente como uso e consumo. Infração não caracterizada. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Parcela das operações de consignação mercantil foi efetuada sem destaque do ICMS que, a teor do art. 409, § 1º, RICMS BA ocorre na saída da mercadoria. Outra parcela da exigência foi reconhecida imediatamente pelo autuado. Infração parcialmente caracterizada. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. VENDA DE MERCADORIA PARA CONTRIBUINTE DE OUTRO ESTADO. Autuado utilizou alíquota interestadual. Infração reconhecida. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Não restou comprovado que as mercadorias danificadas, objeto da autuação, foram utilizadas posteriormente como uso e consumo. Infração não caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/09/2009, e exige ICMS no valor de R\$ 13.714,86, em decorrência do cometimento das seguintes infrações, acrescido da multa de 60%.

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Períodos fev 05, ago 05; jan 06, ago 06. Valor R\$ 4.903,38.
2. Deixou de recolher ICMS em ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regulamente escrituradas. Períodos jan 05, mar 05, mai 06, jul 06, Ago 06; out/nov 06. Valor R\$ 1.400,22
3. Recolheu a menor ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da federação utilizando alíquota interestadual. Períodos abr/dez 05, jan/mar 06, mai/jun 06, ago/dez 06. Valor R\$ 406,43
4. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação, destinadas a consumo do estabelecimento. Períodos fev 05, ago 05, jan 06, ago 06. Valor R\$ 7.004,83.

O autuado apresenta impugnação, fls. 367 a 379, através de advogado Instrumento de Procuração, fl. 381, arguindo que a impugnante se papéis, material de limpeza, papelaria e representações, sendo em em seu ramo de atividade, que sempre primou pelo regular cum

tributárias.

Descreve as infrações, objeto do presente processo e afirma que em relação à falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, tais entradas referem-se às Notas Fiscais nºs 92667, de 02/02/2005, 154205 de 02/08/2005, 157324 de 08/08/2005, 221804 de 30/01/2006 e 289634 de 03/08/2006;

Na infração 1, diz, que trata de suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, as entradas referem-se às Notas Fiscais nºs 92667, de 02/02/2005, 154205 de 02/08/2005, 157324 de 08/08/2005, 221804 de 30/01/2006 e 289634 de 03/08/2006, dizem respeito aos produtos abaixo relacionados:

PRODUTO/CÓDIGO	CÓDIGO
P.H. INT. MELPAPER 60x250 FS	7115
T.P. INTERF. FOLHITO 18x334 BA	7211
SAB. LIQ. 6x1000ML BASIC LOT	7401
SAB. LIQ. 6x1000ML MELBASIC	7401N
GUARD. INSTI. FIESTA 24x50FL	7522
P.H. INTERF. MELPAPER 60x200	7115
TOALHA INT. FIESTA 18x334 F	7208

Argumenta que o Auditor Fiscal apenas não encontrou as notas fiscais de saída, comprovando que os materiais não foram adquiridos para uso e consumo, mas para fins de comercialização.

Reitera que a nota fiscal 92667, de 02/2005, deu entrada dos produtos listados abaixo:

PRODUTO/CÓDIGO	CÓDIGO	UNIDADE	QUANTIDADE
P.H. INT. MELPAPER 60x250 FS	7115	CX	10
T.P. INTERF. FOLHITO 18x334 BA	7211	CX	200
SAB. LIQ. 6x1000ML BASIC LOT	7401	CX	20

Que o romaneio de entrega do período compreendido entre 01/02/2005 / 31/03/2005 e as respectivas notas fiscais, no seu DOC. 03 provam a saída tributada destes produtos. Observa que o produto de código 7401, enquanto na nota de entrada a unidade de medida é a caixa - que contém 6 (seis) unidades, o produto foi comercializado individualmente. As vinte caixas equivalem 120 unidades.

Diz que na Nota Fiscal nº 154205, de 08/2005, consta o seguinte material:

PRODUTO/CÓDIGO	CÓDIGO	UNIDADE	QUANTIDADE
T.P. INTERF. FOLHITO 18x334 BA	7211	CX	500
SAB. LIQ. 6x1000ML BASIC LOT	7401	CX	50
GUARD. INSTI. FIESTA 24x50FL	7522	CX	20

Repete que o ramaneio e as notas fiscais do DOC 04 demonstram a comercialização do respectivo material com incidência de ICMS. Repete também, que o segundo item, apesar de adquirido em caixa de 6 seis unidades, o produto é vendido individualmente e equivalente a 300 unidades.

A Nota Fiscal nº 157324, de 08/2005, consta o produto P.H. INTERF MELPATER 60X200, código 7116, 100 caixas. Romaneio e DOC 05 comprovam a comercialização do produto.

A Nota Fiscal nº 221804, de 01/2006 lista os produtos abaixo, cujas saídas restam comprovadas através o Romaneio de Entrega e notas fiscais do DOC 05. Evidencia que no item 03, a comercialização ocorre individualmente, que as 50 caixas adquiridas equivalem a 300 unidades

PRODUTO/CÓDIGO	CÓDIGO	UNIDADE	QUANTIDADE
P.H. INT. MELPAPER 60x250 FS	7115	CX	50
T.P. INTERF. FOLHITO 18x334 BA	7211	CX	100
SAB. LIQ. 6x1000ML BASIC LOT	7401	CX	50

A Nota Fiscal nº 289634, de 08/2006 enumera os produtos abaixo, cujas saídas restam comprovadas através o Romaneio de Entrega e notas fiscais do DOC 06.

PRODUTO/CÓDIGO	CÓDIGO	UNIDADE
P.H. INT. MELPAPER 60x250 FS	7115	CX
TOALHA INT. FIESTA 18x334 F	7208	CX
SAB. LIQ. 6x1000ML MELBASIC	7401N	CX

Conclui que não ocorreu a utilização indevida de crédito fiscal, ante a comprovação da saída dos produtos tidos como de uso e consumo com o devido recolhimento do ICMS.

Com relação à infração 2, afirma, o que se verificou foi a emissão, primeiramente, de nota fiscal de remessa de mercadorias em consignação com a devida incidência de ICMS e, logo em seguida, nota fiscal de venda, esta, regularmente não tributada, em vista ao recolhimento devido na operação anterior, conforme provam as notas fiscais anexas no DOC. 07.

Exemplifica na Nota Fiscal nº 24159, de 12/01/2005 que restou consignado, a exação devida; tendo as respectivas mercadorias sido remetidas em consignação ao comprador, através da Nota Fiscal nº 241609 (venda) também de 12/01/2005.

De igual modo, a Nota Fiscal nº 35154 de 05/05/2006 as mercadorias remetidas em consignação foram tributadas e a Nota Fiscal de Venda nº 35517 de 18/05/2006, sem incidência do ICMS por efeito do recolhimento anteriormente procedido.

Ainda nesta esteira, verifica-se o imposto destacado na Nota Fiscal de Remessa nº 36522 de 30/06/2006, razão de não ter destaque no respectivo Documento de Venda nº 36545, de 07/07/2006.

Na infração terceira informa que diante da dificuldade em localizar documentos de prova, o valor será devidamente quitado.

No que se refere à infração 4, diz que os produtos enumerados não foram destinados a consumo do estabelecimento, mas constituem a principal mercadoria comercializada pela impugnante; diz que os materiais foram regularmente vendidos, incidindo a concernede alíquota do ICMS.

Reitera que as mercadorias que ingressaram no estabelecimento por meio das Notas Fiscais nºs 92667 de 02/02/2005, 154205 de 02/08/2005, 157324 de 08/08/2005, 221804 de 30/01/2006 e 289634 de 03/08/2006, tiveram sua saída devidamente tributada, conforme Romaneios de entrega e DOC 03/06.

Conclui que descabida é a exigência de recolhimento da diferença da alíquota do ICMS, conforme artigo 1º, § 2º, inciso IV do RICMS, que transcreve. Pede prazo suplementar para apresentação de documentos e reconhecimento da inexigibilidade dos créditos ora exigidos.

O Auditor Fiscal presta Informação, fls. 700/702, contrapondo que o autuado reconheceu o item 3, parte do item 2, impugnando o item 1, parte do item 2 e o item 4, coincidentemente itens de maiores valores.

Com relação aos argumentos na peça defensiva para os itens 1 e 4, diz que é diferente do que foi relatado pelo próprio autuado, durante a fiscalização; argumentos que podem ser comprovados em razão das mercadorias não estarem identificadas, por exemplo, como número de fabricação, a ponto de garantir que aquelas que entraram foram, de fato, as mesmas que saíram.

Diz que a empresa funciona há 14 anos, não havendo registros de aquisição de materiais de uso e consumo, fato o que é estranho e inviabilizaria a operacionalidade de qualquer estabelecimento.

Afirma que ao questionar sobre o assunto a empresa esclareceu que, comercializando produtos de limpeza e higiene pessoal, as embalagens danificadas são aproveitadas no próprio estabelecimento como material de uso e consumo, inexistindo a necessidade dessa compra especificamente.

Solicitou demonstrativo dos produtos utilizados nessa sistemática; autuado apresenta, fls. 300/301.

Conclui que nos itens 1 e 4, está sendo cobrada a utilização indevida de créditos fiscais e a falta de recolhimento de diferença de alíquotas relativa às aquisição interestadual de mercadorias que foram convertidas posteriormente em materiais de uso e consumo. Conforme documentos de fls. 11,12, 17, 18, 300/306 do presente PAF.

Reitera na infração 2 as razões da defesa, acerca das operações com Vendas em Consignação, conforme disposto no art. 409, RICMS BA. Diz que está cobrando o imposto que deixou de ser pago nas saídas normais de mercadorias tributáveis com o código 5102.]
acatada, conforme demonstra razão complementar do autuado, fls. 6

Afirma que o crédito exigido está distante do que deixou de ser

costumeira de materiais de uso e consumo; sua argumentação visa apenas ganhar tempo; requer a procedência do auto de infração.

O sujeito passivo volta a manifestar-se às fls. 695/697 pelo Pagamento Parcial da infração 2 e pelo pagamento integral da infração 3.

VOTO

Cuida o presente Auto de Infração de lançamento de crédito tributário de ICMS em decorrência do cometimento de 4 irregularidades descritas e relatadas na inicial, que serão objeto da apreciação, exceto para a infração 3, que foi reconhecida e cujo pagamento foi efetuado pelo autuado, conforme faz prova documentos extraídos do SIGAT, Sistema de Gestão da Administração Tributária, fls. 705/708, não havendo lide relacionada a esta infração.

Discorreremos, portanto, acerca das demais infrações.

Na infração 1, a exigência é de utilização indevida do crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor global de R\$ 4.903,38.

O sujeito passivo nega que os materiais apontados pelo Auditor Fiscal foram adquiridos para uso e consumo, mas para comercialização normal do estabelecimento; que o ICMS foi devidamente recolhido na subsequente operação de venda, conforme notas fiscais que anexa aos autos.

O Auditor Fiscal, argui, a seu tempo, que a empresa funciona há 14 anos e considerou estranho não haver registros de aquisição de materiais para uso e consumo do próprio estabelecimento, fato que inviabilizaria a sua operacionalidade. Questionada sobre o assunto, foi apresentada uma planilha com os produtos de limpeza e higiene que a empresa comercializa e que, quando danificadas as suas embalagens, são aproveitadas no próprio estabelecimento como material de uso e consumo.

Mencionado relatório, chamado “material convertido para uso e consumo do estabelecimento”, fls. 300/301, serviu de base para o demonstrativo de débito da presente infração fiscal.

A exigência tem enquadramento no art. 93, V, “b” do RICMS BA que disciplina a constituição do crédito fiscal no valor do imposto anteriormente cobrado em operações que tenha dado entrada de mercadorias destinadas ao uso e consumo do próprio estabelecimento, somente a partir de 01.01.2011.

Decerto, em benefício do contribuinte, a Lei Complementar 87/96, previu a possibilidade de serem compensados os créditos de ICMS decorrentes da aquisição de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, no entanto, fixou um limite temporal que deve ser observado para a sua implementação. Início de utilização previsto para 01.01.2011 (LC 122/06). A utilização de tais créditos a destempo justificaria a incidência da norma e fundamentou a exigência fiscal.

Cotejando-se os fatos colhidos e apreciados neste processo, no entanto, não percebo a exata subsunção do fato à norma, autorizando o nascimento da obrigação tributária. Ou seja, os fatos descritos no auto de infração não permitem a caracterização da conduta do autuado como utilização indevida de crédito fiscal, prevista no art. 93, V, “b” do RICMS BA.

Eis que o Auditor Fiscal não colacionou aos autos a prova da materialidade da prática da infração apontada. No caso em exame, a fiscalização procedeu à glosa dos créditos fiscais, sob a justificativa de que considerou estranho uma empresa funcionar há 14 anos e não ter anotado em seus registros aquisição de materiais para uso e consumo do próprio estabelecimento. Nesse caso, entendeu o preposto fiscal que parcela dos produtos comercializados, quando danificadas as suas embalagens, era utilizada pelo autuado, convertida, então, em material de uso e consumo.

Ora, não obstante a inteligente construção fiscal, o ato de lançamento é vinculado, exprimindo total obediência à previa e objetiva tipificação tributária, em que o valor ou critério pessoal, sendo impertinente qualquer apreciação

Os materiais que foram dados pelo fisco como “aquisição de uso e consumo” estão relacionados em demonstrativos de “material convertido para uso e consumo do estabelecimento”, fls. 300/301, servindo de base para a Auditoria Fiscal de Crédito Indevido, fls. 11/12 e, em consequência, foi lavrada a infração, sem que houvesse confronto na escrita do sujeito passivo ou sua aquiescência. Em posição contrária, nega firmemente tal conversão, consignando que tais materiais se destinaram à comercialização normal do estabelecimento e cujo ICMS foi recolhido na subsequente operação de venda, conforme notas fiscais que anexa aos autos.

Observo ainda que o autuado consignou a incidência da antecipação parcial das notas fiscais, objeto da infração, nos termos do art. 352-A, RICMS BA, denotando a aquisição de mercadorias para comercialização, conforme cópias do livro de Registro de Entradas, fls. 36/48, embora o Romaneio de Entrega ou as notas fiscais de saída dos produtos, anexados aos autos pelo autuado nos DOC 03/06, fls. 401 e seguintes, não sirvam de provas conclusivas de vendas daquelas mercadorias apontadas pelo autuante.

Por derradeiro, cumpre registrar que o Auditor Fiscal não trouxe aos autos elementos suficientes para demonstrar a ocorrência de utilização indevida de créditos destacados em notas fiscais de mercadorias adquiridas para uso e/ou consumo, tal como posto na acusação.

Diante dessas considerações, não resta confirmada a natureza da infração de utilização de crédito indevido, porquanto os elementos constantes dos autos e as informações complementares da infração não garantem tal ocorrência. Improcedente, pois, tal exigência.

A quarta infração exige ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições dessas mesmas tratadas no item anterior.

Por óbvio que a ausência de necessária caracterização dos bens como destinados para uso e consumo do estabelecimento, conforme acima destacado, desautoriza igualmente a exigência da diferença de alíquotas, firmada nos termos do art. 5º, inciso I, conforme anunciado abaixo:

Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;

Improcedente é também a infração 4.

A infração 2 exige recolhimento de ICMS em função de ter o autuado praticado operações tributáveis como não tributáveis, regulamente escrituradas, no valor total de R\$ 1.400,22.

Demonstrativo fiscal, apenso às fls. 13 e 14, discrimina tais operações.

O autuado reconhece parte da exigência e efetua o respectivo recolhimento, no valor de R\$ 124,48, conforme documento do SIGAT, fls. 705/708. Na parcela impugnada diz que emitiu, anteriormente, nota fiscal de remessa das mercadorias em consignação com a devida incidência de ICMS e, por isso a nota fiscal de venda não estava tributada.

Nos termos do artigo 409, § 1º, RICMS BA, na realização de operação de consignação mercantil, o destaque do ICMS, quando devido, ocorrerá na saída de mercadoria.

Examinando as peças dos autos, verifico que das notas fiscais constantes do demonstrativo fiscal não constam o destaque do ICMS devido, as seguintes:

- Nota Fiscal nº 24.160, conforme livro registro de saída, fl. 69, ICMS devido – R\$ 674,88;
- Nota Fiscal nº 24.206, conforme livro registro de saída, fl. 70, ICMS devido – R\$ 13,60;
- Nota Fiscal nº 24.305, conforme livro registro de saída, fl. 71; ICMS devido – R\$ 5,10;
- Nota Fiscal nº 25.190, conforme livro registro de saída, fl. 87; ICMS devido – R\$ 32,31;
- Nota Fiscal nº 35.338, conforme livro registro de saída, fl. 251; ICMS devido – R\$ 8,42;
- Nota Fiscal nº 37.866, fl. 341; conforme livro registro de saída, fl. 259; ICMS devido – R\$ 31,28;
- Nota Fiscal nº 39.936, fl. 356; conforme livro de saída, fl. 268, ICM;
- Nota Fiscal nº 40.127, fl. 357; conforme livro de saída, fl. 268, ICM;
- Nota Fiscal nº 40.160, fl. 358; conforme livro de saída, fl. 268, ICM;
- Nota Fiscal nº 40.233, fl. 359; conforme livro de saída, fl. 269, ICM;

Assiste razão, contudo, ao autuado com relação à Nota Fiscal nº 35.517, cujo destaque do ICMS ocorreu na saída de mercadoria, através Nota Fiscal de Consignação nº 35.154, apensa aos autos, fl. 684, registrada no livro de saída, fl. 250, correspondente à exigência de R\$ 351,15, conforme fl. 14.

Situação semelhante na Nota Fiscal nº 36.545, cujo destaque do ICMS ocorreu na Nota Fiscal nº 36.522, fl. 688, registro no livro de saída, fl. 254 e ICMS exigido R\$ 222,58.

Excluída ainda do levantamento fiscal a Nota Fiscal nº 39.137, cujo registro no livro de saída não esclarece a ausência de destaque do imposto, nem o preposto fiscal anexou cópia da nota evidenciando a falta de pagamento do ICMS, no valor de R\$ 12,75.

As Notas Fiscais nºs 24159, de 12/01/2005; 35154, de 05/05/2006 e 36522, de 30/06/2006, relativas às operações em consignação ao comprador, cópias anexadas ao PAF pelo autuante e suas respectivas Notas Fiscais de Vendas nºs 241609, 35517 e 36545 foram desconsideradas porque não estão relacionadas no demonstrativo fiscal.

Após as exclusões supramencionadas, o lançamento tributário tem forma no quadro a seguir:

Infrações	Data Vencimento	Valor Histórico	Multa (%)
Infração 1	Improcedente	-	
Infração 2	procedente parcial	-	
jan/05	-	693,59	60
mar/05	-	32,31	60
mai/06	-	8,42	60
ago/06	-	31,28	60
nov/06	-	48,14	60
Infração 03	Reconhecida	406,43	60
Infração 04	Improcedente	-	
Total		1.220,17	

Diante do todo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281401.0050/09-6**, lavrado contra **ROCHA ANDRADE COMÉRCIO DE PAPÉIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.220,17**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR