

A. I. N.º - 269352.0011/10-3
AUTUADO - BOMPEÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 29.03.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0046-04/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA COM IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Não comprovada a alegação de que partes das mercadorias não estão sujeitas à antecipação tributária. Não é cabível a conversão do imposto exigido em multa por descumprimento de obrigação acessória haja vista vedação expressa na legislação da utilização de crédito. Infração subsistente. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. Documentos juntados ao processo comprovam que a empresa adquire o produto “papel toalha” para uso e consumo e também para comercialização. Restou comprovado que o imposto exigido referem-se às operações de transferências destinadas a comercialização cujo imposto não foi destacado e nem escriturado. Infrações não elididas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 19/07/10 exige ICMS no valor de R\$366.554,32, acrescido da multa de 60% em decorrência das seguintes irregularidades:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária - R\$276.788,48.
02. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas - R\$89.765,84.

A empresa apresenta impugnação (fls. 153/164), inicialmente discorre sobre as infrações e diz que com relação à infração 1, a despeito de parte dos produtos estarem efetivamente sujeitos à antecipação tributária, ocorreu utilização de crédito fiscal na entrada e também de débito na saída, fato que anula automaticamente o crédito.

Esclarece que não tem restrição ao regime de antecipação tributária, mas comercializa cerca de 20.000 produtos e surgem problemas quando um produto sujeito à tributação normal passa a se sujeitar à antecipação tributária, exigindo implementação da nova regra “num piscar de olhos”, eliminando o (débito e crédito).

Entende que se o produto está sujeito à antecipação tributária, nas operações seguintes estão livres de tributação, mas, se por equívoco, utiliza-se o crédito, com débito posterior, a despeito do erro acessório, não há qualquer prejuízo para o Fisco, na medida que o crédito anula o débito.

Ressalta que apurando o ICMS pelo regime normal, o fato de ter havido crédito indevido não importa em recolhimento a menor do imposto como acusa o Fisco. Afirma que tendo tributado indevidamente a operação de saídas de mercadorias sujeita a pagamento do ICMS por antecipação, anula-se o efeito do crédito indevido.

Manifesta que ocorreu apenas infração acessória, por registro equivocado nos livros fiscais conforme decisão do Ac JJF 0113-02/05 (AI 207494.0004/04-0) para reforçar o seu posicionamento.

Argumenta que em razão de não ter alterado em seu sistema a regra de tributação dos produtos autuados, creditou-se indevidamente do ICMS nas aquisições das mercadorias, mas tributou indevidamente a sua saída, não havendo descumprimento de obrigação principal e sim de obrigação acessória, cabível a aplicação de multa, mas não a exigência de imposto.

Relativo à infração 2, referente ao “papel toalha”, afirma que não há fato gerador do ICMS por se tratar de transferência entre matriz e filial de produto de uso e consumo (Súmula nº. 166/STJ).

Informa que como não há débito na saída, não utilizou o crédito na entrada, conforme documentos juntados ao processo (fls. 187/366) e aplicou a alíquota “zero”.

Entende que o ICMS só é devido se houver fato gerador, circulação de mercadoria (transferência de propriedade em caráter mercantil), o que não é o caso em tela que configura mera transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte (circulação física e não econômica) de bem fora da mercancia (material de uso ou consumo), de acordo com a Súmula 166 do STJ.

Transcreve diversas decisões de Tribunais Superiores, com fundamento na mencionada Súmula, tendo como regra-matriz do ICMS, o artigo 155, II da CF/88, quando diz que circulação é a transferência de domínio e disponibilidade da mercadoria de um titular para outro e mercadoria é o produto da mercancia.

Afirma que na situação presente, não houve circulação econômica, mas apenas deslocamento físico, não configurando fato gerador do ICMS que é a circulação de mercadoria na esfera econômica, com a real transferência de titularidade.

Invoca que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida previsto no art. 112, do CTN, ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte. Requer seja julgado procedente em parte o Auto de Infração, protesta por todos os meios de provas permitidos em direito, juntada de provas, perícia e diligência fiscal-contábil.

O autuante presta informação fiscal (fls. 371/375), comenta os argumentos defensivos apresentados em relação à infração 1 e diz que diferente do afirmado, a empresa não tributou todas as saídas dos produtos cujo imposto teve o crédito glosado.

Afirma que a maior parte dos produtos que teve os créditos glosados não sofreu nenhuma tributação nas saídas e que as notas fiscais de saídas indicam que ora os produtos são tributados, ora tem suas saídas sem tributação, caindo por terra a tese defensiva de que por não atualização devida do sistema interno da empresa teria sido causada a errada tributação destas mercadorias.

Esclarece que no CD à fl. 370 o arquivo TRIBUTAÇÃO NAS SAÍDAS DAS MERCADORIAS COM CRÉDITO INDEVIDO JAN/MAR 2010, extraído dos arquivos magnéticos apresentados pelo autuado, percebe-se que as tributações nas saídas não ocorreram em sua totalidade, como afirmado pela empresa. Observa que os relatórios dos meses de Janeiro e Fevereiro/10 totaliza valor de R\$ 6.389.143,91 de movimentação (Valor Contábil), enquanto sofreram tributação o valor de R\$ 1.680.646,09. Da mesma forma no mês de Março/10, respectivamente R\$ 1.495.605,22 e R\$ 519.116,29.

Conclui que 72,1% das mercadorias que tiveram seus créditos glosados NÃO SOFRERAM TRIBUTAÇÃO nas saídas. Opina que o crédito glosado deva ter sua confirmação de procedência em sua plenitude, cabendo ao autuado requerer a restituição do indébito em relação aos 27,9% que teve tributação nas saídas.

Em relação à infração 2, pertinente à alegação da não incidência do ICMS nas transferências de material de uso e consumo, especificamente em relação ao PAPEL TOALHA, contesta dizendo que as operações foram realizadas com o intuito de transferência para comercialização por parte de suas lojas, e não como transferência de material de uso e consumo, tanto que o CFOP (Código Fiscal de Operações) utilizado pela mesma foi o 5152 – TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS, conforme relatório constante às fls. 65 a 149.

Salienta que o CFOP específico para as transferências de material de uso e consumo é 5557 - Transferência de material para uso ou consumo, que é utilizado normalmente pelo autuado, não podendo o mesmo tentar confundir o julgamento.

Destaca que o anexo juntado às fls. 187 a 366 indica algumas notas fiscais de COMPRA de papel-toalha destinadas ao uso e consumo, tentando vincular estas às saídas com tributação zerada.

Afirma que existem aquisições específicas de papel-toalha na rede BOMPREGO em larga escala destinada a comercialização. Destaca que no CD-R anexado à fl. 370 no arquivo denominado COMPRAS DE PAPEL-TOALHA PARA COMERCIALIZAÇÃO, a empresa durante os meses de Janeiro a Março/10 adquiriu, para comercialização (CFOP 2102), mais de 142.000 fardos/caixas de papel-toalha para transferir às suas lojas com o intuito de venda a consumidor final.

Conclui esta linha de raciocínio, de que não há como a empresa provar que os papéis-toalha adquiridos com o intuito de uso e consumo (fls. 187 a 366), seriam exatamente os que tiveram o imposto cobrado.

Ressalta que o imposto cobrado refere-se a notas fiscais de mercadorias que foram classificadas pela empresa como transferidas para comercialização (CFOP 5152), não tendo sido objeto de cobrança as transferências de material de uso e consumo com o CFOP 5557.

Esclarece ainda, que no CD-R à fl. 370 no arquivo denominado TRANSFERÊNCIAS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO_JAN A MAR/10 percebe-se de forma clara que a empresa utiliza regularmente este CFOP 5557 – Transferência de Material de Uso e Consumo, como determina a legislação nas notas fiscais consignando mercadorias destinadas para uso próprio.

Conclui que a defesa não apresenta argumento que elida a acusação fiscal e deve ser mantida.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo à utilização indevida de crédito fiscal e recolhimento a menos em razão de erro na aplicação da alíquota.

Com relação à infração 1 o autuado reconheceu que parte dos produtos objeto da autuação são sujeitos à antecipação tributária, porém o crédito fiscal utilizado indevidamente foi neutralizado com o débito no momento da saída das mercadorias.

Por sua vez, o autuante contestou que ocorreu tributação na saída de apenas parte das mercadorias e mesmo que isso tenha ocorrido, cabe pedido de restituição de indébito.

Com relação ao argumento de que parte das mercadorias não estão sujeitas ao regime de substituição tributária, verifico que o autuante elaborou demonstrativo juntado às fls. 5/65, no qual descreveu os produtos cujos créditos foram utilizados indevidamente, tendo sido entregue cópia do mesmo ao autuado conforme recibo acostado à fl. 151. Caberia ao impugnante na sua defesa identificar e indicar quais produtos não estariam sujeitos à substituição tributária. Logo, não tendo o autuado na sua defesa indicado quais produtos estariam fora do regime de substituição tributária, fica prejudicada a sua apreciação.

Com relação ao crédito fiscal objeto da autuação, o art. 97, IV, do RICMS/BA estabelece vedação à sua utilização relativa à aquisição de mercadorias cujo imposto for pago por antecipação ou substituição tributária, salvo as exceções expressas. Estas exceções são elencadas nos artigos. 356 e 359 do mesmo diploma legal (emprego na industrialização, insumo de produtor rural, preparo de refeições com tributação no regime normal, etc.), situações que não se enquadram as operações objeto da autuação. Portanto, restou caracterizada a infração, visto que a legislação do ICMS estabelece vedação à utilização de créditos de mercadorias sujeitas a substituição tributária.

Quanto ao argumento de que os créditos fiscais utilizados indevidamente foram anulados com o débito decorrente das saídas subsequentes, não pode ser acatado, em primeiro lugar em razão de que estando as mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, o crédito fiscal deve

ser utilizado na apuração do imposto retido (substituto) ou pago por antecipação e não é facultado ao contribuinte adotar procedimentos que impliquem em descumprimento da legislação tributária.

Em segundo lugar, apesar de ter alegado que o imposto tenha sido pago na saída, o autuado não carrou ao processo qualquer prova do que foi alegado, enquanto o autuante na informação fiscal demonstrou que na operação de saída das mercadorias objeto da autuação, não houve pagamento do ICMS na sua quase totalidade. Logo, com relação às mercadorias objeto da autuação que tiveram a utilização indevida de crédito pelas entradas e porventura tenha sido pago imposto indevidamente na operação de saída, caso comprovado, cabe ao contribuinte requerer a restituição do indébito na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (artigos 73 e 74), o que não pode ser feito nesta fase processual por inexistência de amparo legal.

Com relação ao pedido de conversão da exigência do imposto (obrigação principal) em descumprimento de obrigação acessória, com base na decisão contida no Acórdão JJF nº. 0113-02/05, não pode ser acolhida tendo em vista que não se aplica à situação presente. A infração em questão reporta-se à utilização indevida de crédito fiscal relativo a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, enquanto a lide que motivou aquela decisão refere-se à falta de pagamento do imposto por antecipação de mercadorias que o contribuinte adotou regime de tributação normal, situação em que a legislação estabelece inexistência do imposto e sim aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 60% do imposto não antecipado (art. 42, II, “d”, c/c § 1º, da Lei nº 7.014/96).

Pelo exposto, restou caracterizado o cometimento da infração e deve ser mantida na sua integralidade. Infração procedente.

Relativamente à infração 2, tendo o autuante relacionado no demonstrativo acostado às fls. 126/149 diversos produtos cuja alíquota foram aplicadas de forma errada, o autuado insurgiu-se apenas quanto ao “papel toalha”. Apresentou de forma sintética dois argumentos:

- a) Que não há fato gerador do ICMS nas operações de transferência entre matriz e filial de produto de uso e consumo (Súmula nº. 166/STJ);
- b) Que não há débito na saída, em razão de não ter utilizado o crédito fiscal na entrada.

Com relação à alegação defensiva de que o imposto não é devido em relação às mercadorias recebidas em transferência de outros estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, localizados em outras unidades da Federação, não pode ser acatada, tendo em vista que a Constituição Federal/1988, no seu art. 146, III, “a” determinou que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos, respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes.

Por sua vez a Lei Complementar 87/96 determina no art. 12, que considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. Também, a Lei Estadual nº 7.014/96 prevê, no seu art. 2º, IV, que o ICMS incidirá sobre a entrada de mercadoria, efetuada por contribuinte do imposto, em decorrência de operação interestadual, quando a mercadoria ou bem for destinada ao uso e consumo do próprio estabelecimento. Desse modo, o ICMS incide sobre as transferências de mercadorias, quer seja, nas operações de saída do estabelecimento ou na entrada em caráter definitivo quando se tratar de bens de uso/consumo ou ativo imobilizado.

Relativamente ao segundo argumento de que não utilizou o crédito fiscal relativo ao produto PAPEL TOALHA e por isso não tributou as operações de saída, tal fato foi contestado pelo autuante na informação fiscal afirmando que o ICMS foi exigido em relação às operações de saídas com o CFOP 5152 de transferência para comercialização.

O autuado juntou com a defesa cópia de diversas notas fiscais de entradas e de saídas do produto papel toalha e cópia das folhas do livro nas quais foram registradas (Registro de Entrada e Saída). Pela análise dos elementos contidos no processo faço as seguintes constatações:

- Conforme documentos juntados com a defesa, a exemplo da nota fiscal de entrada 70.420 a empresa registrou com o CFOP 1556 – Compra de material para uso ou consumo, sem utilizar o crédito fiscal (fls. 187/188). Foram juntadas outras notas fiscais com o mesmo procedimento.
- Já a nota fiscal de entrada 26.680 a empresa registrou com o CFOP 2102 – Compra para comercialização, cujo crédito fiscal destacado foi utilizado (fls. 199/201). Também foram juntadas outras notas fiscais com o mesmo procedimento.
- Com relação às cópias das notas fiscais de saídas e das folhas do livro correspondente onde foram escrituradas, juntadas às fls. 209/366, todas indicam CFOP 5152 – TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ADQUIRIDAS OU RECEBIDA DE TERCEIROS, a exemplo da NFe 213512 (fl. 209). A empresa não destacou o ICMS na nota fiscal e nem debitou no livro próprio.
- No demonstrativo às fls. 66/149 o autuante relacionou apenas as notas fiscais de saída do produto papel toalha com o CFOP 2152, cujo imposto não foi debitado.
- No arquivo magnético constante do CD-R à fl. 370 denominado TRANSFERÊNCIAS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO_JAN A MAR/10, o autuante relacionou as operações de saída do produto papel toalha com o CFOP 5557 – TRANSFERÊNCIA DE MATERIAL DE USO E CONSUMO, cujo teor reproduzo abaixo. Constató que as notas fiscais 213096, 213133 e outras com o mesmo CFOP não foram relacionadas no demonstrativo elaborado pelo autuante.

CNPJ	Insc. Estadual	Data	UF	Mod.	Série	NotaFiscal	CFOP	ValorTotal	BaseCálculo	ICMS
97422620009026	78100106	02-jan-10	BA	01	70	213096	5557	20,38	0	0
97422620008720	75977720	02-jan-10	BA	01	70	213133	5557	5,98	0	0

Por tudo que foi exposto, constato que a empresa adquire o produto papel toalha e segrega as entradas destinadas a uso e consumo, sem utilizar o crédito fiscal e entradas para comercialização, com aproveitamento do crédito fiscal. Da mesma forma, nas operações de saída segrega também as transferências destinadas a uso/consumo e destinadas a comercialização, não tendo debitado o imposto relativo às operações de transferências destinadas à comercialização. Logo, concluo que o levantamento efetuado pela fiscalização em relação ao produto papel toalha restringiu-se às operações de transferências destinadas a comercialização que é tributada e não foram oferecidas à tributação. Infração procedente na sua totalidade.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269352.0011/10-3**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$366.554,32**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a” e VII, “a” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR