

A. I. Nº - 232903.0317/10-8
AUTUADO - SUPERMERCADO CINCO ESTRELAS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS EDUARDO PAMPONET DANTAS
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 26.04.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0078-02/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Utilizou o crédito a mais referente a mercadorias adquiridas de outra unidade federativa. Infração caracterizada. **b) MATERIAL DE USO E CONSUMO.** Mantida a exigência para aplicação da proporcionalidade, em relação às saídas tributáveis, na utilização dos créditos de embalagens. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Infração não contestada, devidamente caracterizada. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Ficou demonstrado que houve efetivamente erro na aplicação da alíquota, cabendo parcialmente a exigência tendo em vista os argumentos do autuado quanto ao produto “Filé de Merlusa”. Infração parcialmente caracterizada. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. PAGAMENTO A MENOS. Infração não contestada, devidamente caracterizada. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração não contestada, devidamente caracterizada. 7. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não contestada, devidamente caracterizada. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, ora impugnado, para reclamar o descumprimento de obrigações principais do ICMS, no valor total de R\$12.690,77, imputando-se ao contribuinte as seguintes infrações:

Infração 01- utilizou a mais crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior. ICMS no valor de R\$255,14, multa de 60%;

Infração 02 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Consta que o autuado utilizou valor integral de ICMS de embalagem, não respeitando a proporcionalidade de isentas e não tributáveis. ICMS no valor de R\$ 3.102,78, multa de 60%;

Infração 03 – falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$ 1.542,72, multa de 70%;

Infração 04- recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regulamente escrituradas. ICMS no valor de R\$ 2.941,92, multa de 60%;

Infração 05 – deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre a alíquota interna e interestadual nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades federativas e destinadas ao consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 3.336,98, multa de 60%;

Infração 06 – recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, adquiridas para fins de comercialização. ICMS no valor de R\$ 369,60. Multa de 60%;

Infração 07 – efetuou o recolhimento do ICMS a menos por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades federativas relacionadas nos anexos 69 e 88. ICMS no valor de R\$ 4.141,63, multa de 60%.

O sujeito passivo ingressa com a impugnação, às fls. 216 a 219 dos autos, arguindo, quanto à infração 02, que as planilhas dos cálculos mensalmente não foram apresentadas e que as planilhas apresentadas se referem a índice coletados em DMAS dos períodos de 2008 e 2009, de forma sucinta, mencionando os valores obtidos para pagamento, não justificando como se chega a esse fim.

Argumenta que, conforme o apurado, a dívida que era de R\$12.690,77 (doze mil e seiscentos e noventa reais, setenta e sete centavos), passa a ser no valor de R\$8.647,28 (oito mil seiscentos quarenta e sete reais, vinte e oito centavos), que é reconhecido pela Autuada ora Impugnante, a qual apresenta em anexo o comprovante de parcelamento e comprovante do pagamento da primeira parcela DOC (01) do tributo parcialmente devido, em valor totalmente distinto do quanto apurado no auto aqui guerreado.

Pede a nulidade parcial do auto de infração, tendo em vista a presença de elementos que cercearam o amplo direito de defesa à Impugnante conforme acima exposto. Do mesmo modo, se não for declarada a nulidade.

O autuante, às fls. 222 a 223, apresenta a informação fiscal afirmando que, em relação à tempestividade, a empresa apresentou defesa dentro do prazo previsto.

Assegura não haver cerceamento de defesa, pois, em relação à infração 02, foram entregues ao autuado, conforme fls. 16 dos aludidos, demonstrativos a que se refere o autuado.

Em relação ao mérito da infração 02, alude que a empresa utilizou integralmente o crédito fiscal referente à aquisição de material para uso e consumo (embalagem), não respeitando a proporcionalidade prevista no inciso II do parágrafo 1 do art. 93 do RICMS. Consiga que apurou a proporcionalidade, conformes relatório dos DMAS consolidada dos anos de 2008 e 2009, constantes às fls. 17 e 18 dos autos, utilizando as vendas efetivas da empresa, sendo considerados indevidos os créditos utilizados a mais.

Complementa que foram utilizados créditos a mais, também apurado, às fls. 23 a 26 dos autos.

Em relação à infração 04, reconhece os valores argüidos pelo autuado, referente a filé MERLUZA, procedendo a sua exclusão, cabendo a redução do valor exigido em R\$1.129,32, passando a infração 04, a exigir R\$1.812,60, reduzindo, assim o total reclamado no auto de infração de R\$12.690,77 para R\$11.561,45.

Consta, à fl. 224, novo demonstrativo de débito da infração 04, bem como consta, às fls. 225 a 232, os demonstrativos relativos aos ajustes da aludida infração.

O autuado, às fls. 236 a 238, apresenta nova manifestação reiterando toda a matéria arguida, alinhando que, em relação à infração 02, o autuante traz interpretação contrária ao parecer nº 13544/2009, Parecerista: Cesar Augusto da Silva Fonseca, afirma que compulsando a legislação aplicável, vemos que ao regulamentar a utilização do crédito fiscal, o Regulamento do ICMS em vigor no Estado da Bahia-RICMS/BA, elegeu como o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, exatamente o valor do imposto anteriormente cobrado relativo às aquisições ou recebimento reais ou simbólicos de mercadorias para comercialização,” inclusive material de embalagens”, como se pode ler da disposição regulamentar citada pela consulente, ou seja, a alínea “a” do inciso I do artigo 93 do citado Regulamento.

Entende o autuado que foi respondido objetivamente à Consulente que o seu estabelecimento pode emitir as notas fiscais de saída das mercadorias sem discriminação em separado das embalagens utilizadas no processo de comercialização das mercadorias, pois compõem o custo das mercadorias vendidas e o valor do imposto destacado nas notas fiscais de aquisição constitui crédito fiscal a ser compensado com o imposto devido na saída das mercadorias embaladas.

Alinha que o autuante reconhece a procedência de parte da defesa e apresenta novo cálculo identificando o valor que entende devido. Ocorre que o Auditor não entende que as sacolas que são utilizadas para levar os produtos até a casa do cliente isentam a sua discriminação no cupom fiscal assim como a tributação.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora contestado, foi lavrado para exigir, através da imputação de 07 infrações, já devidamente relatadas, o descumprimento de obrigação principal ao ICMS.

Verifico, preliminarmente, que não cabem as arguições de nulidades arguidas, por cerceamento de defesa, na medida em que o aludido demonstrativo que o autuado alega não lhe ter sido entregue, em relação à infração 02, consta o seu recebimento pelo mesmo, às fls. 16 dos autos, bem como consta, também, os demais demonstrativos detalhados, com a indicação de todos os elementos necessários à compreensão dos cálculos e do imposto apurado, fazendo parte, às fls. 01 a 04, a descrição dos fatos e o enquadramento da infração além da multa aplicada, oferecendo, assim, todos os elementos necessários para a devida fundamentação das exigências constantes do presente lançamento.

Quanto à análise da questão material, relativa à infração 02, o autuado utilizou integralmente o crédito fiscal referente à aquisição de material de embalagem, não aplicando o disposto no art. 92, §1º, II do RICMS, que exige para utilização dos aludidos créditos fiscais, a aplicação da proporcionalidade, caso ocorram saídas isentas ou não tributadas, *in verbis*:

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

...

§ 1º Salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que:

...

II - as operações ou prestações subseqüentes sejam tributadas pelo imposto, sendo que, se algumas destas operações ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto, ressalvados os casos em que seja assegurada pela legislação a manutenção do crédito.”

O autuante apurou a proporcionalidade com base nos relatórios das DMAs consolidadas nos anos de 2008 e 2009, constantes às fls. 17 e 18 dos autos. Assim, com a aplicação do aludido dispositivo regulamentar, ficou demonstrado que o autuado utilizou a mais os créditos fiscais que podia apropriar, inclusive, créditos a mais apurados às fls. 23 a 26 dos autos.

Quanto ao parecer apresentado pelo autuado no que se refere à utilização do crédito fiscal de mercadorias e embalagem, o aludido parecer faz referência a utilização como crédito do imposto anteriormente cobrado relativo às aquisições ou recebimentos, não entrando no detalhe de exigência ou não de saídas isentas ou não tributadas, conforme determina a utilização proporcional constante no § 1º, inciso II do Art. 93 do RICMS/BA.

Destarte, o art. 93, inciso I alínea “a” do RICMS/BA, citado no parecer, faz uma ressalva, no “caput” do artigo, com a devida pertinência “salvo disposição em contrário”, exatamente para amparar situações de redução de base de cálculo, as isenções, não incidência ou mesmo a proporcionalidade na utilização dos créditos na aquisição de embalagem conforme determina pelo II do § 1º do art. 93, que deveria ser aplicado pelo autuado.

O autuante, corretamente, quanto à exigência da infração 04, reconhece os valores argüidos pelo autuado, referente à Filé MERLUZA, procedendo a sua exclusão, cabendo a redução do valor exigido em R\$1.129,32. A infração 04 passa a exigir R\$ 1.812,60, reduzindo, assim o total reclamado no auto de infração de R\$12.690,77 para R\$11.561,45.

Diante do exposto e da redução do valor acima alinhado, resta aplicar, em relação à infração 04, o novo demonstrativo de débito, à fl. 224, bem como consta, às fls. 225 a 232, os demonstrativos relativos aos ajustes da aludida infração.

Ainda quanto à infração 04, não há a questão das saídas de embalagens e sim erro na aplicação da alíquota que resultou no recolhimento do ICMS a menos. Essa arguição também não se aplica a infração 02 que reclama crédito indevido relativo à material de uso e consumo.

Diante do exposto, considero **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração, cabendo a subsistência parcial apenas em relação à infração 04 que passa a exigir o ICMS no valor de R\$1.812,60, conforme demonstrativo à fl. 224 dos autos, restando mantida a infração 02, bem como as demais exigências não impugnadas, infrações 01, 03, 05, 06 e 07, reduzindo, assim, o total reclamado no auto de infração para R\$11.561,45.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232903.0317/10-8, lavrado contra **SUPERMERCADO CINCO ESTRELAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$11.561,45**, acrescido das multas 60% sobre R\$10.018,73 e de 70% sobre R\$1.542,72, previstas no art.42, incisos II, “a”, “d” e “f”, incisos VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 5 de abril de 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR