

A. I. Nº - 222468.0608/14-2
AUTUADO - ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A.
AUTUANTE - PAULO DE TARSO DE ALMEIDA
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 01.10.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0183-04/15

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO. Efetuadas correções no cálculo do imposto devido. Infração subsistente em parte. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) SEM APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. Efetuadas correções no cálculo do imposto devido. Infração subsistente em parte. b) MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Os materiais relacionados na autuação não são materiais de uso e consumo, mas sim embalagens. Legítimos os créditos. Infração insubsistente. c) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. 3. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS E O DOCUMENTO FISCAL. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE DESTAQUE DO IMPOSTO – OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL CARACTERIZADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 6. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infrações 4 a 9 não contestadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/12/14, exige ICMS no total de R\$191.772,30, imputando ao autuado as seguintes infrações:

Infração 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. ICMS: R\$21.763,51. Multa: 60%.

Infração 2 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. ICMS: R\$ 27.682,01. Multa: 60%.

Infração 3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. ICMS: R\$68.624,24. Multa: 60%.

Infração 4 - Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. ICMS: R\$23.826,46. Multa: 60%.

Infração 5 - Recolheu a menos ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da federação, utilizando alíquota interestadual. ICMS: R\$82,51. Multa: 60%.

Infração 6 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. ICMS: R\$ 470,19. Multa: 60%.

Infração 7 - Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS: R\$45.512,25. Multa 60%.

Infração 8 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS: R\$253,15. Multa 60%.

Infração 9 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento. ICMS R\$3.557,98. Multa 60%.

O autuado apresenta defesa (fls. 185 a 188) e, referindo-se à infração 1 impugna a exigência fiscal relativamente aos meses de outubro e novembro, conforme relatado a seguir.

Explica que os créditos fiscais relativos ao código 2175 (ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL), oriundos dos recolhimentos feitos no mês de setembro de 2012 são os que foram utilizados no mês de outubro de 2012. Diz que em setembro de 2012 recolheu sob o referido código a importância de R\$ 20.673,36, conforme comprovam os DAEs anexos (fls. 191 a 198), motivo pelo qual os créditos utilizados no mês de outubro de 2012, identificados nos Registros Fiscais de Apuração do ICMS do seu SPED-FISCAL, são de igual valor.

Aduz que no mês de novembro de 2012 foram utilizados os créditos subjugados à mesma natureza jurídica em questão, devidamente recolhidos nos dias 15/10/12 e 25/11/12, consoante DAEs anexados às fls. 199 a 210, que importaram em R\$ 41.957,98. Montante igual ao dos créditos utilizados no mês, escriturados naquele mês sob a rubrica pertinente do seu SPED-FISCAL.

Sustenta que, portanto, na infração 1 não procede a autuação quanto aos meses de outubro e novembro de 2012, nos valores de R\$ 2.209,74 e R\$ 18.463,62, respectivamente. Reconhece como procedentes os débitos atinentes aos meses de maio, junho e julho de 2013, nos valores de R\$ 400,26, R\$ 338,78 e R\$ 351,11, respectivamente.

No que tange à Infração 2, contesta a autuação relativamente aos meses de agosto e setembro de 2012, pelos motivos expostos a seguir.

Quanto ao mês de agosto, diz que entregou o SPED-FISCAL com erro, uma vez que lançou o valor de R\$ 90.327,12 na rubrica “VALOR TOTAL DOS CRÉDITOS POR ENTRADAS E AQUISIÇÕES COM CRÉDITO DO IMPOSTO”, no “REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS”, quando o correto seria R\$ 111.741,06. Afirma que, embora não tenha efetuada a substituição tempestiva dos arquivos do SPED-FISCAL, os refez com os dados corretos de sua escrituração fiscal existente no seu sistema de dados e traz à colação o respectivo arquivo digital no CD (mídia) anexo, como elemento probatório do quanto alegado.

No que tange ao mês de setembro, destaca que há flagrante incongruência com a realidade dos fatos, haja vista que o quanto lançado na rubrica “VALOR TOTAL DO ICMS A RECOLHER” no “REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS” do SPED-FISCAL, entregue tempestivamente (fl. 211), se encontra em perfeita simetria com o DAE que foi pago na época própria, no importe de R\$80.479,72. (fl. 212).

Assevera que, dessa forma, a improcedência do lançamento respaldado nos elementos informativos de fls. 81 a 93 é flagrante. Reconhece como procedentes os débitos tributários referentes aos meses de junho e novembro, nos valores de, respectivamente, R\$14,85 e R\$61,62.

Relativamente à infração 3, diz que as sacolas que adquiriu têm destinação específica para utilização como materiais de embalagens, pelo que a utilização dos créditos respectivos encontra amparo no artigo 309, inciso I, alínea “a”, do RICMS-BA.

Prosseguindo, sustenta que o Auto de Infração deve ser revisto, para que sejam descaracterizadas as exigências fiscais impugnadas, dando como procedentes as partes do lançamento objetos das confissões e as demais infrações não contraditadas.

Ao finalizar, solicita que seja desconstituído o crédito tributário impugnado.

Ao prestar a informação fiscal (fls. 215 a 221), o autuante salienta que, na defesa interposta, as infrações 4 a 9 foram reconhecidas como procedentes, ao passo que as infrações 1 e 2 foram parcialmente acatadas.

Quanto à parte impugnada da infração 1, o autuante transcreve os argumentos trazidos na defesa e, em seguida, afirma que examinando os documentos trazidos na defesa entende que assiste razão ao defendente, *“eis que ficou comprovado o uso do crédito conforme a soma dos valores trazidos à colação nos documentos. De modo que descabe o valor reclamado.”* Prosseguindo, apresenta um demonstrativo onde exclui os débitos valores referentes aos meses de outubro e novembro de 2012.

No que tange à infração 2, explica que a fiscalização é exercida com base nos livros fiscais do contribuinte, no caso através da EFD (escrituração fiscal digital), não tendo a fiscalização o poder de corrigir as informações prestadas pelo contribuinte, mas apenas confirmar a veracidade delas.

Referindo-se ao mês de agosto de 2012, diz que o valor recolhido foi de R\$ 89.308,74, ao passo que o valor do ICMS a recolher encontrado pela fiscalização foi de R\$110.739,27 (fl. 86). Afirma que, portanto, mantém o valor reclamado de R\$21.430,53, correspondente à diferença entre R\$110.739,27 e R\$89.308,74.

Quanto ao mês de setembro de 2012, explica que o imposto a recolher encontrado pela fiscalização foi de R\$ 87.015,37 (fl. 90), porém o valor recolhido foi de R\$ 80.479,72. Frisa que, portanto, houve um recolhimento a menos de R\$ 6.535,65, o que o leva a manter a exigência fiscal.

Sustenta que os documentos trazidos na defesa e acostados às fls. 81 a 93 revelam o equívoco cometido pelo autuado. Destaca que a mídia não transmitida pelo autuado para o ambiente nacional é desprovida de validade legal. Explica que o defendente deveria ter providenciado a transmissão dos arquivos antes de iniciada a ação fiscal. Menciona que o encontro de divergências pelo contribuinte em suas contas e a correção dessas contas após o início de ação fiscal, sem a transmissão dos arquivos, não corrige a escrita fiscal.

Em face ao acima exposto, mantém inalterada a exigência fiscal quanto à infração 2.

Relativamente à infração 3, diz que o defendente laborou em equívoco ao interpretar o art. 309, I, “a”, do RICMS-BA, pois a utilização do crédito ali prevista *“justifica-se por ser o produto de embalagens produto de prateleira ou produto destinado a comercialização”*.

Afirma que, no caso em análise, aplica-se o disposto no art. 310, II, do RICMS-BA, que prevê que *“É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita: II- para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior.”*

Menciona que as sacolas para pães, com o logotipo da empresa, não são comercializadas no âmbito de sua padaria dentro do supermercado ou na saída do caixa. Diz que são oferecidas aos clientes *pro bono*, portanto, sem direito ao crédito fiscal correspondente.

Ao finalizar, requer que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

Às fls. 223 a 227, foram anexados extratos do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária) referente a parcelamento da parte do Auto de infração que foi reconhecida como procedente.

VOTO

O presente lançamento tributário de ofício trata de nove infrações à legislação tributária do ICMS, já devidamente relatadas.

Em sua defesa, o autuado reconhece como procedentes as infrações 4 a 9. Dessa forma, em relação a essas infrações não há lide e, portanto, esses itens do lançamento são procedentes.

Quanto à infração 1 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, o autuado apenas questiona a exigência fiscal em relação aos meses de outubro e novembro de 2012, sob a alegação de que esses créditos fiscais eram referentes a pagamentos efetuados a título de antecipação parcial, conforme DAEs que foram anexados às fls. 191 a 198 dos autos.

Apesar de nesses DAEs não constar a quitação bancária, observo que o somatório mensal de seus valores totaliza o montante que consta no extrato de arrecadação emitido pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia anexado à fl. 70 dos autos. Além disso, o próprio autuante na informação fiscal expressamente reconhece a procedência do argumento defensivo e sugere a exclusão dos débitos referentes aos meses de outubro e novembro de 2012.

Dessa forma, considero que restou comprovada a legitimidade do direito ao crédito fiscal de que trata a infração 1, relativamente aos meses de outubro e novembro de 2012, conforme foi sustentado na defesa. Em consequência, excluo da infração 1 as parcelas atinentes aos referidos meses, de forma que a infração subsiste parcialmente no valor de R\$1.192,15, ficando o demonstrativo de débito da seguinte forma:

| DATA OCORR. | DATA VENC. | B. CÁLCULO | ALÍQ. | MULTA | VALOR |
|---------------------|------------|------------|-------|-------|----------|
| 31/05/13 | 09/06/13 | 2.354,47 | 17% | 60% | 400,26 |
| 30/06/13 | 09/07/13 | 1.992,82 | 17% | 60% | 338,78 |
| 30/07/13 | 09/08/13 | 2.665,35 | 17% | 60% | 453,11 |
| TOTAL DA INFRAÇÃO 1 | | | | | 1.192,15 |

No que tange à infração 2 - recolhimento a menos de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, o defendente impugna os débitos referentes aos meses de agosto e setembro de 2012.

Quanto ao mês de agosto, o autuado sustenta que o valor lançado em sua EFD a título de créditos pelas entradas e aquisições (R\$ 90.327,12) está equivocado, pois o correto é R\$111.741,06. Diz que, embora não tenha efetuado a substituição tempestiva dos arquivos do SPED-FISCAL, os refez com os dados corretos de sua escrituração fiscal e traz à colação em arquivo digital.

Os documentos de fls. 82 a 87 comprovam a divergência entre o imposto recolhido e o escriturado na sua apuração, senão vejamos: de acordo com o documento de fl. 83, no mês de agosto de 2012, o autuado lançou em sua escrita fiscal digital ICMS a recolher no valor de R\$110.744,29; por sua vez, em relação a esse mesmo mês, foi recolhido ICMS no valor de R\$89.308,74 (fl. 87). Dessa forma, está clara a divergência entre o valor do imposto lançado e o recolhido, o que resultou em recolhimento a menos de ICMS no montante de R\$21.430,53.

A tese defensiva de que havia equívoco na EFD apresentada não se sustenta, pois, conforme foi bem explicado pelo autuante na informação fiscal, eventuais erros na EFD deveriam ter sido sanados antes do início da ação fiscal. A mera retificação da EFD, após o início da ação fiscal e sem o envio dos arquivos, não é capaz de elidir a infração em comento. Mantenho, portanto, inalterada a exigência fiscal quanto ao mês de agosto.

Já em relação ao mês de setembro, não vislumbro nos autos a ocorrência da divergência entre o ICMS lançado pelo autuado em sua EFD e o valor por ele recolhido.

Inicialmente, observo que no Anexo da Infração 2 não consta o “REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS – OPERAÇÕES PRÓPRIAS” referente ao mês de setembro de 2012, aonde deveria estar consignado o ICMS a recolher que foi lançado pelo autuado em sua EFD. Desse modo, na formação do meu convencimento, valho-me dos “RECIBOS DE ENTREGA DE ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL”, trazidos aos autos pelo próprio autuante (fls. 20 a 67), aonde também consta o montante do ICMS a recolher que foi apurado pelo contribuinte.

De acordo com o “RECIBO DE ENTREGA DE ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL” de fl. 36, no mês de setembro de 2012, o autuado lançou ICMS a recolher, em sua EFD, no valor de R\$80.479,72. Segundo o extrato de arrecadação de fl. 87, em relação ao mês de setembro foi recolhido ICMS no valor de R\$80.479,72. Vê-se, portanto, que em relação ao mês de setembro de 2012, o valor do imposto apurado foi exatamente igual ao imposto recolhido, não havendo a divergência que foi imputada ao autuado, o que acarreta a improcedência da exigência fiscal quanto a esse mês.

Examinando os demonstrativos elaborados pelo autuante, especialmente o de fls. 91 a 93, depreendo que, no mês de setembro de 2012, o autuado se equivocou na apuração do ICMS a recolher, tendo apurado R\$80.479,72, quando o correto seria R\$86.654,73. Todavia, esse erro na

apuração do imposto a recolher não serve para caracterizar a acusação descrita na infração 2 para este mês de setembro – divergência entre o ICMS a recolher apurado e o recolhido –, uma vez que o valor efetivamente escriturado corresponde ao que foi recolhido.

Em face ao acima exposto, a exigência fiscal quanto ao mês de setembro de 2012 não subsiste e, portanto, a infração 2 é procedente em parte no valor de R\$ 21.507,00, ficando o demonstrativo de débito conforme o apresentado a seguir:

| DATA OCORR. | DATA VENC. | B. CÁLCULO | ALÍQ. | MULTA | VALOR |
|---------------------|------------|------------|-------|-------|-----------|
| 31/08/12 | 09/09/12 | 126.061,94 | 17% | 60% | 21.430,53 |
| 30/06/13 | 09/07/13 | 87,35 | 17% | 60% | 14,85 |
| 30/11/13 | 09/12/13 | 362,47 | 17% | 60% | 61,62 |
| TOTAL DA INFRAÇÃO 2 | | | | | 21.507,00 |

Na infração 3, o autuado foi acusado de ter utilizado indevidamente créditos fiscais de ICMS referentes as aquisições de materiais de uso e consumo do próprio estabelecimento.

Segundo os demonstrativos que embasam a infração em comento, fls. 115 a 121, os produtos considerados como sendo de uso e consumo são sacolas impressas e sacos para pães.

Depreende-se da informação fiscal que o estabelecimento fiscalizado é um supermercado, dentro do qual funciona uma padaria e, dessa forma, as sacolas impressas e os sacos para pães são utilizados pelos clientes para o transporte dos produtos ali adquiridos.

Tratando-se de supermercados que revendem gêneros alimentícios, inclusive pães, as sacolas impressas e os sacos para pães são classificados como materiais de embalagens dos produtos comercializados, já estando o seu custo incluso no preço dos produtos vendidos. Nos termos do art. 309, I, “a”, do RICMS-BA/12, constitui crédito fiscal o valor do imposto cobrado, relativo às aquisições de materiais de embalagens.

Se essas embalagens eram ou não utilizadas na comercialização de produtos tributados, esse fato não foi objeto da acusação descrita na infração 3.

Tendo em vista que os materiais relacionados na infração 3 não são classificados como de uso e consumo do próprio estabelecimento, a infração imputada ao autuado não pode subsistir e, portanto, a infração em comento é improcedente.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$96.401,69, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **222468.0608/14-2**, lavrado contra **ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$96.401,69**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “b”, “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de setembro de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR