

PROCESSO - A. I. Nº 222468.0608/14-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0183-04/15
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07/03/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0014-12/16

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. Modificada a Decisão para restaurar o débito relativo a setembro de 2012. 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. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência em Parte do presente Auto de Infração, lavrado em 29/12/14 para imputar ao contribuinte o cometimento de nove infrações, sendo objeto do Recurso apenas as infrações 1, 2 e 3, como a seguir descrito:

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 menos o 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%.

A Junta de Julgamento dirimiui a lide com os seguintes fundamentos:

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.

Em atendimento ao artigo 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

VOTO

Constato que, na infração 1, o contribuinte foi acusado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

A Junta de Julgamento Fiscal, de forma correta, acatou o novo demonstrativo elaborado pelo autuante, por ter entendido que os créditos eram legítimos, haja vista que se referiam a pagamentos efetuados pelo contribuinte do tributo devido a título de antecipação parcial, nos meses de outubro e novembro de 2012. Mantida a Decisão de primeiro grau.

Na segunda imputação, o imposto foi lançado em decorrência do desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto.

O órgão julgador reduziu o valor do débito no mês de setembro de 2012 em razão de não ter detectado a alegada divergência.

Ocorre que, do exame do livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 88 a 93), constato que o saldo a recolher lançado pelo próprio contribuinte na escrita fiscal foi de R\$87.015,37 (resultado da diferença entre os créditos – R\$122.370,52 - e débitos – R\$209.385,89 - do mês), enquanto que o montante recolhido importou em R\$80.479,72, havendo, portanto, diferença entre o que foi escriturado e o que foi recolhido no período. Modificada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal para restaurar o débito lançado no mês de setembro de 2012.

Ressalto, ainda, que a alegação de erro nos livros fiscais, trazida pelo autuado em sua impugnação, não restou comprovada. Entretanto, se o sujeito passivo dispuser de outros elementos probatórios capazes de demonstrar a existência de equívocos em sua escrituração fiscal, pode, se assim o desejar, dirigir Pedido de Controle da Legalidade à PGE/PROFIS.

Na infração 3, o tributo foi exigido em razão de utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

Restou comprovado que se trata de sacolas impressas e sacos para pães, classificados como materiais de embalagens dos produtos comercializados, com o custo obviamente incluso no preço dos produtos vendidos.

Escorreita, assim, a Decisão recorrida, ao decidir pela insubsistência da autuação, nos termos do artigo 309, inciso I, alínea “a”, do RICMS/12, que prevê que “*constitui crédito fiscal o valor do imposto cobrado, relativo às aquisições de materiais de embalagens*”.

Ressalto que não foi objeto de discussão se as embalagens em comento eram ou não utilizadas na comercialização de produtos tributados. Correta, assim, a Decisão de piso.

Pelas razões acima expendidas, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, apenas para restaurar o débito referente ao mês de setembro de 2012 constante na infração 2 do lançamento. A repartição competente deve homologar os valores já recolhidos pelo autuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto para modificar a Decisão recorrida e 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 recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$102.576,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

RAIMUNDO ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS