

A. I. N° - 180503.1033/05-6
AUTUADO - CAF SANTA BÁRBARA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ DE CASTRO DIAS
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 26/01/07

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0004-03/07

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo. Refeitos os cálculos pelo autuante, o débito apurado ficou reduzido. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Refeitos os cálculos, o débito originalmente apurado ficou reduzido. b) FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. Autuado elide parcialmente a infração. c) ESTORNO DE DÉBITO NÃO COMPROVADO. Infração caracterizada. 3. DIFERIMENTO. TERMO FINAL. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O adquirente neste caso é responsável, por substituição, relativamente ao imposto cujo lançamento se encontrava diferido. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 10/06/2006, refere-se à exigência de R\$34.107,39 de ICMS, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Notas Fiscais referentes a peças destinadas ao uso e ao consumo. Valor do débito: R\$15.377,59.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Valor do débito: R\$5.343,97.
3. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. Compra de refeições prontas de estabelecimentos fornecedores. R\$941,46.
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sem a respectiva apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. R\$4.123,37.
5. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação. Estornou no livro RAICMS valores sem qualquer explicação ou fundamento. Valor do débito: R\$8.320,50.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 513 a 529), salientando, inicialmente, que contribui para a geração de emprego nos municípios onde atua, proporcionando a alavancagem da economia, e também, para o aumento da arrecadação tributária da Bahia, e para consolidar suas atividades neste Estado, criou um estabelecimento no Distrito Industrial de Teixeira de Freitas, o que demandou vultoso investimento na aquisição de equipamentos, maquinário, instalações e material para obra civil. Em relação ao presente lançamento, alega que o valor apurado pelo autuante não espelha a realidade, tendo sido constatados diversos equívocos no levantamento fiscal, por isso, “impõe-se o cancelamento do presente Auto de Infração”.

Referente à primeira infração, o defendente alega: a) recolhimento efetuado a mais pela empresa, não considerado pelo autuante; b) mercadoria compreendida como produto intermediário, uma vez que na linha de produção de madeira os produtos são consumidos em contado direto com a madeira bruta, perdendo suas características originais; c) anotação de nota fiscal em duplicidade pelo autuante; d) inclusão de nota fiscal inexistente no levantamento fiscal; e) imposto recolhido e não considerado pelo autuante. O defendente indica as notas fiscais correspondentes aos equívocos apontados nas razões de defesa.

Infração 02: Alega que todas as mercadorias constantes nas notas fiscais são consideradas como produtos intermediários. Diz que a nota fiscal 6951 se refere a equipamento recebido como empréstimo, sendo devolvido pela NF 10052, de 05/11/2002, por isso, o ICMS cobrado é indevido. Quanto às NFs 14545, 381031 e 14990, alega que se trata de crédito fiscal relativo a material de embalagem. NFs 56452 e 184600, correspondem a conectores para manutenção das características da madeira tratada, e o seu valor é agregado ao custo do produto. NF 27198, se refere a mercadoria recebida e devolvida pela NF 10892, com débito do imposto no mesmo valor.

Quanto à infração 03, afirma que os fornecedores de refeição constantes das notas fiscais listadas pelo autuante, estão enquadrados no regime SIMBAHIA. Referente à infração 04, diz que a cobrança do imposto é indevida em relação às notas fiscais que indicou nas razões de defesa (fl. 529), e alguns documentos foram extraviados, alegando que foram confiados ao autuante, no momento da entrega dos livros e documentos fiscais.

Em relação à infração 05, indicou à fl. 526 as notas fiscais referentes aos estornos considerados corretos, inclusive de mercadoria sujeita ao diferimento em operações para consumidores sem regime especial. Diz que está sem condições de apresentar os DAEs comprobatórios do recolhimento do imposto por encontrar-se extraviados quando em poder do auditor.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 625/626 dos autos, rebate as alegações defensivas, argumentando que o autuado apresentou impugnação cheia de detalhes, mas não esclarece o que efetivamente deve, e o imposto que já pagou. Quanto à infração 01, diz que embora o defendente tenha apresentado demonstrativos, a divergência básica é que o autuado não concorda com a autuação referente aos produtos destinados ao uso ou consumo, como peças para máquinas, serras, pastilhas, discos de corte, e o frete das mencionadas mercadorias. Diz que após ter tomado conhecimento dos demonstrativos apresentados pelo contribuinte, continua certo de que os materiais impugnados se desgastam durante o processo produtivo, e devem ser tratados como material de consumo. Em relação à diferença de alíquota, afirma que, mantendo a coerência, fica inalterada a exigência fiscal.

Infração 03: Informa que, qualquer empresa que forneça refeições só poderá ter sua inscrição concedida no regime normal, portanto, qualquer contribuinte que compre refeições prontas para fornecimento aos seus empregados deverá observar se o fornecedor está com a inscrição regular. Entende que o presente lançamento foi efetuado de acordo com a legislação em vigor.

Infração 05: Diz que às fls. 474 a 505 se encontram as fotocópias do livro RAICMS comprovando os diversos estornos efetuados pelo autuado, que não apresentou qualquer explicação lógica nas razões de defesa, nem comprovou que os referidos estornos foram realizados em conformidade com a lei. No mês 11/02 lançou como outros créditos o valor de R\$4.515,59 com a explicação de

que se refere ao saldo credor do mês 07/2001. Entretanto, consultando o citado livro, não constava saldo credor, e sim, imposto a pagar.

O autuante finaliza, pedindo a manutenção do presente Auto de Infração.

Considerando que na informação fiscal prestada às fls. 625/626 não foi efetuada uma análise acerca de cada ponto divergente indicado pelo contribuinte, esta JJF, deliberou converter o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 630), para o autuante prestar nova informação fiscal, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, conforme estabelece o § 6º, do art. 127, do RPAF/99, se manifestando, também, quanto à alegação defensiva referente às infrações 04 e 05, de que foram extraviados documentos fiscais e DAEs, que foram confiados ao autuante, no momento da entrega dos livros e documentos fiscais, ou seja, houve extravio quando em poder do auditor.

Em atendimento, o autuante presta nova informação fiscal à fl. 643, dizendo que refez o levantamento fiscal, acatando as alegações do autuado que entende serem justificáveis. Quanto à diferença de alíquota, salienta que o autuado não concorda com a exigência fiscal em relação às serras, peças de uso, chaves, facas. Em relação à falta de devolução dos documentos fiscais, informa que todos os documentos foram devolvidos, porém, como não estavam na mesma ordem em que foram entregues, o contribuinte alegou que não foram recebidos.

O contribuinte foi intimado a tomar conhecimento da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, sendo fornecidas as cópias, cuja ciência está comprovada na própria intimação à fl. 644 dos autos.

Após a instrução do PAF foi apresentada nova manifestação pelo autuado, reiterando a alegação inicial de que os documentos fiscais foram entregues ao autuante.

VOTO

A primeira infração refere-se à exigência de ICMS relativo à diferença de alíquotas, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo às fls. 11 a 18, e notas fiscais acostadas aos autos.

De acordo com o art. 4º, inciso XV, Lei 7.014/96, há incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento.

Pelas notas fiscais acostadas ao presente processo, o imposto exigido se refere às aquisições de cilindros, pastilhas de metal duro, arruela, trava, cantoneira, perfil laminado, jogo de facas, termômetro, caderno, lápis, borracha, correia, bateria e outros, materiais que, pela sua descrição já indica que foram destinados ao uso ou consumo do estabelecimento.

Quanto às alegações apresentadas pelo autuado, faço os seguintes comentários:

- a) O recolhimento efetuado a mais pela empresa foi constatado nos novos demonstrativos elaborados pelo autuante, nos meses de janeiro, novembro e dezembro de 2002, além de fevereiro, outubro e dezembro de 2003. Por isso, não foi exigido o imposto nesses meses, e o autuado pode pedir restituição do indébito.
- b) Quanto à alegação da existência de mercadoria compreendida como produto intermediário, pela descrição constante nas notas fiscais objeto do levantamento fiscal, está comprovado que não se trata de produtos intermediários como entendeu o autuado.
- c) Anotação de nota fiscal em duplicidade pelo autuante e inclusão de nota fiscal inexistente no levantamento fiscal. O equívoco apontado foi corrigido pelo autuante, que elaborou novos demonstrativos acostados aos autos (fls. 634 a 642).
- d) Imposto recolhido e não considerado pelo autuante. De acordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante, foram considerados os recolhimentos efetuados, sendo exigidas as diferenças apuradas.

Constatado que após o refazimento dos cálculos, o autuante indicou às fls. 634 a 639 os novos valores do imposto exigido, que não foram contestados pelo autuado. Infração parcialmente subsistente, totalizando R\$4.408,03, sendo R\$1.495,90 relativo ao exercício de 2002 (fl. 634) e R\$2.912,13 correspondente ao exercício de 2003 (fl. 639).

O segundo item do Auto de Infração, refere-se à utilização indevida de crédito fiscal, tendo em vista o entendimento de que as mercadorias não são empregadas no processo produtivo, são consideradas material de uso ou consumo e ativo permanente do estabelecimento.

Em sua impugnação, o autuado alega todas as mercadorias constantes nas notas fiscais são consideradas como produto intermediário. Indica as notas fiscais que considera indevido o imposto exigido:

- a) Nota Fiscal 6951 se refere a equipamento recebido como empréstimo, sendo devolvido pela NF 10052, de 05/11/2002.
- b) NFs 14545, 381031 e 14990, alega que se trata de crédito fiscal relativo a material de embalagem.
- c) NFs 56452 e 184600, correspondem a conectores para manutenção das características da madeira tratada, e o seu valor é agregado ao custo do produto.
- d) NF 27198, se refere a mercadoria recebida e devolvida pela NF 10892, com débito do imposto no mesmo valor.

Das alegações apresentadas pelo defendente, ficou comprovado nos autos somente a devolução do equipamento, com a NF 10052 (fl. 570), recebido por meio da NF 6951 (fl. 569), devendo ser excluído do débito o valor correspondente ao mencionado documento fiscal.

Saliento, que em relação às demais alegações não comprovadas pelo defendente, de acordo com o art. 123 do RPAF/99, a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações.

Observo que no processo produtivo, é considerado insumo tudo que entra na formação ou composição de um produto, e o material de consumo não tem a mesma relação direta com o processo industrial. Quanto ao produto intermediário, a legislação prevê que somente se considera como tal, se os materiais forem consumidos no processo industrial ou integrem o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição.

Assim, tendo em vista que não ficou comprovado nos autos que os materiais objeto da autuação são produtos intermediários, como alegou o autuado, considero parcialmente procedente a exigência do imposto neste segundo item do Auto de Infração, com a exclusão do valor referente à NF 6951, no mês 10/02. Portanto, o débito apurado no mencionado mês fica reduzido para R\$582,86, consequentemente, o total exigido nesta infração fica alterado para R\$4.412,72.

Infração 03: Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. Compra de refeições prontas de estabelecimentos fornecedores.

De acordo com o inciso XVIII, do art. 343, do RICMS/97, é diferido o lançamento do ICMS nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes, destinadas ao consumo por parte dos empregados, para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente.

O autuado alegou que os fornecedores de refeição constantes das notas fiscais listadas pelo autuante, estão enquadrados no regime SIMBAHIA, e por isso, entende que não é devido o imposto exigido no presente lançamento.

Em relação aos restaurantes e demais estabelecimentos fornecedores de refeição, o RICMS/97 estabelece:

Art. 504. Os restaurantes, churrascarias, pizzarias, lanchonetes, bares, padarias, pastelarias, confeitarias, doçarias, bombonérias, sorveterias, casas de chá, lojas de “delicatessen”, serviços de “buffet”, hotéis, motéis, pousadas, fornecedores de refeições e outros serviços de alimentação poderão optar pelo pagamento do ICMS mediante o regime de apuração em função da receita bruta, observando-se, além das normas relativas aos demais contribuintes, as seguintes:

XII - os fornecedores de refeições que optarem pelo presente regime, sempre que fornecerem refeições a outros contribuintes, destinadas a consumo por parte de seus empregados, farão constar nas Notas Fiscais e na coluna “Observações” do Registro de Saídas a indicação “Pagamento do ICMS pelo regime de apuração em função da receita bruta”, para os efeitos do inciso XVIII do art. 343;

§ 1º Quanto ao tratamento fiscal dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte que tenham optado pelo enquadramento no SimBahia, observar-se-á o disposto nos arts. 383-A e seguintes.

Embora exista a possibilidade de o remetente das refeições ser inscrito no Regime Simplificado de Apuração do ICMS, a legislação estabelece que não poderá optar pela adoção do regime de tributação instituído pelo SimBahia, a empresa que se dedique à atividade de fornecimento de refeições a contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados (RICMS/97, art. 399-A, inciso II, alínea “k”, item 1).

Observo que o diferimento do imposto implica o surgimento, para o autuado, da responsabilidade pelo tributo a título de substituição tributária, a chamada substituição tributária para trás. O imposto devido pelo contribuinte substituído (o restaurante) passa neste caso a ser de responsabilidade do sujeito passivo por substituição (o autuado). Portanto, é subsistente a exigência fiscal.

Infração 04: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sem a respectiva apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

O defendente alegou que a cobrança do imposto é indevida em relação às notas fiscais que indicou nas razões de defesa (fl. 529), e quanto aos documentos extraviados, alega que foram confiados ao autuante, no momento da entrega dos livros e documentos fiscais.

O autuante refez os cálculos quando prestou a segunda informação fiscal, tendo anexado à fl. 633 dos autos novo demonstrativo, ficando reduzido o total exigido para R\$2.148,15. O contribuinte foi intimado a tomar conhecimento do novo demonstrativo, sendo fornecida a respectiva cópia e concedido o prazo de dez dias para o defendente se manifestar. Entretanto, em sua manifestação, o autuado apresentou os mesmos argumentos da impugnação inicial. Acatando o novo demonstrativo elaborado pelo autuante, concluo pela subsistência parcial desta infração.

Infração 05: Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação. Estornou no livro RAICMS valores sem qualquer explicação ou fundamento.

O autuante esclarece que às fls. 474 a 505 dos autos se encontram as fotocópias do livro RAICMS comprovando os diversos estornos efetuados pelo autuado, que não apresentou qualquer explicação lógica nas razões de defesa, nem comprovou que os referidos estornos foram realizados em conformidade com a lei.

Nas razões defensivas, o autuado alega que está sem condições de apresentar os DAEs comprobatórios do recolhimento do imposto por encontrar-se extraviados quando em poder do auditor. Entretanto, o autuante esclarece na informação fiscal prestada à fl. 643 que os

documentos foram devolvidos, mas não se encontravam na mesma ordem em que foram recebidos, e por isso o defendente alegou que não foram recebidos.

Constato que o livro RAICMS comprova que foram efetuados os estornos, o autuado apresentou simples negativa do cometimento da infração, e neste caso, a legislação estabelece que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de comprovar a legitimidade da autuação fiscal (art. 143, do RPAF/99). Mantida a exigência fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos:

| INFRAÇÃO Nº | CONCLUSÃO | IMPOSTO |
|--------------|---------------------|------------------|
| 01 | PROCEDENTE EM PARTE | 4.408,03 |
| 02 | PROCEDENTE EM PARTE | 4.412,72 |
| 03 | PROCEDENTE | 941,96 |
| 04 | PROCEDENTE EM PARTE | 2.148,15 |
| 05 | PROCEDENTE | 8.320,50 |
| TOTAL | - | 20.231,36 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **nº 180503.1033/05-6**, lavrado contra **CAF SANTA BÁRBARA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$20.231,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR