

A. I. Nº - 269132.0003/10-0
AUTUADO - SIAN - SISTEMA DE ILUMINAÇÃO AUTOMOTIVA DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTES - RICARDO TABCHOURY DE BARROS SANTOS e JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 18.05.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0130-04/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) BENS PARA INTEGRAR O ATIVO PERMANENTE. Documentos juntados com a defesa comprovam que não se trata de bens adquiridos e sim de operação de retorno de bens de propriedade da empresa para efetivação de teste e devolução de empréstimo. Não houve prejuízo ao Erário. Infração elidida. **b) MATERIAL PARA USO E CONSUMO.** Notas fiscais juntadas ao processo demonstram que se trata de aquisições de material de uso e consumo e não de insumos, que é vedada a utilização do crédito fiscal pela legislação do imposto. Infração caracterizada. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAL PARA USO E CONSUMO.** Documentos juntados com a defesa comprovam que foram computados indevidamente na apuração da diferença de alíquota: aquisições de produtos submetidos ao regime de substituição tributária; despesas gerais que não configuram aquisição de mercadorias e que não foi considerada na apuração do imposto a redução da base de cálculo efetivada com respaldo em Convênios de ICMS. Acatado, em parte, demonstrativo do autuado, o que reduziu o débito. Infração elidida em parte. Não acolhida a decadência de parte do lançamento por falta de amparo legal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 13/12/10 exige ICMS no valor de R\$32.516,73, acrescido da multa de 60% em decorrência das seguintes irregularidades:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente estabelecimento - R\$8.357,60.
02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento - R\$8.767,80.
03. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento. Consta na descrição dos fatos que trata da parcela que deixou de ser recolhida em razão do desencontro entre os valores totais devidos e os lançados no livro RAICMS conforme demonstrativos - R\$15.391,33.

O autuado em sua defesa (fls. 85/92) suscita a decadência de parte do lançamento por ter sido atingido pelo instituto da decadência nos termos do artigo 150, § 4, do CTN, por entender que o prazo para constituição do crédito tributário é de cinco anos a ser contado a partir da data da ocorrência do fato gerador, no caso, até setembro/05, conforme Intimação Fiscal de 10/09/10.

Alega que os fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2005 à 31/08/2005 foram extintos nos termos do art. 156, V, do CTN, que determina extinção do crédito tributário atingido pela prescrição e a decadência, motivo pelo qual requer seja anulado pela autoridade julgadora.

No mérito, discorre sobre as infrações e com relação à primeira, esclarece que se baseia em crédito relativo às notas fiscais de entradas 629050 e 35718, que “não se referem à aquisição de mercadorias para integrar o ativo permanente do estabelecimento”, e sim de operação de retorno de empréstimo de bens que já lhe pertenciam conforme documento juntado às fls. 112/119.

Afirma que os créditos foram tomados visando anular os débitos fiscais pelas saídas, por empréstimo, desses mesmos bens, conforme provam as notas fiscais de saídas 053.258 e 056.765 e escrituração fiscal em conformidade com a legislação aplicável, improcedendo a acusação.

Quanto à segunda infração referente à aquisição de material para uso e consumo, contesta afirmando que parte dessas aquisições se referem a insumos industriais que se desintegram totalmente e imediatamente no processo de produção, por conseqüente, legítimo o crédito fiscal.

Ressalta que em resposta a consulta formulada 162/2007, a Receita Federal se pronunciou favoravelmente à tomada de crédito fiscal [do IPI] conforme transcreveu às fls. 87/88 e que o art. 93, I, “a”, do RICMS/BA autoriza utilizar o crédito fiscal na aquisição de insumos empregados no processo industrial (fl. 88) e para comprovar a destinação dos materiais no seu processo industrial, requer a apresentação de laudo técnico a respeito.

Relativamente à terceira infração, reporta-se aos fatos geradores ocorridos entre 31/01/2005 à 31/12/2005, conforme notas fiscais discriminadas nos Anexos III A e III B. Afirma tratar-se de mais um equívoco cometido pela fiscalização, por não ser verdade que deixou de recolher o diferencial de alíquotas devido no período consignado.

Diz que a fiscalização apurou o valor a recolher correspondente ao valor contábil, sem observar:

- a) Quais foram as operações de entradas das mercadorias no estabelecimento, ignorando se as mercadorias se destinaram ao uso e consumo;
- b) Qual a base de cálculo, que muitas vezes se refere a valor diverso do valor contábil;
- c) Qual a alíquota utilizada na operação de remessa das mercadorias;
- d) Se teve redução de base de cálculo, não incidência do ICMS, e outras razões que impliquem na apuração do diferencial de alíquotas.

Em seguida passou a indicar por mês e notas fiscais diversas, inconsistências a exemplo de: Inclusão indevida de mercadoria adquirida com não incidência; aquisição com base de cálculo reduzida; alíquotas diferentes; mercadoria adquirida enquadrada no regime de substituição tributária; adquirida de pessoa jurídica enquadrada no SIMPLES; aquisição de insumo industrial; com indicação de base com outro valor; de mercadoria com ICMS diferido, tudo conforme indicação dos números das notas fiscais correspondentes às fls. 89 a 92.

Diante dos motivos exposto, requer o provimento da impugnação, provar o alegado por todos os meios admitidos no processo administrativo-fiscal, especialmente pela apreciação dos documentos apresentados na presente e por outros documentos que possam servir a esse objetivo, e pela apresentação de laudo técnico.

Os autuantes na informação fiscal prestada (fls. 554/560), inicialmente comentam sobre as infrações e argumentos defensivos, e dizem que não obstante o contribuinte tenha indicado o referido dispositivo do CTN, se faz necessário interpretar e aplicar corretamente o código. Afirmam que o artigo do CTN que se aplica aos prazos de decadência para a Fazenda Pública Estadual não é o citado pela impugnante (art. 150, §4º) e sim o art. 173, I, do mesmo diploma legal, conforme transcreveu à fl. 555.

Com base na interpretação destes dispositivos, manifesta entendimento que tendo sido lavrado o Auto de Infração em 13/12/10, o mesmo é plenamente válido, e só seria atingido pela decadência

se tivesse sido feito a partir de 01/01/11, conforme disposto nos art. 90 e 965 do RICMS/BA, respectivamente, cuja redação é idêntica a do art. 173 do CTN.

Quanto à infração 1, afirma que o autuado quer descaracterizar a natureza da operação referente às notas fiscais de entrada 629050 e 35718, as quais consignam dois dispositivos de solda e um datashow, indubitavelmente destinados a incorporar o ativo permanente da empresa.

Ressaltam que o art. 97, § 17 do RICMS/BA estabelece que o crédito será apropriado em 48 parcelas, e não é permitido creditar-se do valor integral do ICMS destacado no documento fiscal, “independentemente de ter havido outra operação em que o mesmo alega ter se debitado de idêntico valor com o propósito de se anularem as operações”.

Argumentam que se ocorreu um crédito indevido na entrada do bem, cabe à fiscalização fazer lançamento de ofício no seu exato valor, e se ocorreu um débito indevido na saída, cabe ao contribuinte comprová-lo e requerer repetição do indébito.

No tocante à infração 2, comenta a afirmação de que parte das mercadorias foram utilizadas como insumos industriais, e pronunciamento da RFB acerca de crédito de IPI relativamente a materiais empregados no processo industrial que não se agregam ao produto final acabado e, por fim, anexa uma “explicação de seu gerente de engenharia de produção concernente ao uso, pelos operários, de diferentes tipos de luvas, a que chamou de laudo”.

Ressalta que tal matéria já foi apreciada e decidida pelo CONSEF inúmeras vezes, mesmo assim o autuado pretende fazer valer a tese de que as luvas utilizadas pelos operários durante seu turno de trabalho seriam insumos industriais, o que já é sabido que os equipamentos de proteção individual não conferem direito de apropriar-se dos créditos relativos a tais equipamentos.

Relativamente à infração 3, acerca das operações que alega ter sido ignoradas quanto a sua destinação, base de cálculo, alíquota utilizada, redução de base de cálculo, não-incidência do ICMS, dentre outros fatores, afirmam que mesmo diante de 5 folhas de alegações (fls. 88 a 92) e 377 folhas de documentos juntadas ao processo (fls. 176 a fls. 552), com variadas alegações, dizem que buscarão esclarecer, ponto a ponto, cada razão de alegação individualmente:

Destinavam-se a uso ou consumo: notas fiscais 24723 (abril), 25517, 24825, 24994, 25179, 25288 (maio), 25858, 25931, 26202 (junho), 26427, 26878, 26994, 26685, 26299 (julho), 27774, 27383, 27253 (agosto), 28173, 28408, 27951 (setembro), 28971, 29181, 28554, 28854, 28701 (outubro), 29366, 29879 (novembro), 29964, 30612, 30611, 30547, 30186, 30351, 30353 e 30171 (dezembro). Todas as trinta e cinco notas fiscais acima se referem à aquisição de Luvas Yeling Ltda., portanto, de uso ou consumo.

Redução de base de cálculo: notas fiscais 375 (janeiro), 379, 111, 277333, 1156 (fevereiro) 280288, 280663, 280733, 36183 (março), 63070 (abril), 127693, 63510, 63358, 63359, 1611, 63582 (maio), 389, 410, 290790, 4787, 131877, 18272, 54771, 18135 (junho) 142409, 295438 (julho) 127799, 430, 251 (agosto), 4503, 145272, 145357 (setembro), 438, 143541, 58719 (outubro), 59423 (novembro), 29657 e 147835 (dezembro). Afirma que salvo a exceção dos casos expressamente previstos na legislação (não-incidência - art. 7º, III, “a” do RICMS 97 - e isenção decorrente de convênio - Alínea “b” do mesmo dispositivo) benefícios concedidos pelas Unidades Federativas de origem a seus contribuintes não aproveitam aos contribuintes de ICMS da Bahia para efeito de recolhimento de diferenças de alíquotas, devendo ser calculada aplicando-se a diferença entre a alíquota interna da Bahia e a alíquota interestadual da UF de origem sobre o valor da mercadoria adquirida.

Alíquota de remessa da mercadoria: notas fiscais 5761 (janeiro), 1634 (agosto), 25710 e 1639 (dezembro). As quatro notas fiscais juntadas às fls. 182, 423, 551 e 546 são oriundas do Estado de São Paulo, tendo o emitente aplicado a alíquota cheia de 18% e, em outros, a alíquota com benefício (12%), mas deve considerar a alíquota interestadual de SP, que é de 7%, restando uma diferença de 10% para se igualar à alíquota interna da BA, que é de 17%.

Sem destaque de ICMS na nota fiscal: notas fiscais 0261 (março), 5103, 283, 218, 215, 278 (junho), 5412, 5282, (julho), 5350 (agosto), 11362 (setembro), 5562 (outubro), 125 e 304 (dezembro). Decorrem de benefícios das UF de origem em que o emitente ora se debita de ICMS em valor

inferior à alíquota interestadual de sua UF (vide notas fiscais 000261 à fl. 225 e 000283 à fl. 334), ora nem é autorizado a destacar ICMS nas notas fiscais (vide fls. 225, 282, 334, 337, 342, 353, 364, 370, 408, 474, 484, 540 e 549). Vale a mesma regra de se considerar a alíquota de 7% para os estados do Sul e Sudeste.

Observam que no mês de maio, o impugnante apontou a nota fiscal de importação 4302 como causa de exigência indevida [fl. 90, item e-1], mas pode-se constatar à fl. 60 que não houve cobrança da diferença de alíquotas relativamente à referida nota fiscal.

Não-incidência de ICMS: nota fiscal 5761 (janeiro), mas não se revela caso de não-incidência e sim de redução de base de cálculo por ocasião de desincorporação do ativo pelo emitente da nota fiscal, grafando “não incide ICMS” (fl. 180).

Pugnam pela exigência do pagamento de diferença de alíquota na sua totalidade.

Salientam que ocorreu apenas simples negativa do cometimento da infração e nos termos do art. 143 do RPAF/BA, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Ressaltam que a fiscalização transcorreu na mais estrita observância aos dispositivos legais contidos na legislação tributária. Requerem a procedência da autuação.

VOTO

O autuado suscitou a decadência dos fatos geradores ocorridos entre 01/01/05 à 31/08/05 sob o argumento de que foram atingidos pela decadência nos termos do artigo 150, § 4, do CTN, o que foi contestado pelos autuantes que entendem deva ser aplicado o disposto no art. 173, I, do mesmo diploma legal e só seria atingido pela decadência se o lançamento fosse feito a partir de 01/01/11.

O art. 150, § 4º do CTN, estabelece que “Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu § 5º dispõe [Art. 107-B]:

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos relativos aos fatos geradores ocorridos entre 01/01/05 a 31/12/05 só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/11, fato que não ocorreu.

Alem disso, sabe-se que decadência é um instituto aplicado ao sistema tributário como forma extintiva de direito subjetivo da Fazenda Pública, constante numa relação jurídico tributária. Nasce em razão da omissão do sujeito ativo em proceder ao lançamento tributário e existe para que constitua o crédito tributário, dentro de um determinado prazo sem ser atingido pela perda do direito de lançar. As regras vinculadas à temática da decadência foram trazidas pelo autuante de acordo com o art. 173, I e pelo sujeito passivo do art. 150, § 4º, ambos do CTN.

O art. 173, I CTN prevê como marco inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; já o art. 150, § 4º, prevê como marco a data do fato gerador. Nos dois casos, soma-se prazo de cinco anos. As diversas decisões do STJ podem ser resumidas:

Nos lançamentos por homologação, em que haja antecipação de pagamento do tributo, aplica-se o disposto no art. 150, § 4º e o prazo para a decadência será de cinco anos a contar do fato gerador, exceto quando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Não havendo pagamento antecipado pelo contribuinte, é cabível o lançamento de direito (ofício), previsto no art. 149, V, CTN, e o prazo decadencial rege-se pela regra geral do art. 173, I, CTN (RESP 445.137/MG agosto 2006).

Portanto, descabida a arguição de decadência por parte do autuado, uma vez que no lançamento de ofício, como se verifica no caso vertente, não prevalece a tese defensiva de que apenas parte do suposto tributo devido deixou de ser lançado, a regra é que o início do quinquênio decadencial ocorra no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, a teor do disposto no inciso I do art. 173, CTN.

Quanto ao pedido de realização de diligência para averiguar a utilização dos bens no processo produtivo, não acato, dado o meu convencimento.

No mérito o Auto de Infração lança ICMS relativo à utilização indevida de crédito fiscal e de falta de recolhimento da diferença de alíquota.

Com relação à infração 1, o autuado alegou que os créditos relativos às notas fiscais 629050 e 35718 se referem a retorno de empréstimo, o que foi contestado pelos autuantes afirmando que são bens que incorporaram o ativo do apelante.

Conforme documentos juntados com a defesa às 112/115, constato que o estabelecimento autuado emitiu a nota fiscal 53258 em 26/07/05 contra a empresa Indústrias Arteb S/A localizada no Estado de São Paulo com natureza da operação de “Remessa p/ Teste” de dois equipamentos de Dispositivo de Solda. No dia 29/07/05 a empresa devolveu os equipamentos através da nota fiscal 629050 com indicação de “Retorno de Simples Remessa”.

Da mesma forma emitiu a nota fiscal 56765 em 15/09/05 contra a empresa Britânia do Nordeste S/A localizada no mesmo município (Camaçari-BA) com natureza da operação de “Remessa p/empréstimo” de um equipamento Data Show. No dia 29/07/05 a empresa devolveu o equipamento através da nota fiscal 35718 com indicação de “Outras saídas não especificadas”.

De acordo com as cópias dos livros de Registro de Entrada e Registro de Saída do estabelecimento autuado, as mencionadas notas fiscais foram escrituradas com débito e crédito pelas saídas e entradas respectivamente.

Observo que a acusação é de que foi utilizado crédito fiscal de forma indevida relativo a mercadorias “adquiridas” para integrar o ativo permanente, fato que não ocorreu tendo em vista que em ambas as operações (remessa para teste e por empréstimo), os equipamentos já eram de propriedade da empresa, tendo dado saída em caráter provisório e retornado em seguida, o que por si só descaracteriza a infração apontada de aquisição de bens para integrar o ativo e não há do que se falar em apropriação do crédito fiscal em 48 parcelas.

Com relação ao argumento do autuante de que ocorreu a utilização de um crédito indevido, mesmo que isso tivesse ocorrido, como apreciado anteriormente se trata de outra acusação que não a de aquisição para integrar o ativo. Com relação à operação de remessa para teste, o art. 624 do RICMS/BA prevê que a saída do equipamento é albergada com a suspensão de incidência do ICMS desde que retorne num prazo de 180 dias. Como a empresa se debitou do imposto pela saída e creditou na entrada do bem, não causou qualquer prejuízo à Fazenda Pública.

A segunda operação que trata de remessa por “empréstimo”, o Regulamento do ICMS não prevê ocorrência dessa operação embora pelo senso comum sabe-se que no mundo dos negócios isso possa ocorrer. Neste caso, como não há previsão legal de suspensão do imposto, para dar saída do bem em caráter temporário não resta outra situação a não ser tributar a operação, e tendo o autuado comprovado que se debitou pela saída do bem e se creditou pela entrada no mesmo mês, o procedimento é regular, além de não ter causado qualquer prejuízo ao Erário Público. Por isso, considero totalmente improcedente a infração 1.

Quanto à segunda infração o autuado alegou tratar-se de aquisição de insumos industriais o que foi contestado pelo autuante de que se reporta a luvas utilizadas pelos operários.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que no demonstrativo às fls. 16/20 estão relacionadas notas fiscais de aquisição de luvas diversas conforme documentos juntados às fls. 21/30 (autuante) e 125/175 (empresa). Já o documento às fls. 121/124 esclarece que as luvas

adquiridas de algodão, helanca e *hi-flex* são utilizadas para proteção com relação ao manuseio de peças automotivas (faróis, lanternas, lentes, refletores, difusores e carcaças), aplicadas em diversos departamentos da fábrica.

Conforme disposto nos artigos 20 e 33, § 11 da LC 87/96 (art. 93, V, “b” do RICMS/BA) com redação vigente na época da ocorrência dos fatos geradores, somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, as entradas ocorridas a partir de 01/01/2011, “assim entendidas as mercadorias que não forem destinadas a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação”.

Observo que em relação à consulta a RFB, na resposta foi grafado que “Considera-se ‘consumo’, o desgaste, o dano ou a perda de propriedades físicas ou químicas, em função de uma ação diretamente exercida pelo insumo sobre o produto em fabricação ou deste sobre aquele”, que não é o caso da utilização de luvas por funcionários.

Portanto, em se tratando de aquisição de luvas, constitui material de uso com finalidade de proteção e segurança dos funcionários da empresa e que, portanto, se classificam como materiais de uso e consumo do próprio estabelecimento. Esses produtos não integram o produto final e não são consumidos de uma só vez no processo produtivo, logo não podem ser classificados como insumos, mas sim como materiais de uso e consumo. Ressalto que este posicionamento já foi manifestado em diversos julgados na instância superior deste Conselho a exemplo dos Acórdãos CJF 279-12/07 e CS 009-21/09. Infração procedente.

No tocante à terceira infração o impugnante alegou que foi exigido diferença de alíquota sem observar as operações de entradas de mercadorias destinadas ao uso e consumo; redução de base de cálculo; alíquota utilizada na operação de remessa; não incidência do ICMS e outras razões. Todas as alegações foram contestadas pelos autuantes.

Embora a empresa tenha indicado possíveis equívocos cometidos pela fiscalização por nota fiscal e mês, faço a apreciação pelos fatos ocorridos como o fez o autuante na informação fiscal.

- a) Insumos (se realmente se destinavam a uso ou consumo). Como apreciado na infração anterior, as notas fiscais 24723, 25517, 24825, 24994, 25179, 25288, 25858, 25931, 26202, 26427, 26878, 26994, 26685, 26299, 27774, 27383, 27253, 28173, 28408, 27951, 28971, 29181, 28554, 28854, 28701, 29366, 29879, 29964, 30612, 30611, 30547, 30186, 30351, 30353 e 30171, se referem à aquisição de luvas, portanto, de uso ou consumo e cabível a exigência do diferencial de alíquota (art. 5º, I do RICMS/BA).
- b) Alíquota de remessa interna (cheia) e sem destaque do ICMS na nota fiscal: 5761, 1634, 25710 e 1639 (fls. 182, 423, 551 e 546) 0261, 5103, 283, 218, 215, 278, 5412, 5282, 5350, 11362, 5562, 125 e 304, 0261 (fls. 225 e) 283 (fl. 334), (fls. 225, 282, 334, 337, 342, 353, 364, 370, 408, 474, 484, 540 e 549). Conforme disposto no art. 69 do RICMS/BA, a base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem. Já o parágrafo único, inciso I, alíneas “a” e “b” do mesmo dispositivo legal prevê que para fins de pagamento da diferença de alíquotas, é devido o pagamento se, no documento fiscal de origem, não houver o destaque do imposto por erro ou omissão, bem como em virtude de não-incidência ou de isenção reconhecidas ou concedidas sem amparo constitucional pela unidade federada de origem, “o cálculo da diferença a ser paga, será cotejada a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais” e se houver destaque do ICMS a mais ou a menos no documento fiscal, em razão de erro na aplicação da alíquota ou na determinação da base de cálculo, caso em que será levado em conta o “valor corretamente calculado pela legislação da unidade federada de origem para as

operações ou prestações interestaduais”.

Portanto, mesmo que não tenha sido destacado o ICMS na nota fiscal, ou tenha sido destacada a alíquota interna (cheia) em vez da interestadual é correto o procedimento da fiscalização em considerar para efeito da apuração do imposto a diferença entre a alíquota prevista para a operação interestadual e alíquota interna, mesmo que o remetente seja optante do Simples Nacional.

- c) Não incidência de desincorporação de ativo: nota fiscal 7.475 (fl. 180) refere-se à aquisição de mangueira de 3,6 mt, não se trata de equipamento do ativo imobilizado desincorporado e sim de material destinado a uso e consumo, que incide diferença de alíquota.
- d) Importação nota fiscal 4302 – não houve cobrança da diferença de alíquota na planilha à fl. 60.
- e) Alíquota diferenciada: NFs 5761, 127693, 18135, 4787, 58719, 59423, 29657 (fls. 182, 228, 341, 356, 418, 520 e 550). O demonstrativo juntado com a defesa indica apuração da diferença de alíquota com base no valor da operação, sem a inclusão do IPI. Conforme apreciado no item “b” a fiscalização apurou o imposto com base no valor contábil, que inclui o IPI e está correto (art. 69, do RICMS/BA).
- f) Redução de base de cálculo: Na defesa a empresa alegou que não foi considerado a redução da base de cálculo consignada nas notas fiscais de origem, para a apuração da diferença de alíquota. Na informação fiscal o autuante contestou dizendo que as operações não se enquadram nas exceções previstas no art. 7º, “a” e “b” do RICMS/BA (não-incidência e isenção decorrente de Convênio).

Pela análise das notas fiscais objeto desta exigência verifico que contemplam redução da base de cálculo, a exemplo das notas fiscais 375, 398, 389, 410, 430, 438 que consignam aquisição de propulsor e “kit manut”, secador (fls. 181, 198, 328, 329, 410, 485) como fundamento no art. 23, inciso 13 do RICMS/SP; 277333, 280288, 280663, 280773, 290790, 54771, 295438 aquisição de extrator, lâmina, mola, chicote pneumático, colar de esferas (fls. 202, 223, 226, 227, 335, 348, 388) com indicação do art. 51 do RICMS/SP; 131877, 143541 (fls. 357 e 487) que se referem a prestação de serviço com inclusão de material e mão-de-obra; 18272 (fl. 390, com fundamento no art. 12 do RICMS/SP). Também a nota fiscal 251 (fl. 411) refere-se a “Alt. Projeto na nova ferramenta de inj. Da Carcaça da Lanterna Traseira”, com redução de base de cálculo prevista no art. 9º do RICMS/SC. Logo, em se tratando de concessão de redução de base de cálculo não respaldada em Convênio, a apuração do ICMS da diferença de alíquota é feita de acordo com o valor da operação como fez o autuante (art. 7º do RICMS/BA).

- g) Com relação às notas fiscais 1156 (fev), 1611 (mai), 127799 (jul) e 4503 (set) cujas cópias foram juntadas às fls. 206, 284, 409 e 454, constato que a redução da base de Cálculo foi concedida em consonância com o Convênio ICMS 52/91 e 87/91, regra inserta no art. 72, II c/c art. 77 do RICMS/BA. Portanto, deve ser considerada na apuração do diferencial de alíquota, motivo pelo qual, acato o demonstrativo apresentado pela empresa às fls. 195, 274, 361 e 445 e faço a dedução das diferenças no valores totais apurados no demonstrativo elaborado pelo autuante às fls. 56/77, conforme demonstrativo de débito no final do voto.

Relativamente às NFs 63070, 63510, 63359, 63582, cujas cópias foram acostadas às fls. 270, 316, 317 e 319 verifico que se trata de despesas gerais com hospedagem de funcionários relativo ao consumo em hotel de refrigerante, suco e chocolate. Entendo que não cabe a exigência do diferencial de alíquota, por não se tratar de operação de entrada de mercadoria no estabelecimento em decorrência de operação interestadual, destinada a consumo do estabelecimento (art. 1º, §2º, IV do RICMS/BA), motivo pelo qual faço a exclusão dos valores no demonstrativo abaixo.

As notas fiscais 142409, 145272, 145357 e 147835, cujas cópias foram acostadas às fls. 387, 461, 469 e 537 referem-se à aquisição de tintas, com ICMS retido nas três primeiras e na quarta parte de tinta e outros materiais de consumo. Foram excluídos os valores exigidos relativos a

tintas, por se tratar de produto enquadrado no regime de substituição tributária regulada pelo Convênio ICMS 76/94 (art. 353 item 16 do RICMS/BA).

Diante do exposto, com os ajustes procedidos, tomando como base os demonstrativos juntados pelo autuado com a defesa, suportado pelos argumentos e provas (notas fiscais) juntados ao processo, cujos itens foram acatados e deduzidos dos valores apurados no demonstrativo elaborado pelos autuantes, a infração foi reduzida de R\$15.391,33 para R\$13.473,83 conforme resumo no quadro abaixo. Infração elidida em parte.

Data Ocorr	Data Vencto	Autuado	N. Fiscal	Exigido R\$	Fl.	Devido R\$	Fl.	Observações
31/01/05	09/02/05	5.475,06						
28/02/05		168,89						
		-28,57	1156	107,53	56	78,96		Convênio 52/91
Fevereiro	09/03/05	140,32						
31/03/05	09/04/05	93,61						
30/04/05		155,37						
		-4,06	63070	4,06		0,00		Refrigerantes/lanche
Abril	09/05/05	151,31						
31/05/05		1.824,19						
		-327,98	1611	1.234,40	59	906,42	273	Convênio 52/91
		-16,30	63510/359/582	16,30	60	0,00		Refrigerantes/lanche
Maio	09/06/05	1.479,91						
30/06/05	09/07/05	1.027,58						
31/07/05		1.107,01						
		-84,55	142409	84,55	62	0,00	276	Tinta/Conv. 74/94
Julho	09/08/05	1.022,46						
31/08/05		1.202,48						
		-109,86	127799	415,18	62	305,32	317	Maq. Conv. 52/91
Agosto	09/09/05	1.092,62						
30/09/05		682,71						
		-179,77	145272/357	179,77	64	0,00	361	Tinta/Conv. 74/94
		-222,33	4503	836,80	64	614,47	317	Maq. Conv. 52/91
Setembro	09/10/05	280,61						
31/10/05	09/11/05	780,85						
30/11/05	09/12/05	333,99						
31/12/05		2.539,59						
		-944,08	147835	995,23	66	51,15	527	Excluído Tinta.Cv.76/94
Dezembro	09/01/06	1.595,51						
Total		13.473,83						

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

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 **269132.0003/10-0**, lavrado contra **SIAN - SISTEMA DE ILUMINAÇÃO AUTOMOTIVA DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$22.241,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f" e VII, "a" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR