

A. I. Nº - 207090.0002/15-0
AUTUADO - NEWSUL S/A EMBALAGENS E COMPONENTES
AUTUANTE - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 28.06.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0100-04/16

EMENTA: ICMS. 1. DIFERIMENTO. REFEIÇÕES. ENTRADAS PARA CONSUMO DOS EMPREGADOS. Como o diferimento é uma espécie de substituição tributária, o recolhimento do ICMS devido em tais operações deve ser efetuado pelo adquirente das refeições fora da sistemática do Simples Nacional, como previsto na Lei Complementar nº 123/06 (artigo 13, § 1º, inciso XIII, alínea “a”, c/c o artigo 18, § 4º, inciso IV), observando-se, ainda, as disposições da legislação do ente tributante. Infração subsistente. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS. O autuado não logrou comprovar que as empresas transportadoras gozavam do benefício de crédito presumido de 20%. Infração subsistente. 3. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. Restou comprovado, pela escrituração fiscal, que o contribuinte revende mercadorias adquiridas para comercialização. As alegações do autuado carecem de prova. Infração subsistente. 4. ZONA FRANCA DE MANAUS. INTERNAMENTO NÃO COMPROVADO. FALTA DE RECOLHIMENTO. O contribuinte apresentou documentos que comprovaram o internamento na Zona Franca de Manaus, fato reconhecido pela própria autuante. Item subsistente em parte. 5. ALÍQUOTA. USO INCORRETO. FALTA DE RECOLHIMENTO. O contribuinte apresentou notas fiscais complementares com o débito do imposto, elidindo a acusação fiscal, fato reconhecido pela autuante. Item insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 30/06/15, para exigir ICMS, no valor total de R\$207.340,13, com as seguintes imputações:

Infração 1 - deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, nos exercícios de 2010, 2011 e 2012, no valor de R\$37.407,66, e multa de 60%;

Infração 2 - reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, nos exercícios de 2010, 2011 e 2012, no valor de R\$19.156,27, e multa de 60%;

Consta, ainda, que o “*contribuinte utiliza serviço de transporte de mercadorias, por prestações sucessivas, em operações interestaduais, contratado de transportadoras que apuram o imposto*”

devido pelo conta corrente fiscal (vide dados cadastrais em anexo), não constando também, dos CTCs, que a transportadora faça uso de crédito presumido, conforme prescrito no art. 97, XI 380, 11,382; I, c, 6.2, d e Parágrafo 1, III do Dec. 6284/97. Nos casos de Empresa Transportadora não inscrita no Cadastro Estadual, infringiu o art. 380, I do referido Diploma Legal. Assim, a retenção do ICMS por ST, ocorreu a menor, como se as transportadoras contratadas fizessem uso de crédito presumido, quando não o fazem”.

Infração 3 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, nos exercícios de 2010, 2011 e 2012, no valor de R\$4.306,81, e multa de 60%.

Consta que o “contribuinte creditou-se integralmente dos valores destacados na conta de Energia Elétrica. Entretanto, além das operações resultado das suas atividades industriais, ele efetua também Saídas de mercadorias adquiridas de terceiros. Foi elaborado um Levantamento Fiscal - Crédito Fiscal Indevido - Energia Elétrica em operações industriais, parte integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte, comparando os valores de Saídas Totais mensais e as Saídas para comercialização. Achou-se um percentual que foi aplicado sobre o ICMS destacado nas contas de Energia Elétrica, chegando-se aos valores dos Créditos Indevidos, mensais”.

Infração 4 - deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Foi consignado, ainda, que o “contribuinte remeteu mercadorias para Zonas de Comércio, utilizando-se de isenção prevista no art. 29 do Dec. 6284/97, deixando, entretanto, de comprovar, mesmo após intimação regular (cópia anexada) o ingresso das referidas mercadorias, junto ao Suframa, descumprindo os artigos 597 e 598 do referido Diploma Legal. Parte integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte - Levantamento Fiscal - Mercadorias Saídas para ZLC sem comprovação de ingresso no Suframa. Ainda em anexo, cópia da Consulta, com resultados negativos, feitas ao Órgão”.

Infração 5 - utilizou alíquota indevida (interestadual) em operações cuja entrega efetiva das mercadorias ocorreu em estabelecimento localizado dentro do Estado da Bahia.

Foi acrescentado que o contribuinte “utilizou-se indevidamente da alíquota de 7%, prevista no art. 51, I, c do Dec. 6284/97, embora os destinatários estivessem na condição de contribuinte normal, no Cadastro Estadual. Parte integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte - levantamento Fiscal - Erro na alíquota. Ainda em anexo, cópia das NF, relacionadas no levantamento e de Consulta ao Cadastro Estadual, de cada contribuinte”.

O autuado apresentou defesa, quanto à infração 1, informando inicialmente que contratou durante os anos de 2010, 2011 e 2012 as empresas Braz de Almeida Gonzaga – ME com Inscrição Estadual nº 058.094.491 PP, Neurivan Rosa dos Santos – ME com Inscrição Estadual nº 078.518.447 ME, Levernuty Cozinha Industrial LTDA – ME com inscrição nº 009.272.316 ME, Severina Guedes Dias – ME com Inscrição Estadual nº 062.272.799 PP, Comercial de Alimentos Vine e Lucas Ltda – ME, com Inscrição Estadual nº 055.081.010 PP, Sabore Cia Comercio e Serviços de Alimentos Ltda - ME com Inscrição Estadual nº 079.134.423 ME e Qesv – Bar e Restaurante a La Carte Ltda – ME com Inscrição Estadual nº 083.767.036 PP, para fornecer refeições aos seus empregados, todas elas inscritas, à época da contratação, na condição de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

Alega que, ao contratar os serviços de fornecimento de refeições das empresas acima mencionadas, aplicou as determinações do RICMS/97 no tocante ao tratamento tributário diferenciado das Micro e Empresas de Pequeno Porte, “por estar ambas inscritas e enquadradas como tal”, o que foi desconsiderado pela autuante que “não observou que, além de estarem devidamente enquadradas como Microempresa e Empresa de Pequeno Porte no cadastro de contribuinte, (em anexo) as empresas, cumpriram na integra as obrigações acessórias

imputadas a essa categoria de contribuintes, emitindo suas notas fiscais com o destaque exigido pelo Dec. 6284/97 –RICMS onde consta a expressão: ‘Este Documento não Gera Crédito do ICMS’”.

Entende que ao agir dessa forma, a agente fiscal lhe impôs “as exigências cabíveis quando da contratação de empresas enquadradas como ‘NORMAIS’ onde se aplica o instituto da Substituição Tributária por Diferimento, exigindo que a AUTUADA seja responsabilizada pela falta de recolhimento das empresas contratadas e enquadradas como Microempresas e empresas de Pequeno Porte o que não tem amparo legal”.

Acrescenta que não se pode aplicar o dispositivo mencionado pela autuante (art. 343, XVIII, do RICMS/97), “pois o dispositivo legal mencionado é para ser aplicado em empresas que contratem fornecedores de refeições que sejam contribuintes “NORMAIS”, quando então se aplicará a substituição tributária por Diferimento”.

No que tange à infração 2, informa que, nos exercícios de 2010, 2011 e 2012, contratou as empresas Sidinei Augusto Strapasson, com Inscrição Estadual nº 073.610.736 PP, e Transportes Cestonaro Ltda – ME, com Inscrição Estadual nº 019.715.467 PP, para prestação de serviços de transportes, a fim de transportar seus produtos até seus clientes realizando operações em todo território nacional.

Ao fazer a contratação, diz que cumpriu a obrigação prevista no art. 382 do RICMS/97, efetuando mensalmente a apuração e o recolhimento do imposto através de DAE utilizando o código de receita nº 1632 – ICMS Substituição Tributária – Transportes.

Prossegue dizendo que solicitou das empresas transportadoras uma cópia da página do RUDFTO – Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, para que fosse comprovada a opção pelo crédito presumido de 20%, contudo, “a AUTUANTE, de forma arbitrária lavrou a infração sem ao menos intimar a AUTUADA a demonstrar tal comprovação conforme estabelecido assim na legislação”.

Observa que a “opção pelo crédito presumido será efetivada pelas transportadoras no momento em que lavrar no “termo de opção” no registro de utilização de documentos fiscais e termos de ocorrências, na parte destinada à transcrição de ocorrências fiscais, sem a necessidade de pedir permissão ao fisco, para tal procedimento” e, “feita a opção pelo crédito presumido a transportadora deverá consignar no registro de utilização de documentos fiscais e termos de ocorrências as anotações: a) o nome, a firma ou razão social, a inscrição estadual, o número no CNPJ, a data a partir da qual fará a opção, e a declaração expressa do regime a ser adotado; b) que a opção pelo crédito presumido alcançará todos os estabelecimentos localizados no território nacional, na hipótese da alínea “b” (Conv. ICMS 95/99); c) não deve a partir daí haver alternância de regime dentro do mesmo exercício”.

Conclui que, “com base nas considerações acima é descabido alegar que tal opção pelo crédito presumido deva ser mencionado nos CTCs, conforme menciona a AUTUANTE na infração”.

Na infração 3, informa que é uma indústria que exerce a atividade de fabricação de material plástico, tendo seu consumo de energia elétrica integralmente destinado às suas atividades industriais.

Alega que, com base nas disposições legais, utilizou como créditos os valores de ICMS destacados nas contas de energia elétrica, considerando que foi empregada integralmente na fabricação de seus produtos. Ressalta que sua unidade fabril é composta apenas de um galpão único onde estão alocados seus equipamentos industriais.

Quanto às saídas de mercadorias adquiridas de terceiros, afirma que correspondem a sucatas e aparas geradas na produção de suas mercadorias, sendo considerados como resíduos de produção, não tendo havido nenhuma aquisição de mercadorias para fins de comercialização.

Salienta que, a fim de não emitir notas fiscais de vendas desses resíduos industriais utilizando o CFOP de nºs 5.101 ou 6.101 (relativo à venda de produção própria), para que não sejam vinculadas às suas operações normais de vendas, utiliza o CFOP de nºs 5.102 e 6.102, considerando que faz jus ao benefício fiscal do Desenvolve, pois considera como sucata “a mercadoria ou parcela desta que não se presta para a mesma finalidade para a qual foi produzida, sendo irrelevante se a mercadoria ou a parcela conserve a mesma natureza originária, evitando assim qualquer utilização indevida do benefício fiscal ao qual faz jus”.

Concernente à infração 4, declara que cumpriu todas as exigências fiscais previstas nos artigos 29 e 597 do RICMS/97 quanto à emissão dos documentos fiscais relacionados no auto de infração, atentando ainda para a emissão do PIN – Protocolo de Ingresso de Mercadoria, conforme determinação da Suframa, porém diz que está apresentando, ainda, a Declaração de Ingresso emitida pela Superintendência da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA, documento que considera hábil e idôneo à comprovação de que a operação fiscal de fato ocorreu e de que houve o internamento das mercadorias na Zona Franca de Manaus.

Pertinente à infração 5, diz que emitiu, no mês de janeiro de 2010, as notas fiscais nºs 484, 485 e 486, destacando o ICMS à alíquota indevida de 7%, quando deveria ter aplicado a alíquota interna de 17%, contudo, ao constatar tal irregularidade, no dia seguinte emitiu as notas fiscais complementares da diferença da alíquota através das notas fiscais nºs 497, 498 e 499, todas dentro do mesmo mês calendário, evitando assim qualquer evasão fiscal ou falta de recolhimento do imposto devido.

Destaca que *“faltou a AUTUANTE verificar se tal procedimento de regularização já havia sido adotado pela AUTUADA e não aplicar de forma arbitrária a penalidade constante no auto”*.

Por fim, pede a improcedência do auto de infração.

A autuante, em sua informação fiscal, rebate as alegações defensivas, quanto à infração 1, aduzindo que já foi considerada na autuação a condição de microempresa e/ou empresa de pequeno porte dos fornecedores e que os dispositivos regulamentares são aqueles vigentes à época dos fatos geradores, os quais previam que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS diferido é do adquirente das refeições, independentemente do regime de apuração adotado.

Acrescenta que está anexando aos autos cópia dos Pareceres GETRI nºs 15214/2008 e 19929/2010 acerca da matéria objeto da ação fiscal.

No que tange à infração 2, observa que a autuação engloba, além de empresas transportadoras inscritas, aquelas não inscritas no Estado, não tendo o contribuinte se manifestado em relação às últimas.

Acresce que a alegação do contribuinte, de que recolhe o imposto devido por substituição tributária sob o código de receita nº 1632, não pode ser acatada, porque o tema dessa imputação é a retenção e o recolhimento a menos.

Quanto aos documentos anexados pelo autuado às fls. 325 a 328, diz que são apócrifos e, ademais, de seu exame constata-se que em nenhum dos Livros de Ocorrência consta a anotação de que as empresas optaram pelo crédito presumido.

Relativamente à infração 3, ressalta que o autuado não contestou a proporcionalidade adotada na ação fiscal e que, analisando sua escrituração, verificou a realização de diversas entradas e saídas de mercadorias para comercialização (CFOP 2152), o que foi confirmado, a seu ver, pelo fato de ter sido recolhido o ICMS em razão da antecipação parcial. Entende, assim, que o crédito sobre a aquisição de energia elétrica não pode ser feito integralmente.

Referentemente à infração 4, acata as comprovações de internamento na Zona Franca de Manaus, trazidas na Impugnação, e elabora novo demonstrativo de débito reduzindo a citada imputação para R\$7.007,43 (fl. 346).

Concernente à infração 5, também aceita as provas apresentadas pelo autuado e elabora nova planilha reduzindo a zero o débito desta imputação (fl. 347).

Por fim, pede a manutenção parcial do auto de infração.

O autuado foi cientificado do teor da informação fiscal (fls. 349 e 350), porém não mais se manifestou.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS com fundamento em cinco imputações, todas impugnadas pelo sujeito passivo.

Na infração 1 foi lançado o imposto diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos empregados do autuado.

O autuado argumentou, em síntese, que, como as empresas fornecedoras estavam inscritas na condição de microempresa e empresa de pequeno porte, o ICMS deveria ser cobrado com base no regime de apuração específico para o Simples Nacional.

Todavia, a alegação defensiva não encontra guarida na legislação regente. O fornecimento de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados, é operação sujeita ao diferimento do imposto, conforme o estabelecido no inciso XVIII do artigo 343 do RICMS/97 e no inciso VII do artigo 286 do RICMS/12, ficando o lançamento e o recolhimento postergado para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente, independentemente do regime de apuração adotado pelo fornecedor. Vejamos a legislação citada:

RICMS/97:

Art. 343. É diferido o lançamento do ICMS incidente:

...

XVIII - nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados, para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente;

....

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

...

XX - até 31/12/12, no fornecimento de refeições promovido por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, assim como na saída promovida por empresas preparadoras de refeições coletivas, excetuando, em qualquer das hipóteses, o fornecimento ou a saída de bebidas, calculando-se a redução em 30% (trinta por cento) (Conv. ICMS 09/93);

RICMS/12

Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

...

VII - nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados;

Assim, como o diferimento é uma espécie de substituição tributária, o recolhimento do ICMS devido em tais operações deve ser efetuado pelo adquirente das refeições fora da sistemática do Simples Nacional, como previsto na Lei Complementar nº 123/06 (artigo 13, § 1º, inciso XIII, alínea “a”, c/c o artigo 18, § 4º, inciso IV), observando-se, ainda, as disposições da legislação do ente tributante (no caso, a Bahia).

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

...

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

...

XIII - ICMS devido:

a) nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária; (redação até 07/08/14)

....

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar.

...

§ 4º O contribuinte deverá considerar, destacadamente, para fim de pagamento:

...

IV - as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária e tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, antecipação tributária com encerramento de tributação;

Dessa forma, correta a autuação, uma vez que seguiu o determinado pela legislação em vigor à época de cada fato gerador. Mantida a infração 1 do lançamento de ofício.

Na infração 2 foi exigido o ICMS por retenção e recolhimento a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, pelo fato de ter considerado as empresas transportadoras contratadas como optantes pelo crédito presumido de 20% sem que houvesse tal comprovação.

Para tentar provar que as empresas haviam optado pelo crédito presumido, o autuado anexou os documentos de fls. 325 a 328, entretanto, verifico que a prova é bastante frágil, pois se resume às fls. relativas ao “Termo de Abertura” e à primeira folha do suposto livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências de duas empresas, sem nenhum carimbo ou assinatura e muito menos autenticação por qualquer autoridade fazendária. Além disso, esses documentos não foram corroborados com fotocópias do livro Registro de Apuração, por exemplo, confirmando o uso de crédito presumido de 20% por parte de tais empresas.

Sendo assim, entendo que deve ser mantida a autuação.

Na infração 3 foi lançado o ICMS por utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisições de energia elétrica, na comercialização de mercadorias.

Embora o autuado tenha negado que adquire mercadorias para revenda, a autoridade lançadora confirmou que, analisando a sua escrituração, verificou a realização de diversas entradas e saídas de mercadorias para comercialização (CFOP 2152), o que foi confirmado pelo fato de ter sido recolhido o ICMS em razão da antecipação parcial (entradas interestaduais de mercadorias para comercialização).

Nessa situação, não pode o contribuinte usar integralmente, como crédito fiscal, o ICMS destacado nas entradas de energia elétrica, tendo em vista que restou comprovado que nem toda a energia elétrica foi consumida no processo produtivo do estabelecimento. Correta a autuação.

A alegação do sujeito passivo, de que as saídas de mercadorias adquiridas de terceiros correspondem a sucatas e aparas geradas na produção de suas mercadorias, não restou comprovada.

Mantida a infração 3 do lançamento de ofício.

Quanto à infração 4, verifico que a própria autoridade lançadora, de forma correta, acolheu as comprovações de internamento na Zona Franca de Manaus apresentadas pelo contribuinte, reduzindo o débito da imputação para R\$7.007,43, montante acatado tacitamente pelo autuado, uma vez que, ao tomar ciência da informação fiscal, não mais se manifestou.

Concernente à infração 5, a própria autuante acatou as provas trazidas aos autos, relativas à emissão de notas fiscal complementares, e excluiu a imputação do rol deste auto de infração, com o que concordo.

Pelas razões acima alinhadas, 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 **207090.0002/15-0**, lavrado contra **NEWSUL S/A EMBALAGENS E COMPONENTES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$67.878,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alíneas “a”, “e” e “f”, e VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 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 de sessões do CONSEF, 21 de junho de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA