

PROCESSO	- A. I. N° 108595.0005/14-7
RECORRENTE	- ACOPLA INDÚSTRIA DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0005-02/16
ORIGEM	- INFIAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 11/06/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0099-12/18

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DE IMPOSTO DIFERIDO. Infração caracterizada. Redução do valor em decorrência de duplicidade de cobrança. Infração procedente em parte. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** Aquisição interna de material para uso e consumo. **b)** Aquisição interestadual de material para uso e consumo. Diligência constatou que parte das mercadorias se refere a materiais utilizados no processo produtivo. Infrações parcialmente elididas. Infrações procedentes em parte. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. Diligência constatou que parte das mercadorias se refere a materiais utilizados no processo produtivo. Infração parcialmente elidida. Infração procedente em parte. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 2ª JJF N° 0005-02/16, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 108595.0005/14-7, lavrado em 08/09/2014, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 90.907,27, relativos a sete infrações distintas. O presente recurso tem por objeto, apenas, as infrações 1, 3, 4 e 5, descritas da forma abaixo.

INFRAÇÃO 01 - 02.04.03 - deixou de efetuar o recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus funcionários, fornecido pela empresa Alba Alimentos da Bahia S/A, optante pelo simples nacional, ocorrido nos anos de 2010 e 2011, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 41.346,24, acrescido de multa de 60% prevista na alínea "f" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 - 01.02.02 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisições internas de material para uso e consumo do estabelecimento, ocorrido nos anos de 2010 e 2011, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 4.464,66, acrescido de multa de 60% prevista na alínea "a" do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 04 - 01.02.02 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisições interestaduais de material para uso e consumo do estabelecimento, ocorrido nos anos de 2010 e 2011, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 5.645,00, acrescido de multa de 60% prevista na alínea "a" do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 05 - 06.02.01 - deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo no estabelecimento, ocorrido nos anos de 2010 e 2011, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 13.274,38, acrescido de multa de 60% prevista na alínea "f" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 16/02/2016 (fls. 275 a 279) e decidiu pela Procedência em Parte, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Incialmente, verifico no presente PAF a identificação do sujeito passivo, da descrição da infração, do dispositivo da legislação tributária inerente ao enquadramento e da tipificação da multa. Há indicação da base de cálculo, alíquota e valor do imposto exigido, conforme art. 39 do RPAF/BA, permitindo ao impugnante o

exercício do seu direito de defesa e do contraditório, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde.

Em relação à infração 01, observo que trata-se de cobrança de ICMS deferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos funcionários do autuado. O estabelecimento fornecedor de refeições está localizado no mesmo endereço do autuado, o que caracteriza o fornecimento no estabelecimento contratante. A existência de inscrição estadual e inscrição no CNPJ é uma obrigação de todos os contribuintes do ICMS, mesmo aqueles que executam suas atividades dentro de um espaço pertencente ao contratante.

Visando facilitar o cumprimento de obrigações acessórias, a SEFAZ tem concedido regime especial dispensando inscrição estadual e CNPJ nos estabelecimentos utilizados pelas empresas que fornecem refeições dentro dos estabelecimentos das empresas contratantes. Para tanto basta que o espaço reservado para a atividade de preparação de refeições esteja bem delimitado no endereço da empresa contratante. Além disso, outras obrigações são exigidas visando garantir o controle das operações realizadas. No caso em discussão, a empresa fornecedora de refeições não optou por esta simplificação administrativa e buscou inscrição nos cadastros estadual e federal.

O inciso XVIII do art. 343 do RICMS/97 estabelecia o deferimento do ICMS nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados. Na alínea "a" do inciso III do § 1º do art. 344 do RICMS/97 havia dispensa de habilitação para operar no deferimento aos destinatários das referidas refeições.

De acordo com a alínea "a" do inciso XIII do § 1º do art. 5º da Resolução CGSN nº 04/07, não se aplica o recolhimento do imposto na forma do simples nacional quando as operações estiverem sujeitas ao regime de substituição tributária. Assim, nas operações de que trata esta infração a apuração devia ocorrer pelo regime normal.

A redução de 30% da base de cálculo adotada pelas autuantes no cálculo do imposto devido está prevista no inciso XX do art. 87 do RICMS/97. Entretanto, a cobrança referente à data de ocorrência de 31/01/2010 não está baseada em documentação fiscal, mas em lançamento contábil referente a pagamento no valor de R\$ 5.024,30, o que não prova tratar-se de fornecimento de refeição. Da mesma forma, parte dos valores referente à data de ocorrência de 28/02/2010 está baseada em lançamento referente a pagamento nos valores de R\$ 4.821,50 e R\$ 3.250,00. Inclusive, a soma de R\$ 5.024,30, referente a pagamento ocorrido dia 20/01/2010, e R\$ 4.821,50, referente a pagamento ocorrido em 04/02/2010, Resulta no valor de R\$ 9.845,80 que corresponde à nota fiscal nº 99, anexo à fl. 17, emitida em 08/02/2010, e que também consta como valor da base de cálculo da infração 01, conforme documento anexo à fl. 14.

Ficou evidente que a inclusão na base de cálculo de lançamentos referentes a pagamentos juntamente com as notas fiscais que representam um efetivo fornecimento de refeição resultou em duplicidade de cobrança. Assim, retiro a exigência fiscal de R\$ 597,89 referente à data de ocorrência de 31/01/2010 e reduzo a base de cálculo original referente à data de ocorrência de 28/02/2010 em R\$ 8.071,50, resultando no valor de base de cálculo de R\$ 18.044,00, que após a redução de 30% fica em R\$ 12.630,80 e o valor histórico do ICMS exigido em R\$ 2.147,24. Assim, ficam alteradas as cobranças das datas de ocorrência a seguir indicadas e mantidas as cobranças nas demais datas constantes na infração 01:

D. OCORR.	DATA VENCTO.	B. CÁLCULO	ALIQ %	MULTA %	V. HISTÓRICO
31/01/2010	09/02/2010	0	17,00	60,00	0
28/02/2010	09/03/2010		17,00	60,00	2.147,24

Desta forma, reconheço a procedência parcial da infração 01, reduzindo o lançamento tributário para R\$ 39.787,85.

Em relação à infração 02, entendo não ser possível a exigência do ICMS por substituição tributária do autuado nas sucessivas prestações de transporte realizadas pela empresa Ara - Agência de Transporte e Turismo Rodoviário Intermunicipal e Interestadual Alternativo LTDA pois o transportador era optante pelo simples nacional, conforme documento anexo à fl. 260, estando afastada a substituição da responsabilidade nos termos da alínea "c" do inciso III do art. 382 do RICMS/97. Voto pela improcedência da infração 02.

Em relação à infração 03, as autuantes retiraram da relação inicial de mercadorias consideradas como destinadas para uso e consumo os rolamentos e as fitas de aço e selo para arquear, em concordância com as argumentações do autuado. Após análise da documentação fiscal acostada aos autos, entendo que as demais mercadorias só podem ser admitidas como destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento. Reconheço a procedência da infração, reduzindo o lançamento tributário para R\$3.835,42, conforme demonstrativo a seguir:

DATA OCORR.	D. VENCTO	B. CÁLCULO	ALIQ %	MULTA %	V. HISTÓRICO
31/01/2010	09/02/2010	892,59	17,00	60,00	151,74
28/02/2010	09/03/2010	1.262,53	17,00	60,00	214,63
31/03/2010	09/04/2010	1.010,53	17,00	60,00	171,79
30/04/2010	09/05/2010	641,76	17,00	60,00	109,10
31/05/2010	09/06/2010	94,18	17,00	60,00	16,00
30/06/2010	09/07/2010	355,24	17,00	60,00	60,39

31/07/2010	09/08/2010	247,59	17,00	60,00	42,09
31/08/2010	09/09/2010	568,29	17,00	60,00	96,61
31/10/2010	09/11/2010	2.957,76	17,00	60,00	502,82
30/11/2010	09/12/2010	129,35	17,00	60,00	21,99
31/12/2010	09/01/2011	116,47	17,00	60,00	19,80
31/01/2011	09/02/2011	1.467,59	17,00	60,00	249,49
28/02/2011	09/03/2011	2.228,76	17,00	60,00	378,89
31/03/2011	09/04/2011	344,76	17,00	60,00	58,61
30/04/2011	09/05/2011	2.294,18	17,00	60,00	390,01
31/05/2011	09/06/2011	1.041,41	17,00	60,00	177,04
30/06/2011	09/07/2011	303,82	17,00	60,00	51,65
31/08/2011	09/09/2011	1.300,41	17,00	60,00	221,07
30/09/2011	09/10/2011	1.486,29	17,00	60,00	252,67
31/10/2011	09/11/2011	254,76	17,00	60,00	43,31
30/11/2011	09/12/2011	802,53	17,00	60,00	136,43
31/12/2011	09/01/2012	3.064,47	17,00	60,00	520,96
TOTAL DA INFRAÇÃO					3.887,09

Em relação às infrações 04 e 05, entendo que tratam-se de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento do autuado, o que justifica o estorno do crédito fiscal utilizado indevidamente e a cobrança da diferença de alíquotas. Reconheço a procedência das infrações.

Reconheço também a procedência da infração 06 que não foi sequer contestada pelo autuado.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do auto de infração, reduzindo o lançamento tributário para R\$62.968,04.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 293 a 308, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Ressalta, inicialmente, que ainda não foi cientificado do acórdão de Primeira Instância.

Quanto à Infração 1, afirma que a exigência não pode subsistir, pois o estabelecimento autuado é uma indústria voltada à fabricação de máquinas, equipamentos, estruturas metálicas, tanques etc., localizado no Centro Industrial de Aratu - CIA, neste Estado da Bahia, mesmo local onde funciona o RESTAURANTE denominado CIA-SUL REFEIÇÕES (ALBA ALIMENTOS DA BAHIA LTDA.), emitente das notas fiscais que são objeto deste item da autuação.

Explica que, por força das normas trabalhistas que regem sua atividade, é obrigado ao fornecimento de refeições a seus funcionários, o que pode se dar mediante ticket ou outro meio através do qual este o trabalhador desonerado deste custo. Por se tratar de lugar distante de centros urbanos, a recorrente possibilita a seus funcionários que façam suas refeições no restaurante CIA-SUL REFEIÇÕES (ALBA ALIMENTOS DA BAHIA LTDA.), arcando, ao final de cada mês, com o pagamento do valor de todas as refeições consumidas. Alega que as refeições jamais dão entrada no estabelecimento autuado, requisito essencial para que este caracterizada a hipótese de diferimento, conforme estabelece o art. 343, XVIII, do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores.

Em reforço a sua argumentação, destaca que o contrato social da ALBA - ALIMENTOS DA BAHIA LTDA. tem como um de seus objetivos sociais justamente a "exploração de restaurante para atendimento ao público em geral" (conforme documento anexo).

Destaca, ainda, que o referido restaurante não está sediado dentro do estabelecimento do Recorrente. Na verdade, ambas as empresas ficam sediadas no Complexo AMBAR, que é um centro industrial e de serviços localizado no Cia Sul. Esse Complexo possui infraestrutura própria e é composto de diversos imóveis (galpões), que são locados a estabelecimentos industriais e de serviços, para a realização de suas atividades, exatamente como ocorreu com o Restaurante ALBA ALIMENTOS LTDA., que possui contrato de locação naquele local há mais de dez anos (conforme documentos anexos). Registra que, nos contratos de locação, há expressa referência de que o imóvel locado destina-se "exclusivamente à exploração da atividade de restaurante" (conforme cláusula sexta) e que, no Complexo Ambar, funcionam, atualmente, diversas empresas, a saber: ACOPLA, STRUTURART, ALUMIAÇO, CASAS FREIRE, ACCIONA 5, FERROLENE, RESTAURANTE

ALBA, WHITE MARTINS, CEBRACE, AMBIENTAL, BANDEIRANTES, SAARA etc., todos estabelecimentos distintos e autônomos (folder em anexo).

Alega que o Restaurante ALBA também atende diversas outras empresas localizadas no Complexo Ambar, recebendo os respectivos funcionários para ali fazerem suas refeições (conforme Notas Fiscais e controles de consumo em anexo).

Nesse contexto, entende que não se pode falar em diferimento, sendo, portanto, totalmente indevida a cobrança constante desta infração 1.

Sustenta que, em casos análogos, esse Conselho de Fazenda já firmou posicionamento favorável ao Contribuinte, emanado da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, a cujo voto aderiu, inclusive, o ilustre Presidente desse Órgão Administrativo, consoante acórdãos CJF N° 0129-11/13 e CJF N° 0223-11/12 cujas ementas transcreve. Explica que, em ambos os casos, a D. Procuradoria do Estado, por intermédio de seu representante na sessão de julgamento, posicionou-se, também, favoravelmente à tese do contribuinte, restando assim evidenciada a insubstância da exigência fiscal.

Registra que toda a atividade fiscalizatória desenvolveu-se sem uma visita sequer ao estabelecimento autuado, o que certamente em muito contribuiu para os equívocos ora apontados. Alega que, uma simples visita à sede da empresa, é suficiente para atestar as afirmações feitas nesta defesa, o que, desde já, requer, caso se entenda necessário.

Por outro lado, argumenta que o diferimento é uma espécie do gênero substituição tributária e tem por objetivo transferir ao contribuinte que está mais à frente na cadeia de circulação da mercadoria a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido naquela operação. É uma medida de política fiscal, que visa a facilitar o trabalho da fiscalização, pois, na hipótese vertente, ao invés de fiscalizar e cobrar o ICMS de pequenos fornecedores de refeição, direciona suas auditorias e atos de cobrança aos contribuintes de maior porte, que adquirem alimentação para seus funcionários. Observa, aqui, uma distinção entre o diferimento tratado neste auto de infração e a antecipação tributária, segunda modalidade de substituição tributária, pois nesta última, com ou sem encerramento de fase de tributação, o valor do imposto é majorado, para alcançar operações futuras, ainda não concretizadas e que gerarão lucros para os contribuintes que participam da cadeia de circulação da mercadoria, o que não ocorre na hipótese vertente, já que a Recorrente efetua o pagamento, exclusivamente, do imposto devido pela empresa fornecedora das refeições, não havendo qualquer operação posterior, haja vista que a mercadoria é integralmente consumida pelos funcionários do adquirente.

Assim, conclui que o papel da Recorrente é, somente, efetuar o pagamento do imposto que seria devido pela empresa fornecedora das refeições por questões de política fiscal. O diferimento não tem, assim, o condão de majorar o tributo devido naquela operação, mas apenas transferir a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido na operação, consoante, aliás, se infere claramente do art. 6º, da Lei Complementar nº 87/96, cujo texto transcreve.

Argumenta que, no âmbito do Estado da Bahia, a Lei nº 7.014/96 trata o diferimento como mero adiamento, para uma etapa posterior, do lançamento e pagamento do imposto devido, ficando, assim, o adquirente ou destinatário da mercadoria obrigado ao recolhimento do tributo devido pelo vendedor ou remetente, conforme art. 7º, cujo texto reproduz.

Logo, conclui, é nítido que, sendo o diferimento uma técnica de política fiscal que visa, apenas, ao adiamento, dentro da cadeia de circulação de mercadorias, do pagamento do imposto devido na operação antecedente, caberia ao substituto tributário, no caso o Recorrente, recolher o ICMS de acordo com os valores atinentes ao regime de tributação do fornecedor. Tanto é assim que o Decreto nº 13.339/2011 (em seu art. 8º, §1º, III), ao tratar da redução da base de cálculo para operações como aquelas que são objeto desta Infração, estabeleceu, textualmente, que "nos fornecimentos de refeições com diferimento do ICMS, o substituto tributário utilizará este benefício, devendo o remetente constar nas Notas Fiscais e na coluna "Observações" do Registro de Saídas a indicação *"Pagamento do ICMS pelo substituto com a redução de base de cálculo"*

prevista no inciso III do § 1º do art. 8º do Decreto nº 13.339/11". O RICMS/2012, no art. 267, VI, "b", traz regra idêntica, o que reforça a conclusão de que, por conta do diferimento, não se pode impor ao substituto tributário ônus superior àquele que teria o contribuinte substituído.

No caso em comento, ressalta que a empresa fornecedora das refeições consumidas pelos funcionários do Contribuinte autuado é a ALBA - ALIMENTOS DA BAHIA LTDA. ME., CNPJ nº 07.415.752/0001-62, que desde 01/07/2007 encontra-se como optante regular do Simples Nacional, conforme evidencia o extrato de consulta ao sítio oficial da Receita Federal, na rede mundial de computadores, anexado à defesa. Destarte, deve a exigência respeitar os limites de tributação a que está submetido o fornecedor das refeições, o que significa que se algo for entendido devido pelo Contribuinte autuado, a título de diferimento, o imposto deverá ser calculado pelos mesmos critérios aplicáveis ao fornecedor e, mesmo assim, abatendo-se os valores já recolhidos, para evitar *bis in idem*.

Requer a realização de diligência para se apurar os valores eventualmente entendidos devidos pelo Sujeito passivo, de acordo com a sistemática acima.

Pleiteia a reforma da decisão de piso para que seja julgada improcedente a infração citada por não se tratar de hipótese de diferimento. Caso não se entenda assim, pede que o imposto deva ser recolhido pelos mesmos critérios aplicáveis ao fornecedor.

Quanto às Infrações 3, 4 e 5, informa que serão esses itens abordados conjuntamente na defesa, pois guardam identidade entre si, uma vez que se trata da glosa de créditos fiscais relativos a produtos considerados pela fiscalização como de uso e consumo do estabelecimento (itens 3 - operações internas e 4 - operações interestaduais) e da exigência do ICMS a título de diferença de alíquotas, sobre as mesmas mercadorias indicadas na infração 4.

Lamenta, mais uma vez, o fato de a fiscalização ter sido concluída sem uma visita sequer da auditora fiscal às dependências do estabelecimento autuado. Alega que é impossível desenvolver uma fiscalização de glosa de créditos de mercadorias adquiridas por uma indústria sem conhecer o seu processo produtivo e entender como se dá a aplicação de cada um dos produtos que são adquiridos. Afirma que essa falta de intimidade com o processo produtivo do Contribuinte autuado levou a fiscal a considerar como bens de uso e consumo do estabelecimento insumos, produtos intermediários e material de embalagem, conforme passa a descrever, por amostragem.

Quanto à mercadoria "ACETILENO", fornecida pela empresa AIR LIQUIDE, emitente da Nota Fiscal nº 10217, explica que é utilizado no corte de metais por maçarico e para fazer pré-aquecimento de peças que irão ser soldadas, no controle de temperatura de peças que foram soldadas, no tratamento térmico de peças metálicas e na solda oxiacetilênica. Trata-se, portanto, de produto químico que entra em contato direto com o produto acabado, fazendo parte do processo produtivo. Explica, ainda, que esse produto se exaure na íntegra em decorrência desse processo produtivo.

Quanto à mercadoria "VERNIZ", fornecida pela empresa BRASFER, emitente da Nota Fiscal nº 1581, explica que é utilizado como proteção anti-corrosiva de superfícies metálicas após o seu acabamento superficial. Afirma tratar-se de insumo.

Quanto às mercadorias "REVELADOR D70" e "PENETRANTE", fornecidas pelas empresas BRASFER e CONFEROL, emitentes das Notas Fiscais nºs 1580 e 54185, explica que o REVELADOR, juntamente com o líquido PENETRANTE, são utilizados para realizar ensaios não destrutivos em soldas metálicas. Permite identificar descontinuidades superficiais em elementos soldados. Afirma tratar-se de um produto intermediário que entra em contato com o produto acabado e se exaure no processo produtivo.

Quanto à mercadoria "KIT MASTERCOAT", fornecida pela empresa TINTAS CALAMAR, emitente da Nota Fiscal nº 927, explica que é material utilizado na pintura de produtos em acabamento, tratando-se de insumo.

Quanto às mercadorias "PERFIL H W250X73", "CHAPA LQ A36" e "BAR CHATA", fornecidas pela

empresa GERDAU, emitente das Notas Fiscais nºs 42086, 42342 e 49464, explica que são Matérias-primas agregadas ao produto.

Quanto às mercadorias “ROLAMENTO INA”, “ROLAMENTO NSK”, “ROLAMENTO FAG”, “FL SO B16 RF”, “FL CEGO/BLIND 150#”, “ABRACADEIRA 1216”, e “TERMINAL FIXAÇÃO”, fornecidas por empresas diversas (fls. 303/304), explica que são materiais agregados ao produto, tratando-se de insumos utilizados na produção de máquinas, equipamentos e estruturas.

Quanto às mercadorias “FITA DE AÇO” e “SELO PARA ARQUEAR FITA”, fornecidas pelas empresas OMEGA, emitente da Nota Fiscal nº 6409, explica que são materiais utilizados para embalar o produto finalizado.

Afirma que, con quanto seja conhecido o posicionamento desse Conselho a respeito da matéria, é imperioso que a questão do direito ao crédito do ICMS seja analisada por um outro prisma, embasado na legalidade e nas premissas constitucionais que marcam tal espécie tributária.

Transcreve o §2º do art. 155, da CF/88, bem como os artigos 19 e 20 da Lei Complementar nº 87/96, do mesmo modo, em apoio à sua tese.

Frisa que, tanto a Constituição Federal, quanto a Lei Complementar nº 87/96, não fazem qualquer restrição ao uso do crédito de ICMS, limitando-se a afirmar que deverão ser compensados os valores devidos em cada operação com o que foi cobrado na operação anterior. Alega que as mercadorias cujos créditos foram glosados na presente autuação não se enquadram no conceito de uso e consumo do estabelecimento. Tratam-se, na verdade de INSUMOS do processo de industrialização da Recorrente e, desta forma, conferem direito ao crédito de ICMS. Tanto é assim, argumenta, que a própria Lei Complementar nº 87/96, em seu art. 21, II, determina o estorno do crédito da mercadoria integrada ou consumida em processo de industrialização, apenas quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto. A *contrariu sensu*, se a saída for tributada, como ocorre na espécie, esses bens que se integram ou se consomem no processo de industrialização conferem direito ao crédito do ICMS. Transcreve o dispositivo legal citado.

Explica que o entendimento ora esposado não é, nem de longe, isolado. Ao revés, vem sendo adotado pelas Secretarias da Fazenda de outras Unidades da Federação, a exemplo do Estado de São Paulo, que, desde 2001, editou a Decisão Normativa CAT nº 01, em pleno vigor, garantindo o creditamento do ICMS de todas as mercadorias que são integradas ou consumidas em processos de industrialização. Transcreve ementa de julgado administrativo em apoio ao seu ponto de vista.

Afirma que todas as informações ora prestadas, assim como aquelas relativas aos demais materiais cujos créditos foram glosados e sobre os quais houve a cobrança de diferenças de alíquotas, poderão ser confirmadas em diligência a ser determinada por esse Conselho, disponibilizando-se, desde já, a Recorrente, a fornecer o que for necessário para contribuir com os trabalhos do fiscal diligente.

Ante o exposto, requer: a) a realização de diligência para elucidar os fatos controvertidos nesta Defesa; c) no mérito, seja reformada a decisão de primeira instância, para julgar improcedentes as Infrações 1, 3, 4 e 5, deste Auto de Infração.

Nesses termos, pede deferimento.

As folhas 359/360, representante da PGE emitiu parecer, manifestando-se pela realização de diligência com vistas a verificar a participação das mercadorias autuadas no processo produtivo da empresa recorrente.

As folhas 362/363, esta 2ª CJF converteu o feito em diligência, com vistas a que fiscal estranho ao feito adotasse as seguintes providências. Quanto à Infração 1: a) intimar o sujeito passivo para que entregue uma cópia do contrato de fornecimento de refeições, firmado com a empresa CIA-SUL REFEIÇÕES (ALBA ALIMENTOS DA BAHIA); b) visitar o estabelecimento autuado, com vistas a fazer uma inspeção em suas instalações, respondendo às duas questões postas: i) O estabelecimento autuado possui refeitório em suas dependências? II) A empresa fornecedora de

refeições atua somente como “restaurante”? ou fornece, também, refeições a estabelecimentos industriais?

Quanto às Infrações 3, 4 e 5, esta 2^a CJF solicitou que fosse feita uma visita ao estabelecimento autuado, com vistar a conhecer o processo fabril da empresa, oportunidade na qual deveria, o diligente, fazer a descrição física das seguintes mercadorias: “ACETILENO”, “VERNIZ”, “REVELADOR D70”, “PENETRANTE”, “KIT MASTERCOAT”, “PERFIL H W250X73”, “CHAPA LQ A36”, “BAR CHATA”, “FL SO B16 RF”, “FL CEGO/BLIND 150#”, “ABRAÇADEIRA 1216”, “TERMINAL FIXAÇÃO”, descrevendo a participação (se for o caso) de cada uma no processo produtivo, explicitando se as aquisições autuadas referem-se a peças de reposição ou itens a serem incorporados na montagem das máquinas fabricadas.

Cumprida a diligência, a Diligente acostou parecer às folhas 367/372, aduzindo o que segue.

Quanto à solicitação de entrega de cópia do contrato de fornecimento de refeições, o sujeito passivo informou que não existe contrato formal e escrito entre as empresas. A empresa reiterou os argumentos já deduzidos em sede de impugnação. Relativamente à inspeção solicitada, a Diligente informou que existe um refeitório instalado entre diversos galpões, que, segundo preposto da empresa, fornece também a outras empresas. Destacou, entretanto, que não existia qualquer placa ou letreiro identificando o “Restaurante”, mas apenas a indicação de “REFEITÓRIO”.

Quanto ao questionamento acerca da atuação da empresa fornecedora de refeições, voltou a informar que não existe, na área visitada, nenhum estabelecimento, indicando qualquer restaurante, mas apenas a indicação de se tratar de refeitório, o qual fica fechado após o almoço.

Em relação às infrações 3, 4 e 5, informou que as mercadorias “ACETILENO”, “VERNIZ”, “REVELADOR D70”, “PENETRANTE”, “KIT MASTERCOAT”, “PERFIL H W250X73”, “CHAPA LQ A36”, “BAR CHATA”, “FL SO B16 RF”, “FL CEGO/BLIND 150#”, “ABRAÇADEIRA 1216”, “TERMINAL FIXAÇÃO” são utilizadas no processo produtivo da empresa. Promoveu os ajustes nos demonstrativos de débito relativos às infrações 3 e 4, conforme resumos às folhas 371/372.

A Infração 3 teve o seu montante reduzido para R\$3.868,64, enquanto que a Infração 04 passou a montar em R\$5.640,75.

Cientificada do teor da decisão, a empresa Recorrente apresentou manifestação às folhas 417/419, aduzindo o que segue.

Afirma que a diligência solicitada não foi efetivamente cumprida, uma vez que a vistoria foi feita num horário em que o restaurante estava fechado. Assegura que a ausência de placas de identificação do restaurante ou das demais empresas não diz nada a respeito do funcionamento dos estabelecimentos que ali estão instalados.

Explica que, como acontece com boa parte dos complexos industriais, o funcionamento dos restaurantes segue os turnos de trabalho das empresas. No caso em análise, afirma que a ALBA define o seu funcionamento de acordo com o público que visa atingir, que no caso costuma fazer refeições no período da manhã e ao meio-dia, não havendo um terceiro turno de trabalho. Defende que, para responder de forma adequada à diligência, faz-se necessário que a visita se dê num momento em que o restaurante esteja em funcionamento.

Assim, requer a determinação de nova diligência.

VOTO

Não tendo sido suscitada qualquer questão preliminar, adentro diretamente no mérito do lançamento.

Quanto ao pedido de nova diligência, denego por entender que os elementos do processo são suficientes à formação da minha convicção.

Pois bem, a Infração 1 acusa o sujeito passivo de “*deixou de efetuar o recolhimento do ICMS*

diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus funcionários, fornecido pela empresa Alba Alimentos da Bahia S/A, optante pelo simples nacional, ...". O Contribuinte nega o fato que lhe foi atribuído, alegando que não há fornecimento de refeições ao seu estabelecimento, mas apenas o pagamento do valor mensal para que seus empregados façam as suas refeições diretamente no estabelecimento da fornecedora (sediada no mesmo local), o que significa dizer que não existe “*entrada*” de refeições em sua empresa.

Subsidiariamente, caso esse colegiado entenda pela responsabilidade da empresa autuada, pede que o imposto devido seja apurado em conformidade com as regras aplicáveis ao cálculo do ICMS devido pelas empresas do Simples Nacional.

A questão a ser dirimida possui, portanto, a natureza fática, pois resta saber se o fornecimento de refeições se dá fora do estabelecimento destinatário, ou, ao contrário, se ocorre no interior do estabelecimento, o que ensejaria a aplicação da regra de diferimento prevista no art. 343, inciso XVIII do RICMS/97 (vigente à época dos fatos geradores), cujo texto reproduzo abaixo.

“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;
...”

Examinando os elementos dos autos, é possível constatar que foram emitidas notas fiscais mensais, tendo como destinatária a empresa Acopla Indústria de Máquinas e Equipamentos Ltda, cujo CNPJ e Inscrição Estadual coincidem com os dados cadastrais do estabelecimento autuado, conforme se depreende do exame dos documentos fiscais acostados às folhas 28/39, provas que foram trazidas pelo autuante.

A emisão de tais documentos, por si só, é um elemento de prova que depõe contra a versão recursal, pois não deveria, a fornecedora, ter emitido as notas fiscais em nome da empresa Recorrente (supondo que as operações mercantis foram destinadas aos empregados). De fato, o fornecimento de refeição às pessoas físicas no interior do estabelecimento comercial obriga, a empresa Alba Alimentos, a emitir as notas fiscais Série-D (ou cupom fiscal), individualmente, em relação a cada uma das refeições fornecidas, com o destaque do imposto devido, se for o caso, sendo-lhe vedado deixar de fazê-lo.

A emissão de fatura mercantil contra a empresa Acopla pode ser feita, mas mediante a aposição do CFOP de simples fatura, indicando que as mercadorias foram entregues em outro documento, devidamente especificados, conforme instrumento contratual, o que não aconteceu.

A despeito de o conjunto probatório depor contra o sujeito passivo, como já assinalado, a 2^a CJF converteu o feito em diligência, com vistas a obter os elementos de prova que pudessem corroborar a tese da empresa, ou seja, “cópia do contrato de fornecimento de refeições”, bem como “inspeção nas dependências do estabelecimento autuado”. Pois bem, após intimada, a Recorrente informou que inexiste contrato formal e escrito entre as empresas.

Quanto à inspeção, o preposto da Astec informou que existe um refeitório nas dependências do estabelecimento, sem qualquer identificação de que venha a pertencer à empresa Alba Alimentos. Não há, igualmente, qualquer evidência de que ocorra, no local, fornecimento a terceiros. Não, há, inclusive, na área visitada, qualquer restaurante, conforme informa a Diligente à folha 368.

Ora, os elementos formais e materiais constantes do processo contrariam a versão empresarial sendo inequívocos no sentido de que tais alimentos têm origem fora do estabelecimento fabril e também no sentido de que são lá consumidos, no refeitório existente em suas dependências, corroborando a situação fática descrita no auto de infração.

Assim, a outra conclusão não se pode chegar, senão à de que os fatos narrados se subsumem à hipótese de diferimento, prevista no art. 343, inciso XVIII do RICMS/97, norma que transfere a responsabilidade pelo lançamento e o recolhimento do imposto para o destinatário das operações

autuadas, qual seja a empresa Recorrente.

Quanto ao pedido de que a apuração do imposto devido seja guiada pelas regras aplicáveis às empresas do Simples Nacional, condição em que se enquadra a fornecedora, é importante frisar que a sistemática do Simples Nacional não exclui a incidência apartada do ICMS-Diferido, cuja apuração deverá observar a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme estabelece o art. 13, inciso VII, c/c o seu § 1º, inciso XIII, alínea “a”, da Lei Complementar nº 123/06 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), cujo texto reproduzo abaixo.

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

...
VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

...
§ 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 sujeitas ao regime de substituição tributária, tributação concentrada em uma única etapa (monofásica) e sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto com encerramento de tributação, envolvendo combustíveis e lubrificantes; energia elétrica; cigarros e outros produtos derivados do fumo; bebidas; óleos e azeites vegetais comestíveis; farinha de trigo e misturas de farinha de trigo; massas alimentícias; açúcares; produtos lácteos; carnes e suas preparações; preparações à base de cereais; chocolates; produtos de padaria e da indústria de bolachas e biscoitos; sorvetes e preparados para fabricação de sorvetes em máquinas; cafés e mates, seus extratos, essências e concentrados; preparações para molhos e molhos preparados; preparações de produtos vegetais; rações para animais domésticos; veículos automotivos e automotores, suas peças, componentes e acessórios; pneumáticos; câmaras de ar e protetores de borracha; medicamentos e outros produtos farmacêuticos para uso humano ou veterinário; cosméticos; produtos de perfumaria e de higiene pessoal; papéis; plásticos; canetas e malas; cimentos; cal e argamassas; produtos cerâmicos; vidros; obras de metal e plástico para construção; telhas e caixas d'água; tintas e vernizes; produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos; fios; cabos e outros condutores; transformadores elétricos e reatores; disjuntores; interruptores e tomadas; isoladores; para-raios e lâmpadas; máquinas e aparelhos de ar-condicionado; centrifugadores de uso doméstico; aparelhos e instrumentos de pesagem de uso doméstico; extintores; aparelhos ou máquinas de barbear; máquinas de cortar o cabelo ou de tosquiá; aparelhos de depilar, com motor elétrico incorporado; aquecedores elétricos de água para uso doméstico e termômetros; ferramentas; álcool etílico; sabões em pó e líquidos para roupas; detergentes; alvejantes; esponjas; palhas de aço e amaciante de roupas; venda de mercadorias pelo sistema porta a porta; nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária pelas operações anteriores (grifo acrescido); e nas prestações de serviços sujeitas aos regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do imposto com encerramento de tributação;

...”

Ademais, o entendimento consagrado nos julgados da 1ª CJF, colacionados pelo sujeito passivo, já foi modificado, sendo exemplo o Acórdão 0060-11/17, cuja ementa transcrevo abaixo.

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0060-11/17**

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. Restou comprovado que ocorreu fornecimento contínuo de refeições a funcionários do estabelecimento autuado, inclusive com indicação em alguns casos de que as operações estavam amparadas pelo regime de diferimento, com indicação do enquadramento legal. Mantida a Decisão recorrida por Decisão de maioria com voto de qualidade do presidente. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

...
Com relação à apreciação de que a legislação prevê o diferimento “nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários” e que o termo “entrada” deve ser interpretado como “a entrada física de refeições no estabelecimento”, também entendo que tal interpretação é equivocada, (grifo acrescido)
...”

Assim, é forçoso concluir que a presente infração se encontra caracterizada, não merecendo reparo a decisão recorrida.

Quanto às Infrações 3, 4 e 5, tratam, todas, do creditamento indevido relativo às aquisições de material de uso/consumo (infrações 3 e 4), bem como da falta de recolhimento de diferencial de alíquotas a elas – aquisições – associado (Infração 5).

A Infração 3 aponta que a Recorrente “utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisições internas de material para uso e consumo do estabelecimento, ...”. Enquanto que a Infração 4 aponta o mesmo tipo, com origem interestadual, pois descreve que “utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisições interestaduais de material para uso e consumo do estabelecimento, ...”. Já a Infração 05 tipifica a conduta que é mera consequência das infrações anteriores, pois aqui o Contribuinte “deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo no estabelecimento, ocorrido nos anos de 2010 e 2011, ...”.

O sujeito passivo se opõe ao lançamento, tendo alegado que as aquisições autuadas tiveram por objeto aquisição de produtos intermediários e de material de embalagem, utilizados no seu processo produtivo.

Descreve a função, no processo, das mercadorias: “ACETILENO”, “VERNIZ”, “REVELADOR D70”, “PENETRANTE”, “KIT MASTERCOAT”, “PERFIL H W250X73”, “CHAPA LQ A36”, “BAR CHATA”, “ROLAMENTO INA”, “ROLAMENTO NSK”, “ROLAMENTO FAG”, “FL SO B16 RF”, “FL CEGO/BLIND 150#”, “ABRACADEIRA 1216”, “TERMINAL FIXAÇÃO”, “FITA DE AÇO” e “SELO PARA ARQUEAR FITA”.

A 2^a CJF converteu o feito em diligência com vistas a que preposto da Astec visitasse o estabelecimento da Recorrente, descrevendo a participação de cada uma das mercadorias acima no processo produtivo, indicando se se referem a peças de reposição ou a itens a serem incorporados na montagem das máquinas fabricadas.

Em seu parecer, a auditora diligente anexa fotos com ilustrações às folhas 397/403, informando que visitou o estabelecimento autuado e verificou que as mercadorias acima descritas são utilizadas em seu processo produtivo, conforme se lê à folha 369, em trecho abaixo destacado.

“Na visita feita na fábrica, no endereço que consta nos autos (como já informado não constava nenhuma identificação ou letreiro na fachada da empresa com nome da ACOPLA), foi verificado que as mercadorias “ACETILENO”, “VERNIZ”, “REVELADOR D70”, “PENETRANTE”, “KIT MASTERCOAT”, “PERFIL H W250X73”, “CHAPA LQ A36”, “BAR CHATA”, “FL SO B16 RF”, “FL CEGO/BLIND 150#”, “ABRACADEIRA 1216”, “TERMINAL FIXAÇÃO” são utilizadas no processo produtivo da empresa, conforme descrição e ilustração apresentada na Manifestação do recorrente (fls. 397/403)”.

Assim, efetuou os ajustes nos demonstrativos de débito, explicados *a miúdo*, às folhas 369/372, tendo anexado novos demonstrativos de débito para as Infrações 3 e 4.

Quanto à Infração 3, acolho o demonstrativo de débito, acostado à folha 371, excluindo-se, apenas, o mês de set/10, pois não constava nenhuma exigência relativa a esse mês no lançamento original.

Assim, tenho a Infração 3 como procedente em parte, no montante de R\$3.622,20, em conformidade com o demonstrativo de débito abaixo.

MÊS	ICMS
jan/10	149,74
fev/10	214,63
mar/10	170,79
abr/10	109,10
mai/10	16,00
jun/10	60,39
jul/10	42,09
ago/10	96,61
set/10	

out/10	251,57
nov/10	21,99
dez/10	19,80
jan/11	249,49
fev/11	374,85
mar/11	56,61
abr/11	390,01
mai/11	177,04
jun/11	51,65
jul/11	
ago/11	216,47
set/11	252,67
out/11	43,31
nov/11	136,43
dez/11	520,96
TOTAL	3.622,20

Tenho a Infração 4, da mesma forma, como procedente em parte, no montante de R\$5.640,75, em conformidade com o demonstrativo de débito acostado pelo auditor diligente às folhas 371/372, abaixo transcrito.

MÊS	ICMS
jan/10	
fev/10	
mar/10	
abr/10	140,01
mai/10	156,20
jun/10	592,48
jul/10	436,91
ago/10	390,78
set/10	
out/10	16,80
nov/10	53,41
dez/10	379,93
jan/11	434,20
fev/11	358,72
mar/11	326,07
abr/11	225,78
mai/11	274,18
jun/11	288,09
jul/11	102,06
ago/11	282,24
set/11	115,57
out/11	317,10
nov/11	351,92
dez/11	398,30
TOTAL	5.640,75

Quanto à Infração 5, embora a diligente não tenha apresentado um novo demonstrativo de débito, a única alteração do valor originalmente lançado se refere ao mês de abril/2011, pois foi feita a exclusão do montante de 7% relativo ao crédito indevido da Nota Fiscal nº 31.889, único documento fiscal excluído que se encontra relacionado à Infração 5.

Considerando que o valor do diferencial de alíquotas relacionado a essa exclusão é de R\$6,07 (10% do valor excluído, R\$60,70), reduzo o valor lançado na Infração 5 para R\$13.268,31, em conformidade com o demonstrativo de débito abaixo.

MÊS	ICMS
jan/10	598,64
fev/10	145,68
mar/10	1.686,36

abr/10	192,09
mai/10	503,45
jun/10	858,62
jul/10	624,16
ago/10	558,25
set/10	
out/10	24,00
nov/10	76,30
dez/10	542,75
jan/11	620,29
fev/11	932,45
mar/11	465,82
abr/11	322,55
mai/11	391,68
jun/11	985,55
jul/11	345,45
ago/11	654,88
set/11	791,10
out/11	453,00
nov/11	782,74
dez/11	712,50
TOTAL	13.268,31

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, ficando o débito reduzido para R\$62.744,50, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

INFRAÇÃO	ICMS
1	39.787,85
2	
3	3.622,20
4	5.640,75
5	13.268,31
6	425,39
TOTAL	62.744,50

VOTO DIVERGENTE

Com a devida vênia, discordo do voto do i. Relator em relação à infração 1 que acusa o Contribuinte de ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS deferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus funcionários, fornecida pela empresa Alba Alimentos da Bahia S/A, optante pelo simples nacional, ocorrido nos anos de 2010 e 2011, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$41.346,24.

Considerando a alegação da Recorrente de que contratara com a referida Empresa ALBA fornecimento de refeições, no próprio estabelecimento comercial daquela empresa, mediante o pagamento mensal das respectivas contas e, este julgador, tendo comprovado que a contratada, de fato, está estabelecida no Centro Industrial de Aratu, devidamente registrado na Junta Comercial da Bahia –NIRE 292.02804865, com serviço de alimentação, bem como com restaurante para atendimento ao público em geral, entendo que a situação em comento difere da habitual contratação de empresa para fornecimento de refeições aos empregados em seu local de trabalho.

Verificando o disposto no RICMS/97, que trata do deferimento do lançamento do ICMS, estabelece que:

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

(...)

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

Da leitura desse dispositivo legal, entendo que o procedimento da Recorrente estava correto, pagando as contas das refeições fornecidas pelo restaurante a seus empregados mediante a apresentação da nota fiscal respectiva.

Admito que caberia à ALBA, conforme apontado pelo i. Relator, emitir as Notas ou Cupões Fiscais individualmente e a Fatura para a respectiva cobrança. Mas, mesmo essa infração cometida pela emitente, seria enquadrável em descumprimento de obrigação acessória.

Em vista do exposto, quanto à Infração 1, que a julgo IMPROCEDENTE, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 108595.0005/14-7, lavrado contra **ACOPLA INDÚSTRIA DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$62.744,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “b” e “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Tolstoi Seara Nolasco e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros: Tiago de Moura Simões, José Carlos Barros Rodeiro e Paulo Sérgio Sena Dantas.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2018.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - VOTO DIVERGENTE

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS