

A. I. Nº - 206951.0010/17-0
AUTUADO - MIX DISTRIBUIDOR LTDA.
AUTUANTE - GERALDA INÊS TEIXEIRA COSTA
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07.12.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0188-05/18

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR ESCRITURADO NO RAICMS E O RECOLHIDO. Restou comprovado que foi computado valor de pagamento relativo ao mês 11/2014 como o do mês 11/2013, inexistindo a diferença exigida. Infração improcedente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Comprovado que parte das mercadorias foi destinada a uso e consumo e incabível a exigência do ICMS por antecipação. Retificados os demonstrativos originais com correção de porcentual de MVA, mês de ingresso das mercadorias e considerado valor recolhido do imposto por antecipação após retificação do código de recolhimento de antecipação parcial. Mantida a exigência relativa a produtos enquadrados no regime de substituição tributária. Indeferido o pedido de restituição de indébito por falta de previsão legal. Infração subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/11/2013, exige ICMS no valor de R\$37.194,94, acrescido de multas de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

01. Recolheu a menor o ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto (novembro/2013) - R\$4.427,68.
02. Efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação (2013/2014) - R\$32.767,26.

O autuado na defesa apresentada (fls. 65/69) inicialmente comenta as infrações, tempestividade da defesa e no mérito afirma que a infração 1 é improcedente, visto que conforme relatório do DTE, em novembro de 2013, recolheu em DAE do ICMS Normal o valor de R\$90.582,65, superior ao R\$38.946,88 computado pela fiscalização.

Argumenta que tendo apurado o valor R\$43.374,56 e recolhido R\$90.582,65 no mês de novembro/2013, possui um indébito a receber de R\$47.208,09. Apresenta quadro demonstrativo à fl. 66 e requer julgamento pela improcedência da infração, homologação da apuração fiscal, e intimação da Inspetoria para pedir restituição dos valores pagos indevidamente de R\$239.709,68.

No que se refere à infração 2 (falta de pagamento da antecipação total de ICMS/2013 e 2014), afirma que não houve qualquer falta de pagamento, tendo indicado por mês do exercício de 2013:

Janeiro: NF 7.0042, o MVA é 28,47% e não 65,04%, o que resultou na diferença cobrada de R\$80,82;

Fevereiro: O valor de R\$118,91 relativo à nota fiscal 8.287 refere-se a aquisição de "botina 050 couro solado pneu", utilizada como equipamento de proteção individual (uso e consumo) sujeito ao diferencial de alíquotas e não procede a exigência de ICMS-ST;

Maio: a Nota Fiscal 18.596 consta aquisição de itens diversos como conchas e espátulas remetidas por CFOP 6910 para entrega nos pontos de venda de distribuição aos consumidores, não havendo aquisição de mercadorias, por se tratar de material promocional. Afirma que houve pagamento do diferencial de alíquotas em relação a essa nota fiscal e não cabe a cobrança da substituição tributária. Diz que retirando da cobrança R\$5.175,94, correspondente a R\$2.587,97 repetidos em 2 ocorrências, nada resta devido no mês de maio de 2013.

Agosto: A Nota Fiscal 84.560, cujo imposto cobrado é de R\$6.257,91 foi devidamente registrada e pago ICMS antecipação no mês de julho de 2013, uma vez que sua entrada ocorreu em 30/07/2013, após a emissão em 24/07/2013. Além disso, as Notas Fiscais nº. 187.364 e 187.370, emitidas em 29/08/2013, deram entradas no estabelecimento no mês de setembro, foram registradas e pagas neste mês, devendo ser excluído da infração o valor de R\$14.304,63. Com estes erros no levantamento fiscal deve ser afastada a cobrança no valor de R\$20.562,54, não havendo valor a cobrar, conforme EFD juntada para comprovar o alegado.

Outubro: Foi apurado valor pago a maior de R\$500,90, motivo pelo qual requerer ser intimado para requerer a restituição, como ocorreu na infração 1.

Novembro: Houve cobrança indevida relativa à aquisição de uma "bateria tracionária 9hp513 580 48v urf 0618", pela nota fiscal nº. 16087. Afiram que trata-se de componente do ativo imobilizado sujeito ao pagamento da diferença de alíquotas, devendo ser excluído o valor de R\$1.451,92, o que resta em valor pago a maior de R\$89,98, ao invés do cobrado de R\$1.361,94.

No exercício de 2014 aponta as seguintes inconsistências:

Janeiro: Cobrança equivocada de R\$5.709,33, relativo às notas fiscais 214.552, 214.554 e 214.555, por se tratar de entradas ocorridas no mês de fevereiro, mas manteve as cobranças no mês de janeiro, que excluído do valor de R\$5.709,31, resulta em improcedência da exigência.

Abri: Também refere-se à aquisição de botinas utilizadas como EPI pela nota fiscal 119.864, com valor de R\$302,83. Com tal exclusão, a cobrança passa a ser totalmente improcedente.

Maio: O demonstrativo acusa pagamento a maior de R\$4.567,85 que, acrescido da exclusão da cobrança de R\$248,35 e R\$1.506,80, respectivamente relativos a itens de uso e consumo adquiridos pelas Notas Fiscais nº. 83687 e 122904, deverá ser de R\$6.323,00. Pagamentos a maior ocorreram também em setembro e outubro de 2014, respectivamente, de R\$240,77 e R\$96,56, que requerer-se homologação da apuração e intimação para requerer sua restituição.

Conclui requerendo a improcedência da autuação e homologação das apurações fiscais a fim de requerer restituições do ICMS normal de R\$239.709,68, conforme quadro apresentado à fl. 69, relativo à infração 1, e ICMS-ST de R\$838,23, relativo à infração 2.

A autuante na informação fiscal (fls. 164/167) ressalta que trata-se de duas infrações e no que diz respeito a Antecipação Tributária, o crédito reclamado deveu-se em grande parte ao erro no código de Receita dos DAEs que deveria ter sido 1145 ao invés de 2175, com retificação posterior.

No tocante a infração 1, reconhece que equivocou-se na hora de computar o recolhimento de novembro de 2013, tendo considerado o pagamento referente a novembro de 2014, conforme extrato às fls. 13 a 17, inexistindo a diferença exigida.

Quanto à infração 2, afirma que analisou as argumentações da defesa e reconhece que nos meses:

Janeiro/2013: Houve equívoco da MVA, onde seria sabão em pó foi calculada de água sanitária.

Fevereiro/2013: Quanto ao argumento de que a cobrança da antecipação de botinas (NF 8287) é indevida por se tratar de material de uso e consumo, afirma que o produto está enquadrado na ST e no livro RACMS (anexo a essa informação) não consta o número dessa NF. Ressalta que o lançamento da complementação de alíquota debitada, referente a NF 3982, (anexa) no valor de R\$121.873,35 proveniente de SP indica valor da complementação o debitado nesse mês. E ainda, que a empresa é inscrita com atividade “comercial” e “Não tem porque usar botina para exercer suas atividades”.

Maio/2013: No que se refere a conchas e espátulas, ressalta que a NCM dos produtos consta no anexo da ST e o CFOP 6910 existente no documento é de bonificação que é tributada. Reconhece que deve ser corrigido o cálculo do imposto, por não ter considerado o crédito do produto. Diz que refez os cálculos, computando o crédito o que resultou em redução do valor apurado de R\$5.175,94 para R\$3.970,53.

Agosto/2013: Com relação às NFs 187.364 e 187.370 que foram lançadas e pagas no mês de julho, ressalta que o referido pagamento se deu com o código 2175 (antecipação parcial), conforme extrato de pagamento (fls. 14 e 15) motivo pelo qual não considerou como pagamento da Antecipação Total, o que foi feito após a correção do DAE corrigindo tal equívoco.

Novembro/2013: Quanto ao argumento de que a diferença apurada se deve à inclusão da NF 16.087 (bateria/ativo imobilizado) que teve pagamento de diferença de alíquota, reconhece que neste mês existe um débito referente a diferencial de alíquota “Porém num valor muito superior ao apurado” e não tendo o autuado relacionado as NFs referentes ao valor debitado, conforme documento à fl. 19, não teve como identificar a que se refere e pôr o produto está enquadrado na ST, ficou mantida a reclamada a diferença.

Janeiro/2014: Reconhece que as NFs 214.552, 214.554 e 214555 emitidas em 18/01/2014 provenientes do Estado de Pernambuco, foram realmente escrituradas em fevereiro de 2014. Afirma que confirma o planejamento tributário exercido por diversas empresas na região, pois não se justifica que uma nota fiscal emitida por um contribuinte localizado em Estado vizinho leve treze dias para ser escriturada no mês seguinte, cuja apuração do ICMS antecipado pode ser feita até o dia 25 do mês subsequente.

Afirma que o débito apurado foi transferido para o mês de fevereiro onde foi apurada uma diferença de ICMS a recolher no valor R\$5.614,89.

Abri/2014: Afirma que houve cobrança da antecipação de bobinas e não botinas como disse a defesa. O produto tem código NCM (3923) de ST., portanto não precede suas alegações.

Conclui ressaltando que considerou válidas as alegações da defesa, realizou minuciosa revisão do lançamento de ofício e elaborou novo demonstrativo juntado à fl. 168 o que resultou em redução do crédito reclamado (R\$11.325,12).

Cientificado da informação fiscal (fl. 185), o autuado manifestou-se (fls. 191 a 196) reapresentando os mesmos argumentos pela improcedência da infração 1 e restituição de indébito.

Quanto à infração 2, ressalta que foi acolhido parte das suas alegações, resultando em valor aumentado em um mês que implica em reabertura de defesa, pontuando que:

Janeiro: Foi acolhida a mudança do MVA da NF 70.042;

Fevereiro: Não justifica a exclusão do valor relativo a "botinas", visto que na condição de atacadista são utilizadas por motoristas e descarregadores. Por ser empregada como EPI, deve ser considerada matéria de uso e consumo, sujeito ao pagamento do diferencial de alíquotas.

Maio: Conchas e espátulas, ressalta que é material promocional, que não foram vendidos e sim distribuídos. Afirma que conforme jurisprudência do CONSEF (sic) não incide, mas houve

pagamento do diferencial de alíquotas e não cabe a cobrança da substituição tributária. E se retirada a cobrança de R\$2.587,97 em 2 ocorrências, nada resta devido no mês de maio de 2013.

Agosto: Foi corrigido o equívoco.

Novembro: O produto "bateria tracionária" é utilizada na empiladeira e em se tratando de material de uso ou consumo está sujeito ao pagamento da diferença de alíquota, o que pode ser verificado pela fiscalização.

Janeiro/2014: O demonstrativo elaborado pela autuante reconhece que as notas fiscais 214.552, 214.554 e 214.555 deram entradas no mês de fevereiro, mas manteve as cobranças no mês de janeiro. Requer improcedência da exigência do valor de R\$5.709,31.

Abril: Afirma que se trata de “Bobina Arisco Dia das Mães” enviada para promover a marca do fabricante e não há incidência do ICMS-ST.

Maio/setembro/outubro/2014: ocorreram pagamentos a maior e requer homologação da apuração e intimação para requerer sua restituição.

Ressalta que foi alterado o lançamento relativo ao mês de fevereiro/2014, que modificou de pagamento a maior para cobrança de R\$5.614,89 pela inclusão da Nota Fiscal 217.766, porém as mercadorias relativas a essa nota fiscal retornaram ao fornecedor pela Nota Fiscal 9.025 cuja cópia junta à fl. 197.

Reapresenta o quadro da fl. 69, relativo a restituições que requer relativo às infrações 1 e 2.

A autuante presta a segunda informação fiscal (fls. 200/201) afirmando que o estabelecimento autuado não apresenta fatos novos ou documentos capazes de modificar a primeira informação fiscal. Ratifica as correções efetuadas.

VOTO

O Auto de Infração acusa o cometimento de infrações relativas a recolhimento a menos do ICMS (desencontro entre o valor recolhido e o escriturado), e de recolhimento a menos do ICMS-ST.

No tocante à primeira infração, o autuado alegou que no mês de novembro de 2013, recolheu em DAE o ICMS Normal no valor de R\$90.582,65, superior ao R\$38.946,88, computado pela fiscalização.

Na informação fiscal a autuante reconheceu que se equivocou e computou neste mês o pagamento referente a novembro de 2014.

Verifico que pela análise dos elementos contidos no processo, constato que no demonstrativo elaborado pela fiscalização (fl. 13), foi apurado o valor devido no mês de novembro/2013 de R\$43.374,56, e computado como valor recolhido de R\$38.946,88.

Já a relação de DAEs de recolhimento acostada à fl. 15, indica recolhimento neste mês do ICMS REGIME NORMAL de R\$90.582,65, que foi o valor apurado pelo contribuinte, conforme cópia do livro de Registro de Apuração do ICMS acostado à fl. 19.

Pelo exposto, restou comprovado que não houve recolhimento a menos do ICMS apurado pelo regime normal no mês de novembro/2013, e consequentemente, improcedente a infração 1.

No que se refere ao pedido do autuado para que seja homologada a apuração fiscal e intimado para pedir restituição dos valores pagos indevidamente, não pode ser acolhido nesta fase processual por falta de previsão legal. Ressalto que o pedido de restituição de indébito deve ser feito por meio de requerimento próprio formulado à autoridade fazendária de competência, conforme disposto nos artigos 74 a 80 do Dec. 7.629/99 (RPAF/BA), que perpassa por análise e deferimento se comprovado o direito de restituição de indébito.

Quanto à infração 2, o autuado, na defesa apresentada, apontou uma série de inconsistências no levantamento fiscal: i) MVA indicada errada; ii) exigência de ICMS-ST (antecipação) relativo à aquisição de material de uso consumo (botina, bateria); iii) material promocional (conchas e espátulas) e iv) computado entrada de mercadoria em um mês, que ocorreu em outro mês.

Na informação fiscal (fls. 164/167), a autuante acolheu parte das alegações e refez o demonstrativo original que culminou na redução do débito de R\$32.767,26, para R\$11.325,12 (fl. 168).

Inicialmente, constato que os ajustes procedidos decorrem de erros materiais contidos no levantamento fiscal, a exemplo da indicação de MVA de água sanitária ao invés de sabão em pó (jan/2013); falta de computação de valores recolhidos com código de antecipação parcial, retificado para ST (ago/2013), e correção da entrada de notas fiscais (janeiro para fevereiro/2014).

Portanto, acolho as retificações procedidas pela fiscalização e passo à análise das alegações apresentadas pelo autuado na manifestação acerca da primeira informação fiscal.

Fevereiro/2013: O valor remanescente de R\$117,98 (fl. 169) refere-se à aquisição de botinas couro solado pneu (NF 8287), que a empresa alega ter sido utilizada pelos seus funcionários (uso e consumo), e sujeitas ao pagamento do ICMS do diferencial de alíquotas. Por sua vez, a fiscalização argumenta que a empresa exerce atividade de comercialização no atacado, o produto está enquadrado no regime de ST (Anexo I – item 41 da Lei 7.014/96), e só houve pagamento de diferença de alíquota no mês relativo à NF 3982, (fls. 179 /181).

Pelo exposto, restou comprovado que o autuado não promoveu o pagamento do ICMS-ST relativo à aquisição de botinas, que está submetida ao regime de ST, e tendo alegado ser destinada a uso e consumo, não apresentou qualquer prova de que os bens adquiridos tenham sido utilizados na empresa, nem comprovou o pagamento do ICMS da diferença de alíquota.

Por isso, fica mantido o valor remanescente exigido no mês de fev/2013, de R\$117,98 (fl. 168).

Maio/2013: Na defesa foi alegado que a diferença de R\$5.175,94, (fl. 51) relativa à NF 18.596, refere-se:
a) recebimento de material promocional (conchas e espátulas), que não se submete à ST;
b) não foi computado o crédito fiscal na apuração do valor exigido pela fiscalização.

Na informação fiscal, a autuante afirma que os produtos (conchas e espátulas) possuem NCM prevista na ST, e o CFOP 6910 da nota fiscal emitida pelo fornecedor, indica que se trata de bonificação que é tributada. Computou o crédito fiscal do produto, o que resultou em redução do valor apurado de R\$5.175,94, para R\$3.970,53 (fl. 170).

Pelo exposto, mesmo que se trate de operação de mercadoria recebida em bonificação (CFOP 610), mesmo que não haja pagamento relativo ao valor da mercadoria, havendo saída subsequente tributada e submetida ao regime de substituição tributária, é cabível o pagamento do ICMS-ST devido por antecipação. Assim sendo, acato a retificação procedida pela fiscalização computando o crédito destacado na nota fiscal que acobertou a operação, e considero devido o valor remanescente de R\$3.970,53, indicado no demonstrativo de fl. 170, relativo ao mês de maio/2013.

Novembro/2013: O autuado alega que foi cobrado ICMS-ST relativo à aquisição de uma "bateria tracionária" (NF 16087), utilizada em empilhadeira, e por se tratar de bem destinado a uso/consumo/ativo imobilizado, sujeito ao pagamento do ICMS da diferença de alíquotas.

Por sua vez, a fiscalização reconhece que neste mês foi feito pagamento referente à diferencial de alíquota em valor superior ao apurado, mas não teve como identificar a quais documentos fiscais se referem, e, por o produto estar enquadrado na ST, manteve reclamada a diferença.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que no demonstrativo remanescente elaborado pela fiscalização à fl. 171, foi mantida a exigência da diferença neste mês, no valor de

R\$1.361,94. O referido demonstrativo relaciona a Nota Fiscal 16.087, de aquisição de uma bateria tracionária, com valor de R\$1.451,92.

Pelo exposto, diante da alegação de que a bateria tracionária adquirida foi destinada à reposição de bem do ativo imobilizado (Empilhadeira) e não à revenda, mesmo que seja enquadrada no regime de substituição tributária, é cabível a exigência do ICMS da diferença de alíquota e não de ICMS-ST como foi exigido neste lançamento. Portanto, fica afastada a exigência relativa à aquisição da bateria tracionária e indevido o valor de R\$1.361,94, conforme demonstrativo à fl. 171.

Considero ainda que neste mês (11/2013), foi recolhido ICMS COMPL.ALIQ/CONSUMO ATIVO FIXO no valor de R\$14.889,93, conforme relação de DAEs acostada à fl. 77. Recomenda-se à autoridade fazendária, observando o prazo decadencial, mandar verificar se o valor da diferença de alíquota recolhido engloba o valor devido, relativo à aquisição do bem pela NF 16.087.

Janeiro/2014: O autuado alegou que foi exigido ICMS no valor de R\$5.709,33, (fl. 53), relativo às Notas Fiscais 214.552, 214.554 e 214.555, mas as mercadorias consignadas nas referidas notas fiscais só deram entrada no mês de fevereiro.

Já a fiscalização, reconheceu que as notas fiscais emitidas em 18/01/2014, foram escrituradas em fevereiro de 2014, e refez o demonstrativo original incluindo os valores correspondentes, o que resultou em diferença devida de R\$5.614,89, que foi contestado na manifestação acerca da informação fiscal, sob alegação de alteração da data de ocorrência do fato gerador.

Constatou que no demonstrativo original (fl. 53), foram indicados os valores correspondentes das mercadorias consignadas nas Notas Fiscais 214.552, 214.554 e 214.555, o que resultou em valor devido de R\$44.458,15, e recolhido de R\$71.748,82, resultando em diferença exigida de R\$5.709,33.

Diante da alegação defensiva e comprovação de que as mencionadas notas fiscais foram escrituradas no mês de fevereiro/2014, a fiscalização refez o demonstrativo original (fls. 172/173), com a inclusão dos valores correspondentes no mês de fevereiro, o que resultou em valor devido de R\$72.046,05, e recolhido de R\$66.431,16, resultando em diferença devida de R\$5.614,89.

Pelo exposto, os elementos contidos no processo comprovam que computando os valores do ICMS-ST relativo às aquisições de mercadorias pelas Notas Fiscais 214.552, 214.554 e 214.555, que deram entrada no mês de fevereiro/2014, houve recolhimento a menos do ICMS-ST no valor de R\$5.614,89, e não tendo sido comprovado o pagamento por parte do estabelecimento autuado, deve ser afastada a exigência pertinente ao mês de janeiro/2014, e convertido em valor devido de R\$5.614,89 no mês de fevereiro/2014, conforme demonstrativo de fls. 172/173 e 168.

Abri/2014: O autuado alegou inicialmente que a exigência refere-se à aquisição de botinas pela Nota Fiscal 119.864, com valor de R\$302,83, que foram destinadas a uso e consumo.

Por sua vez, a fiscalização contestou que se trata de aquisição de bobinas com NCM 3923, enquadrado no regime de ST, o que foi contestado na manifestação acerca da informação fiscal, alegando tratar-se de material promocional que não é revendido.

Constatou que no demonstrativo original e refeito (fls. 54 e 173) foi relacionado o produto bobina com NCM 3923.2110 enquadrado no regime de substituição tributária. Portanto, não procede a primeira alegação de que se trata de aquisição de material de uso ou consumo (botina), nem foi comprovado que o produto foi distribuído como material promocional, ficando mantida a exigência relativa ao ICMS ST com valor de R\$259,78 conforme demonstrativo de fls. 168 e 173.

Com relação ao pedido do sujeito passivo de que seja intimado para pedir restituição dos valores pagos a mais que o devido na infração 2, como apreciado na primeira infração, não pode ser acolhido nesta fase processual por falta de previsão legal, cabendo ao contribuinte formular requerimento próprio à autoridade fazendária, para restituição de indébito, de acordo com o

previsto nos artigos 74 a 80 do Dec. 7.629/99 (RPAF/BA), que perpassa por análise e deferimento, se comprovado o direito de restituição de indébito.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, julgando improcedente a infração 1 e procedente em parte a infração 2, com valor devido de R\$9.963,18, conforme demonstrativo abaixo.

Infração 2		DATA OCORR	DATA VENCTO	BASE CÁLCULO	ALIQ. %	VALOR HISTÓRICO	FL.
28/02/2013	25/03/2013	694,00	17,00	117,98	168		
31/05/2013	25/06/2013	23.356,06	17,00	3.970,53	168		
28/02/2014	25/03/2014	33.028,76	17,00	5.614,89	168		
30/04/2014	25/05/2014	1.528,12	17,00	259,78	168		
Total		58.606,94		9.963,18			

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206951.0010/17-0**, lavrado contra **MIX DISTRIBUIDOR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.963,18**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de outubro de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADOR