

A. I. N° - 269369.0006/18-6
AUTUADO - CATELAN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO FISCHBORN
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.12.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0193-05/18

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Saída de brindes. Infração procedente. 2. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. Operação com suspensão de incidência do ICMS, a título de remessa em garantia, com comprovação dos respectivos retornos. Infração improcedente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. DIFAL. ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. MERCADORIAS DESTINADAS PARA O ATIVO FIXO E CONSUMO. Infração procedente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 04/06/2018, exige ICMS por descumprimentos de obrigações principais, no valor de R\$66.248,92, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$59,40 e multa de 60%.

Infração 02 – 03.02.02 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$2.498,13 e multa de 60%.

Infração 03 – 06.05.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. ICMS No valor de R\$63.691,39 e multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa, fl. 48 e com relação à infração 01 aduz que a saída de brinde por meio da NF-e 19130, emitida em 01/12/2017, foi proveniente da entrada da NF-e 37 emitida em 22/11/2017, do fornecedor E Felipe Ind e Com. de Bicicletas, onde não houve crédito do imposto, o que ocasionou a saída sem o débito. Cita o Art. 388 do Decreto 13.780/2012.

Na infração 02, a acusação é que ao longo de 2017 utilizou alíquota zero quando o correto seria de 12%. Aduz que a NF-e 003, emitida em 13/02/2017, é referente ao retorno de locação de máquinas/equipamentos, recebidos a título de locação, por meio da NFe 22017, emitida em 18/01/2017, do fornecedor ARC Ar Comprimido Ltda, conforme o Art. 280, inciso I do RICMS, operação com suspensão de ICMS.

A NF-e 21110, emitida em 20/12/2017, a título de remessa em garantia, com retorno ocorrido em 14/02/2018, através da NF-e 1695, do fornecedor Qualys Embalagens Indústria e Comércio Ltda., ou seja, 56 dias após a remessa, conforme Art. 280, inciso I do RICMS/Ba, operação suspensa de ICMS.

Na infração 03 assevera que em 2017, a forma de cálculo da diferença de alíquota era diferente ao aplicado pela Auditoria SEFAZ/BA, e demonstrada em um dos documentos anexos a este AI.

Aduz que apurou a diferença de alíquota das entradas de mercadorias, destinadas ao ativo imobilizado e ao uso e consumo, baseado no Art. 17, § 6º da Lei 7.014/96, o qual sofreu alteração em 21/12/2017, onde houve a mudança da forma de cálculo.

Afirma que as aquisições de máquinas e equipamentos, utilizadas no Processo Industrial tem base de cálculo de ICMS reduzida, conforme Convênio CONFAZ 52/91 e 49/17 e assim procedeu para efetuar o recolhimento da DIFAL.

Sustenta que na Nota fiscal 18788, emitida em 29/11/2017 não há diferencial de alíquota a pagar. Considerando que a aquisição de bens classificados na NCM 87.04.23, possui alíquota interna do ICMS de 12%, conforme Art. 16, inciso III da Lei 7.014/96, logo não há diferença positiva, e por conta das alíquotas interna e interestadual serem iguais, não há diferencial de alíquota a ser recolhido.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 109 a 107, e quanto à infração 01, sustenta que está caracterizado que a empresa não cumpriu o disposto no art. 389 do RICMS.

Acata as alegações da defesa com relação à infração 02.

No que concerne à infração 03, sustenta a manutenção da infração com relação à justificativa de que houve mudança da forma de cálculo. Quanto às aquisições de máquinas e equipamentos utilizados no processo industrial tem base de cálculo do ICMS reduzida, conforme Convênio CONFAZ 52/91 e 49/17. Acata os argumentos da defesa com relação aos equipamentos discriminados no levantamento de fl. 105. Elabora novo demonstrativo de débito.

Quanto ao argumento de que na Nota Fiscal nº 18.788, emitida em 29/11/2017, não há diferencial de alíquota a pagar, a NF descreve como mercadoria um “reboque/krone”, ao preço de R\$20.000,00, sem destaque de IPI. Entende que a posição NCM 8704.23 que faz jus à alíquota de 12% se refere a (...) para ônibus e microônibus compreendidos nas seguintes posições da NBM/SH: [...], 8704.23 (exceto caminhão de peso em carga máxima igual ou inferior a 3,9 ton). Este não é o caso da mercadoria constante na nota fiscal 18.788, reboque Krone. Mantém a autuação.

Elabora novo demonstrativo de débito para a infração, que perfaz o valor de R\$22.424,22.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido ICMS em decorrência de três irregularidades.

A primeira infração, relativa à falta de recolhimento ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas no mês de dezembro de 2017, no valor de R\$59,40, refere-se a saída de brindes, por meio da NF-e 19130, emitida em 01/12/2017, sem destaque do ICMS.

Reza o art. 389 do RICMS/2012, que o contribuinte que adquirir brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final deverá:

I – lançar a nota fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas, com direito a crédito do imposto destacado no documento fiscal;

II - emitir, no mesmo período de apuração em que ocorrer a entrada da mercadoria no estabelecimento, nota fiscal com lançamento do imposto, aplicando a alíquota interna e tendo como base de cálculo o valor da mercadoria adquirida mais o IPI eventualmente lançado pelo fornecedor e fazendo constar, no local destinado à indicação do destinatário, os mesmos dados do emitente da nota fiscal, bem como a seguinte expressão no corpo do documento fiscal: “Emitida nos termos do art. 389 do RICMS”.

III – lançar a nota fiscal referida no inciso II no Registro de Saídas, na forma regulamentar.

Portanto, por não ter sido observado pelo sujeito passivo a regra prevista para a distribuição de brindes, e ter dado saída sem tributação, fica mantida a infração.

A infração 02 refere-se ao recolhimento a menor de ICMS, por aplicação diversa da alíquota prevista na legislação.

O defendente aduz que a NF-e 003, emitida em 13/02/2017, é referente ao retorno de locação de máquinas/equipamentos recebidos a título de locação, por meio da NFe 22017, emitida em 18/01/2017, do fornecedor ARC Ar Comprimido Ltda, conforme o Art. 280, inciso I do RICMS, operação com suspensão de ICMS.

Também que a NF-e 21110, emitida em 20/12/2017, a título de remessa em garantia, com retorno ocorrido em 14/02/2018, através da NF-e 1695, do fornecedor Qualys Embalagens Indústria e Comércio Ltda., ou seja, 56 dias após a remessa, conforme Art. 280, inciso I do RICMS/BA, operação suspensa de ICMS.

O autuante acata as razões de defesa, haja vista que, de fato, as operações em lide estão com o ICMS suspenso, nos termos do art. 280 do RICMS/2012:

Art. 280 . É suspensa a incidência do ICMS:

I – nas saídas internas, interestaduais e para o exterior, de mercadorias ou bens destinados a industrialização, conserto ou operações similares, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos, ressalva a incidência do imposto quanto ao valor adicionado e às partes, peças e outras mercadorias fornecidas pelo prestador do serviço (Conv.AE 15/74).

Infração improcedente.

A infração 03 refere-se à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

O defendente traz três argumentos para sustentar a sua defesa:

No primeiro, aduz que em 2017, a forma de cálculo da diferença de alíquota era diferente ao aplicado pela Auditoria SEFAZ/BA, e demonstrada em um dos documentos anexo a este AI.

Pontua que apurou a diferença de alíquota das entradas de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado e ao uso e consumo, baseado no Art. 17, § 6º da Lei 7.014/96, o qual sofreu alteração em 21/12/2017, onde houve a mudança da forma de cálculo.

De fato, a alteração promovida para o cálculo do diferencial de alíquota, vige para os fatos geradores a partir de dezembro de 2017. Não alcança os fatos geradores anteriores. Verifico que o autuante exige o ICMS DIFAL, relativo às notas fiscais de aquisição emitidas até o dia 29/12/2017, quando a alteração ainda não se encontrava vigente, conforme o demonstrativo de fls. 20 a 41 do PAF.

Assim, não assiste razão ao autuado nos seus argumentos.

Afirma também o defendente que as aquisições de máquinas e equipamentos, utilizadas no Processo Industrial tem base de cálculo de ICMS reduzida, conforme Convênio CONFAZ 52/91 e 49/17, e assim procedeu para efetuar o recolhimento da DIFAL.

O autuante, na informação fiscal, acatou os argumentos da defesa com relação aos equipamentos transcritos na fl. 105, tais como Balança Rodoviária, Balança Eletrônica, Embaladora de Partes de Frangos, etc. e elabora novo demonstrativo de débito, excluindo as parcelas relativas a tais equipamentos.

Sustenta ainda a defesa que na Nota fiscal 18788, emitida em 29/11/2017, não há diferencial de alíquota a pagar. Considerando que a aquisição de bens classificados na NCM 87.04.23, possui

alíquota interna do ICMS de 12%, conforme Art. 16, inciso III da Lei 7.014/96, logo, não há diferença positiva, e por conta das alíquotas interna e interestadual serem iguais, não há diferencial de alíquota a ser recolhido.

Analisando a Nota Fiscal nº 018.788, de fl. 96, constato que o bem “Reboque/Krone” procedeu do Espírito Santo, e a alíquota de crédito é no percentual de 12%. A diferença para a alíquota interna de 18%, é que deve ser exigida. Contudo, o autuante aplicou 18% sobre o valor integral, como pode ser visto na fl. 38 e exige o valor de R\$3.600,00. Deste modo, o valor correto que deve ser exigido é de R\$1.200,00.

Elabora o autuante novo demonstrativo de débito para a infração, que perfaz o valor de R\$22.424,22, conforme demonstrado na fl. 107 do PAF.

Contudo, com a exclusão de parte do valor referente ao mês de novembro de 2017, qual seja o valor de R\$3.600,00, e a adição do valor de R\$1.200,00, no mês de novembro, a exigência fiscal perfaz R\$15.114,61, menos o valor apurado pela empresa, de R\$9,078,40, o ICMS Dif. de alíquota devido pela empresa assume o valor de R\$6.036,24.

Deste modo, o demonstrativo de débito da infração passa a ser:

MÊS /ANO 2017	ICMS DIFERENÇA DE ALÍQUOTA DEVIDO PELA EMPRESA
JANEIRO	0
FEVEREIRO	395,31
MARÇO	1.114,89
ABRIL	1.035,92
MAIO	3.211,83
JUNHO	2.814,09
JULHO	1.883,94
AGOSTO	4.573,22
SETEMBRO	130,25
OUTUBRO	0
NOVEMBRO	6.035,24
DEZEMBRO	0
TOTAL	21.195,69

Infração procedente em parte no valor de R\$21.195,69.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

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 **269369.0006/18-6**, lavrado contra **CATELAN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.255,09**, acrescido da multa de 60%, prevista art. 42, inciso II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões CONSEF, 25 de outubro de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR