

A. I. N° - 206960.0008/20-5
AUTUADO - LIQUIGÁS DISTRIBUIDORA S.A.
AUTUANTES - MARCO ANTONIO DE SOUZA FORTES e JUAREZ ANDRADE DE CAVALHO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.09.2024

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0207-05/24-VD**

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE ATIVO FIXO OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Após análise minuciosa dos itens que alegadamente estariam lançados erroneamente pelos autuantes após a informação fiscal, não foi possível acolher a pretensão do impugnante. Denegado pedido de nulidade. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 24.09.2020, sendo lançado imposto no valor total de R\$ 1.039,136,38, acrescido de multa de 60%, e demais acréscimos moratórios, em decorrência da seguinte infrações à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas ao ativo fixo ou consumo do estabelecimento.

Foi apresentada defesa às fls. 90/100, que em resumo, traz as seguintes alegações.

Que a fiscalização entendeu que deveria ter sido realizado cálculo diverso do feito pela impugnante entendendo que a base de cálculo é o valor da operação na unidade federada de origem, acrescido de IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante relativo à diferença de alíquotas integrarem a base de cálculo, conforme inciso XI, art. 17 da Lei 7.014/96.

Resulta que o imposto a pagar será o resultante da aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo, obtida a partir da retirada da carga tributária da operação interestadual e inclusão da carga tributária interna sobre o valor da mercadoria, subtraindo desse resultado o valor do imposto destacado no documento fiscal, determinado pelo parágrafo 6º do mesmo artigo da lei.

Que é incorreto esse cálculo que a fiscalização está cobrando aumentando o valor a ser recolhido sem ter amparo legal para tanto. Que havendo redução de base de cálculo do ICMS na UF de origem, para obtenção do valor da DIFAL a fiscalização deveria ter considerado o percentual do ICMS da operação interestadual estabelecido pela Resolução do Senado Federal e não abater apenas o valor destacado no documento fiscal.

A fiscalização não considerou a redução da base de cálculo do ICMS de produtos de informática prevista no Convênio 52/91 (carga de 12% do ICMS). Que a fiscalização incluiu o valor incorreto da carga tributária do ICMS de itens inclusos no convênio. Embutiu a carga de 5,14% na operação interna quando o correto seria ter embutido o calculado com base no percentual de 8%.

A fiscalização também incluiu duas vezes o valor do frete na base de cálculo da DIFAL. Sendo cobrado o frete na NF-e, o seu valor já compõe a BC do ICMS. Ao incluir as fórmulas de cálculo novamente, o valor do frete acabou por majorar indevidamente a base de cálculo da DIFAL.

Os fiscais não incluíram em alguns casos o valor do IPI na base de cálculo do ICMS quando havia esse imposto na nota fiscal. As autoridades fiscais não consideraram a redução da base de cálculo do ICMS de produtos de ferro e aço não planos, relacionados no Convênio ICMS 33/196, conforme art. 266, II do RICMS.

A partir de 03/2016, houve mudança da alíquota para 18%, mas foi incluído na base de cálculo do ICMS DIFAL o percentual de 17% quando deveria ter sido 18%. Assim, apresentando divergência

do que era mesmo realmente devido e, portanto, o valor de todo o auto de infração está totalmente incorreto.

Aponta que valores recolhidos foram até maiores no cálculo do impugnante (vide colunas AS e AU da planilha que segue anexa).

Aponta violação do art. 142 do CTN e pede a nulidade, por se tratar de vício material insanável. A seguir contesta a multa por considerar de caráter confiscatório afrontando o direito, e a constituição federal. Ao final, pede a anulação do auto de infração.

Os autuantes prestam a informação fiscal fls. 110/111.

Com relação às notas fiscais de transferências de botijões da filial de Sergipe, consideraram os valores do ICMS PRÓPRIO DESTACADO que derivam de uma BC com 80% do valor real de cada nota.

Como o Estado da Bahia não concede esta redução da base de cálculo da DIFAL, ocorreu uma distorção relevante a maior nos valores dos débitos da DIFAL, porque o aplicativo de fiscalização extrai o valor destacado do campo VALOR DO ICMS e subtrai este do valor total do DIFAL calculado, mas que consta correção em nova planilha e que foi sanada tal inconsistência.

Quanto à alíquota interna do estado de origem, o aplicativo da SEFAZ considera o valor do ICMS destacado na nota fiscal. É o que determina o parágrafo 6º, do art. 17 da Lei 7.014/96. Quanto ao caso de existência de benefício fiscal na origem, o CONSEF vem acatando esta argumentação e por conta disso foi elaborado nova planilha com estas considerações.

Quanto aos itens de informática, não foram encontrados os NCM relacionados no Conv. 52/91 e o art. 214, XIII trata de operações internas. Quanto à redução de base de cálculo prevista no Conv. ICMS 52/91, 8,80%, operações internas, e 5,14 % ou 8,80% nas operações interestaduais também se ajustou os cálculos das poucas notas fiscais de produtos com NCM do Conv. 42/91. Quanto aos produtos de ferro e aços planos, o art. 266, II do RICMS traz benefício para operações internas e não interestaduais.

Quanto ao erro na fórmula do cálculo com a mudança da alíquota de 17% para 18%, efetivamente houve erro e que também foi corrigido. Quanto ao recolhimento a menor apontado, em verdade não ocorreu. É que na planilha original se informou os totais recolhidos em cada mês, por CFOP e 2 deles não foram informados (CFOP 2353 e 2932) referente aos CTE. Foi por esta razão que a autuada achou que teria sido informado erroneamente os totais recolhidos. Que todos os valores da DIFAL recolhidos estão anexados ao PAF, fl. 88.

Quanto ao pedido de nulidade, alegam que os erros foram devidamente corrigidos. E em relação ao caráter confiscatório, entendem ser de competência da PGE/PROFIS e do CONSEF, a análise desta situação. À fl. 113, consta novo relatório reduzindo a infração para R\$ 67.532,96.

Intimado, o contribuinte se manifestou às fls. 139/55.

Que em razão das alegações na impugnação, o lançamento foi reduzido para R\$ 67.532,96. Que não obstante drástica redução, ainda permanecem inconsistências demonstradas no doc. 03 em anexo e que o lançamento não considera a disciplina legal e leva a constatação de que o crédito foi constituído sem a devida observância da legislação pertinente.

Que foi feito o cálculo de forma contrária à Resolução do Senado Federal 22/1989, na medida que o montante cobrado se revela em desacordo com a legislação. Que trata-se de vício material insanável uma vez que o respectivo ato administrativo se torna concreto e definitivo com a materialização do lançamento tributário.

Que havendo redução de base de cálculo do ICMS na origem, a fiscalização deveria ter considerado o ICMS nas operações interestaduais estabelecidas pela Resolução do Senado Federal e não apenas abater o valor destacado em documento fiscal.

Que a fiscalização pretende cobrar imposto sobre publicações periódicas, e que livros e jornais assim como o papel destinado a impressão são amparados pela imunidade. Reitera a não

consideração da redução de base de cálculo de produtos de informática conforme Convênio nº 52/91.

Contesta também a incidência sobre brindes (aba 3 da planilha anexa). Que pela própria natureza do brinde, não existiu agregação de valor e não há que se falar em diferencial de alíquota. Que a fiscalização também pretende cobrar ICMS em transferências entre estabelecimentos da autuada, em desacordo com a jurisprudência do STF.

Ratifica todos os termos da impugnação e consequente anulação do lançamento.

Os autuantes prestam nova informação fiscal às fls. 179/187.

Que as transferências de botijões e cilindros de gás da filial de Sergipe para a Bahia perfaz a quase totalidade na planilha original e que os autuantes consideraram o próprio ICMS destacado na nota fiscal e que as inconsistências apresentadas foram corrigidas.

Apresenta tabela com o demonstrativo feito pela autuada à fl. 156 em que o valor remanescente seria de R\$ 16.586,03.

EXIGÊNCIA DE DIFAL SOBRE LIVROS - R\$ 6.957,57

NÃO APLICAÇÃO DE REDUÇÃO DE BC PARA INFORMÁTICA – R\$ 75,59

MATERIAL PROMOCIONAL (BRINDES, PRESENTES) – R\$ 609,19

TRANSFERÊNCIA DE ATIVO/USO E CONSUMO – R\$ 19.701,27

NÃO APLICAÇÃO DE RED BC PARA MÁQUINAS INDUSTRIAIS – R\$ 23.603,31

TOTAL DO ICMS INDEVIDO – R\$ 50.946,93

DIFERENÇA A RECOLHER – R\$ 16.586,03.

Alegam que todas as falhas apresentadas foram corrigidas na informação fiscal e ratificam o valor apurado de R\$ 67.532,96.

VOTO

Trata-se de lançamento em única infração em que após a revisão do lançamento na informação fiscal, o inconformismo do contribuinte resiste, entendendo haver um valor residual não de R\$ 67.532,96, mas de R\$ 16.586,96 conforme demonstrativo apresentado.

Inicialmente foi pedida a nulidade do lançamento, mas a partir do próprio reconhecimento de parte do lançamento, tal pedido perde o objeto. Denegado o pedido de nulidade.

Não tendo concordância dos autuantes quanto ao valor que o autuado considera correto resta a este julgador apreciar cada um dos itens contestados na manifestação após a redução efetuada na informação fiscal.

A primeira é a referente aos livros que seria não incidente o imposto por imunidade constitucional. O demonstrativo analítico de fl. 157 mostra o valor alegadamente indevido pela empresa, de R\$ 6.957,57 e se reporta a LIVRO PORTA RETRATO C/IMA 20X13,5. A descrição não remete a livros, mas a porta retratos.

No ACÓRDÃO JJF Nº 0106-04/24-VD, em julgamento de idêntica infração da mesma empresa autuada, verifico que esta situação foi abordada conforme trecho abaixo:

Concordo com a não aceitação dos autuantes em relação a suposta inclusão de mercadorias “imunes”, por restar esclarecido que a única Nota Fiscal 4133 apontada pelo defendente, não se refere a aquisição de “livros”, e sim “Brindes” conforme se infere na descrição contida no referido documento fiscal: “LIVRO PORTA RETRATO C/IMA 20x13,5 -PROMO”

O segundo item do demonstrativo, diz respeito a equipamento de informática num valor supostamente indevido de R\$ 75,59 cuja descrição é “switch”, com NCM 84718000. A fundamentação é o inciso XIII, do art. 266 do RICMS, que trata de redução de base de cálculo para itens de informática. Consultando o regulamento, há sim diversos itens, contudo nenhum com essa NCM, e benefícios fiscais obedecem ao comando normativo do art. 111 do CTN, não podendo ter interpretação extensiva.

O terceiro item diz respeito à transferência de material promocional como brindes para distribuição a consumidor final, no crédito de valor em R\$ 609,19, sob auspícios do art. 388 do RICMS. Contudo o art. 389 explica o tratamento dado aos brindes, quando deve-se dar entrada no crédito e as saídas com alíquota interna. Ou seja, o lançamento da DIFAL está correta, visto que o contribuinte pode até mesmo utilizar-se do crédito fiscal.

O quarto item, é sobre a exigência da transferência de ativos ou itens de consumo no valor de R\$ 19.701,27, alegando a Súmula 166 do STJ e a decisão do STF que considera inconstitucional a incidência de ICMS nas transferências de estabelecimentos de mesmo titular. Conforme consulta no link do STF abaixo, ressaltando que os fatos geradores deste lançamento se situam entre 2016 e 2018.

*A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Kandir (Lei Complementar 87/1996) que possibilitava a cobrança do ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa **jurídica terá eficácia somente a partir do exercício financeiro de 2024**. Por maioria de votos, o colegiado modulou os efeitos do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 49, realizado em 2021. O resultado foi proclamado na sessão desta quarta-feira (19). (<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=505933&ori=1#:~:text=A%20decis%C3%A3o%20do%20Supremo%20Tribunal,do%20exerc%C3%ADcio%20financeiro%20de%202024>).*

O quinto item se reporta a máquinas e equipamentos industriais, no valor de R\$ 23.603,31. Alega que se trata de equipamentos industriais do Conv. ICMS 52/91 e do art. 266, I, “a” do RICMS. Consultando o demonstrativo analítico, os equipamentos tem NCM 84243090. Contudo, consultando o Anexo I do supracitado convênio, não foi encontrado tal NCM entre as mercadorias beneficiadas com redução de base de cálculo.

Assim posto, após análise minuciosa dos itens que alegadamente estariam lançados erroneamente pelos autuantes após a informação fiscal, não foi possível acolher a pretensão do impugnante.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento, acatando os valores da revisão efetuada, no valor de R\$ 67.532,96.

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 206960.0008/20-5, lavrado contra **LIQUIGÁS DISTRIBUIDORA S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 67.532,96**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, com as alterações promovidas pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2024.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - PRESIDENTE

ILDEMAR JOSE LANDIN –RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR