

A. I. N° - 269278.0023/22-7
 AUTUADO - PORTAL VAREJO E DISTRIBUIDOR LTDA.
 AUTUANTE - SÍLVIO CHIAROT DE SOUZA
 ORIGEM - DAT SUL / IFEP SUL

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0311-06/24-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SAÍDAS SUBSEQUENTES NÃO TRIBUTADAS. As EFDS relativas aos meses de ocorrência dos fatos geradores evidenciam que o contribuinte se apropriou do crédito de 12%, nas operações indicadas pela fiscalização, ao contrário do que alega, inexistindo lançamento de estorno de parte do crédito escriturado. Infração caracterizada. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTA INTERNA E INTERESTADUAL. **a)** BENS DO ATIVO. Embora o Convênio 132/92 atribua responsabilidade ao fabricante para recolhimento do ICMS substituição tributária, inclusive para o recolhimento do diferencial de alíquotas, não há, todavia, previsão de substituição tributária para a NCM 8704.22.10, no Convênio 92/15, ao qual a Cláusula primeira do Convênio 132/92 remeteu a norma. Nas demais operações, a responsabilidade do Sujeito Passivo se impõe com base na regra geral prevista na legislação. Infração caracterizada; **b)** BENS DE USO/CONSUMO. No que se refere à aquisição de brindes, embora não se destine à comercialização, o RICMS/12 prevê a necessidade de creditamento do ICMS destacado na Nota Fiscal de entradas e, ao mesmo tempo, a emissão de Nota Fiscal de saída, com a aplicação da alíquota interna ao Estado da Bahia, resultando, na prática, em recolhimento da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, conforme se extrai da leitura dos artigos 388 e 389 do diploma regulamentar baiano. Infração caracterizada. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Tratando-se de Nota Fiscal emitida para documentar a devolução da mercadoria adquirida, deve-se aplicar, à operação, a mesma alíquota adotada no documento de origem, objetivando estornar o crédito apropriado. Infração parcialmente elidida. Rejeitada a diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/12/2022 (ciência em 09/01/2023, pelo DT-e), exige ICMS no valor histórico de R\$ 37.061,99, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 001.002.026: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Períodos:

31/01/2018 a 30/11/2019. Multa: 60%, com base no Artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96. ICMS: R\$ 23.236,24.

Infração 02 - 003.002.002: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Períodos: 31/03/2018 a 31/12/2018. Multa: 60%, com base no Artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96. ICMS: R\$ 270,87.

Infração 03 - 006.001.001: 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 do próprio estabelecimento. Períodos: 31/05/2018 a 30/11/2018. Multa: 60%, com base no Artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96. ICMS: R\$ 11.994,20.

Infração 04 - 006.002.001: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Períodos: 31/01/2018 a 31/12/2018. Multa: 60%, com base no: Artigo 42, inciso II, alínea 'f', da Lei 7.014/96. ICMS: R\$ 1.560,68. A autuada apresenta impugnação às folhas 32/37, mediante a qual aduz os seguintes argumentos.

Quanto à Infração 01, alega que somente se apropriou de crédito no montante de 10,588%, e não de 12%, como está consignado no lançamento. Colaciona planilha em conformidade com os arquivos SPED apresentados. Solicita diligência para apurar o quanto alega. Afirma que somente admite o lançamento naquilo que se refere à diferença de os 10%, permitidos, e os 10,588%, percentual apropriado, o que reduziria o valor lançado para R\$ 6.506,69.

Quanto à Infração 02, alega que a NF 105.418 (emissão em 09/03/18) é referente a uma devolução integral, o que justifica a alíquota adotada. Quanto às demais Notas Fiscais objeto do lançamento, admite que se trata de cosméticos, o que justifica a cobrança de 2%, adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Admite, portanto, como devido o montante de R\$ 87,92.

Quanto à Infração 03, alega que a responsabilidade pelo recolhimento do diferencial de alíquotas, nas operações com veículos automotores, é do estabelecimento importador e do estabelecimento industrial fabricante (conforme Cláusula Primeira do Convênio ICMS 132/92), o que lhe desonera da cobrança do Difal, nas aquisições relativas às Notas Fiscais nº 410137 (junto à Volkswagen) e relativas às Notas Fiscais nº 629203 e 667410 (junto à Dell Computadores), ambas possuidoras de inscrição estadual de substituta tributária no cadastro do Estado da Bahia.

Quanto às Notas Fiscais nº 76589 e 77132 (junto à empresa Rosseti Equipamentos), admite ser de sua responsabilidade o débito de R\$ 2.625,00, haja vista o fornecedor não possuir inscrição no Estado da Bahia.

Quanto à Infração 04, alega que inexiste a responsabilidade pelo recolhimento do diferencial de alíquotas, uma vez que as Notas Fiscais listadas se referem a operações de simples remessa de materiais personalizados utilizados como propaganda e marketing (6.949) e, portanto, sem qualquer relação com a acusação de material de uso/consumo.

À luz do exposto, requer que seja declarada a procedência da impugnação, para o fim de que seja julgado parcialmente procedente o presente lançamento. Nestes termos, pede deferimento. Às folhas 49/54, o autuante presta informação fiscal, mediante a qual tece as seguintes considerações.

Quanto à Infração 01, admite que a argumentação da empresa não é absurda, mas pontua que o art. 6º do Dec. 7.799/00 impõe uma limitação no crédito de 10% das mercadorias sujeitas ao benefício fiscal de redução da BC.

Argumenta que, se o contribuinte não aceita os termos do acordo, como nele previstos, pode abrir mão do benefício e usar o crédito total, sem redução da base de cálculo nas saídas subsequentes. Ressalta que o cálculo efetuado pelo contribuinte (R\$ 6.506,69) não está correto, pois o valor total a ser estornado seria de R\$ 16.404,78.

Quanto à Infração 02, ressalta que a defesa concorda com a infração, apenas consignando que a NF 105.418 se refere a uma devolução integral. Argumenta que, em não havendo qualquer erro na sua emissão, não haveria porque reclamar a diferença sobre produtos adquiridos de fato. Aduz que as bebidas, neste documento, foram tributadas normalmente, considerando a redução da base de cálculo. Conclui que não há como rejeitar o cálculo sobretudo porque a defesa não revela a NF que teria sido devolvida integralmente.

Quanto à Infração 03, argumenta que o Convênio 132/92 não prevê a responsabilidade pelo recolhimento do difal para caminhões, cuja NCM é 8404.2210. Conclui, portanto, que a responsabilidade pelo pagamento do difal é do adquirente, e não do remetente. Aduz os mesmos argumentos relativamente aos computadores Dell, cuja responsabilidade não é do remetente.

Relativamente às NF 76589 e 77132, emitidas pelo fornecedor Rossetti Equipamentos, diferentemente do que alega o contribuinte, assevera que tal fornecedor não possui inscrição no Estado da Bahia, mas apenas no Estado de São Paulo, ressaltando que, nos documentos fiscais emitidos, o fornecedor destacou apenas o ICMS normal, restando o complemento de alíquota, que está sendo reclamado neste AI.

Quanto Infração 04, alega que, embora os produtos sejam transferidos de outro estado sob o CFOP 6.949, trata-se de material de propaganda, a ser utilizado pela destinatária, em suas atividades comerciais, vindo com a tributação normal de 7%, sendo necessário complementar a alíquota. Argumenta que adotar um CFOP estranho à operação não elide a cobrança do difal.

Esse é o relatório.

VOTO

Considerando que não foram suscitadas questões preliminares, adentro diretamente ao mérito da autuação, conforme segue.

Denego o pedido de diligência, por entender que os elementos do processo são suficientes à formação da convicção dos demais julgadores.

No mérito, quanto à Infração 01, a conduta autuada foi descrita como “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto*”. Trata-se de utilização, por parte do contribuinte, de crédito de 12%, em operações com mercadorias que desfrutam de benefício fiscal de redução da base de cálculo, na saída subsequente, conforme esclarece a peça inaugural do lançamento.

O Sujeito Passivo se opôs parcialmente ao lançamento, alegando que “*se apropriou do percentual de 10, 58%, permitidos conforme o seu entendimento, e não os 12% que está lançado na infração apresentada*”.

Examinando as EFDs relativas aos meses de ocorrência dos fatos geradores, é possível notar que o contribuinte se apropriou do crédito de 12%, nas operações indicadas pela fiscalização, inexistindo lançamento de estorno de parte do crédito escriturado, conforme alega.

Sendo isso verdade, e não havendo elemento de prova que evidencie algo em sentido contrário, é forçoso concluir que assiste razão à fiscalização.

Em consequência, julgo procedente a Infração 01.

Quanto à Infração 02, a conduta empresarial foi descrita como “*Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente*

“escrituradas”. Trata-se, em sua grande maioria, de operações de saída de cosméticos, em que o contribuinte fez uso de uma alíquota de 18%, ao invés de 20%, segundo prevê a Instrução Normativa 05/2016, conforme esclarece a peça inaugural do lançamento.

O Sujeito Passivo se opôs parcialmente ao lançamento, contestando o crédito tributário, apenas, naquilo que se refere à Nota Fiscal nº 105418, alegando que se trata de operação de devolução integral de mercadorias, o que justificaria a alíquota adotada.

Examinando a cópia da Nota Fiscal nº 105418, à folha 42 do processo, é possível concluir que se trata, efetivamente, de uma operação interna de devolução. Ora, tratando-se de Nota Fiscal emitida para documentar a devolução da mercadoria adquirida, deve-se aplicar, à operação, a mesma alíquota adotada no documento de origem, objetivando estornar o crédito apropriado.

Assim, possui razão o Sujeito Passivo, devendo ser excluída tal operação do demonstrativo de débito.

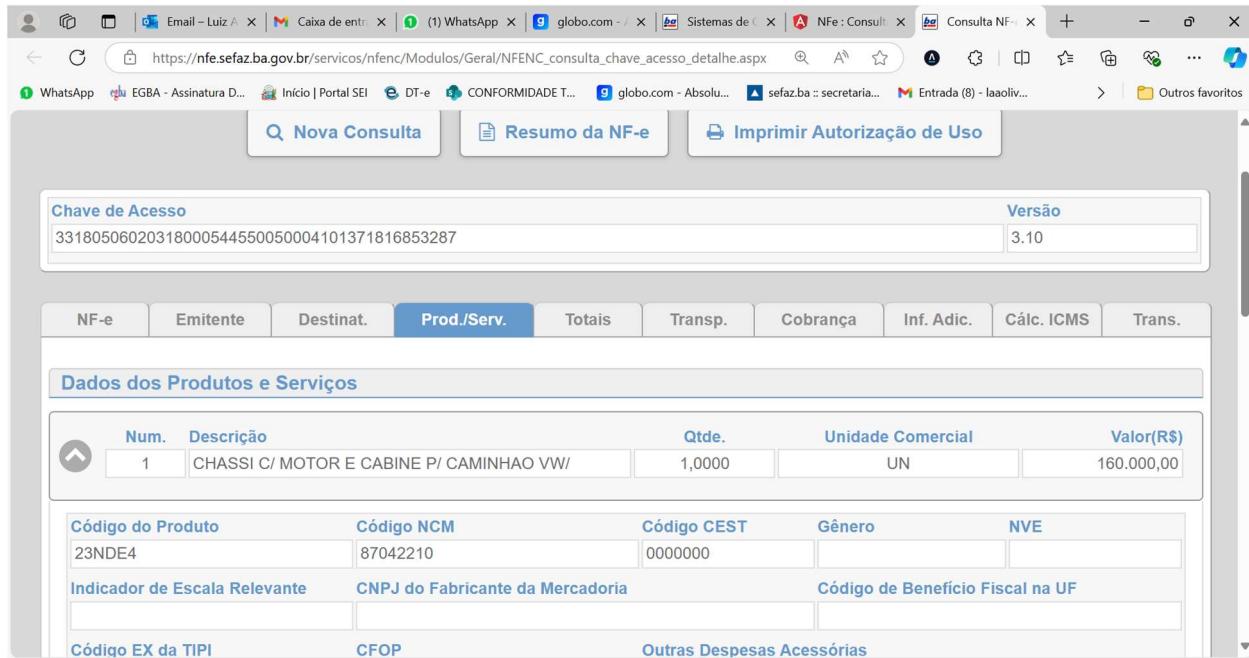
Julgo, portanto, Procedente em Parte a Infração 02, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS
mar/18	R\$ -
ago/18	R\$ 22,99
set/18	R\$ 26,93
out/18	R\$ 21,64
nov/18	R\$ 8,19
dez/18	R\$ 8,17
TOTAL	R\$ 87,92

Quanto à Infração 03, a conduta empresarial foi descrita como “*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 do próprio estabelecimento*”. Trata-se de lançamento fiscal que teve por objeto apenas cinco Notas Fiscais devidamente identificadas no demonstrativo de débito, à folha 24.

O Sujeito Passivo se opôs parcialmente ao lançamento. Quanto à NF 410137 (emitida pela Volkswagen), alega que a responsabilidade, pelo recolhimento do tributo, é do estabelecimento importador ou do industrial fabricante, conforme prevê o Convênio 132/92. Quanto às NFs 629203 e 667410 (emitidas pela Dell Computadores), alega que o emitente possui inscrição tributária na Bahia como substituto.

Examinando o documento fiscal nº 410137, é possível notar que a mercadoria adquirida foi descrita como “CHASSI C/ MOTOR E CABINE P/ CAMINHÃO VW” (NCM: 87042210), conforme imagem abaixo.



Num.	Descrição	Qtde.	Unidade Comercial	Valor(R\$)
1	CHASSI C/ MOTOR E CABINE P/ CAMINHAO VW/	1,0000	UN	160.000,00

Código do Produto	Código NCM	Código CEST	Gênero	NVE
23NDE4	87042210	0000000		

Indicador de Escala Relevante	CNPJ do Fabricante da Mercadoria	Código de Benefício Fiscal na UF

Código EX da TIPI	CFOP	Outras Despesas Acessórias

Embora o Convênio 132/92 atribua responsabilidade ao fabricante para recolhimento do ICMS substituição tributária, inclusive para o recolhimento do diferencial de alíquotas, não há, todavia, previsão de substituição tributária para a NCM 8704.22.10, no Convênio 92/15, ao qual a Cláusula primeira do Convênio 132/92 remeteu a norma, conforme abaixo.

*“Cláusula primeira Nas operações interestaduais com veículos novos classificados nos códigos da Nomenclatura Comum do Mercosul - Sistema Harmonizado - NCM/SH, **identificadas no Anexo XXVI do Convênio ICMS 92/15, de 20 de agosto de 2015**, fica atribuída ao estabelecimento importador e ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS devido nas subsequentes saídas até e inclusive à promovida pelo primeiro estabelecimento revendedor varejista ou entrada com destino ao ativo imobilizado.”*

Não havendo previsão de retenção do ICMS substituição tributária relativamente ao diferencial de alíquotas, entendo pertinente a exigência fiscal neste ponto.

Quanto às NFs 629203 e 667410 (emitidas pela Dell Computadores), embora o emitente possua inscrição, neste Estado, como substituto tributário, a mercadoria autuada não se presta à comercialização, mas se destina ao ativo imobilizado da empresa Portal Varejo, o que lhe sujeita ao recolhimento do diferencial de alíquotas, conforme regra geral do imposto.

Assim, entendo que a Infração 03 é Procedente.

Quanto à Infração 04, a conduta empresarial foi descrita como “*Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento*”. O Sujeito Passivo alega tratar-se de aquisição fiscal relativa a material de propaganda, recebido de outros Estados da Federação.

Embora não se destine à comercialização, por parte do adquirente, o RICMS/12 prevê a necessidade de creditamento do ICMS destacado na Nota Fiscal de entradas e, ao mesmo tempo, a emissão de Nota Fiscal de saída, com a aplicação da alíquota interna ao Estado da Bahia, resultando, na prática, em recolhimento da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, conforme se extrai da leitura dos artigos 388 e 389 do diploma regulamentar baiano, abaixo reproduzidos.

“Art. 388. Considera-se brinde ou presente a mercadoria que, não constituindo objeto normal da atividade do contribuinte, tiver sido adquirida para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final.

Art. 389. 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 (grifo acrescido) e fazendo constar, no local destinado à indicação do destinatário, os mesmos dados 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.

...”

Assim, como não procedeu da forma como prescreve a legislação, faz-se pertinente a exigência da diferença entre as alíquotas, conforme procedeu a fiscalização. Entendo, por conseguinte, que a infração se encontra caracterizada, em face do que a julgo procedente. Do exposto, julgo o Auto de Infração Procedente em Parte, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

INFRAÇÃO	ICMS
1	R\$ 23.236,24
2	R\$ 87,92
3	R\$ 11.994,20
4	R\$ 1.560,68
TOTAL	R\$ 36.879,04

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269278.0023/22-7, lavrado contra **PORTAL VAREJO E DISTRIBUIDOR LTDA.**, devendo ser intimado o Sujeito Passivo a efetuar o pagamento do imposto no montante de R\$ 36.879,04, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, inciso II, alíneas “a” (sobre R\$ 87,92), e “f” (sobre R\$ 13.554,88), e inciso VII, alínea “a” (sobre R\$ 23.236,24), da Lei 7.014/96, além dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de novembro de 2024.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR