

**PROCESSO** - A. I. N° 279691.0807/06-0  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PRIMO SCHINCARIOL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES DO NORDESTE S/A.  
**RECORRIDOS** - SCHINCARIOL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES DO NORDESTE S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0325-03/06  
**ORIGEM** - IFEP – DAT/NORTE  
**INTERNET** - 02/12/2009

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0329-11/09

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovado o pagamento do imposto, antes da ação fiscal. Exigência insubstancial. Mantida a Decisão recorrida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ESTORNO INDEVIDO DE DÉBITO FISCAL. Estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação. Decisão recorrida mantida em relação à infração 2 e modificada em razão do restabelecimento da infração 5. Exigências subsistentes. **b)** MATERIAIS DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal de material de uso e consumo. Modificada a Decisão recorrida em razão do restabelecimento da infração 03 e redução da infração 06. **c)** BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. O autuado creditou-se de valor superior ao permitido pela legislação. Infração comprovada através de diligência fiscal. Mantida a Decisão recorrida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração parcialmente caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recursos **PARCIALMENTE PROVIDOS**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, em face da Decisão proferida no Acórdão JJF N° 0325-03/06 da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela procedência em parte do Auto de Infração em epígrafe, e de Recurso de Ofício em razão do julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito exigido no lançamento, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, no valor total de R\$ 516.138,15, em decorrência das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - Deixou de recolher o ICMS devido, no valor de R\$ 970,35, pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento. Consta na descrição dos fatos que a infração decorre de dois processos de importação onde o contribuinte calculou corretamente o ICMS, mas preencheu a GNRE - Guia Nacional de Tributos Estaduais - tendo como contribuinte o CNPJ de um estabelecimento localizado em outra unidade da Federação;

INFRAÇÃO 2 - Efetuou estorno de débito de ICMS, no valor de R\$ 232.763,30, em desacordo com a legislação deste imposto, relativo ao ICMS destacado em diversas notas fiscais de empréstimo de bens do ativo imobilizado, emitidas em 2002 e posteriormente vendidos ao destinatário das mercadorias, sendo o ICMS das notas fiscais de empréstimo estornado no livro RAICMS, nos meses de junho, outubro e novembro de 2004;

INFRAÇÃO 3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 64.433,69, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, referente à aquisição de GLP para empilhadeira;

INFRAÇÃO 4 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 50.505,08, relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação;

INFRAÇÃO 5 - Efetuou estorno de débito de ICMS, no valor de R\$ 144.000,00, em desacordo com a legislação deste imposto. Consta na descrição dos fatos que o estorno indevido refere-se ao ICMS destacado na nota fiscal nº. 442204, de 10/05/2004, referente operação sem débito do ICMS, emitida com destaque do ICMS, sendo o ICMS estornado indevidamente no livro RAICMS;

INFRAÇÃO 6 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 10.384,17, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, referente à aquisição de materiais utilizados no tratamento de água não relacionados com a produção;

INFRAÇÃO 7 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 13.081,56, decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao uso e consumo do estabelecimento.

Por meio do Acórdão JJF Nº. 0325-03/06, o Auto de Infração foi julgado procedente em parte, no montante de R\$ 306.784,11, diante dos seguintes entendimentos:

1. Quanto à infração 1, a JJF entendeu que houve apenas um erro formal no preenchimento da guia de recolhimento específica, sem qualquer prejuízo ao Erário Estadual, pois o ICMS incidente sobre a operação, no montante de R\$ 970,35, foi calculado corretamente, cujo valor foi recolhido ao Estado da Bahia, conforme GNRE preenchida em nome do requerente, com seu endereço, mas, por equívoco, com o CNPJ da transportadora DHL Worldwide Express Brasil Ltda (fl.16). Assim, julgou improcedente este item do Auto de Infração.
2. Com relação à infração 2, a JJF entende que as operações realizadas a título de empréstimo são tributadas normalmente pelo ICMS e os bens do ativo imobilizado teriam o registro obrigatório no livro CIAP do autuado. Assim, o órgão julgador não acata a alegação do autuado de que as referidas operações estariam sob o abrigo da não-incidência, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do RICMS-BA. Salienta o relator que não verificou nos autos a existência de contrato celebrado pelo autuado com as características de comodato. Por fim, aduziu que o estorno de débito só é admitido quando não se referir a valor constante em documento fiscal. Julga procedente esta infração.
3. No que tange à infração 3, constatou a JJF que o combustível utilizado nas empilhadeiras foi aplicado para viabilização da atividade industrial e comercial do autuado, não se constituindo material de consumo, mas, sim, considerado insumo necessário à sua atividade, integrante do custo das mercadorias vendidas, com direito ao crédito fiscal, nos termos do artigo 93, § 1º, do RICMS. Julgou improcedente este item.
4. Relativamente à infração 4, verificou o relator da JJF que o autuado lançou no livro CIAP a Nota Fiscal nº 149462 em duplicidade (fls. 51 e 53) e registrou valores a título de crédito fiscal a maior relativo à Nota Fiscal nº 46962 (fls. 52 e 86). Quanto à Nota Fiscal nº 39419 (fl. 87), foi consignado que, segundo o autuante, os bens nela constantes, foram devolvidos pelo impugnante e, por isso, não geraria direto à apropriação do crédito proporcional de 1/48, e o autuado não produziu as provas necessárias para elidir a acusação. Também a JJF não acolheu o protesto do autuado de que os dados levantados pela fiscalização foram extraídos de livros informais da empresa, sob a justificativa de que as planilhas acostadas aos autos (fls. 51 a 67), referem-se aos valores que foram apropriados a título de crédito fiscal pelo impugnante e glosados no presente Auto de Infração. Julgou procedente esta infração.
5. Concernente à infração 5, aduziu a JJF que, apesar de o autuado ter adotado procedimento contrário às regras previstas no artigo 112 do RICMS, que veda o estorno de débito fiscal

quando o valor for destacado em documento fiscal, verificou que tal procedimento não ensejou prejuízo ao Erário baiano, tendo em vista que o imposto indevidamente estornado no mês de junho de 2004 refere-se a valores que foram recolhidos de forma incorreta no mês de maio de 2004, conforme reconhece o próprio autuante, em sua peça acusatória, quando diz que a operação relativa à Nota Fiscal nº 442.204 não sofre a incidência do imposto (fl. 03). Assim, a JJF julgou improcedente a acusação fiscal referente a esse item do Auto de Infração, aplicando a penalidade de R\$ 50,00, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, por descumprimento de obrigação acessória, em razão do autuado ter descumprido os dispositivos estatuídos nos artigos 112 e 113 do RICMS-BA.

6. Por fim, quanto às infrações 6 e 7, relativas à utilização indevida de crédito fiscal e falta de pagamento das diferenças de alíquotas correspondentes a produtos aplicados no tratamento de água que alimenta as caldeiras, entendeu o órgão julgador que os referidos produtos não podem ser considerados insumos ou produtos intermediários, por não integrarem o produto final do defensor, como também não se desgastam no seu processo produtivo na condição de elemento essencial para a elaboração do produto final. Aduziu a JJF que, tanto a peça acusatória (fl. 69) quanto a defesa apresentada pelo autuado (fl. 84), demonstram que o produto Nalco N e Gás Cloro, são utilizados para resfriamento de caldeira e não para integrar o produto final produzido pela empresa. Assim, foram julgados procedentes estes itens do Auto de Infração, por restar comprovado que os produtos utilizados no tratamento de água são destinados ao uso e consumo da empresa.

A JJF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, conforme legislação em vigor.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, onde requer a reforma do Acórdão, diante das seguintes alegações:

Relativo à infração 2, salienta o recorrente que realizou empréstimo de vasilhames, registrados em seu ativo imobilizado, emitindo documentos fiscais com débito do ICMS, em razão do fisco entender que a aplicação do art. 6º, XIV, “a”, do RICMS, exige contrato de comodato entre as partes. Salienta que no retorno dos bens comodatados, haveria o direito do recorrente de se creditar do imposto. Contudo, antes do retorno físico dos bens, realizou a venda dos mesmos, cujas operações de venda não sofreram a incidência do ICMS, por força do disposto no art. 6º, VIII, do RICMS. Assim, segundo o recorrente, nesse contexto, só lhe restou à opção pelo estorno do ICMS anteriormente debitado. Registra o apelante que os argumentos utilizados na Decisão recorrida são absolutamente impertinentes à solução do caso, pois a não-incidência do art. 6º, VIII, do RICMS, às operações de venda de ativos imobilizados (vasilhame) é matéria estranha aos autos, cuja acusação fiscal diz respeito ao estorno do ICMS que havia sido debitado quando das operações de comodato. Ressalta que, ainda que não se admitisse o estorno praticado pelo recorrente, teria que se aceitar o crédito do ICMS pelo retorno simbólico dos bens, o que, segundo o apelante, comprova que não ocorreu qualquer prejuízo ao fisco. Assim, sustenta que a melhor solução ao caso é aquela aplicada pela própria 3<sup>a</sup> JJF à infração 5, com a imposição de multa prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, por descumprimento dos artigos 112 e 113 do RICMS.

Quanto à infração 4, aduz o recorrente ser a acusação fiscal deficiente e não permitir se manifestar adequadamente sobre ela, uma vez que os dados de que parte a acusação fiscal, referentes às aquisições de 2001 a 2003 (colunas “A”, “B” e “C” do Demonstrativo da Apropriação do Crédito Fiscal do Ativo Imobilizado), foram extraídos de planilhas informais mantidas pelo requerente (Demonstrativo elaborado pela Schincariol) e não do CIAP. Sustenta o apelante que caberia ao autuante aprofundar seu trabalho e buscar os dados de que necessitava em fontes oficiais, como as informações do CIAP, referentes à base de cálculo do crédito aproveitado mês a mês. Aduz que outro defeito do “Demonstrativo da Apropriação do Crédito Fiscal do Ativo Imobilizado” está nos valores referentes às baixas de ativo imobilizado e, consequentemente, do ICMS a recuperar (coluna “M” e “N”), haja vista que tais valores foram extraídos do livro razão, e

não do CIAP. Assim, o recorrente assevera que não há aproveitamento a maior de crédito decorrente de aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado.

Por fim, inerentes às infrações 6 e 7, as quais são diretamente relacionadas por se referirem às mesmas operações, sustenta o recorrente que, em verdade, parte dos bens a que se refere à autuação (N2855; N2230 e N9541) é utilizado no tratamento da água que alimenta as caldeiras a vapor, que serve como fonte de energia térmica para aquecimento nos processos de cozimento de mosto, dissolvimento do açúcar, pasteurização da cerveja e nas lavadoras de garrafas, sendo inegável que tais produtos devem ser tidos por produtos intermediários. Já o gás cloro atua diretamente na produção, também como verdadeiro produto intermediário, consumindo-se na água utilizada na fabricação das cervejas e dos refrigerantes. Assim, segundo o recorrente, nessa condição, o art. 93, I, “b”, do RICMS autoriza o aproveitamento do crédito do ICMS e, em consequência, não há de se falar em exigência do diferencial de alíquotas.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, às fls. 165 a 173 dos autos, entende que a infração 2 está caracterizada, pois para fazer jus ou se enquadrar na situação de não incidência prevista no art. 6º, VIII, do RICMS, deveria haver nos autos prova de que o bem integrava o ativo permanente do recorrente e que tenha sido objeto de uso, no próprio estabelecimento, por mais de um ano, antes da desincorporação. Ressalta a PGE/PROFIS que não foi apresentado pelo recorrente o registro no livro CIAP dos créditos resultantes de operações relativas a entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, conforme determina o art. 331, § 5º, do RICMS. Salienta ainda que, pela própria descrição dos fatos, verifica-se que, na realidade, a operação realizada pelo recorrente não se caracterizou como contrato de comodato, nos termos prescritos no art. 579 do Código Civil (emprestimo gratuito de coisas infungíveis), devido à fungibilidade dos vasilhames. Assim, entende a PGE/PROFIS que a infração “estorno indevido” restou, efetivamente, caracterizada considerando que o art. 112 do RICMS estabelece que o débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal, sendo que o próprio contribuinte confessou que fez incidir o ICMS nas operações de empréstimos de vasilhames. Assim, sustenta que houve prejuízo efetivo ao Estado da Bahia, uma vez que ao efetuar o estorno indevido, houve recolhimento a menor do ICMS. Nesse sentido, segundo o opinativo, não há como acolher o pedido do recorrente de aplicação da multa do art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, uma vez que este dispositivo se refere a mero descumprimento de obrigação acessória.

Quanto às infrações 4, 6 e 7, a PGE/PROFIS sugere a realização de diligência, para que seja analisada pela ASTEC a questão da divergência contábil levantada no Recurso Voluntário acerca da infração 4, como também para que esclareça, em relação às infrações 6 e 7, detalhadamente, qual a forma de utilização do Gás Cloro pelo contribuinte, bem como se este produto é inteiramente consumido em cada etapa de produção e se integra o produto final.

Em pauta suplementar, do dia 14 de fevereiro de 2008, esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal converteu o PAF em diligência para a ASTEC, de forma a esclarecer:

1. Em relação à infração 04, se realmente procede à alegação do recorrente de que os dados de que partiu a acusação fiscal, referentes às aquisições de 2001, 2002 e 2003, foram extraídos de planilhas informais mantidas pelo recorrente e não do livro CIAP, como também de que não há aproveitamento a maior do crédito decorrente de aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado. Além disso, em relação ao exercício de 2004, se é pertinente o demonstrativo apresentado pelo recorrente relativo às diferenças identificadas pelo mesmo entre o levantamento fiscal e o CIAP (fl. 155).
2. *Detalhadamente*, em relação às infrações 06 e 07, qual a forma de utilização do Gás Cloro pelo contribuinte, bem como se este produto é inteiramente consumido em cada etapa de produção e se integra o produto final.

A ASTEC, através do Parecer de nº. 155/2008, às fls. 177 a 179 do PAF, chegou a seguinte conclusão:

1. Os dados dos quais partiu a acusação fiscal, referentes às aquisições de 2001, 2002 e 2003, não foram extraídos do livro CIAP, conforme consta da informação fiscal do autuante;

2. Há aproveitamento a maior do crédito decorrente de aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado, registrado em duplicidade no livro CIAP, e também crédito sobre aquisição que foi devolvida;
3. Os valores do demonstrativo de fl. 155 apresentado pelo autuado são diferentes dos valores constantes no livro CIAP nº. 04. Os valores desse demonstrativo são iguais aos valores das planilhas que o próprio autuado denominou de “planilhas informais”;
4. Sobre forma de utilização do Gás Cloro, consta no documento assinado pelo químico da empresa que *“O gás cloro é utilizado para desinfecção da água empregada na fabricação de cervejas e refrigerantes. Este gás é essencial para o controle de uma série de compostos que causam odores desagradáveis, cor e sabor na água, em virtude da oxidação dos seus constituintes. É deixado um residual de cloro no sistema de distribuição da água, a fim de protegê-la contra a contaminação por microorganismos”*.

Instados a tomarem ciência do resultado da diligência realizada pela ASTEC, apenas o sujeito passivo se manifesta, às fls. 232 a 235 dos autos, onde aduz que:

1. Em relação à infração 4:
  - A diligência reconhece que a acusação partiu de planilhas informais e não do livro CIAP.
  - Ao contrário do que fora constatado em diligência, a Nota Fiscal nº 149462, com data de entrada de 30/12/2004, não foi registrada em duplicidade no livro CIAP, mas, apenas uma única vez. Assim, segundo o recorrente, não há que se falar em aproveitamento de crédito a maior.
  - Quanto à Nota Fiscal nº 39419, é legítimo o aproveitamento de crédito na proporção de 1/48 durante o período em que o bem foi adquirido (08/04) até a data de sua devolução (11/04).
  - Conforme faz prova o livro CIAP, referente ao período de 01/04 a 12/04, os valores informados na coluna “CIAP” do demonstrativo de fls. 155 são, sim, oriundos do livro CIAP, e não de planilhas informais. Assim, reitera as diferenças identificadas entre o levantamento fiscal e o CIAP.
2. Em relação às respostas ofertadas às infrações 6 e 7 da diligência fiscal, aduz o recorrente:
  - Foi confirmada a utilização do gás cloro como produto intermediário, consumindo-se na água utilizada na fabricação das cervejas e refrigerantes.

Assim, diante destas considerações, o recorrente reforça seu pedido de reforma da Decisão recorrida, referentes aos pontos enfrentados no Recurso Voluntário.

A PGE/PROFIS, em sua manifestação à fl. 277 dos autos, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, uma vez que entende que o Parecer técnico da ASTEC esclarece os pontos solicitados. Aduz a PGE/PROFIS que houve por parte do contribuinte utilização a maior do crédito fiscal relativo às aquisições de ativo imobilizado, como também que o gás cloro não deve ser considerado insumo, nem produto intermediário, já que se destina a desinfecção da água, não se integrando ao produto final.

## VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado integralmente o sujeito passivo dos débitos originalmente exigidos, relativos às infrações 1 e 3, e parcialmente em relação à infração 5, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “a”, item “1”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às infrações: 2, 4, 6 e 7 do lançamento de ofício.

Inicialmente, da análise das razões do Recurso Voluntário, inerente à segunda infração, a qual exige o ICMS, no valor de R\$ 232.763,30, em decorrência de estorno de débito em desacordo com a

legislação, relativo ao ICMS destacado em diversas notas fiscais de empréstimo de bens do ativo imobilizado (vasilhame), os quais foram posteriormente vendidos ao destinatário das mercadorias, corrobora com o entendimento emanado pela PGE/PROFIS de que restou caracterizada a infração “estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto”, visto que o art. 112 do RICMS estabelece que:

*“Art. 112. O débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal.*

*§ 1º Se o imposto já houver sido recolhido, far-se-á o estorno ou anulação mediante utilização de crédito fiscal, nos termos do inciso VIII do art. 93, nos casos de pagamento indevido em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação.*

*§ 2º É vedada a restituição ou a autorização para aproveitamento como crédito fiscal, ao estabelecimento remetente, do valor do imposto que tiver sido utilizado como crédito pelo estabelecimento destinatário, a menos que se comprove que o mesmo procedeu ao estorno do respectivo valor.*

*§ 3º No caso de devolução de bens adquiridos para uso, consumo ou ativo permanente, já tendo sido paga a diferença de alíquotas, o estorno do débito atenderá ao disposto no § 2º do art. 652.*

*§ 4º O débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, quando não for admissível o estorno ou anulação nos termos deste artigo, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.”*

Assim, nos termos do § 2º do art. 112 do RICMS, acima transcrito, diante da constatação de que os estornos de débitos decorreram de operações anteriores de empréstimos, com destaques do ICMS, ensejando os correspondentes créditos fiscais aos destinatários, é vedada a restituição ou a autorização para aproveitamento como crédito fiscal pelo estabelecimento remetente, a menos que se comprove que o destinatário não se creditou ou estornou o referido crédito fiscal, o que não restou comprovado pelo sujeito passivo. Logo, não há como acolher o pedido do recorrente de aplicação da multa do art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96. Exigência subsistente.

Inerente à quarta infração, relativa à apropriação de crédito fiscal em valor superior ao permitido na entrada de bem do ativo imobilizado, restou comprovado, através da diligência fiscal realizada pela ASTEC, consoante Parecer de nº. 155/2008, às fls. 177 a 179 dos autos, que:

1. *Os dados de que partiu a acusação fiscal, referentes às aquisições de 2001, 2002 e 2003, foram extraídos de planilhas informais mantidas pelo recorrente e não do livro CIAP. O autuante, em sua informação fiscal à fl. 120, informa que o demonstrativo chamado de CIAP pelo autuado estava com aquisições incorretas, ano 2001 a 2004, e que solicitou dele os valores corretos, o que foi feito, conforme planilha anexada às folhas 61 a 67 do PAF.*
2. *Consta na fl. 51 do PAF cópia da fl. 78 do livro CIAP o registro da NF nº 149462 com a data de 30/12/2004, no valor de R\$ 1.334,01. Este mesmo número de nota fiscal, com valor e data idênticos, foi registrado na fl. 98 do CIAP (fl. 53 do PAF). Esta duplicidade de lançamento de entrada implica em aproveitamento a maior de crédito, visto que não houve comprovação do estorno. Outro fato que implica em aproveitamento de crédito do ativo imobilizado a maior – indevidamente – é apropriar-se do crédito de bem que foi devolvido conforme consta na fl. 60, em referência à nota fiscal nº 39419. Portanto, há aproveitamento a maior do crédito decorrente de aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado.*
3. *Perguntado se é pertinente, em relação ao exercício de 2004, o demonstrativo apresentado pelo recorrente relativo às diferenças identificadas pelo mesmo entre levantamento fiscal e o CIAP (fl. 155), o diligente informa que: Não é pertinente porque os valores constantes na coluna “CIAP” do demonstrativo de fl. 155 elaborado pelo recorrente não são oriundos do livro CIAP, mas das planilhas de fl. 65/67 que ele próprio denominou de planilhas informais e que segundo consta na informação fiscal (fl. 120), foi fornecida pelo próprio autuado. Intimado para apresentar Demonstrativo contendo os equívocos da autoridade fiscal, apresentou demonstrativo nesta diligência (fl. 196/200) contendo saldos de cada mês transpostos para o Demonstrativo de fl. 155 da coluna “CIAP” iguais aos da planilha de fl. 66/67, a qual o próprio autuado denominou de “planilhas informais”.*

O recorrente, em sua manifestação acerca da diligência realizada, contesta as afirmações nela consignadas, contudo, não apresenta qualquer fato novo, de forma a fundamentar suas alegações. Por outro lado, as razões recursais são insuficientes para provocar a modificação da Decisão recorrida, quanto a este item do Auto de Infração, uma vez que não tem pertinência o argumento defensivo de que “*Os dados de que parte a acusação fiscal, referentes às aquisições de 2001 a 2003 (colunas “A”, “B” e “C” do Demonstrativo da Apropriação do Crédito Fiscal do Ativo Imobilizado), foram extraídos de planilhas informais, mantidas pelo requerente (Demonstrativo elaborado pela Schincariol) e não do CIAP.*”. E não tem pertinência esta alegação, pois, conforme consignado na diligência fiscal, naquela oportunidade, o sujeito passivo foi intimado para demonstrar os equívocos cometidos pelos autuantes, contudo, apresentou as mesmas planilhas denominadas de “informais”, o que leva a acreditar que são os dados realmente considerados como verdadeiros pelo contribuinte.

Assim, em razão do Parecer Técnico da ASTEC, corrobora-se com o entendimento da PGE/PROFIS de que ficou comprovado que houve aproveitamento a maior do crédito decorrente de aquisição de bens para ativo imobilizado, conforme demonstrado à fl. 48, uma vez que o recorrente não conseguiu elidir a acusação fiscal. Infração subsistente.

No tocante às infrações 6 e 7, relativas à utilização indevida de crédito fiscal e a falta de pagamento das diferenças de alíquotas referentes às aquisições de materiais para uso e consumo do estabelecimento, verifico que se tratam de: Gás Cloro, utilizado no tratamento da água utilizada na fabricação das cervejas e dos refrigerantes, e Nalco N 20230, Nalco N 6040, Nalco N 9541, Nalco N 2855 e Nalco N 22300, materiais usados no tratamento da água dos condensadores da casa de máquina que alimenta as caldeiras.

Sendo assim, entendo que o produto Nalco não pode ser considerado insumo ou produto intermediário, mas, sim, material destinado ao uso e consumo do estabelecimento, sendo vedada a utilização do crédito e devida a diferença de alíquotas, pois não é essencial na fabricação do novo produto e não é consumido imediatamente no processo produtivo, tampouco integra ao produto final. Dessa forma, é legítima a glosa dos créditos fiscais e a exigência da diferença de alíquotas, inerente ao produto Nalco, uma vez que a legislação estabelece que a utilização de créditos fiscais relativos às matérias-primas e produtos intermediários condiciona-se a que as mercadorias adquiridas sejam consumidas no processo industrial, ou integrem o produto final na condição de elementos indispensáveis à sua produção (RICMS/97, art. 93, § 1º). Já a Lei Complementar nº 87/96, modificada pela LC 122/06, no seu art. 33, I, prevê que as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento somente darão direito de crédito a partir de 1º/01/2011. Esta determinação também foi recepcionada no art. 29, § 1º, II, da Lei nº 7.014/96, e pelo art. 93, V, “b”, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Contudo, quanto ao Gás Cloro, o qual em sua defesa foi dito que é utilizado no tratamento da água, e em seu Recurso Voluntário complementado que é material usado no tratamento da água industrial para clorar a água captada nos poços e torná-la cervejeira, que é a água utilizada na produção das cervejas e refrigerantes, o que foi ratificado através de declaração do químico da empresa, à fl. 190, que, por compor o produto final, deve ser considerado como insumo no processo de fabricação e, como tal, com direito ao crédito fiscal correspondente à sua aquisição, relativa à Nota Fiscal de nº. 2043, de 23/03/04, consoante demonstrado à fl. 69 dos autos. Logo, não procedem as exigências fiscais inerentes à glosa do crédito do ICMS no valor de R\$ 1.732,32 e da diferença de alíquotas no valor de R\$ 721,80, relativos ao produto Gás Cloro, o que reduz o valor da infração 6 para R\$ 8.651,85 e da infração 7 para R\$ 12.359,76, conforme errata a seguir:

| DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 6 |                               |            |           |                 | DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 7 |                               |            |           |                  |
|---------------------------------------|-------------------------------|------------|-----------|-----------------|---------------------------------------|-------------------------------|------------|-----------|------------------|
| Data da Ocorrência                    | Data de Vencim <sup>nto</sup> | B. Cálculo | Alíq. (%) | ICMS            | Data da Ocorrência                    | Data de Vencim <sup>nto</sup> | B. Cálculo | Alíq. (%) | ICMS             |
| 31/03/04                              | 09/04/04                      | 479,29     | 17%       | 81,48           | 31/03/04                              | 09/04/04                      | 684,70     | 17%       | 116,40           |
| <b>TOTAL</b>                          |                               |            |           | <b>8 651,85</b> | <b>TOTAL</b>                          |                               |            |           | <b>12 359,76</b> |

Diante do exposto, as alegações contidas no Recurso Voluntário só são capazes de modificar a Decisão recorrida apenas quanto aos itens 6 e 7 do Auto de Infração.

Relativamente ao Recurso de Ofício, inerente à infração 1, a qual exige o ICMS sobre as importações, por ter o contribuinte preenchido a GNRE (fl. 16) consignando o CNPJ de outro estabelecimento, corrobora com a Decisão recorrida de que o tributo foi recolhido em favor do Estado da Bahia, em nome do contribuinte, com o seu endereço, o que caracteriza a existência apenas de erro formal, não ensejando qualquer prejuízo ao erário estadual. Exigência insubstancial.

Referentemente à infração 3, relativa à utilização indevida de crédito fiscal na aquisição de GLP para empilhadeira, discordo da Decisão recorrida de que o combustível utilizado para empilhadeira foi aplicado para viabilização da atividade industrial e comercial do autuado, sendo considerado como insumo, uma vez que, segundo entendimento da Decisão recorrida, integraria o custo das mercadorias vendidas, devendo ser reconhecido o direito ao crédito fiscal. Entretanto, vislumbro que no processo industrial de cerveja e de refrigerante, o qual se evidencia alto índice de automação, é notória a participação das empilhadeiras apenas para carregamento de caminhões com os produtos acabados, operação esta que não se relaciona intrinsecamente com o processo fabril produtivo de transporte de insumos e produtos semi-elaborados, como faz crer o sujeito passivo, porém sem comprovar sua alegação. Portanto, em relação à utilização de GLP nas empilhadeiras utilizadas nas atividades de distribuição de produtos, conlui não gerar direito ao crédito do ICMS, por se caracterizar como material de uso e consumo do estabelecimento. Restabelecida a exigência fiscal no valor de R\$ 64.433,69. Infração subsistente.

Por fim, quanto à infração 5, a qual reclama o estorno indevido de débito de ICMS no livro RAICMS, no valor de R\$ 144.000,00, destacado na Nota Fiscal nº 442204, de 10/05/2004, referente operação sem débito do ICMS, pelas mesmas razões expostas quanto da análise da infração 02, discordo também da Decisão recorrida, visto que, nos termos do § 2º do art. 112 do RICMS, é vedado o aproveitamento do crédito fiscal pelo remetente, quando tiver sido utilizado como crédito pelo estabelecimento destinatário, a menos que se comprove que o mesmo procedeu ao estorno do respectivo valor, o que não ocorreu. Restabelecida a exigência fiscal. Exigência subsistente.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL dos Recursos Voluntário e de Ofício para, respectivamente, reduzir as infrações 6 e 7, conforme acima demonstrado, e restabelecer as infrações 3 e 5, em seus valores originais, de acordo com o demonstrativo abaixo:

| RELATÓRIO DE DEMONSTRATIVO DE DÉBITO |               |               |           |                 |       |                    |                    |
|--------------------------------------|---------------|---------------|-----------|-----------------|-------|--------------------|--------------------|
| Seq.                                 | D. Ocorrência | D. Vencimento | Aliq. (%) | Base de Cálculo | Multa | ICMS Exigido (JJF) | ICMS Exigido (CJF) |
| 1                                    | 30/06/2004    | 09/07/2004    | 17        | 144.000,00      | 60    | 0,00               | 144.000,00         |
| 2                                    | 31/03/2004    | 09/04/2004    | 17        | 1.813,80        | 60    | 1.813,80           | 81,48              |
| 3                                    | 30/04/2004    | 09/05/2004    | 17        | 571,12          | 60    | 571,12             | 571,12             |
| 4                                    | 31/05/2004    | 09/06/2004    | 17        | 624,16          | 60    | 624,16             | 624,16             |
| 5                                    | 30/06/2004    | 09/07/2004    | 17        | 293,72          | 60    | 293,72             | 293,72             |
| 6                                    | 31/07/2004    | 09/08/2004    | 17        | 398,13          | 60    | 398,13             | 398,13             |
| 7                                    | 31/08/2004    | 09/09/2004    | 17        | 1.084,23        | 60    | 1.084,23           | 1.084,23           |
| 8                                    | 30/09/2004    | 09/10/2004    | 17        | 435,27          | 60    | 435,27             | 435,27             |
| 9                                    | 31/10/2004    | 09/11/2004    | 17        | 344,20          | 60    | 344,20             | 344,20             |
| 10                                   | 30/11/2004    | 09/12/2004    | 17        | 1.863,69        | 60    | 1.863,69           | 1.863,69           |
| 11                                   | 31/12/2004    | 09/01/2005    | 17        | 1.023,38        | 60    | 1.023,38           | 1.023,38           |
| 12                                   | 31/07/2004    | 09/08/2004    | 17        | 568,76          | 60    | 568,76             | 568,76             |
| 13                                   | 31/08/2004    | 09/09/2004    | 17        | 1.548,91        | 60    | 1.548,91           | 1.548,91           |
| 14                                   | 30/09/2004    | 09/10/2004    | 17        | 621,80          | 60    | 621,80             | 621,80             |
| 15                                   | 31/10/2004    | 09/11/2004    | 17        | 491,71          | 60    | 491,71             | 491,71             |
| 16                                   | 30/11/2004    | 09/12/2004    | 17        | 2.662,40        | 60    | 2.662,40           | 2.662,40           |
| 17                                   | 31/12/2004    | 09/01/2005    | 17        | 1.461,97        | 60    | 1.461,97           | 1.461,97           |
| 18                                   | 28/02/2004    | 09/03/2004    | 17        | 5.302,72        | 60    | 0,00               | 5.302,72           |
| 19                                   | 31/03/2004    | 09/04/2004    | 17        | 6.912,56        | 60    | 0,00               | 6.912,56           |
| 20                                   | 30/04/2004    | 09/05/2004    | 17        | 4.487,37        | 60    | 0,00               | 4.487,37           |
| 21                                   | 31/05/2004    | 09/06/2004    | 17        | 5.577,35        | 60    | 0,00               | 5.577,35           |
| 22                                   | 12/01/2004    | 09/02/2004    | 17        | 970,35          | 60    | 0,00               | 0,00               |
| 23                                   | 30/06/2004    | 09/07/2004    | 17        | 4.361,40        | 60    | 4.361,40           | 4.361,40           |
| 24                                   | 31/10/2004    | 09/11/2004    | 17        | 163.220,42      | 60    | 163.220,42         | 163.220,42         |
| 25                                   | 30/11/2004    | 09/12/2004    | 17        | 65.181,48       | 60    | 65.181,48          | 65.181,48          |
| 26                                   | 31/01/2004    | 09/02/2004    | 17        | 7.406,40        | 60    | 0,00               | 7.406,40           |
| 27                                   | 30/06/2004    | 09/07/2004    | 17        | 3.785,10        | 60    | 0,00               | 3.785,10           |
| 28                                   | 31/07/2004    | 09/08/2004    | 17        | 4.689,71        | 60    | 0,00               | 4.689,71           |
| 29                                   | 31/08/2004    | 09/09/2004    | 17        | 4.412,95        | 60    | 0,00               | 4.412,95           |

|              |            |            |    |                   |    |                   |                   |
|--------------|------------|------------|----|-------------------|----|-------------------|-------------------|
| 30           | 31/01/2004 | 09/02/2004 | 17 | 2.242,13          | 60 | 2.242,13          | 2.242,13          |
| 31           | 28/02/2004 | 09/03/2004 | 17 | 2.167,10          | 60 | 2.167,10          | 2.167,10          |
| 32           | 31/03/2004 | 09/04/2004 | 17 | 2.126,04          | 60 | 2.126,04          | 2.126,04          |
| 33           | 30/04/2004 | 09/05/2004 | 17 | 1.943,19          | 60 | 1.943,19          | 1.943,19          |
| 34           | 31/05/2004 | 09/06/2004 | 17 | 2.049,78          | 60 | 2.049,78          | 2.049,78          |
| 35           | 30/06/2004 | 09/07/2004 | 17 | 2.895,82          | 60 | 2.895,82          | 2.895,82          |
| 36           | 31/07/2004 | 09/08/2004 | 17 | 5.333,38          | 60 | 5.333,38          | 5.333,38          |
| 37           | 31/08/2004 | 09/09/2004 | 17 | 6.762,68          | 60 | 6.762,68          | 6.762,68          |
| 38           | 30/09/2004 | 09/10/2004 | 17 | 7.608,18          | 60 | 7.608,18          | 7.608,18          |
| 39           | 31/10/2004 | 09/11/2004 | 17 | 8.437,76          | 60 | 8.437,76          | 8.437,76          |
| 40           | 30/11/2004 | 09/12/2004 | 17 | 8.939,02          | 60 | 8.939,02          | 8.939,02          |
| 41           | 30/09/2004 | 09/10/2004 | 17 | 3.930,90          | 60 | 0,00              | 3.930,90          |
| 42           | 31/10/2004 | 09/11/2004 | 17 | 4.487,38          | 60 | 0,00              | 4.487,38          |
| 43           | 30/11/2004 | 09/12/2004 | 17 | 4.371,31          | 60 | 0,00              | 4.371,31          |
| 44           | 31/12/2004 | 09/01/2005 | 17 | 9.069,94          | 60 | 0,00              | 9.069,94          |
| 45           | 31/01/2004 | 09/02/2004 | 17 | 1.033,26          | 60 | 1.033,26          | 1.033,26          |
| 46           | 28/02/2004 | 09/03/2004 | 17 | 899,21            | 60 | 899,21            | 899,21            |
| 47           | 31/01/2004 | 09/02/2004 | 17 | 1.476,09          | 60 | 1.476,09          | 1.476,09          |
| 48           | 28/02/2004 | 09/03/2004 | 17 | 1.284,57          | 60 | 1.284,57          | 1.284,57          |
| 49           | 31/03/2004 | 09/04/2004 | 17 | 838,20            | 60 | 838,20            | 116,40            |
| 50           | 30/04/2004 | 09/05/2004 | 17 | 815,89            | 60 | 815,89            | 815,89            |
| 51           | 31/05/2004 | 09/06/2004 | 17 | 891,66            | 60 | 891,66            | 891,66            |
| 52           | 30/06/2004 | 09/07/2004 | 17 | 419,60            | 60 | 419,60            | 419,60            |
| <b>TOTAL</b> |            |            |    | <b>516.138,15</b> |    | <b>306.784,11</b> | <b>512.713,68</b> |

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279691.0807/06-0, lavrado contra **PRIMO SCHINCARIOL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES DO NORDESTE S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$512.713,68**, acrescido de multas de 60%, previstas no art. 42, incisos II, “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS