

A. I. Nº - 206830.0001/08-8
AUTUADO - PRIMO SCHINCARIOL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES DO NORDESTE S/A
AUTUANTES - LUIS CARLOS BRITO REIS NABUCO e CLÁUDIA LINS MENEZES LIMA
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 05. 07. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0157-01/10

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração reconhecida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE USO/CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material cuja destinação não têm participação no processo produtivo do estabelecimento industrial. Infração caracterizada. b) BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. b.1) APROPRIAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. Infração reconhecida. b.2) MERCADORIAS RECEBIDAS EM RETORNO DE COMODATO SEM A DEVIDA COMPROVAÇÃO. EXIGÊNCIA EM DUPLICIDADE. Autuado elide em parte a autuação. Infração parcialmente subsistente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAIS DE USO/CONSUMO. Contribuinte comprova que parte da exigência diz respeito a material de embalagem sendo incabível a exigência. Infração parcialmente subsistente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Autuado apenas alega o não cometimento da irregularidade, sem apresentar qualquer elemento de prova capaz de elidir a autuação. Infração subsistente. b) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Autuado comprova mediante a apresentação de documentos fiscais que as mercadorias retornaram para o fornecedor. Infração insubsistente. 5. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. O uso do benefício está vinculado ao produto objeto do projeto incentivado. Autuado comprova a existência de equívoco no cálculo do imposto devido efetuado pelos autuantes. Os próprios autuantes reconhecem o equívoco apontado. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2008, exige do autuado em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do

1. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações de fornecimento de energia elétrica escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 236.089,55, acrescido da multa de 50%. Consta que corresponde ao ICMS devido na qualidade de consumidor final de energia, conectado à rede básica, pelas importâncias pagas às empresas transmissoras de energia elétrica relativas à Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão-TUST, nos termos do Convênio ICMS 117/04, do art. 571-B do RICMS/97, da Lei n. 10.848/2004 e da Resolução Normativa ANEEL n. 74 de 15/07/2004;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de materiais para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, janeiro, abril a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 29.392,95, acrescido da multa de 60%. Consta se referir a materiais de uso e consumo, que não podem ser enquadrados como produtos intermediários, por não integrarem o produto final e nem serem consumidos no processo produtivo, conforme demonstrativo de crédito indevido e demonstrativo da função dos materiais no processo industrial preenchido pelo contribuinte, anexos;
3. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, janeiro, abril a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 33.577,25, acrescido da multa de 60%. Consta se referir a materiais de uso e consumo adquiridos em outros Estados, conforme demonstrativos da diferença de alíquotas e demonstrativo da função dos materiais preenchidos pelo contribuinte, anexos;
4. Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 326.309,78, acrescido da multa de 60%;
5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, janeiro a novembro de 2006, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 91.949,07, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias. Consta se referir a diversas notas fiscais da remessa de vasilhames emitidas por distribuidores da empresa, constantes dos registros do SINTEGRA dos emitentes e sem o devido registro na escrita fiscal do destinatário, conforme demonstrativos, termos de intimação e fotocópias dos documentos fiscais anexados;
6. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de maio de 2006, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 57.122,24, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias. Consta se referir a peças e componentes para filtros, adquiridos através da Nota Fiscal nº 073.782, datada de 12/05/2006, emitida pela empresa DEDINI S/A INDÚSTRIAS DE BASE, CNPJ nº 50.109.271/0001-56, cujo documento fiscal foi coletado em Posto Fiscal deste Estado através do Sistema CFAMT, conforme via anexa;
7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de março, maio e agosto de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 10.877,11, acrescido da multa de 60%. Conforme demonstrativo do crédito indevido relativo a ativo imobilizado anexado ao PAF e demonstrativo do consumo dos materiais no processo industrial também anexo, preenchido pelo contribuinte;
8. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, nos meses de maio a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 298.527,75, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou defesa às fls. 1112 a 1135, esclarecendo que de imputadas reconhece como devidas as infrações 01, 04 e 08, inclusive, valor exigido, conforme comprovantes anexados. Porém, relativamente

autuantes incorreram em equívoco no cálculo do valor devido, motivo pelo qual efetuou o pagamento apenas do valor efetivamente devido, conforme diz comprovará a seguir.

Sustenta que as infrações 02, 03, 05, 06 e 07 apontadas no Auto de Infração não merecem prosperar, pois os fundamentos não encontram amparo no ordenamento jurídico, razão pela qual deverá ser anulado e cancelado o lançamento tributário de ofício.

Reportando-se às infrações 02 e 03, observa que a acusação fiscal diz respeito à omissão no pagamento do ICMS correspondente à diferença de alíquotas em operações interestaduais e ao crédito indevido do imposto, decorrente da aquisição desses mesmos bens, sendo ambas as acusações referentes às mesmas operações, e têm origem na caracterização dos bens adquiridos como materiais de uso e consumo da empresa.

Afirma que parte desses produtos são insumos ou produtos intermediários, em razão de serem utilizados na sanitização de tanques de tubulações; tratamento de água industrial; análise de produtos, conforme descrição que apresenta referentes aos produtos, Fosfato Trissódico Alimentício; Hidróxido Sódico; Nalco N 22300; Nalco N 2855; Ácido Peracético; Gás Cloro; Nalco N 20230; Nalco N 6040; Nalco N 9541; Iso-Octano; Fúcsia Básica; Nalco N 2878; Hidrogênio p/ Cromatografia; Hidróxido Amônio.

Sustenta que parte dos bens a que se refere à autuação tem atuação no tratamento da água que alimenta as caldeiras, sendo inegável que tais produtos devem ser tidos por produtos intermediários, pois auxiliam diretamente na fabricação de cervejas e refrigerantes. Diz ainda que outros produtos têm atuação direta na limpeza dos tanques e tubulações das linhas de produção, sendo que, sem eles a higienização das linhas de produção seria comprometida, inviabilizando a continuidade da fabricação dos produtos dentro dos padrões de qualidade estabelecidos, não restando dúvidas que tais produtos devem ser classificados como produtos intermediários.

Diz que nesse sentido, também pode classificar como produtos intermediários os materiais utilizados nos laboratórios, especificamente, na análise dos produtos utilizados na industrialização de cervejas e refrigerantes, e no controle de qualidade desses produtos.

Frisa que o gás cloro atua diretamente na produção, também como verdadeiro produto intermediário, consumindo-se na água utilizada na fabricação das cervejas e dos refrigerantes, sendo que, nessa condição o RICMS/BA, em seu artigo 93, autoriza o aproveitamento do crédito correspondente ao ICMS suportado na operação de entrada, reproduzindo o referido artigo.

Assevera que dessa forma, tendo aqueles materiais à natureza de produtos intermediários, não há que se falar em recolhimento do imposto correspondente à aplicação da diferença de alíquotas nas operações interestaduais, sendo absolutamente descabida a acusação fiscal.

Registra que o assunto não é novidade para as Juntas de Julgamento Fiscal do CONSEF, citando e transcrevendo o Acórdão nº 1795/00. Afirmo que por participarem do processo produtivo, tais materiais devem ser tidos como produtos intermediários, autorizando o aproveitamento de crédito contra o qual se opõe o Fisco.

Relativamente aos créditos gerados pelos produtos Caixa Aux AI 3 ent 2 saídas (código 34272) e Aplicação Roscada (rec) (código 48214), diz que estes se referem ao retorno de empréstimo ou o comodato (empréstimo) desses bens, registrados em seu ativo imobilizado, aos seus clientes, emitindo, para tanto, os documentos fiscais pertinentes.

Observa que em tais operações fez incidir o ICMS, conforme pode ser comprovado do exame dos respectivos documentos, sendo as operações de comodato tributadas normalmente, em razão do Fisco baiano entender que a aplicação do artigo 6º, inciso XIV, alínea 'a', do RICMS/BA exige contrato escrito entre as partes. Acrescenta que no retorno desses bens ao seu estabelecimento oportunizou o creditamento do ICMS anteriormente debitado na operação que se falar em creditamento indevido, se a saída sofreu a incidência para gerar crédito do mesmo.

Com relação ao produto Caixa de Papelão (código 591), diz que se creditou do ICMS pago na aquisição, pois sua saída é tributada, sendo a referida caixa de papelão utilizada para armazenamento dos itens da cesta básica e, como a saída dessa cesta básica é tributada, inclusive a embalagem, a impugnante credita-se do crédito gerado na aquisição da caixa.

Afirma ser improcedente a acusação fiscal descrita nas infrações 02 e 03.

No respeitante à infração 05, sustenta que não procede a acusação fiscal de que teria recebido diversas notas fiscais de remessa de vasilhame emitidas por seus distribuidores, mas não as registrou em seu livro Registro de Entrada, tendo em vista que não recebeu os vasilhames descritos nas notas fiscais elencadas na presente autuação.

Consigna que no intuito de esclarecer essa situação, entrou em contato com os distribuidores que emitiram as notas fiscais em questão para verificar o que havia acontecido, porém, até o momento da apresentação da defesa não havia recebido resposta.

Assevera que não teria motivo algum para não escriturar notas fiscais de remessa de vasilhames, devendo ser cancelada este item da autuação.

Quanto à infração 06, diz que os autuantes alegam que teria recebido peças e componentes para filtros, adquiridos através da Nota Fiscal nº 073.782, de 12/05/2006, emitida pela empresa Dedini S/A Indústrias de Base, CNPJ nº 50.109.271/0001-56, contudo, não a registrou em seu livro Registro de Entrada, não procedendo tal alegação, pois não recebeu as peças e componentes para filtros descritos na mencionada nota fiscal.

Salienta que no intuito de esclarecer o ocorrido, entrou em contato com a empresa Dedini, mas a referida empresa não conseguiu comprovar que tenha efetuado a entrega em seu estabelecimento, nem o seu pagamento, razão pela qual deve ser cancelada esta infração.

No tocante à infração 07, sustenta que realizou o comodato (empréstimo) de diversos bens, registrados em seu ativo imobilizado, aos seus clientes, emitindo, para tanto, os documentos fiscais pertinentes, sendo os produtos objeto de tais empréstimos os seguintes:

Nota Fiscal n. 279.529 - Bandeja Cromada 40x40 c/gela copo; Pré-resfriador chopp G40P banco gelo; Pré-resfriador 2 saídas glicol;

Nota Fiscal n. 303.661 - Chopeira caneca AI 3 torn; Chopeira ST1 3 torn;

Nota Fiscal n. 298.149 - Kit cabo ligação/alimentação painel; Módulo Woodward digital; Painel elétrico gerador;

Nota Fiscal n. 317.051 - Pré-resfriador mod 15 2 saídas 220v 7000; Regulador de pressão 1 saída.

Frisa que em tais operações fez incidir o ICMS, conforme pode ser comprovado do exame dos respectivos documentos, observando que as operações de comodato foram tributadas normalmente, em razão do Fisco baiano entender que a aplicação do artigo 6º, inciso XIV, alínea 'a', do RICMS exige contrato escrito entre as partes. Acrescenta que ao retornar os bens objeto de comodato ao seu estabelecimento, lhe foi oportunizado o creditamento do ICMS anteriormente debitado na operação de comodato.

Assevera que não houve utilização indevida de crédito fiscal, uma vez que, ocorreu o débito do ICMS quando da saída dos referidos bens em comodato, devendo no retorno desses bens, se aceitar o crédito do imposto, nos termos do artigo 112, §1º, combinado com o artigo 93, inciso VIII, ambos do RICMS/BA.

Diz ser fato que fez incidir o ICMS nas operações de comodato praticadas, não aplicando o disposto no artigo 6º, inciso XIV, alínea 'a', do RICMS/BA, sendo assim, improcedente a acusação fiscal.

Observa que além dos bens em retorno de comodato, os autuantes :
Nitrogênio Total 0,5-18mg/l Merck; Kit Merck p/ cloro artigo 114828000
água.

Ressalta que na planilha de apuração desta infração os autuantes indicaram, em duplicidade, o produto Kit Nitrogênio total 0,5-18mg/l Merck relacionado nas Notas Fiscais nº 112820 e 128328, motivo pelo qual, deve ser excluído do cálculo da infração as indicações em duplicidade das referidas notas fiscais.

Alega que, além disso, tais produtos são considerados produtos intermediários, pois estão relacionados diretamente ao processo produtivo, portanto, a utilização do crédito do ICMS gerado na aquisição desses produtos lhe é de direito, em conformidade com o artigo 93, inciso I, alínea “b” do RICMS, razão pela qual deve ser cancelada esta infração.

No que concerne à infração 08, reconhece como procedente a acusação fiscal, haja vista que incluiu no cálculo do Programa Desenvolve as saídas de produtos não abrangidos pelo benefício, tendo os autuantes no cálculo do valor correto do incentivo excluído o ICMS referente à saída dos produtos não incentivados da apuração do ICMS incentivado e o incluiu na apuração do ICMS não incentivado, exigindo o valor originado dessa alteração.

Afirma, contudo, que está incompleto o raciocínio da Fiscalização, pois, além de excluir o imposto devido na saída desses produtos, os autuantes deveriam ter excluído da apuração do benefício também o crédito do ICMS relativo à aquisição desses produtos. Ou seja, para a apuração correta do Programa Desenvolve devem ser excluídos tanto o crédito do imposto originado na aquisição desses produtos, quanto o débito do ICMS devido na sua saída.

Consigna que em face desse equívoco, realizou o pagamento parcial desta infração, isto é, realizou o pagamento somente do valor apurado após a exclusão do crédito gerado pela aquisição desses produtos do cálculo do Desenvolve, resultando no valor devido de R\$ 111.517,49 e não R\$ 298.527,75, conforme a acusação fiscal.

Observa que apurado o valor devido, realizou seu recolhimento, conforme comprovante de pagamento acostado aos autos, sendo procedente esta infração, mas o seu cálculo deve ser refeito excluindo-se do crédito do ICMS incentivado o valor do imposto relativo à aquisição dos produtos não abrangidos pelo Programa Desenvolve.

Conclui a sua peça defensiva, requerendo o cancelamento das infrações 02, 03, 05, 06 e 07, bem como, que seja determinado o recálculo da infração 08, excluindo do cálculo do incentivo o crédito do imposto relativo aos produtos não abrangidos pelo Desenvolve.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 1156 a 1162, na qual dizem que o autuado reconhece as infrações 01, 04 e 08, efetuando o pagamento do valor exigido, sendo que, relativamente à infração 08, o autuado afirma que houve um equívoco no cálculo do valor devido. Quanto às demais infrações pede a anulação e o cancelamento do lançamento de ofício.

Com relação aos argumentos defensivos relativos às infrações 02 e 03, dizem que é incorreta a interpretação do impugnante quanto a não ser juridicamente cabível a cobrança do crédito fiscal indevido referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento e, por consequência, da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais destas mercadorias, objeto da glosa do crédito fiscal.

Consignam que se trata de matéria muito polêmica, que tem suscitado muitas discussões, na questão do direito ou não do crédito fiscal do ICMS, nas aquisições de produtos utilizados nas atividades industriais, quanto à classificação destas aquisições como materiais de uso e consumo, portanto, sem direito ao crédito, ou produto intermediário com direito ao crédito fiscal.

Dizem que tendo visitado as instalações do contribuinte e analisado o processo produtivo, verificaram que os materiais citados nos autos e que serviram de base à autuação, têm a natureza de uso e consumo, participam do processo produtivo de forma acessória, não são consumidos no processo produtivo, e nem são elementos indispensáveis à co

Acrescentam que, em conformidade com planilhas às fls.105 a 11 durante a fiscalização, e a função no processo industrial nela descrita,

planilhas de fls.113 a 127, as mercadorias objeto da exigência fiscal são utilizadas na sanitização e limpeza de tanques e tubulações, na análise de produtos e no tratamento da água industrial. Registram, ainda, que o Gás cloro e o Nalco também são utilizados na estação de tratamento.

Prosseguindo, esclarecem que este tema já foi objeto de manifestação do CONSEF, e ficou definido que os produtos questionados são materiais de consumo, cujo crédito fiscal é vedado, conforme definido no Acórdão JJF 0325/03-06, infrações 06 e 07, cujo teor do voto transcrevem parcialmente.

Observam que, apesar de o autuado trazer aos autos Resoluções do CONSEF, a exemplo do Acórdão n.CS 1795/00, as ementas apresentadas tratam do crédito de combustíveis e lubrificantes, materiais não exigidos neste Auto de infração.

Quanto à alegação defensiva referente às caixas aux AI e aplicação roscada, afirmam que o autuado não anexou as notas fiscais de comodato ao processo, não podendo ser acatada sua alegação sem prova.

Relativamente ao argumento defensivo referente às caixas de papelão, acatam o posicionamento da defesa, em razão de terem verificado nos arquivos magnéticos do autuado que as saídas são efetivamente tributadas, e registram que as caixas foram retiradas da exigência fiscal, conforme o novo demonstrativo anexado a informação fiscal que apresenta para a infração 02 o valor total de R\$ 27.422,64 e para a infração 03 o valor total de R\$ 30.766,28.

No respeitante à infração 05, dizem que o autuado possui dezenas de distribuidores que remetem regularmente vasilhames para seu estabelecimento industrial com o objetivo de proceder ao envasamento das bebidas por ele produzidas, tendo alguns desses distribuidores emitido diversas notas fiscais com esse objetivo, e que não foram devidamente registradas, estando por isso passível da penalidade pela falta de registro desses documentos na sua escrita fiscal.

Ressaltam que o levantamento consistiu em confrontar os dados constantes nas escritas fiscais dos estabelecimentos remetentes através dos arquivos magnéticos do SINTEGRA com o livro Registro de Entradas do autuado, tendo sido obtidas as notas fiscais dos distribuidores, conforme termos de intimação e fotocópias dos documentos fiscais constantes às folhas 528 a 916 dos autos, tendo sido excluídas as notas fiscais canceladas.

Salientam ainda que os emitentes das referidas notas fiscais são empresas merecedoras da confiança do autuado, na medida em que foram por ela escolhidas para a distribuição exclusiva dos seus produtos.

Observam que o fato de o contribuinte ter declarado não existir motivos para a falta de escrituração dos vasilhames, bem como não possuir explicações dos diversos distribuidores para o fato de emitirem as notas fiscais não registradas, não elide a infração, motivo pelo qual mantém a autuação.

No que concerne à infração 06, dizem que o autuado enviou através de e-mail os documentos comprobatórios da recusa dos equipamentos constantes da Nota Fiscal n. 073.782 emitida em 12/05/2006, pela empresa Dedine S/A Indústrias de Base, cujo retorno ao fornecedor foi efetuado através do Conhecimento de Transporte n. 009132 em 17/05/2006, cuja cópia acostam aos autos, comprovando a improcedência desta infração.

Com relação à infração 07 afirmam que as 07 (sete) notas fiscais do comodato não foram anexadas à defesa não podendo ser comprovado o equívoco do arquivo magnético do contribuinte. Registram que, efetivamente, havia na planilha a duplicidade de dois produtos, conforme alegado pelo defendente, razão pela qual foram modificados os valores da infração 07 para o valor total de R\$ 244,39.

Quanto à infração 08, acatam os argumentos defensivos no sentido de que não foram transferidos os créditos das exclusões efetivadas no cálculo do imposto referente à comercialização, motivo pelo que refizeram os cálculos, conforme p

anexadas aos autos, passando o valor total desta infração para R\$111.517,46, cujo valor já foi recolhido pelo contribuinte.

Finalizam mantendo parcialmente a autuação.

Intimado o autuado para ciência da informação fiscal às fls. 1169 a 1172, este acusa o recebimento, contudo, não se manifesta.

A 1ª JF, após discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF (fl. 1181), a fim de que fossem analisadas as alegações defensivas referentes às infrações 02 e 03, “in loco”, inclusive, com a elaboração de planilha contendo a descrição pormenorizada da utilização apresentada pelo autuado e confirmada nas instalações conforme demonstração da efetiva aplicação dos produtos.

Através do Parecer ASTEC N. 032/2010(fl.1183 a 1185), o diligente esclareceu que realizou a verificação “in loco”, tendo constatado a efetiva utilização dos produtos arrolados nestas infrações na empresa, conforme descrição que apresenta para os produtos, Fosfato Trissodico Alimentício; Hidróxido Sódio; Nalco N 22300; Nalco N 2855; Ácido Peracetico; Gás Cloro; Nalco N 20230; Nalco N 6040; Nalco N 9541; Iso-Octano; Fúcsia Básica; Nalco N 2878; Hidrogênio p/ Cromatografia; Hidróxido Amônio.

Conclui o diligente que foi possível constatar que todos os produtos elencados às fls. 1121 têm alguma relação, ainda que indireta, com a produção de bebidas, seja pela aplicação em testes de laboratórios para controle de qualidade, seja pela aplicação de produtos na água utilizada para a lavagem de garrafas ou nos condensadores utilizados para resfriamento da bebida ou ainda como anti-corrosivo na caldeira e nos condensadores. Ressalta que o produto NALCO 2878 é em parte utilizado nos fan-coils dos sistemas de ar condicionado dos escritórios da cervejaria.

Intimado o contribuinte para ciência do Parecer ASTEC N.032/2010, este acusa o recebimento à fl. 1191, porém, não se manifesta.

Constam às fls. 1174 a 1179, extrato do SIGAT referente ao pagamento parcial do débito.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de 08 (oito) infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado, dentre as quais este reconhece integralmente as infrações 01 e 04, inclusive efetuando o recolhimento do valor exigido. Reconhece também a infração 08, contudo, não no valor originalmente exigido no Auto de Infração de R\$ 298.527,75, mas sim no valor de R\$ 111.517,49, sob o argumento de que os autuantes incorreram em equívoco no cálculo do ICMS devido.

Com relação à infração 08, verifico que nos termos do art. 3º do Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto n.8.205/2002, o pagamento de até 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo poderá ser dilatado pelo prazo de até 72 (setenta e dois meses).

No caso em exame, observo que o contribuinte incluiu no cálculo do imposto referente ao Programa DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980, as saídas de produtos não alcançados pelo benefício, o que motivou a autuação.

Ocorre que, os autuantes ao efetuarem o levantamento excluíram o ICMS referente à saída dos produtos não incentivados da apuração do ICMS incentivado e o incluíram na apuração do ICMS normal, exigindo o ICMS resultante desta apuração. Porém, conforme consignando pelo impugnante, tal procedimento está incompleto, haja vista que, além de excluir o imposto devido nas saídas referente aos produtos que não gozam do benefício, os autuantes deveriam também excluir da apuração do benefício, o crédito do ICMS relativo à aquisição de tais p síntese, deveriam ter excluído tanto o débito como o crédito do ir mercadorias não incentivadas.

Relevante registrar que os próprios autuantes acataram as alegações defensivas, motivo pelo qual refizeram os cálculos em conformidade com as planilhas sintéticas e analíticas anexadas aos autos, utilizando a memória de cálculo apresentada pelo impugnante à fl. 1152, o que resultou no valor do ICMS devido de R\$111.517,46, conforme demonstrativo de débito à fl. 1.134, valor este reconhecido e recolhido pelo impugnante, conforme comprovante acostado aos autos.

Assim, esta infração é parcialmente subsistente, passando o demonstrativo de débito a ter a seguinte conformação:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO	
Data de Ocorrência	ICMS devido (R\$)
31/05/2005	56.658,80
30/06/2005	3.098,75
31/08/2005	6.674,24
30/09/2005	1.632,77
31/10/2005	2.225,26
30/11/2005	11.117,93
31/12/2005	21.179,62
31/01/2006	811,85
28/02/2006	1.572,55
31/03/2006	960,77
30/04/2006	1.827,46
31/05/2006	774,28
30/06/2006	961,42
31/07/2006	716,81
31/08/2006	1.304,98
TOTAL	111.517,49

No que concerne às infrações 02 e 03 – que cuidam, respectivamente, de utilização indevida de crédito fiscal referente a materiais de uso e consumo do estabelecimento e exigência da diferença de alíquotas – portanto, diretamente relacionadas entre si, haja vista que dizem respeito às mesmas mercadorias, verifico que o impugnante sustenta que parte dos bens a que se refere à autuação tem atuação no tratamento da água que alimenta as caldeiras, sendo inegável que tais produtos devem ser tidos por produtos intermediários, pois auxiliam diretamente na fabricação de cervejas e refrigerantes. Diz, ainda, que outros produtos atuam diretamente na limpeza dos tanques e tubulações das linhas de produção, sendo que, sem eles a higienização das linhas de produção seria comprometida, inviabilizando a continuidade da fabricação dos produtos dentro dos padrões de qualidade estabelecidos, não restando dúvidas que tais produtos devem ser classificados como produtos intermediários.

Aduz que nesse sentido, também pode classificar como produtos intermediários os materiais utilizados nos laboratórios, especificamente, na análise dos produtos utilizados na industrialização de cervejas e refrigerantes, e no controle de qualidade desses produtos.

Frisa que o gás cloro atua diretamente na produção, também como verdadeiro produto intermediário, consumindo-se na água utilizada na fabricação das cervejas e dos refrigerantes, sendo que, nessa condição o RICMS/BA, em seu artigo 93, autoriza o aproveitamento do crédito correspondente ao ICMS suportado na operação de entrada.

Assevera que dessa forma, tendo aqueles materiais à natureza de produtos intermediários, não há que se falar em recolhimento do imposto correspondente à aplicação do diferencial de alíquotas nas operações interestaduais.

Noto também que os autuantes sustentam que tendo visitado as instalações do contribuinte e analisado o processo produtivo, verificaram que os materiais citados base à autuação, têm a natureza de uso e consumo, participam do

acessória, não são consumidos no processo produtivo, e nem são elementos indispensáveis à composição do produto final, haja vista que são utilizadas na sanitização e limpeza de tanques e tubulações, na análise de produtos e no tratamento da água industrial, sendo o gás cloro e o Nalco, também, utilizados na estação de tratamento.

Dizem ainda quanto à alegação defensiva referente às caixas aux AI e aplicação roscada, que o autuado não anexou as notas fiscais de comodato ao processo, não podendo ser acatada sua alegação sem prova.

Observo que, relativamente ao argumento defensivo referente às caixas de papelão, acatam o posicionamento da defesa, em razão de terem verificado nos arquivos magnéticos do autuado que as saídas são efetivamente tributadas, e registram que as caixas foram retiradas da exigência fiscal, conforme o novo demonstrativo anexado a informação fiscal que apresenta para a infração 02 o valor total de R\$ 27.422,64 e para a infração 03, o valor total de R\$ 30.766,28.

Efetivamente, nos termos da legislação do ICMS/BA, especialmente o RICMS/BA, para que possam ser considerados como produtos intermediários é necessário que os materiais sejam consumidos no processo produtivo ou integrem o produto final, na condição de elementos indispensáveis à sua composição, conforme previsto no art. 93, § 1º, alíneas “b” e “c” do RICMS/97.

A meu ver, as mercadorias arroladas na autuação têm sim a natureza de material de uso e consumo do estabelecimento, tendo em vista que no tipo de atividade exercida pelo autuado, no caso, fabricação de cervejas e refrigerantes, os referidos materiais são utilizados como de uso e consumo, desde que não são consumidos no processo produtivo nem são integrados às mercadorias produzidas.

Na realidade, no dizer do próprio impugnante são utilizados na sanitização, limpeza de tanques e tubulações, na análise de produtos e no tratamento da água industrial, sendo o gás cloro e o Nalco, também, utilizados na estação de tratamento.

Diante disso, o Fosfato Trissodico Alimentício; Hidróxido Sódio; Nalco N 22300; Nalco N 2855; Ácido Peracetico; Gás Cloro; Nalco N 20230; Nalco N 6040; Nalco N 9541; Iso-Octano; Fúcsia Básica; Nalco N 2878; Hidrogênio p/ Cromatografia; Hidróxido Amônio, não podem ser considerados no processo produtivo do autuado como insumos ou produtos intermediários, mas sim materiais de uso e consumo do estabelecimento.

No que diz respeito à alegação defensiva de que os créditos gerados pelos produtos Caixa Aux AI 3 ent 2 saídas (código 34272) e Aplicação Roscada (rec) (código 48214), se referem ao retorno de empréstimo ou o comodato (empréstimo) desses bens, registrados em seu ativo imobilizado, aos seus clientes, emitindo, para tanto, os documentos fiscais pertinentes, verifico que o impugnante não trouxe aos autos qualquer elemento de prova nesse sentido.

Apesar de entender que se houve tributação na saída o contribuinte teria direito ao crédito fiscal referente ao imposto destacado na nota fiscal de remessa em devolução, decorrente da operação de comodato, certamente, caberia ao impugnante apresentar todos os documentos fiscais que confirmassem as suas alegações. Ou seja, deveria acostar aos autos tanto as notas fiscais de remessa em comodato em que houve o destaque do imposto quanto as notas fiscais de retorno, referentes às citadas remessas.

No tocante à mercadoria Caixa de Papelão (código 591), vejo que o autuado faz jus ao crédito fiscal escriturado, haja vista que é utilizada como embalagem de produtos tributados na saída, descabendo a glosa apontada na autuação.

Importante consignar que os próprios autuantes acataram o argumento defensivo, por terem constatado que as saídas são efetivamente tributadas, e refizeram levantamento as caixas, conforme novo demonstrativo acostados aos a

Assim, com a exclusão dos valores relativos às caixas, a infração 02 passa para o valor total de R\$ 27.422,64 e a infração 03, para valor total de R\$ 30.766,28, conforme demonstrativos de débitos às fls. 1159/1160. Infrações parcialmente subsistentes.

No respeitante à infração 05, observo que o autuado alega que não recebeu os vasilhames descritos nas notas fiscais arroladas na autuação, inclusive, que entrou em contato com os distribuidores que emitiram as notas fiscais em questão para verificar o que havia acontecido, porém até o momento da apresentação da defesa não havia recebido resposta. Alega ainda que não teria motivo algum para não escriturar notas fiscais de remessa de vasilhames, devendo ser cancelada este item da autuação.

É certo que a simples negativa do cometimento da infração não pode elidir a autuação, cabendo ao autuado apresentar todos os elementos de prova que disponha para afastar a imputação. Tanto é assim que o legislador estabeleceu no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, precisamente no artigo 143 o seguinte:

“Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

No caso em exame, verifico que os autuantes confrontaram os dados constantes nas escritas fiscais dos estabelecimentos remetentes – distribuidores dos produtos fabricados pelo contribuinte –, através dos arquivos magnéticos do SINTEGRA com o livro Registro de Entradas do autuado, sendo as notas fiscais obtidas através de intimações dos distribuidores, conforme termos de intimação e fotocópias dos documentos fiscais constantes às folhas 528 a 916 dos autos.

Vejo como elemento determinante da infração o fato de que os emitentes das notas fiscais são empresas que mantêm relação direta com o autuado, haja vista que são distribuidoras exclusivas dos seus produtos.

Certamente, a ausência de elementos de prova capazes de elidir a autuação, confirma a acusação fiscal. Infração mantida.

Com relação à infração 06, vejo que diversamente da infração anterior, o autuado comprova a sua alegação de que houve a recusa dos equipamentos constantes da Nota Fiscal n. 073.782 emitida em 12/05/2006, pela empresa Dedine S/A Indústrias de Base, cujo retorno ao fornecedor foi efetuado através do Conhecimento de Transporte n. 009132 em 17/05/2006, cuja cópia foi remetida aos autuantes que a acostaram aos autos. Infração insubsistente.

Quanto à infração 07, verifico que autuado sustenta que realizou o comodato (empréstimo) de diversos bens, registrados em seu ativo imobilizado, aos seus clientes, emitindo, para tanto, os documentos fiscais pertinentes, sendo os produtos objeto de tais empréstimos os seguintes:

Nota Fiscal n. 279.529 - Bandeja Cromada 40x40 c/gela copo; Pré-resfriador chopp G40P banco gelo; Pré-resfriador 2 saídas glicol;

Nota Fiscal n. 303.661 - Chopeira caneca AI 3 torn; Chopeira ST1 3 torn;

Nota Fiscal n. 298.149 - Kit cabo ligação/alimentação painel; Módulo Woodward digital; Painelelétrico gerador;

Nota Fiscal n. 317.051 - Pré-resfriador mod 15 2 saídas 220v 7000; Regulador de pressão 1 saída.

Conforme disse linhas acima sobre o mesmo argumento utilizado pelo defendente, apesar de entender que se houve tributação na saída o contribuinte teria direito ao crédito fiscal referente ao imposto destacado na nota fiscal de remessa em devolução, decorrente da operação de comodato, certamente, caberia ao impugnante apresentar todos os documentos fiscais que confirmassem as suas alegações. Ou seja, deveria acostar aos autos tanto as notas fiscais que houve o destaque do imposto quanto as notas fiscais de retorno referentes às citadas remessas, o que não foi feito.

Quanto à alegação de existência de duplicidade referente ao produto Kit Nitrogênio total 0,5-18mg/l Merck relacionado nas Notas Fiscais nº 112820 e 128328, constato assistir razão ao impugnante, aliás, registre-se, fato reconhecido pelos próprios autuantes que acataram a alegação e refizeram os cálculos referentes aos meses de março e agosto de 2005, cujos valores passaram, respectivamente, para R\$ 44,10 e R\$ 200,29, permanecendo o mês de maio no valor de R\$ 10.501,88.

No que concerne à alegação defensiva de que os produtos, Kit Nitrogênio Total 0,5-18mg/l Merck; Kit Merck p/ cloro artigo 1148280001, são considerados produtos intermediários, pois estão relacionados diretamente ao processo produtivo, portanto, a utilização do crédito do ICMS gerado na aquisição desses produtos lhe é de direito, em conformidade com o artigo 93, inciso I, alínea “b” do RICMS, certamente não pode prosperar tal alegação, haja vista que tais produtos são utilizados no tratamento de água, portanto, não participam diretamente do processo produtivo, sendo correta a glosa dos créditos.

Assim, a infração 07 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 10.746,27.

Diante do exposto, as infrações 01, 04 e 05 são integralmente subsistentes, as infrações 02, 03, 07 e 08 parcialmente subsistentes, e a infração 06 insubsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206830.0001/08-8**, lavrado contra **PRIMO SCHINCARIOL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES DO NORDESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$742.797,04**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 236.088,56 e de 60% sobre R\$ 506.708,48, previstas no art. 42, incisos, I, “a”, II, “f”, e VII, “a” da Lei n. 7014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$91.949,07**, prevista no art. 42, inciso XI do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05, cabendo a homologação do valor recolhido.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR