

A. I. Nº - 298616.0001/11-6
AUTUADO - PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A.
AUTUANTE - ANDRÉ LUIZ SOUZA AGUIAR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET 27.12.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0326-05/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES DE MATERIAL DESTINADO A USO E CONSUMO. COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES. Infração mantida. **b)** IMPOSTO NÃO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. Infração mantida. **c)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. **d)** MERCADORIAS ISENTAS. Infração reconhecida. 2. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** BENS DESTINADOS AO CONSUMO. **b)** ATIVO FIXO. Infrações reconhecidas. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO DOS BENEFÍCIOS DO DECRETO Nº 7799/00. OPERAÇÕES COM CONTRIBUINTES CADASTRADOS COMO INAPTOS. INFRAÇÃO RECONHECIDA. 4. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. TERMO DE ACORDO DE ATACADISTA. Infração não impugnada. 5. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO TERMO DE ACORDO DE ATACADISTA. **b)** MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações reconhecidas. 6. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. **a)** UTILIZAÇÃO DO BENEFÍCIO DO DEC. Nº 7466/98 COM DESCONTO INFERIOR AO PREVISTO. Infração subsistente. **b)** ERRO NA APLICAÇÃO DA ALIQUOTA CABÍVEL. CONTRIBUINTE NORMAL. Infração subsistente. **c)** ERRO NA BASE DE CÁLCULO. CONTRIBUINTES INAPTOS. Infração não elidida. 7. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS SUJEITOS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTES NO ESTADO. **a)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. **b)** CONTRIBUINTES INAPTOS. FALTA DE RETENÇÃO. 8. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Lançamento efetuado sobre o valor de maior expressão monetária, o das saídas. Infração recolhida. **b)** SAÍDAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração subsistente. Não impugnadas pelo contribuinte as infrações 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 e 17, cujos lançamentos respectivos, em consequência, são subsistentes. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Indeferido o pleito de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/03/2011, exige ICMS no valor de R\$504.735,78, em decorrência das seguintes infrações:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Trata-se do uso indevido do crédito fiscal de combustíveis e lubrificantes, mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, ou seja, consumidos por usuário final em atividades administrativas, a exemplo de veículos de supervisores de vendas. Valor Histórico: R\$105.214,09 – Multa de 60%;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento(s) fiscal(is). Refere-se ao crédito indevido de ICMS oriundo de retorno de mercadorias anteriormente encaminhadas para depósito fechado/armazém geral neste Estado. As notas fiscais emitidas e registradas no livro de Entradas de 2009 não contêm, em seu corpo, nenhum destaque de ICMS, o que configura o uso irregular dos valores lançados, conforme comprovado na documentação anexada ao presente processo - Anexo nº 10. As mencionadas notas fiscais de retorno de mercadorias foram emitidas pela empresa Conseil Gestão de Transportes e Serviços Ltda. Valor Histórico: R\$248.550,02 – Multa de 60%;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. O contribuinte, ao registrar a Nota Fiscal de Entrada de nº 1444, em janeiro de 2009, lança e utiliza indevidamente o crédito fiscal de bens destinados ao uso e consumo, CFOP 2.557 - as mercadorias são: boneco de neve; árvore de natal; sino, conforme livros de Apuração de ICMS e de Entradas do período citado. Valor Histórico: R\$8.899,50 – Multa de 60%;
4. 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. Trata-se de recolhimento a menor do diferencial de alíquota sobre o ingresso de bens destinados ao uso e consumo, a exemplo de casaco, tênis, boneco de neve, sino de natal, luvas, devidamente registrados em livros de Entradas e Apuração de ICMS, pelo CFOP 2556 e 2557. Valor Histórico: R\$12.699,43 – Multa de 60%;
5. 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 falta de recolhimento de diferencial de alíquota nas aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado, no mês de janeiro de 2009, devidamente registrado, conforme livros de Apuração e Entradas, CFOP 2551. Valor Histórico: R\$3.481,67 – Multa de 60%;
6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Trata-se de crédito indevido de mercadorias isentas, tais como ervilha e brócolis, oriundas de outros Estados. Neste cálculo, se levou em consideração os valores já estornados pelo contribuinte, conforme registro em livro de Apuração de ICMS de 2009. Valor Histórico: R\$1.004,42 – Multa de 60%;
7. Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. O Contribuinte signatário do Termo de Acordo Atacadista (Decreto nº 7799/00), com aplicação da redução da base de cálculo em 41,176% para contribuintes do ICMS em plena atividade mercantil. Esta infração refere-se à aplicação indevida da redução da base de cálculo do imposto em 41,176% para contribuintes INAPTOS, conforme banco de dados da SEFAZ-BA, prerrogativa exclusiva para contribuintes com atividade normal de comercialização de mercadorias. Valor Histórico: R\$6.823,79 – Multa de 60%;
8. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Em função de ser signatário do Termo de Acordo Atacadista,

- com saídas de mercadorias com redução da base de cálculo em 41,176%, equivalente à tributação de 10%, há a obrigatoriedade do estorno do crédito fiscal de Icms acima desse percentual. Trata-se do estorno obrigatório de 2% quando do ingresso de mercadorias por transferência de outros Estados, a exemplo de Goiás, cujas entradas estão com crédito fiscal de 12%. Neste caso, houve o estorno a menos, e a presente infração refere-se ao complemento do valor mensal de fevereiro de 2009, sendo considerados no cálculo final o valor já registrado e usufruídos pelo contribuinte no citado mês. Valor Histórico: R\$3.499,34 – Multa de 60%;
9. Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo O Contribuinte signatário do Termo de Acordo de Atacadista (Decreto n. 77999/2000), com direito à redução da base de cálculo do ICMS em 41,176% para contribuintes do ICMS, em plena atividade comercial. Neste caso, houve, conforme banco de dados da SEFAZ (com cópias de cadastramento em anexo), vendas de mercadorias para não contribuintes de ICMS, a exemplo de hospitais, pousadas, associações e hotéis. Cobra-se, nesta infração, o ICMS calculado sob a alíquota de 17%, sem direito à redução da base de cálculo de 41,176%. Valor Histórico: R\$5.932,78 – Multa de 60%;
 10. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Nesta infração, também em função da adesão ao Termo de Acordo de Atacadista (Decreto nº 7799/00), houve uso indevido de redução da base de cálculo para mercadorias sujeitas à substituição tributária, conforme planilha em anexo. Valor Histórico: R\$1.566,01 – Multa de 60%;
 11. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Trata-se de vendas de mercadorias com a utilização do Decreto nº 7466/98, microempresa, com desconto inferior ao determinado no próprio decreto, ou seja, o contribuinte não repassou em nota fiscal o desconto autorizado de 10% sobre o valor comercial para o adquirente da mercadoria, mas aplicou indevidamente a alíquota de 7%, que é específica para o segmento em situação regular do usufruto. Valor Histórico: R\$5.694,39 – Multa de 60%;
 12. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Nesta infração, houve aplicação indevida do benefício de microempresa - Decreto nº 7466/98 - para contribuinte Normal, com alíquota de 7% ao invés de 17%, alíquota correta para essa situação. Como o contribuinte é signatário do Termo de Acordo Atacadista, foi aplicado, aqui, a redução de 41,176% da base de cálculo do ICMS dos valores apurados. Valor Histórico: R\$3.587,90 – Multa de 60%;
 13. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Refere-se a erro de aplicação da alíquota de 7% para contribuintes INAPTOS no Estado da Bahia, nas datas das aquisições de mercadorias, em 2009, o que configura uso indevido do Decreto de Microempresa, n. 7466/98, este voltado exclusivamente para contribuintes em situação de normalidade das operações comerciais. Valor Histórico: R\$13.681,17 – Multa de 60%;
 14. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Trata-se de cálculo da substituição tributária de produtos comestíveis resultante do abate de gado bovino, suíno, e aves, em estado natural, refrigerados ou congelados, sem retenção do valor devido de ICMS quando da saída dessas mercadorias, conforme item 9, inciso II, art. 353, RICMS-BA. Valor Histórico: R\$12.693,88 – Multa de 60%;
 15. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Refere-se à falta de retenção de ICMS sobre

mercadorias destinadas a contribuintes INAPTOS neste Estado quando da realização das operações de venda. Valor Histórico: R\$6.173,09 – Multa de 60%;

16. Falta de recolhimento do imposto relativa à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. O valor da omissão de saídas é de R\$378.761,83, portanto superior ao valor da omissão de entradas, que totalizou R\$163.303,96 no mesmo levantamento de estoque, com Icms calculado em R\$22.974,93. Valor Histórico: R\$64.389,56 – Multa de 70%;
17. Falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Refere-se à retenção, por substituição tributária, das mercadorias como aves, suínos, bovinos, e similares, resfriados ou congelados, que foram objeto das omissões no levantamento de estoque de 2009. Valor Histórico: R\$844,74 – Multa de 60%;

O autuado interpôs defesa ao lançamento fiscal, fls. 677/714, e logo de início, reconheceu o débito integral das infrações 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 e 17, como também reconheceu parcialmente o débito da infração 2 no valor de R\$47.197,54, restando à impugnar às infrações 1 (integral) no valor total de R\$105.214,09 e 2 (parcial), restando a controvérsia sobre o valor de R\$201.351,48.

Na infração 1, aduz que a autoridade fiscal considerou os artigos 93, V, “b” e 124 do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97, multa aplicada nos termos do artigo 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, contudo, alega a improcedência “do creditamento em relação aos materiais que são utilizados de forma diretamente vinculada à atividade” do autuado, pois os fiscais questionaram a apropriação de créditos de ICMS decorrentes de entradas de mercadorias que supõem serem de uso e consumo, de forma que, segundo a sua interpretação da legislação fiscal, não podem gerar créditos de ICMS. Assevera que decorrem de creditamento permitido pela legislação, já que estão relacionados às aquisições de mercadorias, diretamente vinculadas à atividade da empresa, sendo necessárias e fundamentais para a sua operação.

Transcreve o art 20 da LC Nº 87/96, que traça as regras gerais de incidência do ICMS, e dispõe que o débito de ICMS apurado pode ser compensado com o valor do imposto oriundo da etapa anterior, em relação a operações que estejam relacionadas a “*entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento*” e estabelece em seu § 1º, de forma expressa e exhaustiva, as restrições ao creditamento.

Acrescenta ainda que o artigo citado acima estabelece como regra a possibilidade de creditamento do imposto cobrado nas operações anteriores, dando cumprimento ao princípio da não-cumulatividade estabelecido na Constituição Federal e, por outro lado, prevê de forma expressa e exhaustiva, que os contribuintes estaduais apenas não podem registrar em sua escrita fiscal o crédito de ICMS nos seguintes casos: “(i) a operação anterior seja isenta ou não tributada; ou (ii) a mercadoria adquirida não esteja relacionada à atividade da empresa”.

Aduz que a LC nº 87/96 possibilita o creditamento em relação a todas as aquisições de mercadorias que estão diretamente vinculadas à atividade da empresa (mesmo que não sejam diretamente consumidas no processo industrial ou integrem o produto final), diferentemente do que prevalecia no Convênio ICMS 66/88, que apenas autorizava a apropriação de créditos nos casos em que as mercadorias fossem diretamente incorporadas ou consumidas no processo industrial ou integrassem o produto final. E que este entendimento foi recentemente confirmado pelo STJ no julgamento do RESP nº 1.175.166, oportunidade, pelo qual transcreveu “art. 20, § 1º.

(...) (STJ, REsp 1175166/MG, ReI. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 26/03/2010”, que restou assentado que o creditamento do ICMS previsto na Lei Complementar nº 87/96 abrange toda e qualquer aquisição de materiais que são *“efetivamente aplicados e consumidos na atividade-fim da contribuinte (...) ainda que não integrem o produto final”*.

Extraíu, ainda, voto dos Relatores Ministros Castro Meira (Segunda Turma, j. 18/08/2005, DJ 20-02-2006; REsp 690.769-RS) e Mauro Campbell Marques (Segunda Turma, j. 03-12-2009, DJe 16-12-2009), para fundamentar de que todas as mercadorias adquiridas que são necessárias para o desenvolvimento da atividade da empresa geram o direito ao crédito de ICMS.

Apontou e citou Decisão Normativa CAT nº 1/2001, o Estado de São Paulo que dirimiu as dúvidas dos contribuintes do ICMS daquele Estado, esclarecendo a possibilidade de apropriação de créditos do ICMS sobre a aquisição de insumos. Também apresentou Decisão Normativa no rol exemplificativo daquilo que se considera para fins do conceito de insumo, entre os quais se encontram diversos dos bens adquiridos pelo autuado que constam das supostas infrações fiscais em questão.

Salientou que não é razoável que Fiscos Estaduais submetidos às mesmas regras de ICMS - Constituição Federal e Lei Complementar nº 87/96 - possuam entendimentos diametralmente opostos, no que tange ao creditamento de ICMS, tendo em vista o conceito e abrangência do termo insumo. Ademais, a aplicação de entendimentos diferenciados acabaria por prestigiar o desenvolvimento da atividade empresarial - e a geração de empregos - em determinadas regiões, sobretudo considerando que o custo tributário é um fator relevante na gestão das empresas. Destacou e citou que o disposto no art. 110 do Código Tributário Nacional: *“Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”*, não deveria haver dúvida entre os Fiscos Estaduais que determinados bens são considerados insumos para fins de apropriação de créditos de ICMS, pois, essenciais à atividade de industrialização.

Reprisou que o art. 20 da Lei Complementar nº 87/96 vincula o direito ao creditamento apenas ao fato de que as mercadorias não sejam alheias à atividade do estabelecimento, deixando claro, portanto, a amplitude de que *“tudo aquilo que se relacionar à atividade-fim”* confere direito ao crédito, posto que fundamental à atividade produtiva.

Reitera que na leitura do estatuto social do autuado, se extrai que o objeto social da Companhia consta a *“industrialização, comercialização e exploração de alimentos em geral, principalmente os derivados de proteína animal e produtos alimentícios que utilizem a cadeia a frio como suporte e distribuição”*. Assim, declarou que o autuado apenas pode industrializar e explorar alimentos em geral caso respeite normas ambientais, normas de vigilância sanitária e normas de segurança do trabalho, bem como tenha estrutura física e maquinário em funcionamento, adequadamente mantidos - o que toma tais bens essenciais ao desenvolvimento de sua atividade produtiva.

Verificou que os bens considerados pelo fisco como materiais de uso e consumo são, de fato, indispensáveis à realização das atividades empresariais do contribuinte conferindo, portanto, direito ao crédito.

Passa a demonstrar que o *“óleo diesel utilizado no transporte de mercadorias”*, que fora adquirido e aplicados em veículos de transporte de mercadorias, e não em veículos de supervisores de vendas, pois, como é sabido, no Brasil não se permite a utilização de óleo diesel em automóveis. Afirmou que o autuado utiliza tal produto no transporte de mercadorias, conforme se comprova no confronto dos dados constantes do relatório fiscal em face aos documentos aqui apensados (doc. 05), que constam no relatório fiscal e, expressamente o produto adquirido neles constantes é **óleo diesel**.

Esclareceu que as características do transporte de mercadorias do autuado: “1- O transporte em questão é efetuado por terceiros prestadores do serviço de transporte que estabelecem uma relação contratual com a Impugnante; 2- O Impugnante se responsabiliza pela aquisição do combustível que será utilizado para o transporte de suas mercadorias pelos terceiros contratados para a prestação do serviço de transporte; 3- O combustível não é utilizado pelos contratados conforme sua liberalidade, mas através de um controle vinculado aos trajetos que serão percorridos na execução do transporte das mercadorias; 4- O valor pago pela prestação do serviço de transporte é reduzido, pois corresponde ao valor do frete líquido do combustível necessário; e 5- O transporte de mercadorias da Impugnante poderia ser feito por conta própria”.

Em resumo, afirmou que o transporte das mercadorias é realizado por terceiros contratados para esse fim (empresas transportadoras e autônomos), os quais têm seus veículos de transporte abastecidos às custas do autuado por meio de cartões de abastecimento, ou seja, o transporte de mercadorias é efetuado com o óleo diesel adquirido diretamente junto aos postos de combustível que são previamente credenciados.

Salienta que os serviços de transporte e o óleo diesel correspondente são necessários para o desenvolvimento da atividade da empresa, caracterizando-se como insumos de sua atividade (comercialização/exportação), pois o autuado se apropriou de créditos de ICMS sobre o transporte (frete) e o óleo diesel, nos termos permitidos pela legislação do ICMS e este óleo é utilizado para a viabilização da atividade-fim da empresa como já dito, que se concretiza como processo de comercialização de suas mercadorias, assim, não há que se falar em material de uso e consumo, como pretendeu a referida autoridade fiscal, pelo simples fato de que o diesel não se integra ao produto final fabricado.

Entende que o fato de o combustível não integrar o produto final é irrelevante para a existência do direito ao crédito da Impugnante, conforme amplamente demonstrado anteriormente. Cuida-se de exigência que apenas fazia sentido quando da vigência do Convênio ICMS 66/88, o qual não se aplica ao caso desde o advento da Lei Complementar nº 87/96.

Embora o autuado adquirisse o óleo diesel que será usado no abastecimento dos veículos de transporte de terceiros por ela contratados, e, a partir daí, as mercadorias industrializadas/comercializadas são transportadas ao seu destino, o que se viabiliza é a persecução dos fins empresariais da Impugnante, não havendo óbice à apropriação do óleo diesel adquirido.

Diz em última análise, que o óleo diesel constitui insumo, pois diretamente empregado no ciclo de comercialização das mercadorias, estando, de forma, intrínseca, vinculado à atividade que impulsionou o objetivo final de comercialização dos produtos fabricados e, para, não pairar nenhuma dúvida acerca do conceito de mercadoria alheia à atividade da empresa transcreveu lição de Aroldo Gomes de Mattos.

Fudamenta que o autuado apenas pode desenvolver sua atividade, com plenitude, caso possa transportar sua produção por meio de veículos que mantenham as condições de consumo das mercadorias, o que fica clara, portanto, a função essencial que o óleo diesel exerce, tendo em vista que o funcionamento dos caminhões contratados para a prestação do serviço de transporte depende de forma direta e essencial da aplicação desse insumo, vinculando-se, portanto, às atividades da Impugnante, qual sejam, a comercialização de alimentos em geral. Diz, ainda, que nesta linha de pensamento não há qualquer dúvida quanto à aplicação, do combustível para fins de transporte de mercadorias da Impugnante, conforme se observa da descrição da infração constante na Notificação Fiscal.

Ademais, não se alegue que a Resolução Normativa nº 58/2008 vedaria a apropriação dos créditos de ICMS em questão. Conforme se extrai da ementa da referida Resolução Normativa, seu âmbito está adstrito “ao ICMS relativo ao combustível utilizado no transporte com veículos próprios (...)”.

No que se trata de hipótese diversa se discute na presente defesa que os veículos utilizados para o transporte de mercadorias não são próprios, mas de propriedade de terceiros contratados para a prestação do serviço de transporte. Em outro aspecto relevante no caso do valor do óleo diesel tivesse integrado o valor pago pela prestação do serviço de transporte, ou seja, caso o autuado tivesse contratado o transporte de "tanque cheio" e não de "tanque vazio", não haveria qualquer questionamento, nota-se que não há qualquer questionamento acerca da legitimidade de apropriação de créditos sobre os serviços de transporte prestados, como, não existem dúvidas de que a empresa arcava com o custo do transporte e do combustível correspondente, assumindo o encargo integral sobre o "transporte", pois, não há que se falar em impossibilidade de crédito sobre a parcela "combustível".

Entendeu também que o fato de o valor do combustível ser cobrado pela transportadora contratada (mediante inclusão no valor do frete), ou o combustível ser fornecido diretamente pelo autuado, não faz qualquer diferença no que diz respeito à caracterização do transporte e do óleo diesel como insumos necessários à atividade da empresa. Deve, portanto, ser reconhecida a improcedência da presente autuação fiscal em relação ao óleo diesel adquirido para o transporte/comercialização das mercadorias produzidas, haja vista que constitui verdadeiro insumo à sua atividade de comercialização.

Desta forma, assim como ocorre com as aquisições de óleo diesel para o transporte de mercadorias, a aplicação do óleo diesel no caminhão que transporta maquinário dentro do parque industrial da Impugnante não pode ser considerado alheio à sua atividade, sendo possível a apropriação do crédito de ICMS em questão e em respeito ao princípio da não-cumulatividade, consagrado no art. 155, § 20, II, da Constituição Federal e no art. 20 da Lei Complementar nº 87/96.

Na infração 2, apesar do reconhecimento de parte do débito no valor de R\$47.198,54, restou a diferença de 201.351,48, que o autuado, por sua vez, impugnou, sob o fundamento de que remeteu mercadoria para armazenagem na CONSEIL Gestão de Transportes e Serviços Ltda, consignando o CFOP 5.905, com destaque do ICMS, registradas no Livro Registro de Saídas, com débito do ICMS, conforme consta da relação das notas fiscais CFOP 5.905 (doc. 04). Disse que a CONSEIL emitiu as notas fiscais de retorno de armazenagem sem destaque do ICMS. Contudo, o autuado lançou as notas fiscais de retorno, na ocasião da entrada, com imputação do crédito do ICMS, sendo parte com CFOP 1.907 e parte com CFOP 1.949, considerado indevido o crédito porque o ICMS não está destacado nas notas fiscais de retorno.

Deixa claro que houve destaque/débito do ICMS nas remessas para armazenagem na CONSEIL.

Traz um histórico das operações, desde o seu início, conforme demonstrativo que transcreve, onde até o final do período de apuração de 2009, o saldo é nulo/zero, haja vista o pagamento efetuado da parte que entendeu ser devida, no valor de R\$ 47.198,54, efetuado em 04/2011.

Disse que o demonstrativo deixa claro que nenhum dano sofreu o erário público, ao contrário, até mesmo havia se beneficiado em relação às operações do autuado, haja vista que *“até o final do período de apuração do ano de 2008, o Contribuinte houvera lançado a débito o valor de R\$ 201.351,48 acima do valor lançado a crédito, situação esta que se anulou no ano de 2009 com o encontro de contas retro mencionado”*. Desta forma afirma que é absolutamente insubsistente o lançamento do ICMS sobre as aludidas operações, configurando um verdadeiro confisco por parte da Fazenda do Estado da Bahia.

Argumentou que não bastassem às razões demonstradas, ainda existem outras que invalidam a exação fiscal *“do crédito em relação ao retorno/retorno simbólico de mercadorias remetidas por armazém geral”*, pois o autuante fiscal glosou a apropriação de créditos do ICMS, por seus valores integrais.

Afirma que o fato não mencionado na peça impositória é o de que as mesmas mercadorias, quando da remessa, tiveram o destaque do ICMS, este resultante da aplicação da alíquota

incidente sobre a respectiva base de cálculo e, fato também não mencionado, que os aludidos valores foram lançados a débito na escrita fiscal, assim como considerados a débito na apuração do ICMS devido nos respectivos períodos de apuração.

Salientou que a tributação da operação de remessa pode ser adequadamente verificada através da análise das respectivas notas fiscais de saída, relacionadas na planilha anexas aos autos (doc. 04), e lançadas no respectivo livro de Saídas e Guia de Informação e Apuração do ICMS dos respectivos períodos de apuração, constantes da própria base de dados da SEFAZ.

Clama que “*É LEGÍTIMO O CRÉDITO INTEGRAL DO ICMS INCIDENTE SOBRE AS OPERAÇÕES AQUI EM ANÁLISE*”, haja vista que o direito ao crédito do ICMS decorre do princípio da não-cumulatividade inserto no artigo 155, parágrafo 2º, inciso I, da Constituição Federal.

Observa que não existe qualquer limitação quanto à referida compensação, ou seja, de acordo com a Carta Magna, todo o ICMS pago nas operações anteriores pode ser objeto de crédito, independentemente de qualquer outra condição. Não havendo qualquer restrição quanto ao crédito do ICMS na Constituição Federal, é defeso à lei ordinária fazê-lo, o que afirma deixar claro que os contribuintes têm sempre o direito a abater do imposto por eles devido o montante pago nas etapas anteriores. Tal direito está, evidentemente, condicionado a que o produto final seja **tributado**.

Transcreve ensinamentos dos insignes tributaristas, Geraldo Ataliba e Cleber Giardino, "in", Revista de Direito Tributário, n.46, pág. 74, bem como cita e transcreve outra lição do jurista e professor Paulo de Barros Carvalho e citou também matéria, quando em situação análoga fora apreciada por diversas instâncias do poder judiciário, obteve decisão no mesmo sentido dos entendimentos aqui apresentados, como pode se constatar através do TJ-SP (AC Nº 5292185/0-00 – Rel. Paulo D. Mascaretti – 22/10/2007) e TJ-MG (RE 355422 AgR / MG, Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 28-10-2004 ...APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.773735-5/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE – Relator Alvim Soares – 06/02/2007).

Questiona a ausência de responsabilidade do autuado pela multa aplicada, dos fatos geradores ocorridos entre **janeiro/2009 e fevereiro/2009**, praticados pela empresa **Perdigão Agroindustrial S.A.**, a qual foi **incorporada** pela **Perdigão S.A.** em **09.03.2009**, conforme Ata da Assembléia Geral Extraordinária da **Perdigão Agroindustrial S.A.** A empresa em questão, por sua vez, alterou sua denominação social para BRF – Brasil Foods S.A. em **08.07.2009**, o que constata que no presente caso: “(i) **a multa aplicada em desfavor da Autuada é posterior a incorporação da Perdigão Agroindustrial S.A. pela Perdigão S.A. (atual BRF – Brasil Foods S.A.); e (ii) os fatos que ensejaram a aplicação da multa dizem respeito a situações anteriores à dita incorporação**”. Com isso nota-se que o autuado incorporou à outra empresa significativamente posterior aos períodos de apuração a que se referem às infrações aqui atacadas. Este fato torna ilegal a exigência de multa, tendo em vista o disposto nos artigos 132 e 133 do CTN, citado em sua tese defensiva.

Diz ainda que neste sentido, o STJ recentemente se pronunciou sobre o tema no julgamento do Recurso Especial nº 923.012/MG, considerado como recurso representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC). Confira-se excerto do voto vencedor, lavrado pelo Ministro Luiz Fux, no qual se explicita a adequada interpretação dos artigos 132 e 133 do CTN, a partir da lição de Sacha Calmon Navarro Coelho, evidenciando os limites de responsabilidade das multas pelas empresas sucessoras na sucessão empresarial: “...**Não faz sentido apurar-se uma infração ocorrida no pretérito e imputá-la a uma nova pessoa jurídica formal e Institucionalmente diversa da que praticou a infração sob a direção de outras pessoas naturais...**” (in Curso de Direito Tributário Brasileiro, Ed. Forense, 9ª ed., p. 701). (...)" (REsp 923012/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX. PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2010, DJe 24/06/2010).

Cita ainda jurisprudência do Conselho de Contribuintes no âmbito federal, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e contata que: “(I) **a multa fiscal em desfavor da empresa sucedida já constituída ou em discussão no momento da incorporação é absorvida pela empresa**

sucessora; (II) a multa fiscal em desfavor da empresa sucedida, constituída após a incorporação e referente à fatos geradores anteriores à incorporação não é exigível da empresa sucessora”.

Requeru que sejam excluídas as infrações fiscais em comento, os valores exigidos a título de multa, já que se referem a fatos anteriores à incorporação, mas constituída e aplicada após a incorporação da empresa Perdigão Agroindustrial S/A pela Perdigão S.A. (atual BRF -Brasil Foods S.A.), ocorrida em 09.03.2009.

Diz que se deve afastar a aplicação das multas que correspondem a 60% do tributo exigido, pois, são manifestamente confiscatórias, e que o Princípio do Não-Confisco visa, primordialmente, impedir a instituição de tributação proibitiva, que impeça a manutenção da fonte produtiva (pessoa jurídica), ou que retirem do cidadão os recursos indispensáveis à sua manutenção e de sua família (pessoa física). Nesse sentido, o princípio visa coibir a utilização da tributação de forma irrazoável e desproporcional, principalmente no que se refere às sanções tributárias.

Entende que as sanções tributárias são conhecidas não somente pelo seu caráter punitivo, mas também pelos seus objetivos funcionais ou finalísticos. Assim, o fenômeno jurídico não se reduz à mera repressão da conduta que desatende aos comandos normativos, mas antes, consubstancia-se em um instrumento de alteração da legalidade social, buscando levar o contribuinte a direcionar as suas ações no sentido dos fins fixados pelo ordenamento jurídico. Desta forma, as mesmas sanções não têm um caráter exclusivamente punitivo, muito menos arrecadatório, mas sim de contribuir para que as condutas se adéquem ao disposto nas normas legais.

E, na evolução da forma de se compreender as sanções tributárias tem levado a doutrina e a jurisprudência a exigirem que as mesmas sejam fixadas conforme parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade e sobre a questão cita ensinamento de Helenilson da Cunha Pontes, com intuito de concretizar que as penalidades tributárias, a instituição de multa excessiva, que ultrapasse o limite do razoável e do proporcional, mesmo que visando teoricamente a punição dos que transgridem a legislação tributária, constitui-se violação do Princípio do Não-Confisco. E a fixação de multa no patamar de 60% do tributo devido, fica evidente o desvirtuamento da função da penalidade tributária, que acaba sendo aplicada como mero fim de incremento da arrecadação.

Observou ainda que o Egrégio Supremo Tribunal Federal já reduziu multa para 30% (trinta por cento) do tributo devido em razão do seu caráter confiscatório, citado na peça.

Transcreve voto do relator da decisão (*RE 81550, Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/1975, DJ 13-06-1975*) que extrai trechos: ***"Conheço do recurso e lhe dou parcial provimento para julgar procedente o executivo fiscal, salvo quanto à multa moratória que, fixada em nada menos de 60% do imposto devido, assume feição confiscatória. Reduzo-a para 30% (trinta por cento), base que reputo razoável para a reparação da impontualidade do contribuinte."***

Volta a citar o art. 150, IV, da CF juntamente com o entendimento recente do STF quanto à multa punitiva de tributação confiscatória (AI 482281, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157, PUBLIC. 21-08-2009).

Requer que todas as intimações, notificações, decisões e tudo mais que a este Auto Infração se referir, sejam encaminhadas ao patrono do autuado: ***“Dr. Celso Botelho de Moraes. Al. Santos, 1940 8º andar – Cerqueira Cesar - São Paulo – SP. CEP – 01418-200”***; ainda diz que juntou documentos fiscais (DOC. 01 – Procuração; DOC. 02 – Instrumentos Societários; DOC. 03 – Contrato Ticket Car; DOC. 04 – Planilha de Notas Fiscais da Conseil relativas a infração 02; DOC. 05 – Planilha de Notas Fiscais de Aquisição de Óleo Diesel.; DOC. 06 – Comprovantes de pagamento da parte incontroversa do Auto de Infração; e DOC.07 – CD contendo arquivos digitais da peça impugnatória, planilhas e demais documentos anexados).

Pede também realização de diligência fiscal levando em consideração aos documentos acostados, suficientes para o reconhecimento da improcedência das infrações impugnadas, nos termos do art. 131 do Decreto nº 7.629/1999.

Protestou, ainda, todos os meios de provas em direito admitidos.

O autuante prestou informação fiscal de fls. 826/829, e logo, contra argumentou as ponderações da defesa pertinentes nas infrações 1 e 2.

Na infração 1, pontuou que esta infração se refere exclusivamente ao uso indevido do crédito fiscal de ICMS proveniente da aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, mais precisamente de combustíveis e lubrificantes, cujos ingressos foram registrados, em livro de entrada de mercadorias pelos CFOPs 1.653 e 2.653.

Disse que, o autuado ao lançar em livro fiscal, registrou como produto destinado ao processo de industrialização tese que adota, de que todas as mercadorias adquiridas são para o desenvolvimento da atividade industrial da empresa e que todas elas, enquanto insumos, geram o direito ao crédito do ICMS. Acrescentou que o óleo diesel foi utilizado por empresas de transporte terceirizadas e por transportadores autônomos, cujo uso do combustível tem uma relação direta com a comercialização das mercadorias.

O autuante não tem nenhuma dúvida que todo insumo, vinculado a **industrialização**, gera direito ao crédito de ICMS, mas informa que a atividade principal do contribuinte, conforme consta no cadastro da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia é **“comercio atacadista de produtos alimentícios em geral”**, contrariando a defesa inicial quando declarou que o **objeto social da empresa** é *“a industrialização, comercialização e exploração de alimentos em geral, principalmente derivados de proteína animal e produtos alimentícios que utilizem a cadeia a frio como suporte e distribuição”*.

Salientou que a movimentação fiscal do contribuinte, tanto na entrada quanto na saída de mercadorias, de acordo com seus livros fiscais, não menciona nenhum tipo de codificação de operação de natureza industrial e tampouco de exportação de mercadorias, pois a sua equiparação, neste estado, a estabelecimento atacadista ocorre em função da sua adesão ao Termo de Acordo Atacadista, válido apenas para fins de tributação. Diante disto, todo ingresso e toda saída de mercadorias são voltados para comercialização e uma simples verificação da documentação fiscal comprova tal fato.

Percebe-se portanto, que o uso do combustível e lubrificante é destinado à atividade de transporte de mercadorias e não para o suposto processo de industrialização, inclusive em veículos de terceiros e não da própria empresa. Assim, neste caso, se a gasolina é consumida em veículos de transporte de terceiros, conforme afirmou, ratifica-se o próprio levantamento efetuado de crédito indevido, ou seja, nunca poderia ser insumo porque não é destinado a nenhum processo industrial nesta filial. A atividade de transporte ainda faz parte do grupo de serviços e não de industrialização.

Perguntou se é insumo o valor do ICMS contido em aquisições de óleo diesel adquiridos por transportadores externos à Perdigão? Deste modo, o contribuinte se contradiz quando alega que o fato de óleo diesel não integrar o produto final é irrelevante para a existência do usufruto do ICMS, uma vez que o óleo diesel se transforma em insumo porque diretamente empregado no ciclo da comercialização de mercadorias.

Volta a perguntar, se é legítimo uso de crédito de ICMS oriundo de combustível aplicado em veículos de terceiros e comprovado através de notas fiscais emitidas em substituição ao cupom fiscal. Entendeu que não, por isso estornou os valores lançados pelo contribuinte em operações de prestação de serviços.

Declarou que a documentação apresentada pelo contribuinte – Documento 03 – refere-se ao contrato de Ticket Car, com uso da tecnologia smart, cujo objeto é a prestação de serviço de

controle de frota, através do mencionado sistema, para aquisição de bens de consumo e serviços, em estabelecimentos previamente indicado pela empresa, o que confirma que o óleo diesel não é adquirido diretamente pelo impugnante, e sim, por meio de terceiros, que são seus prestadores de serviços. Ainda observou que o contrato de Ticket Car, ao contrário, reafirma que a aquisição de óleo diesel se deu de forma indireta e, portanto, ratifica o uso indevido de crédito de ICMS.

Reiterou que os documentos anexados de nº 04 e 05 não são documentos fiscais, e sim planilhas de dados, que não alteram em nada a constituição do crédito do ICMS, ou seja, não foram apresentados documentos fiscais que comprovem a improcedência da infração, portanto não foi anexada nenhuma nota fiscal que pudesse elucidar os próprios argumentos do contribuinte.

Diante dos fatos apresentados, pediu a manutenção da infração, sem alteração de valor, pondera que a destinação do combustível e lubrificante para uso em veículo de transporte de terceiros, por si só, já confirma o seu uso e não a sua transformação em outro produto.

Na infração 2, quando da análise das operações que dão direito ao crédito de ICMS, percebeu que o retorno de mercadorias de depósito fechado e armazém, neste Estado, estava com o crédito de ICMS. Porém, de acordo com a legislação vigente, a saída de mercadorias para depósito fechado e armazéns, em nome do remetente e neste Estado, não sofre incidência de ICMS, mesmo raciocínio para o retorno desse mesmo tipo de mercadoria.

Pergunta “*Por que o contribuinte se creditou?*”. No entanto, segundo a sua defesa, na remessa das mercadorias para armazenagem, as notas fiscais foram emitidas com destaques do ICMS e, que esse ICMS foi recolhido aos cofres públicos, assim o confronto entre os valores de ICMS lançados em livros fiscais e aqueles destacados em documentos fiscais. Notou também que o remetente da mercadoria, em operação de retorno de depósito fechado, não havia destacado o ICMS.

Perguntou novamente “*Se o depósito fechado não destacou o ICMS, poderia o contribuinte se creditar?*”, e entendeu que não, pois foi esta a razão principal da infração, ou seja, crédito indevido de ICMS, sem comprovação documental. Mesmo assim, o fato de ter tributado as saídas para depósito fechado não autoriza o creditamento do ICMS quando do seu retorno. E, caso comprovado, o contribuinte, de acordo com normas vigentes, poderia solicitar a restituição dos valores de ICMS indevidamente recolhidos ao Estado, opção não adotada em 2009.

Quanto ao fato de ter praticado saída para depósito com débito de ICMS, lembrou que tais notas fiscais geraram, para os seus adquirentes, o direito ao crédito de ICMS. Portanto, não pode considerar que o recolhimento irregular de ICMS, por erro do contribuinte, tenha poder para justificar o creditamento do imposto sem comprovação da documentação fiscal.

Pede a manutenção da infração, na sua totalidade, porque não há documentação fiscal que comprove o crédito fiscal utilizado pelo contribuinte.

Por fim, as mencionadas “abusividade” e “confiscatoriedade”, não concorda com o cancelamento das infrações fiscais e nem pela exclusão das multas aplicadas ao impugnante, e quanto a realização de diligência e/ou perícia, deixa para este Conselho de Fazenda resolver.

VOTO

Constato que o Auto de Infração em lide foi lavrado com o atendimento ao que dispõe o art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), bem como foi respeitado o direito à ampla defesa e ao contraditório, tendo sido entregue ao sujeito passivo cópias dos demonstrativos que fazem parte integrante da peça vestibular.

Quanto ao argumento da inconstitucionalidade de lei infraconstitucional que limite o direito de crédito de ICMS, cobrado em operações anteriores, não pode ser apreciado nesta seara administrativa, acorde art. 167, I do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Outrossim, as multas aplicadas estão tipificadas na Lei nº 7.014/96, e também não cabe a apreciação do argumento de confisco, nem de seu caráter abusivo pelas razões adrede mencionadas.

Ademais, o crédito fiscal que está sendo glosado na infração 2, e que será objeto de análise quando da apreciação de mérito, refere-se ao retorno simbólico de mercadorias remetidas por armazém geral, operação que em sua origem, as saídas não devem ter o destaque de ICMS.

No tocante à suposta ilegalidade para exigência da multa aplicada contra a defendente, na condição de sucessora, por suposta infração praticada pela sucedida, tal matéria deve ser discutida no Poder Judiciário, e não neste Conselho de Fazenda, onde o que cabe é constituir em definitivo ou não o crédito tributário contra a pessoa jurídica de direito privado designado no corpo da peça inicial (PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL LTDA.). Ademais, o Auto de Infração foi lavrado contra a PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A, Inscrição Estadual de nº 25.236.732, haja vista que a referida empresa ainda não foi baixada do Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia, cuja situação cadastral é de “INAPTO – PROC. BXA INDEF” .

Quanto ao pedido para realização de diligência e/ou perícia, nos termos do art. 147 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro o referido pleito, pois considero suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, como também em razão da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos.

No mérito, o sujeito passivo reconheceu o débito integral das infrações 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 e 17, portanto excluídas da apreciação deste Conselho de Fazenda Estadual, ficam mantidas.

Também reconheceu parcialmente o débito da infração 2 no valor de R\$47.197,54, restando à impugnar às infrações 1 (integral) no valor total de R\$105.214,09 e 2 (parcial), restando a controvérsia sobre o valor de R\$201.351,48.

Desta forma, passo à análise da infração 1, relativa ao crédito indevido de ICMS referente a aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento.

Trata-se de crédito fiscal de ICMS originado de aquisição de combustível e/ou lubrificante por consumidor final, cuja planilha sintética encontra-se na fl. 20 do PAF e a analítica, fls. 21 a 31, que discrimina as notas fiscais individualmente, com os estornos de ICMS, CFOP 1.653 e 2.653, (compra de combustível ou lubrificante por consumidor ou usuário final, de acordo com o Convênio sem número, de 15/12/1970, que estabeleceu os códigos fiscais de operações e prestações), a depender da aquisição ter sido interna ou interestadual.

O defendente traz argumentos para legitimar o crédito fiscal utilizado, tais como que combustíveis e lubrificantes seriam insumos efetivamente aplicados e consumidos na sua atividade-fim, qual seja a industrialização, uma vez que utilizado no transporte de mercadorias. Salienta ainda o autuado que o óleo diesel é aplicado em veículos de transporte de mercadorias, conforme documentos n. 05, transportes esses realizados por terceiros, empresas transportadoras e autônomos, contratados para esta finalidade.

De fato, todo o insumo vinculado à industrialização, gera direito ao crédito fiscal. Contudo, o estabelecimento autuado tem como atividade principal o “*comércio atacadista de produtos alimentícios em geral*”, inclusive com adesão ao Termo de Acordo Atacadista. Outrossim, o Contrato de Ticket Car, doc nº 03, fls.761 a 768, refere-se ao uso de tecnologia Smart, e tem por objeto a prestação de serviço de controle de frota, através do sistema Ticket Car, com utilização do cartão ticket car, para aquisição de bens de consumo e serviços em estabelecimentos previamente indicados pela empresa, (cláusula II), o que denota que a aquisição do combustível não é realizada diretamente pelo impugnante, e sim por terceiros, os seus prestadores de serviços, fato que contradiz as suas razões de defesa.

A redação do art. 93, V, “b”, RICMS/97, em vigência à época dos fatos (janeiro e fevereiro de 2009),

não deixava margens de dúvidas, ao estatuir o direito ao crédito nas aquisições de materiais de uso e consumo somente a partir de 1º de janeiro de 2011, assim entendidas as mercadorias que não fossem destinadas à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação. A utilização de crédito fiscal relativa às aquisições de materiais de uso e consumo tem previsão legal a partir de 1/01/2020, conforme art. 33, I, da Lei Complementar nº 87/96, alterada pela LC 138/10, consoante previsto no art. 29, § 1º, II, da Lei nº 7.014/96.

Resta claro que os combustíveis e lubrificantes em baila não se destinaram à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, esta última porque o autuado não é prestador de serviço de transporte, mas atua no comércio atacadista como já explicado.

Do mesmo modo, as mercadorias objeto da infração, não foram consumidas nem integraram qualquer produto final ou serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à produção, composição ou prestação. Ademais, não há que se falar em produção, posto que o defendente não é indústria, além do que o transporte foi realizado por terceiros.

Desta forma, restou comprovado que os valores concernentes aos combustíveis adquiridos, referentes ao ICMS, não geram o direito ao creditamento fiscal, sendo legítima a exigência fiscal. Infração procedente.

Na infração 2, consta à acusação de que o contribuinte utilizou crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento fiscal, oriundo de retorno de mercadorias anteriormente encaminhadas para depósito fechado/armazém geral neste Estado.

A planilha de fl. 32 historia a utilização de ICMS oriundo de remessa interna de depósito fechado, com notas fiscais sem destaque do imposto.

A defesa traz o argumento de que teria destacado o ICMS quando da remessa para depósito fechado e em contrapartida teria direito ao creditamento do ICMS no momento do retorno.

Consoante a legislação do ICMS vigente, quando o imposto não estiver destacado no documento fiscal ou o seu destaque tiver sido feito a menos, a utilização do crédito fiscal restante ou não destacado ficará condicionada à regularização mediante emissão de documento fiscal complementar, pelo remetente ou prestador. (art. 93, § 4º RICMS/97), hipótese também não cabível na presente situação.

O sujeito passivo inconformado com a autuação justifica os créditos fiscais, com o argumento de que remeteu mercadorias para armazenagem na Conseil Gestão de Transporte e Serviços Ltda, consignando o CFOP 5.905, com destaque do ICMS, registradas no livro Registro de Saídas. Embora a CONSEIL tenha emitido as notas fiscais de retorno de armazenagem sem destaque do ICMS, a recorrente argumenta que as lançou em seus livros fiscais, com crédito de ICMS, parte com CFOP 1.907, e parte com CFOP 1.949. De acordo com a legislação vigente até então (art. 6º, VI, RICMS/97), a saída para depósito fechado e armazém, em nome do remetente, neste Estado, não sofria incidência do tributo em comento. Não havendo imposto, conseqüentemente, não há direito a crédito no retorno das mercadorias.

Constato que a utilização de crédito nos moldes efetuado pelo autuado é indevido, e caso tenha direito à restituição por destaque e pagamento indevido do ICMS no momento das remessas para depósito, deve pleitear junto à inspetoria fazendária de sua circunscrição, mediante Pedido de Restituição de Indébito, nos termos dos arts. 73 a 83 do RPAF/99.

Infração procedente.

Destaco que o patrono do autuado requer que todas as intimações, notificações, decisões e tudo mais que a este Auto Infração se referir, sejam encaminhadas ao patrono do autuado: “**Dr. Celso Botelho de Moraes. Al. Santos, 1940 8º andar – Cerqueira Cesar - São Paulo – SP. CEP – 01418-200**”.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os pagamentos efetuados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298616.0001/11-6**, lavrado contra **PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 504.735,78**, acrescidos da multas de 60% no valor de R\$440.346,22 e 70% sobre R\$64.389,56, previstas no art. 42, II, “a”, “e” e “f”, VII, “a” e “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os pagamentos efetuados.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR