

A. I. N° - 281105.1240/14-6
AUTUADO - EXPRESSO NEPOMUCENO S/A
AUTUANTE - JALON SANTOS OLIVEIRA
ORIGEM - INFAC ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 18/05/2016

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0078-03/16

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. Imputação efetuada com base em levantamento de conta corrente fiscal. Infração subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento. Infração subsistente. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. **b)** UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO PRESUMIDO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO NA LEGISLAÇÃO. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/12/2014, refere-se à exigência de R\$369.035,30 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 03.01.01: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. ICMS a recolher, recalculado após glosa de créditos tributários provenientes do CIAP lançados indevidamente, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012. Valor do débito: R\$301.148,87.

Consta na descrição dos fatos que o autuado apresentou um volume de crédito superior a 1,3 milhões de reais, supostamente decorrentes de aquisições de bens do ativo imobilizado, no período de 2007 a 2012. Por seu caráter extemporâneo, os referidos créditos, se existentes, demandariam, para sua apropriação, prévia autorização da SEFAZ/BA, tendo sido constatada falta de recolhimento da diferença de alíquotas, na maioria das aquisições feitas pelo Contribuinte em outras Unidades da Federação.

Infração 02 – 06.02.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012. Valor do débito: R\$22.160,92.

Infração 03 – 01.02.02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012. Valor do débito: R\$45.725,51.

O autuado apresentou impugnação às fls. 642 a 653, alegando que em relação ao primeiro item do Auto de Infração, o livro CIAP, levado ao conhecimento da fiscalização, demonstra que os bens adquiridos pela empresa e com entrada ocorrida no período compreendido entre fevereiro de 2007

e agosto de 2010, tiveram seus créditos aproveitados em 2011 e 2012. Diz que a apropriação dos referidos créditos foi realizada na forma da lei, mês a mês, conforme comprova o livro Registro de Apuração, não havendo que se falar em lançamento indevido ou extemporaneidade.

Informa que de acordo com o Resumo do CIAP do ano de 2011, no mês de janeiro há uma base de cálculo a ser apropriada, no valor de R\$1.295.066,65, ou seja, dessa base de cálculo foi ainda calculado 1/48, sendo apropriado naquele mês o crédito de apenas R\$26.980,55, conforme última coluna do demonstrativo denominada “Crédito a ser Apropriado”. Esclarece que no período fiscalizado 2011/2012 o mês em que houve o maior montante a ser apropriado foi justamente janeiro de 2011, sendo que a partir de então, esse valor passou a diminuir até alcançar o montante de R\$1.166,37 em dezembro de 2012.

Entende que não há necessidade alguma de requerer autorização da SEFAZ para aproveitar o referido crédito, uma vez que foi devidamente lançado e legalmente utilizado. Diz que também não há qualquer relação dos apontamentos referentes ao lançamento e aproveitamento dos créditos com a fiscalização ocorrida em 2013, tendo em vista que esse assunto não foi objeto da mesma. Afirma que apresentou impugnação e ainda aguarda o resultado do julgamento.

Afirma ser lícito apropriar-se de crédito de bens destinados ao ativo permanente da empresa descrito no livro CIAP, conforme foi realizado, não sendo cabível a glosa aplicada pelo autuante, sendo obrigatória a exclusão integral do débito constante na infração 01.

Sobre a aquisição de bens para consumo, alega que nos valores levantados referentes à falta de recolhimento do ICMS relativo à diferença de alíquota, foram contabilizados valores correspondentes à aquisição de insumos como pneus, óleos para motor e outros, que gerariam crédito ao impugnante, não sendo passível a cobrança de diferença de alíquota, existindo ainda, notas fiscais de transferências da matriz para a filial que estão isentas do imposto.

Comenta que o ICMS está sujeito ao princípio da não cumulatividade, possibilitando ao contribuinte do imposto o aproveitamento de créditos para compensação com débitos do tributo dentro do período de apuração. Entende que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia adota conceitos equivocados sobre material de uso e consumo e insumo, não permitindo o aproveitamento de créditos de ICMS na atividade de transporte sobre diversos itens, tais como: pneus, câmaras de ar, material de embalagem, óleos lubrificantes, partes e peças de veículos, entre outros.

Afirma que não existe lei definindo o conceito de insumos para fins de ICMS, mas apenas norma estadual interpretativa e cada Estado vem adotando aquela que lhe convém. Comenta sobre o conceito de insumo e afirma que esse conceito deve se adaptar à materialidade do tributo ICMS e ao conhecido princípio da não cumulatividade. Diz que todos os custos operacionais sujeitos ao ICMS devem gerar crédito, não se incluindo despesas que não estão ligadas com a atividade de transporte, tais como o cafezinho servido na empresa, papel higiênico.

Reproduz o entendimento do Tribunal de Justiça da Bahia sobre o tema e o posicionamento da Receita Federal. Afirma que, diferentemente do conceito de insumo, o conceito de bem de uso e consumo é aquela não essencial à atividade econômica do estabelecimento. Material que não é utilizado na comercialização ou na prestação de serviços sujeita ao ICMS.

Prossegue comentando sobre os conceitos e insumo e material de consumo, transcrevendo decisão do Superior Tribunal de Justiça, ressaltando que as decisões citadas comprovam que o STJ está reconhecendo que houve uma ampliação do direito ao aproveitamento do crédito relativamente aos serviços de transporte, não cabendo mais a interpretação vinculada apenas {as atividades comerciais e industriais.

Assegura que parte do débito apurado na infração 02 se refere a insumo, sendo obrigatória sua exclusão, passando a considerar como infração apenas o recolhimento referente a diferença de alíquota de bens de uso e consumo do impugnante.

Em relação ao ICMS na transferência de mercadoria entre matriz e filial, alega que o autuante incluiu na apuração da diferença de alíquota de bens de uso e consumo, notas fiscais de transferências da matriz para a filial, conforme planilha do Anexo I. Diz que a Constituição Federal é clara, e o ICMS tem como fato imponível a circulação de mercadoria, o que significa circulação jurídica. As transferências de mercadorias realizadas entre matriz e filial não são tributadas pelo ICMS e as notas fiscais bastam para comprovar que não é devido o ICMS na mencionada operação, não sendo devido qualquer valor a título de diferença de alíquota, sendo obrigatória a sua exclusão do presente Auto de Infração. Entende que o montante do débito apurado na infração 02 deve ser reduzido para R\$10.257,79.

Sobre o crédito fiscal na aquisição de combustível, alega que o entendimento do autuante é contrário ao da própria Secretaria da Fazenda da Bahia, conforme parecer nº 02787/2009, datado de 16/02/2009, tendo em vista que, sendo o óleo diesel mercadoria recebido com imposto pago por antecipação, e o autuado não considerado contribuinte substituído, que utiliza essa mercadoria como insumo na atividade produtiva, poderá se creditar tanto do ICMS relativo à operação de aquisição, como do ICMS substituição tributária, destacado a título de observação no documento fiscal.

Diz que é lícito apropriar-se de crédito de ICMS destacado em nota fiscal, não sendo cabível a glosa aplicada pelo autuante, sendo obrigatória a exclusão integral do referido débito.

Por fim, pede a nulidade do presente Auto de Infração, pelas inconsistências e irregularidades alegadas, entendendo que deve prevalecer apenas o valor de R\$10.257,19. Pede que as notificações sejam enviadas para o endereço de sua matriz à Rua Thomaz da Silva, nº 15 – Distrito Industrial, Lavras – MG – CEP 37.200.000.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 831 a 833 dos autos. No que tange ao primeiro argumento defensivo acerca da glosa de créditos do CIAP, afirma que o autuado não apresentou qualquer fato novo, ensejador das nulidades pleiteadas e que pudessem mudar o entendimento do autuante quanto às infrações cometidas.

Afirma que houve apropriação indevida de créditos oriundos do livro CIAP, pelo não cumprimento do que está previsto em lei e pela inconsistência das provas apresentadas de que o crédito realmente existe. Entende que o caso requer um processo à parte de reconhecimento dos créditos pela SEFAZ/BA, e informa que a empresa foi autuada anteriormente, por falta de pagamento de ICMS e sequer argüiu isso em sua defesa, PAF nº 2328750109130A de 27/09/13.

Diz que na segunda parte da contestação, o autuado equivoca-se, mais uma vez, ao considerar que materiais de consumo e do ativo imobilizado, transferidos da matriz, em outra UF, para a filial neste Estado são isentos de pagamento do ICMS. Diz que o autuado critica a cobrança de diferença de alíquotas, pelo Estado da Bahia, de materiais que o mesmo considera como “insumos da produção”, invocando a seu favor um “rosário de argumentações acadêmicas” conflitantes com a legislação que regula a cobrança de ICMS no Estado da Bahia.

Comenta sobre a contestação do autuado em relação à glosa de créditos tributários, apropriados pelo mesmo na compra de combustível, em percentuais superiores a 15%, sob a alegação de que fere dispositivo constitucional e pareceres, anteriormente citados, emitidos pelo Estado da Bahia, no ano de 2009.

Ressalta que, nas suas conclusões, o defendente fecha o paradoxo das suas argumentações ao suscitar a possibilidade de nulidade do auto e ao mesmo tempo reconhecer que há valores incontrovertíveis que devem ser acatados e recolhidos.

Por fim, o autuante conclui que os argumentos defensivos são, na sua maioria, desprovvidos de amparo legal, inconsistentes e de cunho protelatório. O mesmo não conseguiu agregar qualquer informação nova, ou prova cabal de cumprimento das obrigações tributárias defendidas pelo auto

lavrado. Nada que justificasse uma revisão das infrações. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

À fl. 838 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que a Inspetoria Fiscal entregasse ao autuado cópia da informação fiscal e solicitasse os documentos comprobatórios das alegações defensivas, inclusive, em relação aos insumos alegados na infração 02.

Se apresentada nova manifestação pelo autuado e os elementos comprobatórios das alegações defensivas, que o PAF fosse remetido ao autuante para tomar conhecimento, e prestar nova informação fiscal acerca das alegações do contribuinte.

O defendantte foi intimado na forma solicitada e apresentou manifestação às fls. 843 a 846. Quanto à infração 01, reafirma os argumentos apresentados na impugnação inicial e anexa notas fiscais de aquisição que deram origem ao crédito ora discutido. Ratifica o entendimento de que não é cabível a glosa aplicada pelo autuante, sendo obrigatória a exclusão integral do débito descrito na infração 01.

Sobre as aquisições para consumo, o defendantte ratifica o entendimento de que são insumos os pneus, as câmaras de ar, óleo lubrificante utilizado nos caminhões, materiais de embalagem utilizados no transporte ou bens necessários para a realização da atividade de transporte, tais como partes e peças de veículos que não sejam enquadrados como bens do ativo imobilizado, não sendo devido o pagamento da diferença de alíquotas referente à aquisição destes materiais, tendo em vista que os mesmos geram crédito de ICMS, e o referido imposto não deve incidir sobre a mera transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo titular.

Reitera o pedido de redução do montante total do débito apurado na infração 02 para R\$10.527,79.

Referente à infração 03, o defendantte apresenta cópia de uma decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal na análise do AI nº 232875.0109/13-0 que julgou improcedente o lançamento realizado, referente à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque do imposto a mais no documento fiscal.

Ratifica o entendimento de que é lícito apropriar-se do crédito de ICMS destacado em nota fiscal, não sendo cabível a glosa do débito no valor de R\$45.725,51. Pede a nulidade do Auto de Infração e a lavratura do novo Auto, contemplando apenas o valor incontrovertido, ou seja, R\$10.257,79.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante às fls. 1124 a 1126. Quanto ao primeiro argumento do autuado acerca da glosa de créditos do CIAP, afirma que não foi apresentado qualquer fato novo que pudesse mudar o entendimento do autuante em torno das infrações cometidas. Diz que foram apresentadas diversas notas fiscais de aquisições de caminhões e semi-reboques que comprovam a falta de destaque da diferença de alíquota, de 5% do valor da compra, devido ao Estado da Bahia.

Reitera que houve apropriação indevida de créditos oriundos do livro CIAP, devido ao não cumprimento do que está previsto em lei e pela inconsistência das provas apresentadas de que o crédito realmente existe. Entende que o caso demandaria um processo à parte de reconhecimento dos créditos pela SEFAZ, até porque o contribuinte foi autuado, anteriormente, pela falta de pagamento do ICMS (PAF 232875.0109/13-0).

Afirma que na segunda parte da contestação, o defendantte se equivoca mais uma vez, ao considerar que materiais de consumo e do ativo imobilizado, transferidos da matriz, em outra unidade de Federação para a filial neste Estado são isentos de pagamento do ICMS.

Diz que em relação aos insumos, o defendantte apresenta argumentações acadêmicas conflitantes com a legislação que regula a cobrança do ICMS, e na manifestação final acerca da glosa de créditos tributários na compra de combustível em percentuais superiores a 15%, diz que o defendantte se perde em considerações, que o autuante entende ser insuficientes para o enfrentamento ao mandamento legal.

Conclui que os argumentos do autuado são inconsistentes e de cunho meramente protelatório. As cópias de notas fiscais acostadas aos autos formam prova contra o contribuinte, devido à flagrante falta de destaque do ICMS, em forma de diferença de alíquota, imposto devido ao Estado da Bahia. Pede que seja indeferida a nova manifestação do autuado e julgado procedente, em sua totalidade, o presente Auto de Infração.

Como na última informação fiscal o autuante apenas rebateu as alegações defensivas e não juntou aos autos qualquer demonstrativo ou documento novo, não houve necessidade do retorno do PAF para intimar o defendant a tomar conhecimento da referida informação fiscal.

Foi juntado aos autos, fls. 1129/1130, extrato do Sistema SIGAT referente ao pagamento de parte do débito apurado na infração 02, com os benefícios de Lei, no valor principal de R\$10.257,79.

VOTO

Inicialmente, observo que o presente PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário apurado e a natureza da infração. A descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Assim, constato que não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O primeiro item do presente Auto de Infração trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. ICMS a recolher, recalculado após glosa de créditos tributários provenientes do CIAP lançados indevidamente, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012. Valor do débito: R\$301.148,87.

Consta na descrição dos fatos que o autuado apresentou um volume de crédito superior a 1,3 milhões de reais, supostamente decorrentes de aquisições de bens do ativo imobilizado, no período de 2007 a 2012. Por seu caráter extemporâneo, os referidos créditos, se existentes, demandariam, para sua apropriação, prévia autorização da SEFAZ/BA, tendo sido constatada falta de recolhimento da diferença de alíquotas, na maioria das aquisições feitas pelo Contribuinte em outras Unidades da Federação.

O defendant alegou que o livro CIAP, levado ao conhecimento da fiscalização, demonstra que os bens adquiridos pela empresa com entrada ocorrida no período compreendido entre fevereiro de 2007 e agosto de 2010, tiveram seus créditos aproveitados em 2011 e 2012. Entende que não há necessidade alguma de requerer autorização da SEFAZ para aproveitar o referido crédito, uma vez que foi devidamente lançado e legalmente utilizado. Afirma ser lícito apropriar-se de crédito de bens destinados ao ativo permanente da empresa descrito no livro CIAP, conforme foi realizado, não sendo cabível a glosa aplicada pelo autuante.

Na informação fiscal, o autuante disse que houve apropriação indevida de créditos oriundos do livro CIAP, pelo não cumprimento do que está previsto em lei (art. 29, § 6º, da Lei 7.014/96) e pela inconsistência das provas apresentadas de que o crédito realmente existe. Entende que o caso requer um processo à parte de reconhecimento dos créditos pela SEFAZ/BA,

Observo que os procedimentos concernentes à escrituração extemporânea de créditos encontram-se disciplinados no art. 101 do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos. Neste caso, devem ser observadas as seguintes regras:

- a) A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte nos livros fiscais próprios no período em que se verificar a entrada da mercadoria ou a aquisição de sua propriedade ou a prestação do serviço por ele tomado, ou no período em que se verificar ou configurar o direito à utilização do crédito.
- b) A escrituração do crédito fora dos períodos citados no item anterior deve ser comunicada à repartição fiscal do domicílio do contribuinte. Quando o exercício já estiver encerrado, como ocorreu no presente caso, também deve ser observado o prazo de cinco anos.
- c) A causa determinante do lançamento extemporâneo será anotada na coluna “Observações” do Registro de Entradas ou, quando for o caso, na coluna “Observações” do Registro de Apuração do ICMS.
- d) Quanto à apropriação de créditos fiscais relativos às aquisições de bens do ativo imobilizado o contribuinte deve observar o regramento específico previsto na Lei 7.014/96.

Pelo que consta nos autos, e de acordo com as informações prestadas pelo autuante, o defendantee apenas apresentou notas fiscais de aquisições bens, não comprovou a apuração do imposto na forma estabelecida no § 6º do art. 29 da Lei 7.014/96; não informou a causa determinante do lançamento extemporâneo e não comunicou o fato à repartição fiscal.

Concluo que está caracterizada a infração apurada, haja vista que em relação ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve observar o que preceitua a legislação tributária, em especial os arts. 91, 92 e 93 (Direito ao Crédito Fiscal) e art. 101 (Escrituração do Crédito Fiscal), do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, vigente à época dos fatos, além do § 6º do art. 29 da Lei 7.014/96. Infração subsistente.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012.

Observo que os materiais destinados ao uso ou consumo do estabelecimento são aqueles não destinados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidos nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elementos indispensáveis ou necessários à sua produção, composição ou prestação.

Por outro lado, não há exigência do pagamento da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de insumos, devendo ser recolhido o imposto nos casos de aquisições de bens do ativo imobilizado, bens de uso e materiais de consumo. Ou seja, relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96 prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

O defendantee alegou que parte do débito apurado nesta infração se refere a insumo. Disse que o autuante incluiu na apuração da diferença de alíquota de bens de uso e consumo, notas fiscais de transferências da matriz para a filial, e as notas fiscais bastam para comprovar que não é devido o ICMS na mencionada operação, não sendo devido qualquer valor a título de diferença de alíquota. Apresentou o entendimento de que montante do débito apurado deve ser reduzido para R\$10.257,79.

Sobre as aquisições para consumo, o defendantee afirmou que são insumos os pneus, as câmaras de ar, óleo lubrificante utilizado nos caminhões, materiais de embalagem utilizados no transporte ou bens necessários para a realização da atividade de transporte, tais como partes e peças de veículos que não sejam enquadrados como bens do ativo imobilizado, não sendo devido o pagamento da diferença de alíquotas.

Efetivamente, as notas fiscais objeto da autuação indicam que foram adquiridas peças de reposição, a exemplo de correia, bocal de abastecimento, tubo e óleo de freio, filtro de ar, graxa,

esticador de corrente, polia, etc. São peças de reposição de bens do ativo, necessárias em face do desgaste de toda e qualquer peça que compõe o maquinário do contribuinte, sendo esses itens definidos como uso e consumo do estabelecimento.

As peças de reposição são adquiridas para suprir o desgaste decorrente do uso normal do equipamento ou maquinário, não compondo o conceito de ativo imobilizado. Ou seja, as aquisições de peças e partes de reposição, destinadas à manutenção das máquinas e equipamentos pertencentes ao ativo imobilizado não geram direito ao crédito do ICMS, visto que se caracterizam como materiais de uso e consumo do estabelecimento, e não como insumos.

Quanto às operações interestaduais, relativas a transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, de bens do ativo imobilizado ou de material de uso ou consumo, nas entradas, o estabelecimento destinatário pagará a diferença de alíquota, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, na forma prevista na legislação de cada unidade da Federação.

Vale salientar que o legislador constituinte não disse que o imposto relativo à diferença de alíquota recai sobre vendas. No caso de transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo titular, em princípio, não caracteriza uma operação e não há pagamento nem recebimento de numerário. Entretanto, no âmbito do ICMS foi estabelecida a regra de que os estabelecimentos são autônomos. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o art. 11, § 3º, II da Lei Complementar 87/96. Portanto, considerando a autonomia dos estabelecimentos, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, verifica-se a ocorrência do fato gerador do ICMS. Quanto à descrição dos fatos, verifico que foi utilizada a palavra aquisições, tendo sido empregada esta palavra no sentido amplo, compreendendo as entradas dos bens procedentes de outros Estados (art. 6º, I do RICMS/BA).

Pelos elementos constantes nos autos, chego à conclusão de que os bens em discussão são típicos materiais de consumo, sendo, portanto, devida a diferença de alíquota, tendo em vista que não se trata de insumos. Mantida a exigência fiscal nestes itens da autuação.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012.

Na descrição dos fatos consta a informação de que o autuado se creditou em percentuais acima do que é permitido e previsto no art. 87, incisos XIX e XXXII do RICMS-BA/97 (abaixo reproduzido), nas aquisições de combustível, gerando diferenças a estornar a título de crédito indevido.

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

XIX - das operações internas com óleo diesel em 40% (quarenta por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 15% (quinze por cento);

...

XXXII - até 31/12/12, das operações internas de saída de biodiesel (B-100) resultante da industrialização de grãos, sebo bovino, sementes e palma, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% (doze por cento) (Conv. ICMS 113/06);

Nas razões de defesa, o autuado alegou que o entendimento do autuante é contrário ao da própria Secretaria da Fazenda da Bahia, conforme parecer nº 02787/2009, datado de 16/02/2009, tendo em vista que, sendo o óleo diesel recebido com imposto pago por antecipação, e o autuado não considerado contribuinte substituído, que utiliza essa mercadoria como insumo na atividade produtiva, poderá se creditar tanto do ICMS relativo à operação de aquisição, como do ICMS substituição tributária, destacado a título de observação no documento fiscal.

Na informação fiscal o autuante confirma que foi efetuada glosa de créditos fiscais apropriados pelo defensor na compra de combustível, em percentuais superiores a 15%, sob a alegação do contribuinte de que fere dispositivo constitucional e pareceres da SEFAZ.

É assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento. Após análise efetuada na planilha elaborada pelo autuante em confronto com as informações prestadas pelo defendant, concluo que a exigência fiscal se refere ao crédito excedente, considerando a carga tributária estabelecida na legislação tributária, sendo vedada a utilização do crédito fiscal em valor superior ao permitido.

Pelo levantamento fiscal, fls. 99 a 106 dos autos, chego à conclusão de que foram considerados os créditos nos limites estabelecidos na legislação, sendo, portanto, ilegítimo o uso do crédito fiscal a mais. Mantida a exigência fiscal neste item do presente lançamento.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281105.1240/14-6**, lavrado contra **EXPRESSO NEPOMUCENO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$369.035,30**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “b” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA