

A. I. Nº - 278996.0001/14-7
AUTUADO - BOM BRASIL ÓLEO DE MAMONA LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO ANDRÉ MOREIRA TOSTA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30/05/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0090-03/16

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. SUCATA. Refeitos os cálculos pelo autuante, para excluir as operações de devoluções comprovadas, o débito ficou reduzido. 2. IMPORTAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. FALTA DE INCLUSÃO DE DESPESAS ADUANEIRAS. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. A legislação prevê que na base de cálculo do ICMS no desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior, devem ser incluídas as despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente. Não ficou comprovado nos autos o pagamento do imposto apurado, antes da ação fiscal. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. b) AQUISIÇÕES DE BENS DO ATIVO PERMANENTE. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. Provada a utilização do crédito destacado nas Notas Fiscais de aquisição de bens destinados ao Ativo Permanente do estabelecimento sem observar a legislação. Refeitos os cálculos, mediante revisão realizada pelo autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. 4. 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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/03/2014, refere-se à exigência de R\$42.055,56 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 02.01.03: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Operações com sucatas (sacos vazios usados) com diferimento de ICMS para destinatários em situação de consumidor final, inapto ou não habilitado para adquirir tais mercadorias com diferimento do imposto, nos meses de fevereiro, março, maio, junho e agosto de 2010; janeiro, março a dezembro de 2011. Valor do débito: R\$778,99.

Infração 02 – 12.01.01: Recolhimento efetuado a menos do ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da

taxa cambial, nos meses de abril de 2010; janeiro, junho, outubro e dezembro de 2011. Valor do débito: R\$1.563,05.

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 agosto, setembro e outubro de 2010, janeiro, março, maio, junho, outubro e novembro de 2011. Valor do débito: R\$7.025,16.

Infração 04 – 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, maio, agosto a novembro de 2010; abril, setembro, novembro e dezembro de 2011, Valor do débito: R\$7.550,84.

Infração 05 – 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, maio, agosto a novembro de 2010; abril, setembro novembro e dezembro de 2011. Valor do débito: R\$10.786,11.

Infração 06 – 01.02.01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de fevereiro, abril, junho, agosto e outubro de 2010; fevereiro, maio, junho, outubro e novembro de 2011. Valor do débito: R\$14.351,41.

O autuado apresentou impugnação às fls. 91 a 100, informando que se dedica à industrialização e comercialização de mamona e seus subprodutos, como também de qualquer outra oleaginosa e seus subprodutos, com ou sem beneficiamento e seus derivados; a exportação e importação de tais produtos e de produtos químicos e minerais para fins industriais, seja por conta própria ou de terceiros; a comercialização de produtos agrícolas em geral, a locação de bens móveis e imóveis de sua propriedade e a prestação de serviços relacionados com o objeto social, conforme consta em seu Ato Constitutivo.

Diz que a matéria-prima utilizada no processo industrial é a mamona em bagas ou o óleo da mamona. Os produtos fabricados são oriundos de reações químicas da matéria-prima com outros produtos químicos. Nesse sentido, diz que o ramo em que a atividade da empresa se adequa é o da fabricação de óleos vegetais, exceto óleo de milho CNAE 1042-2/00 e a comercialização de óleos e gorduras vegetais CNAE 4637-1/03.

Também informa que durante procedimento de fiscalização iniciado em 10/01/2014 (documento 03), para os anos-calendário 2010 e 2011, os agentes fiscais da SEFAZ Estadual solicitaram que fosse apresentada a documentação necessária (documento 04) e após sua verificação concluíram pela lavratura do presente Auto de Infração, em 28/03/2014, cujo objeto foi o cometimento de 06 infrações por parte do contribuinte.

Quanto à infração 01 alega que as operações relacionadas jamais existiram. Em verdade, as operações apontadas pela fiscalização gozam de “isenção” do imposto injustamente exigido, conforme denotam as cópias reprográficas dos documentos fiscais e folhas do livro de Registro de Entradas (documento 05), que comprovam a verdade material dos fatos, conforme disposto no art. 19, inciso I, alínea “b” do RICMS-BA/97, Decreto nº 6.284/97.

Observa que no corpo das notas fiscais relacionadas no anexo do Auto de Infração em referência, sequer consta o número de habilitação ao diferimento correspondente; sempre consta o CST 040 correspondente às operações amparadas por isenção do imposto; sempre consta a observação “retorno de sacaria recebida com mamona”, bem como o CFOP 5.921 – Devolução de Vasilhame ou Sacaria, além de dispor a seguinte mensagem no campo destinado às Informações Complementares: Art. 19, inciso I, alínea “b” do Decreto nº 6.284/97.

No que tange às notas fiscais com CFOP 6.915 – Remessa de Mercadoria ou Bem para Conserto, alega que houve erro material na emissão do documento fiscal em relação ao CFOP, que em se tratando de operação interestadual deveria ter utilizado o CFOP 6.921 - Devolução de Vasilhame ou Sacaria ao invés de 6.915, porém as demais observações como CST 040 e a anotação no campo

de informações complementares “isento do ICMS Art. 19, inciso I, alínea “b”, Dec. nº 6.284/97 deixam claro que a operação foi de devolução de embalagem, similar ao caso anterior, só que interestadual.

Sobre as notas fiscais com CFOP 5.949 – Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado, diz que de igual modo, as operações foram realizadas também com base no CST 040, ou seja, amparadas pela isenção do imposto ora exigido. Porém, houve erro material na emissão do documento fiscal com relação ao CFOP que deveria ter sido utilizado, bem como em relação a observação no campo de informações complementares, onde por erro de digitação o indicou como base legal para isenção o art. 27, sendo que o correto é o art. 19, permanecendo o restante da observação correta em relação ao objetivo perseguido, que é a correta descrição do amparo legal vinculado a operação.

No que pertine à infração 02, entende que a alegação de acometimento da referida infração com base em taxa cambial incorreta não deve prosperar simplesmente por que o próprio SISCOMEX (sistema da RFB utilizado para o registro das operações de comércio exterior) é que fornece a taxa cambial de acordo a data de registro da D.I. Além disso, também improcede a alegação de falta de inclusão de despesas aduaneiras na base de cálculo do imposto, com conseqüente recolhimento a menos do mesmo aos cofres públicos, porque em todos os processos de importação consta planilha com o demonstrativo de base de cálculo do imposto, contemplando todas as despesas aduaneiras vinculadas, bem como documentos que comprovam a realização dessas despesas (documento 06).

Ressalta que essa documentação foi fornecida à fiscalização e diz que a autuação fiscal é obscura ao imputar o fato gerador da infração em relação às importações; falta-lhe objetividade na descrição da conduta prevista na norma; o fato gerador da suposta infração não é citado de forma clara e precisa, o que prejudica a sua materialidade, tratando-se portando de mera alegação desprovida de fundamento.

Quanto à infração 03, alega que a fiscalização deixou de observar tanto o destaque da operação quanto do imposto nas notas fiscais, bem como a sua correta escrituração nos livros fiscais. Nesse sentido, afirma que cada documento fiscal apontado no anexo que acompanha o presente Auto de Infração, segue em cópia reprográfica e cópia da folha do livro de Registro de Entrada (documento 07), destacando o crédito fiscal nos casos em que o contribuinte faz jus conforme operação fiscal realizada.

Também alega que a fiscalização aduz que as aquisições foram a título de material de uso e consumo e vincula suas entradas ao CFOP 1.556, mas em verdade essas aquisições correspondem a:

- a) NF 595 – serviço de industrialização adquirido de empresa optante pelo Simples, cujo crédito passível de aproveitamento é da ordem de R\$553,80, conforme destaque no corpo do documento fiscal e fl. 363 do livro de Registro de Entradas do período, ao invés de R\$3.315,00 conforme alegado equivocadamente pela fiscalização;
- b) NF 12574 – aquisição de embalagem para industrialização, cujo crédito é passível de aproveitamento, conforme destaque no corpo do documento fiscal e fl. 392 do livro de Registro de Entradas do período, ao invés de uso e consumo, conforme aduzido pela fiscalização;
- c) NFs 137 e 25014 – aquisição de mercadoria para uso e consumo sem aproveitamento de crédito fiscal, conforme informações do documento fiscal e fl. 437 do livro de Registro de Entradas do período, ao contrário do quanto alegado pela fiscalização;
- d) NF 25076 – aquisição de mercadoria para industrialização, cujo crédito é passível de utilização, conforme destacado no corpo do documento fiscal e fl. 446 do livro de Registro de Entradas do Contribuinte, ao invés de uso e consumo, conforme aduzido pela fiscalização;

- e) NF 5590 – aquisição de embalagem, cujo crédito é passível de aproveitamento, conforme destaque no corpo do documento fiscal e fl. 16 do livro de Registro de Entradas do período, ao invés de uso e consumo, conforme aduzido pela fiscalização;
- f) NFs 1205, 2419 e 2519 – aquisição de ativo permanente, equipamentos que integram a planta de produção, sendo que a NF 1205 está relacionada à fábrica de derivados (equipamento em inox que filtra o HCL na produção do ácido ricinoleico) e as NFs 2419 e 2519 são equipamentos relacionados à fábrica de óleo (equipamento que é utilizado para dar partida aos motores das prensas), cujo crédito é passível de aproveitamento conforme informações das notas fiscais e fls. 76/181/209 do livro de Registro de Entrada do período, ao invés de material para uso e consumo como aduzido pela fiscalização;
- g) NFs 22559 e 22594 - aquisição de embalagem, cujo crédito é passível de aproveitamento, conforme destaque no corpo do documento fiscal e fls. 416/418 do livro de Registro de Entradas do período, ao invés de uso e consumo, conforme aduzido pela fiscalização;
- h) NF 58451 - – aquisição de ativo permanente, equipamento que integra a planta de produção, sendo que está relacionado à caldeira, conforme destaque no corpo do documento fiscal e fls. 477 do livro de Registro de Entradas do período, ao invés de uso e consumo, conforme aduzido pela fiscalização;

Afirma ser incabível a referida autuação, vez que seu fundamento contraria a verdade material dos fatos.

Em relação à infração 04, diz que improcede em parte, porque a fiscalização deixou de observar tanto o destaque da operação quanto do imposto nas notas fiscais, bem como a sua correta escrituração nos livros fiscais. Nesse sentido, cada documento fiscal apontado no anexo que acompanha o AI, segue em cópia reprográfica e cópia da folha do livro de Registro de Entrada (documento 08), destacando o crédito fiscal nos casos em que o contribuinte faz jus conforme operação fiscal realizada.

Alega que a fiscalização aduz que as aquisições foram a título de material de uso e consumo e vincula suas entradas ao CFOP 2.556, mas em verdade parte dessas aquisições corresponde a:

- a) NFs 47279 e 742 – aquisição de insumo carvão ativado para industrialização, cujo crédito é passível de aproveitamento, conforme destaque no corpo do documento fiscal e fls. 457 e 120 do livro de Registro de Entradas do período, ao invés de uso e consumo, conforme aduzido pela fiscalização;
- b) NFs 2490 e 7505 - aquisição de insumo carvão ativado para industrialização e embalagem, cujo crédito é passível de aproveitamento, conforme destaque no corpo do documento fiscal e fls. 454 e 13 do livro de Registro de Entradas do período, ao invés de uso e consumo, conforme aduzido pela fiscalização;
- c) NFs 9101, 811 e 2198 – aquisição de equipamentos, sendo a primeira NF referente a equipamento utilizado na área de produção, para pesagem do óleo quando entamborado e segunda e terceira NFs referente a um aplicador de filme e uma envolvedora onde a mercadoria é embalada para ser vendida, cujo crédito é passível de aproveitamento, conforme destaque no corpo do documento fiscal e fls. 386, 22 e 390 do livro de Registro de Entradas do período, ao invés de uso e consumo, conforme aduzido pela fiscalização;

Entende que a autoridade fiscalizadora deverá excluir da referida infração o importe de R\$ 6.364,96, porque as razões apresentadas e os documentos acostados aos autos junto com a impugnação comprovam a verdade material dos fatos.

No que se refere à infração 05, alega que a autuação improcede em parte, devendo o seu valor ser revisto, para excluir as seguintes operações (documento 08):

- a) NFs 47279 e 742 – aquisição de insumo carvão ativado para industrialização, cujo crédito é passível de aproveitamento, conforme destaque no corpo do documento fiscal e fls. 457 e 120 do livro de Registro de Entradas do período, ao invés de uso e consumo, conforme aduzido pela fiscalização;
- b) NFs 2490 e 7505 - aquisição de insumo carvão ativado para industrialização e embalagem, cujo crédito é passível de aproveitamento, conforme destaque no corpo do documento fiscal e fls. 454 e 13 do livro de Registro de Entradas do período, ao invés de uso e consumo, conforme aduzido pela fiscalização;
- c) NFs 9101, 811 e 2198 – aquisição de equipamentos, sendo a primeira NF referente a equipamento utilizado na área de produção, para pesagem do óleo quando entamborado e segunda e terceira NFs referentes a um aplicador de filme e uma envolvente onde a mercadoria é embalada para ser vendida, cujo crédito é passível de aproveitamento, conforme destaque no corpo do documento fiscal e fls. 386, 22 e 390 do livro de Registro de Entradas do período, ao invés de uso e consumo, conforme aduzido pela fiscalização.

Conclui que a autoridade fiscalizadora deverá excluir da referida infração o importe de R\$ 9.092,20, porque as razões apresentadas e os documentos acostados aos autos junto com a impugnação comprovam a verdade material dos fatos.

Quanto à infração 06, diz que a autoridade fiscalizadora alegou utilização indevida de crédito nas aquisições de bens do ativo permanente, sendo que o permitido é a apropriação de uma fração mensal. Contudo, conforme cópia reprográfica das notas fiscais de aquisição, bem como cópia do livro de Apuração do ICMS acostados aos autos junto com a impugnação, restará provado que improcede a referida infração parcialmente, devendo a autoridade fiscalizadora excluir o montante de R\$ 13.872,01.

Comenta sobre o princípio da verdade material dos fatos e diz que no presente caso, o que se verifica é que a realidade dos fatos só pode ser agora retratada, no momento da apresentação da defesa administrativa. Diz que esse atributo particular do procedimento administrativo permite a extinção do crédito tributário ora exigido, ou seja, a nulidade do auto de infração. Nesse sentido, transcreve parte de uma decisão administrativa pela nulidade da autuação. Afirmar ser necessário excluir da autuação os valores comprovadamente improcedentes, sob pena de evidente infração ao princípio da verdade material dos fatos, já que toda a documentação apresentada acostada aos autos junto com a defesa é clara e eficiente.

Pede que sejam excluídos os valores considerados improcedentes e carecedores de materialidade, sob pena de infração ao princípio da legalidade. Pede ainda que seja permitido o recolhimento da parte incontroversa do Auto de Infração ora defendido e protesta pela juntada posterior de quaisquer documentos que sejam considerados necessários para comprovar o quanto alegado.

O autuado apresentou às fls. 422/427 manifestação contra a declaração de intempestividade da defesa, afirmando que teve o prazo de trinta dias contados da data da ciência para apresentar sua defesa, ressalvando que essa ciência foi presencial em 28/03/2014.

Entende que razão não assiste à Administração Tributária, que equivocadamente não atentou ao critério de contagem do prazo insculpido no Capítulo VI, art. 22, do RPAF/BA, Diz que a ciência da autuação ocorreu de fato no dia 28 de março de 2014, uma sexta-feira, conforme consta nos autos. Dessa forma, para fins de contagem do prazo processual deve ser considerado o dia de início o próximo dia útil, ou seja, 31 de março de 2014 (segunda-feira), sendo o prazo fatal o dia 29 de abril de 2014.

Pede que seja acolhida, conhecida, apreciada e deferida a impugnação, para afastar a Declaração de Intempestividade, de modo a restaurar os efeitos da tempestividade da apresentação da Defesa Administrativa contra o AI nº 278996.0001/14-7, protocolada em 30/04/2014, através do processo SIPRO nº 057829/2014-7.

Às fls. 450/452 consta apreciação pelo CONSEF da impugnação contra arquivamento da defesa considerada intempestiva, com a conclusão de que existe a possibilidade concreta de o contribuinte ter tido dificuldades para protocolar sua petição ou mesmo que ele tenha concluído pela ausência de expediente normal no dia 29/04/2014, em decorrência da paralisação ocorrida, motivo pelo qual a defesa restou apresentada no dia imediatamente posterior, 30/04/2014. Assim, foi dado provimento ao recurso contra o arquivamento da defesa e determinado o prosseguimento do trâmite processual.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 464 a 469 dos autos. Quanto à infração 01 diz que o impugnante anexou aos autos, para comprovar as alegações defensivas, inúmeras cópias de DANFES, documentação que serviu para demonstrar o cometimento da infração. Afirma que uma análise superficial dos documentos evidencia o corrido. A grande maioria dos destinatários a quem eram disponibilizados os sacos vazios usados são pessoas físicas, feirantes que trabalham na Feira de São Joaquim. São pessoas simples, que necessitam de uma grande quantidade de sacos vazios usados com o objetivo de transportar suas mercadorias, tais como: frutas e verduras.

Entende que a tese defensiva de que o saco vazio usado não é sucata não pode prosperar porque não pode ser utilizado como justificativa para escoimar a destinação da mercadoria. Também afirma que a alegação de que houve equívoco no registro do CFOP não parece ser uma prova, haja vista que nestes casos, a prova é o destino final, e o próprio valor irrisório do produto R\$0,01 evidencia que se trata de sucata.

Sobre a infração 02, diz que o defendente apenas tece comentários genéricos, limitando-se a apresentar uma defesa superficial. Não trouxe fato novo, apenas negou o cometimento da infração. Inexiste elemento concreto na defesa apresentada e o contribuinte, sem qualquer justificativa, coloca a culpa da infração cometida no SISCOMEX, além de dizer que a infração é “obscura”.

Informa que tem como parte integrante da autuação (fl. 20) uma planilha elaborada em excel, em que foi disponibilizada também ao contribuinte (em papel e em arquivo em meio magnético), com dezesseis colunas, explicando detalhadamente como foi calculada a infração e como se chegou ao resultado final. Entende que na falta de uma explicação consistente para o cometimento da infração o defendente resolveu questionar outros aspectos que não têm relação direta com o ocorrido.

Em relação à infração 03, observa que o autuado, em nenhum produto citado na infração conseguiu provar que se trata de material indispensável ao seu processo produtivo. Em nenhum momento a defesa manifestou a intenção ou justificou a utilização do crédito como material que era utilizado no mencionado processo produtivo.

Comenta sobre o nitrogênio gasoso, contentor de polietileno, filtro, chave soft e bomba de engrenagem e afirma que não existe lei, nem regulamento autorizando a concessão de tais créditos para os referidos materiais, e nem o próprio contribuinte alegou que esses materiais faziam parte do seu processo produtivo.

Quanto às infrações 04 e 05, frisa que o autuado reconheceu parcialmente a validade da autuação e não acatou alguns itens. Como as mercadorias objeto da impugnação são exatamente os da infração anterior, e os argumentos apresentados pelo defendente são os mesmos, neste caso, valem também as informações contrárias discurridas.

Esclarece que toda a argumentação referente à infração 04 também vale para a infração 05, já que uma deriva da outra, por isso, foram agrupadas em um mesmo tópico da informação fiscal.

Salienta que o defendente, para nenhum dos produtos citados nas referidas infrações, conseguiu provar que se trata de material indispensável ao processo produtivo e não justificou a utilização do crédito fiscal.

Informa que o material especificado como carvão ativo é um produto que é substituído rotineiramente, tratando-se claramente de uma substância típica de uso e consumo. Para o material filtro a justificativa é bastante semelhante ao carvão, embora o próprio contribuinte diga que é um ativo da empresa. Diz que o contentor, não é material de embalagem.

Também informa que tubo, aplicador de filme, balança e lacradeira são ativos, por isso, os créditos relativos às suas aquisições não podem ser integralmente utilizados.

Sobre a infração 06, diz que o defendente coloca inúmeros documentos como parte integrante de sua defesa, sem ter o trabalho de dizer onde eles se encontram e fazer uma correlação entre eles e os itens objeto da autuação fiscal.

Afirma que o em relação ao MOTOR WEG 10CV 8 POLOS 220V 440V, com data de 18/02/2010 e valor de R\$20.880,00, cujo ICMS foi de R\$489,60, não foi objeto de defesa. Os outros itens restantes, o autuado apresentou alguma contestação, mas não conseguiu provar que créditos correspondentes registrados nos seus livros, são efetivamente mercadorias citadas na presente autuação.

Diz que o autuado limita-se a alegar que existe um expurgo de crédito nos seus livros de apuração e de entrada, sem provar que estes valores são efetivamente dos ativos registrados na infração. Algumas mercadorias, inclusive TANQUE CILINDROCO VERTICA PLÁSTICO e a EMPILHADEIRA MARCA HYSTER, os valores são totalmente diferentes, como se pode observar nas fls. 378 e 387 do PAF.

Entende que faltou ao defendente estabelecer uma perfeita correspondência entre o valor efetivamente excluído nos seus livros e os dos produtos adquiridos como ativo permanente. Afirma que não há possibilidade de acatar o posicionamento do autuado.

Às fls. 473/474 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem para as seguintes providências pelo autuante ou Auditor Fiscal estranho ao feito designado pela autoridade competente:

1. Quanto à infração 01, intimar o defendente a comprovar que recebeu mercadorias dos remetentes constantes nos documentos fiscais objeto de devolução das sacarias, ou seja, cada nota fiscal de retorno de sacaria deve corresponder a documento fiscal de remessa da mercadoria, devendo ser excluídas as notas fiscais correspondentes às devoluções comprovadas.
2. Em relação à infração 02, esclarecer quais as parcelas que compõem os valores correspondentes às “outras despesas” do demonstrativo de cálculo importação à fl. 20.
3. Sobre as infrações 03 e 04, analisar cada documento fiscal elencado pelo defendente com a necessária fundamentação quanto à glosa do respectivo crédito fiscal.
4. Da mesma forma, quanto à infração 05, a informação fiscal deve alcançar todos os aspectos da defesa, analisando cada nota fiscal alegada na impugnação, excluindo o que for comprovado e apurando o débito remanescente.
5. Quanto à infração 06, apurar como foram efetuados os lançamentos dos créditos no CIAP, observando os critérios estabelecidos no § 6º do art. 29 da Lei nº 7.014/96.

A diligência foi realizada pelo autuante, conforme fls. 478/479, informando que em relação à infração 01, o autuado faz prova da devolução das mercadorias cujas saídas foram acobertadas pelas Notas Fiscais de números 2187, 2219, 2142, 2465, 2523, 2557, 2006, 1246, 1351 e 1081. Informa que excluiu do levantamento fiscal as referidas Notas Fiscais retificando o demonstrativo, consequentemente, o ICMS apurado.

Quanto à infração 02, informa que o Anexo B discrimina, de forma analítica, as “outras despesas” do demonstrativo de fl. 20 do PAF.

Infração 03: Informa que as Notas Fiscais e cópia do livro Registro de Entradas (fls. 315 a 338) comprovam o acerto da ação fiscal. Especificamente, no caso da Nota Fiscal 595 (fl. 315) emitida

por MC Manutenção Industrial Ltda. trata da aquisição de estrutura para suporte de tanque (em reposição a uma anteriormente existente) que pode até mesmo ser classificada como imobilização por acessão física, sem direito à utilização do crédito fiscal.

Ainda tem a aquisição de um container usado de 1.000 lt para movimentação de carga (fl. 317), bem de uso e consumo. Demais materiais/mercadorias relacionadas no demonstrativo de fls. 21 a 23 trata-se de peças de reposição e/ou material de uso e consumo do estabelecimento, cuja apropriação do crédito fiscal é vedada.

Infração 04: Esclarece que a matéria é a mesma da infração anterior, tendo sido apartada pelo fato de terem sido adquiridas em outras unidades da Federação. Ou seja, referem-se às aquisições de material de uso e consumo do estabelecimento e peças de reposição, conforme comprova o demonstrativo de fls. 24 a 26 e Notas Fiscais anexadas ao PAF pelo autuado, às fls. 346 a 370.

Infração 05: Informa que esta infração é decorrente da anterior. Exige ICMS relativo à diferença de alíquota devido, nas aquisições das mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, adquiridas em outras unidades da Federação. O demonstrativo de fls. 27 a 29 relaciona essas mercadorias e os documentos fiscais foram anexados pelo autuado às fls. 346 a 370 do PAF.

Infração 06: Informa que, analisando a documentação acostada aos autos pelo defendente, comprovou que foram realizados estornos das aquisições registradas sob os CFOPs 1551 e 2551, à exceção do mês de fevereiro de 2010, conforme documentos de fls. 363 a 417. Dessa forma, retifica o demonstrativo anexo e o valor do ICMS apurado.

À fl. 477 consta intimação ao defendente quanto ao resultado da diligência fiscal realizada pelo autuante, sendo fornecidas cópias da informação fiscal e dos demonstrativos de cálculo, constando na própria intimação assinatura de representante do autuado, comprovando que recebeu as mencionadas cópias. Decorrido o prazo concedido, o impugnante não se manifestou.

VOTO

O primeiro item do presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Operações com sucatas (sacos vazios usados) com diferimento de ICMS para destinatários em situação de consumidor final, inapto ou não habilitado para adquirir tais mercadorias com diferimento do imposto, nos meses de fevereiro, março, maio, junho e agosto de 2010; janeiro, março a dezembro de 2011. Demonstrativo às fls. 11 a 19 do PAF.

O defendente alegou que as operações apontadas pela fiscalização gozam de “isenção” do imposto injustamente exigido, conforme denotam as cópias reprográficas dos documentos fiscais e folhas do livro de Registro de Entradas, que comprovam a verdade material dos fatos, conforme disposto no art. 19, inciso I, alínea “b” do RICMS-BA/97, Decreto nº 6.284/97.

Observa que no corpo das notas fiscais relacionadas no anexo do Auto de Infração em referência, sempre consta a observação “*retorno de sacaria recebida com mamona*”, bem como o CFOP 5.921 – Devolução de Vasilhame ou Sacaria, além de dispor a seguinte mensagem no campo destinado às Informações Complementares: Art. 19, inciso I, alínea “b” do Decreto nº 6.284/97.

Conforme estabelece o art. 19, inciso I, alínea “a” do RICMS-BA/97 (vigente à época), são isentas de ICMS as remessas e retornos de materiais de acondicionamento ou embalagens, inclusive sacaria. O retorno deve ser acobertado por Nota Fiscal acompanhado por via adicional da Nota Fiscal relativa à operação de remessa das mercadorias.

Art. 19 do RICMS-BA/97:

Art. 19. São isentas do ICMS as remessas e os retornos de materiais de acondicionamento ou embalagem:

I - nas saídas de:

a) vasilhames, recipientes e embalagens, inclusive sacaria, quando não cobrados do destinatário ou não computados no valor das mercadorias que acondicionarem, e desde que devam retornar ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular (Lei Complementar nº 4/69, Conv. ICM 15/89 e Convs. ICMS 25/89, 48/89, 113/89, 93/90 e 88/91);

b) vasilhames, recipientes e embalagens, inclusive sacaria, em retorno ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular ou a depósito em seu nome, devendo o trânsito ser acobertado por via adicional da Nota Fiscal relativa à operação de que trata a alínea “a” ou pelo DANFE referente à Nota Fiscal Eletrônica de entrada relativa ao retorno (Conv. ICMS 88/91);

Esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência solicitando que intimasse o defendente a comprovar que recebeu mercadorias dos remetentes constantes nos documentos fiscais objeto de devolução das sacarias, devendo ser excluídas as notas fiscais correspondentes às devoluções comprovadas.

Em atendimento, o autuante informou que o autuado comprovou a devolução das mercadorias cujas saídas foram acobertadas pelas Notas Fiscais de números 2187, 2219, 2142, 2465, 2523, 2557, 2006, 1246, 1351 e 1081, excluindo do levantamento fiscal as referidas Notas Fiscais retificando o demonstrativo, consequentemente, o ICMS apurado, conforme novas planilhas às fls. 480 a 487 dos autos, e o defendente tomou conhecimento e não contestou os novos demonstrativos elaborados pelo autuante.

Acolho o resultado da revisão efetuada e concluo pela subsistência deste item da autuação fiscal, no valor total de R\$598,79, conforme quadro abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
31/08/2010	09/09/2010	59,16
31/01/2011	09/02/2011	13,60
31/03/2011	09/04/2011	23,29
30/04/2011	09/05/2011	32,39
31/05/2011	09/06/2011	64,43
30/06/2011	09/07/2011	71,57
31/07/2011	09/08/2011	12,75
31/08/2011	09/09/2011	117,64
30/09/2011	09/10/2011	46,07
31/10/2011	09/11/2011	21,76
30/11/2011	09/12/2011	13,84
31/12/2011	09/01/2012	122,29
T O T A L		598,79

Infração 02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, nos meses de abril de 2010; janeiro, junho, outubro e dezembro de 2011.

O defendente alegou que o próprio SISCOMEX (sistema da RFB utilizado para o registro das operações de comércio exterior) é que fornece a taxa cambial de acordo a data de registro da D.I. Além disso, afirma que não procede a alegação de falta de inclusão de despesas aduaneiras na base de cálculo do imposto, com conseqüente recolhimento a menos do mesmo aos cofres públicos, porque em todos os processos de importação consta planilha com o demonstrativo de base de cálculo do imposto contemplando todas as despesas aduaneiras vinculadas, bem como documentos que comprovam a realização dessas despesas (documento 06).

Quanto à base de cálculo correspondente às mercadorias procedentes do exterior, o art. 58, inciso I, alínea “e”, do RICMS/97 estabelece:

“Art. 58. Observado o disposto no art. 52, a base de cálculo do ICMS nas entradas ou aquisições de mercadorias ou bens procedentes do exterior é:

I - no desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior, a soma das seguintes parcelas:

(...)

e) quaisquer outros impostos, taxas e contribuições, além de despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração”.

Em atendimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, o autuante esclareceu que o levantamento fiscal apresenta, de forma analítica, as “outras despesas” que foram consideradas conforme fl. 20 do PAF e novo demonstrativo à fl. 488.

Observo que, efetivamente, nos demonstrativos elaborados pelo autuante às fls. 20 e 488, foi apurado o imposto devido, indicando as parcelas consideradas nos cálculos, inclusive as despesas aduaneiras, correspondentes às operações objeto da autuação e respectivas DIs. Assim, concluo pela subsistência desta infração, com base no levantamento efetuado pelo autuante.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de agosto, setembro e outubro de 2010, janeiro, março, maio, junho, outubro e novembro de 2011.

O defendente alegou que a fiscalização deixou de observar tanto o destaque da operação quanto do imposto nas notas fiscais, bem como a sua correta escrituração nos livros fiscais. Nesse sentido, afirma que cada documento fiscal apontado no anexo que acompanha o presente Auto de Infração, segue em cópia reprográfica e cópia da folha do livro de Registro de Entrada (documento 07), destacando o crédito fiscal nos casos em que o contribuinte faz jus conforme operação fiscal realizada. Também alegou que a fiscalização aduz que as aquisições foram a título de material de uso e consumo e vincula suas entradas ao CFOP 1.556.

O autuante informou que as Notas Fiscais e cópia do livro Registro de Entradas apresentadas pelo defendente (fls. 315 a 338), comprovam o acerto da ação fiscal. Especificamente, no caso da Nota Fiscal 595 (fl. 315) emitida por MC Manutenção Industrial Ltda. trata da aquisição de estrutura para suporte de tanque (em reposição a uma anteriormente existente) que pode até mesmo ser classificada como imobilização por acessão física, sem direito à utilização do crédito fiscal.

Também mencionou a aquisição de um container usado de 1.000 lt para movimentação de carga (fl. 317), bem de uso e consumo. Disse que os demais materiais relacionados no demonstrativo de fls. 21 a 23 tratam-se de peças de reposição e/ou material de uso e consumo do estabelecimento, cuja apropriação do crédito fiscal é vedada.

Vale salientar, que ao tratar da vedação à utilização de créditos fiscais, o RICMS/BA, no art. 97, inciso I, alínea “a”, prevê que é vedado ao contribuinte creditar-se do imposto relativo à aquisição ou a entrada de mercadorias e serviços tomados para integração, consumo ou emprego na comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, quando a operação subsequente de que decorrer a saída da mercadoria ou do produto resultante ou quando a prestação subsequente do serviço não forem tributadas ou forem isentas do imposto.

A utilização do crédito destacado nas Notas Fiscais de aquisição de bens destinados ao Ativo Permanente do estabelecimento deve observar a legislação. Neste caso, em relação ao crédito fiscal de ICMS decorrente de entradas de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente e respectivos serviços de transporte, o valor mensal a ser apropriado deve ser calculado com base na proporção das operações e prestações tributadas sobre o total das operações de saídas e prestações de serviço efetuadas no mesmo período, nos termos do § 6º do

art. 29 da Lei nº 7.014/96.

No caso em exame, o levantamento fiscal às fls. 21 a 23 dos autos indicam que foram adquiridas pelo autuado os seguintes bens e materiais, dentre outros: contentor polietileno, chave soft, filtro, bomba engrenagem, sendo esses itens definidos como de uso e consumo do estabelecimento.

Pelos elementos constantes nos autos, chego à conclusão de que os bens em discussão são típicos materiais de consumo, sendo, portanto, ilegítimo o uso do crédito fiscal relativo à sua aquisição. Mantida a exigência fiscal nestes itens da autuação.

As infrações 04 e 05 serão analisadas conjuntamente, considerando que a caracterização dos materiais objeto da autuação é fundamental para a decisão da lide quanto às mencionadas infrações, relativamente ao crédito indevido e à diferença de alíquota.

Infração 04: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, maio, agosto a novembro de 2010; abril, setembro, novembro e dezembro de 2011.

Infração 05 – 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, maio, agosto a novembro de 2010; abril, setembro novembro e dezembro de 2011.

Quanto à infração 04, o defendente alegou que a fiscalização deixou de observar tanto o destaque da operação quanto do imposto nas notas fiscais, bem como a sua correta escrituração nos livros fiscais. Juntou cópias reprográficas de documentos fiscais e da folha do livro de Registro de Entrada (documento 08), destacando o crédito fiscal nos casos em que faz jus conforme operação fiscal realizada. Disse que a fiscalização aduz que as aquisições foram a título de material de uso e consumo e vincula suas entradas ao CFOP 2.556.

Na informação fiscal, o autuante disse que o levantamento fiscal se refere às aquisições de material de uso e consumo do estabelecimento e peças de reposição, conforme comprova o demonstrativo de fls. 24 a 26 e Notas Fiscais anexadas ao PAF pelo autuado, às fls. 346 a 370.

Sobre a infração 05, o defendente alegou que a autuação improcede em parte, devendo o seu valor ser revisto, para excluir as operações que indicou (documento 08), concluindo que a autoridade fiscalizadora deverá excluir da referida infração o importe de R\$ 9.092,20.

O autuante esclareceu que esta infração é decorrente da anterior. Exige ICMS relativo à diferença de alíquota, devido nas aquisições das mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, adquiridas em outras unidades da Federação. O demonstrativo de fls. 27 a 29 relaciona essas mercadorias e os documentos fiscais foram anexados pelo autuado às fls. 346 a 370 do PAF.

Observe que a apuração do que seja material de consumo não pode ser feita exclusivamente a partir de conceitos abstratos. É preciso saber de que forma o material é empregado pelo estabelecimento. Materiais de consumo são empregados pelo estabelecimento fora do processo produtivo. É o caso dos materiais de limpeza e gastos gerais do escritório. Consideram-se também de uso ou consumo aqueles materiais que, embora empregados ou consumidos no setor de produção, não têm vinculação direta com o produto em elaboração, não integram o produto final, como é o caso de peças de reposição e manutenção, fardamento de operários, botas, luvas, capacetes, máscaras, etc. Neste caso, embora esses bens participem do processo industrial não integram o produto final, sendo considerados materiais e uso ou consumo.

Em relação à utilização de crédito fiscal relativo às aquisições de insumos, matérias primas, produtos intermediários e embalagem, o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 estabelece no § 1º do art. 93 que *a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que as mercadorias adquiridas e os serviços tomados) estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração,*

extração ou prestação;) sejam consumidos nos mencionados processos e integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso.

Neste caso, considera-se de uso ou consumo os materiais que, embora empregados ou consumidos no setor de produção, não têm vinculação direta com o produto elaborado, a exemplo de peças de reposição e manutenção, fardamento de operários, botas, luvas, capacetes, máscaras, etc.

É preciso saber de que forma o material é empregado pelo estabelecimento, e a partir desta constatação, tomando conhecimento da função de cada bem no processo produtivo é que se pode concluir se o material é para consumo ou insumo. O correto é verificar, caso a caso, apurando o que seja utilizado, empregado ou consumido em cada setor e o que é direta e imediatamente aplicado no processo produtivo.

Por outro lado, os critérios para utilização de crédito fiscal de insumos industriais são distintos dos critérios para utilização de créditos de bens do ativo imobilizado. Os créditos de insumos são utilizados de uma só vez, enquanto os créditos de bens do ativo são utilizados à razão de 1/48 avos ao mês. Os créditos de insumos exigem que tais insumos sejam consumidos no processo produtivo, ao passo que os créditos de bens do ativo imobilizado exigem apenas que os bens sejam empregados na atividade-fim da empresa.

Em relação ao pagamento da diferença de alíquota, 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).

Após análise efetuada na planilha elaborada pelo autuante em confronto com as informações prestadas pelo defendente, não houve qualquer contestação após a última informação fiscal, concluindo-se que a exigência fiscal se refere a materiais que embora participem de alguma forma no processo produtivo não integram o produto final, por isso, são considerados materiais de consumo, ou seja, os materiais objeto da exigência fiscal não considerados como insumos, sendo vedada a utilização do respectivo crédito fiscal.

Ficou caracterizado que houve utilização indevida de crédito fiscal (Infração 04). Quanto à diferença de alíquotas (Infração 05), esta é devida, tendo em vista que não se trata de insumos. Mantida a exigência fiscal nestes itens da autuação.

Infração 06: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de fevereiro, abril, junho agosto e outubro de 2010; fevereiro, maio, junho, outubro e novembro de 2011.

O defendente informou que, de acordo com a cópia reprográfica das notas fiscais de aquisição, e a cópia do livro de Apuração do ICMS documentos que foram acostados aos autos junto com a impugnação, improcede parcialmente a exigência fiscal, devendo a autoridade fiscalizadora excluir o montante de R\$ 13.872,01.

Na informação fiscal, o autuante disse que, analisando a documentação acostada aos autos pelo defendente, comprovou que foram realizados estornos das aquisições registradas sob os CFOPs 1551 e 2551, à exceção do mês de fevereiro de 2010, conforme documentos de fls. 363 a 417. Dessa forma, retifica o demonstrativo anexo e o valor do ICMS apurado.

Observe que após a impugnação e a informação fiscal, com a exclusão dos valores comprovados, resta apenas, sem comprovação, o débito relativo ao mês de fevereiro de 2010. Dessa forma,

concluo pela subsistência parcial desta infração, no valor de R\$479,40, com data de ocorrência em 28/02/2010.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE EM PARTE	598,79
02	PROCEDENTE	1.563,05
03	PROCEDENTE	7.025,16
04	PROCEDENTE	7.550,84
05	PROCEDENTE	10.786,11
06	PROCEDENTE EM PARTE	479,40
TOTAL	-	28.003,35

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278996.0001/14-7**, lavrado contra **BOM BRASIL ÓLEO DE MAMONA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.003,35**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “f”, e inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA