

A. I. N.^º - 207103.0005/15-9
AUTUADA - CONTINENTAL DO BRASIL PRODUTOS AUTOMOTIVOS LTDA.
AUTUANTES - LINDINALVA RODRIGUES DA SILVA e LAUDELINO PASSOS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 18.07.2016

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N^º 0106-05/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FRETE DE MERCADORIAS EM SAÍDAS POR TRANSFERÊNCIAS A PREÇO FOB. Nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de uma mesma empresa, quando o valor do frete não integra a base de cálculo da transferência, o remetente não faz jus ao crédito fiscal referente ao frete tomado. Infração subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Exclusão da exigência fiscal dos itens “lápis crayon” em suas diversas formas de apresentação e do produto IPISOLV L 50. Insumos indispensáveis para a produção de pneus e que se agregam ao produto final. Redução do débito lançado. 3. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. a) MATERIAL DE USO E CONSUMO. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. Infração também modificada em decorrência da exclusão das cobranças relacionadas aos itens “lápis crayon” e IPISOLV L 50. Redução do valor lançado neste item do Auto de Infração. b) SERVIÇO DE TRANSPORTE VINCULADO À AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. Infração mantida, com a exclusão da cobrança relativa às aquisições de insumos aplicados no processo produtivo (lápis crayon). Os valores recolhidos pelo sujeito passivo deverão ser homologados pela repartição fiscal de origem do processo. Não acatados os pedidos de exclusão ou redução das multas, sob o argumento da confiscatoriedade ou excessividade da cobrança. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 28/07/15, para exigir ICMS no valor principal de R\$ 525.442,52, acrescido de multa, contendo as seguintes imputações:

Infração 01 – Utilizou indevidamente, na condição de remetente da mercadoria, crédito fiscal de ICMS relativo afrete de mercadorias saídas por transferência a preço FOB, cuja prestação de serviço foi efetuada por transportadora. A CONTINENTAL, Camaçari, CNPJ n^º 02.036.483/0006-14, ao transferir mercadorias para a CONTINENTAL estabelecida em Jundiaí, CNPJ n^º 02.036.483/0004-52, se creditou dos ICMS dos fretes. A base de cálculo nas transferências de mercadorias é o custo da mercadoria produzida, assim entendido a soma do custo da matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão de obra, conforme dispõe a legislação do ICMS: art. 56, inc. V, letra “b”, do RICMS, aprovado pelo Dec. 6.284/97. Artigo 17, § 8º, inc. II, da Lei n^º 7.014/96. O frete não compõe a base de cálculo das operações de transferências realizadas pela Continental, conforme documentos fiscais entregues pela empresa à ação. Anexo I. Período autuado: 01/2012 a 12/2013. Valor exigido: R\$ 382.684,90, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei n^º 7.014/96.

Infração 02 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento. A CONTINENTAL adquiriu, em operações interestaduais, para uso e consumo do estabelecimento de Camaçari, os seguintes materiais: 1 – lápis crayon; 2 – solvente; 3 – ipisolv, e lançou os respectivos ICMS lançados nas notas fiscais em sua escrita fiscal. Anexo II. Período autuado: 01/2012 a 12/2013. Valor exigido: R\$ 30.307,27, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra "a", da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo. A CONTINENTAL ao adquirir os materiais para uso e consumo do estabelecimento: 1 – lápis crayon; 2 – solvente; 3 – ipisolv, em operações interestaduais, não apurou nem pagou a DIFAL dos respectivos ICMS. Anexo III. Período autuado: 01/2012 a 12/2013. Valor exigido: R\$ 48.732,12, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra "f", da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 – Deixou de recolher ICMS referente à diferença de alíquota na utilização de serviço de transporte cuja prestação teve início em outra Unidade da Federação, não sendo vinculada a operação ou prestação subsequente alcançada pela incidência do imposto. A CONTINENTAL nas aquisições interestaduais de materiais para uso e consumo, deixou de recolher o ICMS referente à diferença de alíquotas quando da utilização de serviços de transportes aéreos, cujas prestações não estavam vinculadas a operações ou prestações subsequentes alcançadas pela incidência do ICMS. Anexo IV. Período autuado: 01/2012 a 12/2013. Valor exigido: R\$ 63.718,23, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra "f", da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do lançamento fiscal em 30/07/15, e ingressou com defesa administrativa em 25/09/15, através de petição subscrita por advogados com procuraçāo nos autos (doc. fls. 148/152).

Pontuou, de início, ser uma pessoa jurídica de direito privado e, dentre outras atividades, tem como objeto social a fabricação, comércio, importação, exportação, montagem e distribuição de pneus e outros produtos automotivos.

Informou, em seguida, ter processado o recolhimento parcial do valor exigido no item 4, no valor original de R\$ 63.670,45 (Doc. 03 – fls. 172/173), restando essa extinta pelo pagamento, nos termos do art. 156, I do CTN, sendo que, a diferença será discutida na presente defesa.

Impugnou a totalidade das infrações 01, 02 e 03 e parte da infração 04 (valor original de R\$ 47,78).

No que se refere à infração 01, a defesa declarou que na operação de transporte a preço FOB as despesas de frete e seguro são arcadas pelo destinatário da mercadoria ou, caso adiantadas pelo remetente, são incluídas em destaque na nota fiscal para reembolso, compondo o valor da operação, conforme determina o art. 645, parágrafo único do RICMS/BA (aprovado pela Decreto nº 6.284/97). Nessa hipótese, considerando que o destinatário é quem efetivamente assume o ônus da despesa de frete, pertence a ele o direito ao crédito do respectivo ICMS incidente sobre o serviço de transporte adquirido, conforme previsto no art. 94, I, “c”, do RICMS/BA.

Ponderou, porém, que no caso objeto do lançamento fiscal, as operações de transporte descritas nas NFs indicadas foram realizadas a preço CIF, ou seja, o custo do frete foi assumido e pago pelo remetente da mercadoria, no caso a DEFENDENTE, conforme consta nos documentos apresentados (Doc. 05 – fls. 195 a 1.707). Disse que tais valores, por não serem reembolsados pelo destinatário, compõem o preço da mercadoria conforme parágrafo único do art. 646 do RICMS/BA, que preconiza: “entende-se por preço CIF aquele em que estejam incluídas no preço da mercadoria as despesas de frete e seguro”.

Portanto, na mesma lógica das operações a preço FOB, o crédito de ICMS nas operações a preço CIF é garantido ao remetente da mercadoria, que é quem arca com tal montante, conforme

expressamente previsto no art. 95, I, “c” do RICMS/BA.

Entende que a legislação tributária estadual está em harmonia com a não-cumulatividade do ICMS, garantindo o crédito do imposto àquele que adquiriu e pagou o frete, assim compreendido como insumo a atividade de comercialização da mercadoria. Nesse sentido reproduziu na pela defensiva decisões deste CONSEF, conforme abaixo:

“(...) SERVIÇOS DE TRANSPORTE. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA NATUREZA DA CLAUSULA DO FRETE (SE "FOB" OU "CIF"). Tem direito ao crédito quem paga o frete, quem arca com o ônus do serviço. A empresa elide parte da acusação com apresentação de algumas 1^{as} vias dos Conhecimentos de Transporte. Decisão modificada. Infração parcialmente caracterizada. (...)”
(ACÓRDÃO CJF Nº 0444-11/02, J. 26/11/2002)

“(...) De acordo com os elementos constantes nos autos, as remessas não foram feitas com a cláusula FOB (free on board), mas, sim, com a cláusula CIF (cost, insurance and freight). O autuado tem direito ao crédito, com fundamento nos arts. 95 e 646 do RICMS, sendo legítima a manutenção do crédito na exportação das mercadorias, de acordo com o art. 103, II. É indevida a glosa do crédito fiscal. (...)” (g.n.) (ACÓRDÃO JJF N.º 0293-02/05 – J. 01/09/05)

Anexou no PAF os Conhecimentos de Transporte das operações de remessa de mercadorias ao estabelecimento paulista, realizadas de 01/2012 a 12/2013 (**Doc. 05 – fls. 195/1707**), visando demonstrar o ICMS destacado e o valor que corresponde ao crédito da DEFENDENTE.

Na INFRAÇÃO 02, relacionada à glosa de créditos fiscais de materiais de uso e consumo, a defesa declarou que os materiais adquiridos (lápis crayon, solventes e ipisolv) são de uso e consumo, logo não integrariam o processo produtivo, restando vedado o creditamento pelo previsto no inciso V, do artigo 93, do RICMS/BA.

Disse que para que um material seja considerado bem de uso e consumo não basta que ele não integre o produto final, também é necessário que ele não seja utilizado no processo de industrialização (inciso V do art. 93, alínea “b”, do RICMS/97).

Ressaltou que os materiais apontados no Demonstrativo do Débito e nas NFs (**Docs. 06 e 07 – fls. 1.709 a 1.829**), foram adquiridos para aplicação na fabricação de produtos finais e que são utilizados e consumidos diretamente no processo industrial, características essas que, a rigor da legislação baiana e do entendimento jurisprudencial, conferem direito ao crédito de ICMS. Afirmando ainda que em nenhum momento a Fiscalização analisou a natureza e a utilização dos materiais adquiridos pela DEFENDENTE, limitando-se a classificá-los como de uso e consumo do estabelecimento, sem considerar a sua efetiva destinação nos respectivos processos produtivos.

Em seguida passou a descrever a participação de cada item no seu processo fabril, conforme abaixo:

• MATERIAL 7000312 - LÁPIS CRAYON AM APV: Marcar área a corrigir nas áreas de inspeção final e overinspecton. Esta marcação tem a finalidade de identificar a área a corrigir, para segregar o pneu para análise. Neste exame a área demarcada pode ser coberta por uma camada de borracha, ou pode ser retocado com lápis crayon PT CONTI13 no caso leves imperfeições, depois o pneu é remetido para nova análise na inspeção final, ou disposição do mesmo para corte e descarte como scrap, caso não seja possível fazer a correção.

• MATERIAL 7000577 - SOLVENTE 5100 INKJET: Solvente utilizado nas áreas de produção de pisos e produto de paredes, como diluente das tintas para marcação do piso e para limpeza do equipamento que marca o piso e a parede dos pneus com a identificação do horário de produção. Esta marcação tem a finalidade de identificar o material, fazer segregação e disposição do mesmo para etapa seguinte. Caso o solvente não seja utilizado para limpeza do equipamento, a máquina pode parar de funcionar e, consequentemente, ocorrerá uma parada na produção.

- **MATERIAL 7000613 - SOLVENTE 950ML 16 2535Q VIDEOJET:** Solvente utilizado na área de inspeção final, como diluente das tintas para marcação do pneu e para limpeza do equipamento que identifica data e horário de produção. Esta marcação tem a finalidade de identificar o material, fazer segregação e disposição do mesmo para etapa seguinte. Caso solvente não seja utilizado para limpeza do equipamento, a máquina pode parar de funcionar e, consequentemente, ocorrerá uma parada na produção.
- **MATERIAL 7000670 - SOLVENTE 950ML 16 2565Q VIDEOJET:** Solvente utilizado na área de inspeção final, como diluente das tintas para marcação do pneu e para limpeza do equipamento que identifica data e horário de produção. Esta marcação tem a finalidade de identificar o material, fazer segregação e disposição do mesmo para a etapa seguinte. Caso o solvente não seja utilizado para limpeza do equipamento, a máquina pode parar de funcionar e, consequentemente, ocorrerá uma parada na produção.
- **MATERIAL 7000759 - SOLVENTE 5191 IMAJE:** Solvente utilizado nas áreas de produção de pisos e produção de paredes, como diluente das tintas para marcação do piso e para limpeza do equipamento que marca os pisos e a parede dos pneus com a identificação do horário de produção. Esta marcação tem a finalidade de identificar o material, fazer segregação e disposição do mesmo para etapa seguinte. Caso o solvente não seja utilizado para limpeza do equipamento, a máquina pode parar de funcionar e, consequentemente, ocorrerá uma parada na produção.
- **MATERIAL 7001392 - LÁPIS CRAYON PT CONTI13:** Utilizado nas áreas de inspeção final e overinspecton para fazer correção de leves imperfeições visuais no pneu, sendo essencial na sua produção e na qualidade do produto.
- **MATERIAL 7001856. LÁPIS CRAYON BR APV:** Marcar área a corrigir nas áreas de inspeção final e overinspecton, Esta marcação tem a finalidade identificar área a corrigir, para separar o pneu para análise. Neste exame a área demarcada pode ser coberta por uma camada de borracha, ou pode ser retocado com lápis crayon PT CONTI13 no caso leves imperfeições, depois o pneu é remetido para nova análise na inspeção final, ou disposição do mesmo para corte e descarte como scrap, caso não seja possível fazer a correção.
- **MATERIAL 7000313. LÁPIS CRAYON VM APV:** Marcar área a corrigir nas áreas de inspeção final e overinspecton, para identificar imperfeições visuais no pneu.
- **MATERIAL CS20170415 - IPISOLV L 50:** Material utilizado na área de construção pneu verde. Produto utilizado quando o material está não conforme, e serve para fazer a segregação das partes que compõem o pneu verde, para dar a devida disposição das partes segregadas que podem ser reutilizadas no processo de fabricação de pneu, como workoff.

Em relação aos SOLVENTES a defesa declarou que os mesmos são essenciais para manutenção das máquinas que realizam a produção das paredes e pisos dos pneus, podendo ser identificadas no processo produtivo, conforme diagrama e relatório fotográfico reproduzidos à fl. 134 do PAF.

Quanto aos LÁPIS CRAYON afirmou ser de fácil visualização o uso desse insumo no processo de produção, na inspeção final dos pneus, sendo utilizados para demarcar a área imperfeita, para posterior correção; ou, no caso de leves defeitos, a correção é feita pelo próprio lápis crayon, conforme diagrama e fotos juntados às fls. 135/136 do PAF.

Declarou não ser a primeira vez que a CONTINENTAL é autuada sob o fundamento de que tais mercadorias não lhe conferem crédito, com a cobrança correlata do ICMS por diferença de alíquotas. Citou com exemplo, o AI nº 269205.0001/13-3. Buscando comprovar a natureza das mercadorias adquiridas, naqueles autos a DEFENDENTE requereu a realização de diligência a fim de que se verificasse *in loco* a sua utilização e a incorreta definição dada pela fiscalização.

Como resultado da citada diligência (Doc. 09 – fls. 1.847 a 1.858), Auditor Fiscal da SEFAZ/BA, em

28/05/15, concluiu que, todos os materiais indicados no AI nº 269205.0001/13-3, que são os mesmos deste A.I., são utilizados nas funções descritas pela DEFENDENTE em seu processo produtivo. Logo, por serem tais mercadorias bens utilizados no processo produtivo, não poderiam ser classificados como de uso e consumo do estabelecimento, sendo na verdade materiais intermediários que, por sua vez, conferem à autuada o direito ao crédito do ICMS.

Transcreveu na peça defensiva decisão recente deste CONSEF que versa sobre a mesma matéria objeto da impugnação, “*in verbis*”:

“(...) a) MATERIAL DE USO E CONSUMO.

Comprovado que parte dos materiais trata-se de produtos intermediários que participa do processo de fabricação como elementos integrantes do produto final e indispensáveis à sua composição. Infração parcialmente procedente. Diligência fiscal refez os demonstrativos acolhidos no julgamento e fez a exclusão dos valores de bens que foram destinados ao Ativo Imobilizado. Infração procedente em parte. Modificada a Decisão com redução do débito. Refeitos os cálculos com a exclusão de produto que se caracteriza como intermediário. Infração parcialmente procedente. Modificada a Decisão recorrida. (...)”. (1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL- ACÓRDÃO CJF Nº 0196-11/15 – J. 24/08/15).

Pede a realização de diligência complementar nesse PAF e a posterior exclusão, da exigência fiscal, dos produtos objeto da glosa dos créditos fiscais.

No tocante à INFRAÇÃO 03, correspondente à cobrança do DIFAL das mercadorias objeto da glosa lançada na infração 02, (Lápis Crayon, Solventes e Ipisolv), a defesa declarou que esses produtos **são consumidos** (Doc. 08, fls. 1831 a 1.845), de forma direta ou indireta, no processo produtivo da empresa autuada, não se tratando de bens de uso e consumo, mas de insumos, sejam matérias-primas ou produtos intermediários. Assim, forçoso concluir que, nos termos do art. 5º, inciso I, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, somente é devido o diferencial de alíquota quando se tratar de produtos destinados ao uso e consumo, ou ao ativo permanente, classificações em que não estão incluídos os produtos em questão.

Transcreveu recente decisão deste CONSEF, nos seguintes termos: “(...) 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA PAGAMENTO. Restou comprovado que no levantamento levado a efeito pelo autuante foram incluídas mercadorias que não têm a natureza de uso/consumo do estabelecimento, cabendo a exclusão da autuação. (...). Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.” (1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO JJF Nº 0296-01/13 – J. 10.12.2013)

Ao abordar a infração 04, a defesa reiterou a informação de que a autuada efetuou o recolhimento parcial do quanto imputado neste item, no valor original de R\$ 63.670,45 (**Doc. 03**), relativo ao diferencial de alíquotas pelo transporte aéreo de simples bens de uso e consumo, restando em discussão a diferença original no montante de R\$ 47,79. Que a diferença apontada diz respeito a aquisição de bens utilizados no processo produtivo da DEFENDENTE, correspondente às aquisições de Lápis Crayon, acobertadas pelas Notas Fiscais 3103, 3870 e 4376.

Reafirmou que o lápis crayon é insumo intermediário utilizado pela DEFENDENTE, sendo certo que sobre ele não pesa a obrigação de recolhimento do diferencial de alíquota pelas aquisições através de transporte interestadual, terrestre ou aéreo.

Pede que seja excluída da autuação o valor histórico não recolhido de R\$ 47,78.

Passou em seguida a discorrer acerca da inaplicabilidade da multa de 60%, ao argumento de que esse percentual é excessivo e viola os princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e não confisco. Transcreveu decisão do STF acerca dessa questão, na ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 551-1-RJ.

Finalizou a peça defensiva pedindo o cancelamento total das infrações 1, 2 e 3 e parte da infração

4, e, subsidiariamente, a redução ou cancelamento da multa de 60% em face da sua manifesta desproporcionalidade.

Foi prestada informação fiscal em 11/11/2015, peça juntada ao PAF às fls. 2.695 a 2.705. No tocante à infração 01 os autuantes declararam que nas operações de transferências de produtos entre estabelecimentos da mesma empresa, a base de cálculo é determinada pelo art. 56, inc. V, alínea "b", do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 6.284/97, vigente até 31 de março de 2012. E o art. 17, par. 8º, inc. II, da Lei nº 7.014/96, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01 de abril de 2012. Essas normas foram transcritas na peça informativa.

Pontuaram em seguida que a autuada ao realizar transferências interestaduais de produtos, por ela fabricados, compôs a base de cálculo com os quatro elementos citados na legislação do ICMS (matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão-de-obra). Que o frete não entrou na composição do custo de transferências, conforme documentos entregues pela autuada, e anexos ao PAF, fls. 46 a 61. Frisaram que a Continental não incluiu nos custos de seus produtos o frete, visto que o relatório dos custos enviados pela autuada, fls. 58 a 61 do PAF, apresentou os seguintes itens: *I – MATERIAIS - Borracha Natural, Borracha Sintética, Arame, Elementos Químicos, Materiais Têxteis, Negro de Fumo, Outros Materiais. II – NÃO MATERIAIS - Energia, Outros Custos, Custo de Mão de Obra. Por constar o elemento – OUTROS CUSTOS - na planilha de custos de produção, solicitamos à autuada que nos fornecesse a composição dos – OUTROS CUSTOS.* Ou seja, na planilha de composição de OUTROS CUSTOS - não consta o elemento frete. Comprovando-se que o mesmo não faz parte na composição dos custos de produção da autuada.

A respeito da questão posta, reproduziram na informação fiscal algumas decisões deste CONSEF relacionados ao direito ao crédito nas prestações FOB, conforme abaixo:

CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA – SERVIÇO DE TRANSPORTE. TRANSFERÊNCIA A PREÇO FOB. O direito ao crédito fiscal é do destinatário mercadorias. ACÓRDÃO JJF nº 0057-04/07 – julgamento 20/03/2007 da 4ª JJF – unânime.

CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA – SERVIÇO DE TRANSPORTE DE MERCADORIA DE FABRICAÇÃO PRÓPRIA, TRANSFERÊNCIA PARA FILIAL EM OUTRO ESTADO. De acordo com os elementos constantes nos autos, as transferências interestaduais somente poderiam ser realizadas com a cláusula FOB. O autuado não tem direito ao crédito do ICMS incidente sobre o frete, nos termos dos arts. 95 e 646 do RICMS. ACÓRDÃO JJF nº 0061-04/07 – julgamento 22/03/2007 da 4ª JJF – decisão unânime.

CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA – SERVIÇO DE TRANSPORTE. TRANSFERÊNCIA A PREÇO FOB. De acordo com os elementos constantes nos autos, as transferências interestaduais somente poderiam ser realizadas com a cláusula FOB. O autuado não tem direito ao crédito do ICMS incidente sobre o frete, nos termos dos arts. 95 e 646 do RICMS. ACÓRDÃO JJF nº 0180-04/07 – julgamento 21/06/2007 da 4ª JJF – decisão unânime.

Quanto ao ACÓRDÃO da 4ª JJF nº 180-04/07, acima transscrito, a 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL manteve a decisão recorrida nos seguintes termos:

CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA – SERVIÇO DE TRANSPORTE. TRANSFERÊNCIA A PREÇO FOB. De acordo com os elementos constantes nos autos, as transferências interestaduais somente poderiam ser realizadas com a cláusula FOB. O autuado não tem direito ao crédito do ICMS incidente sobre o frete, nos termos dos arts. 95 e 646 do RICMS. ACÓRDÃO CJF Nº 0363-12/07. Não acolhida a solicitação de diligência e as preliminares de nulidade. Mantida a decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

Disseram ainda os autuantes que em ação fiscal anterior a esta, desenvolvida pelos mesmos prepostos fiscais, na Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda., CNPJ 02.036.483/0006-14, ou seja, junto ao mesmo contribuinte, referente aos exercícios fiscais de 2008 e 2009, houve julgamento na 4ª JJF, em 23/01/2014, formalizado através do Acórdão 130414, como decisão unânime

pela subsistência da infração em questão, confirmada na instância recursal pela 2^a Câmara.

Quanto à definição de preço CIF, declararam que o parágrafo único do art. 646 do RICMS/BA, Dec. 6284/97, dispõe que “*entende-se por preço CIF aquele em que estejam incluídas no preço da mercadoria as despesas de frete e seguro*”. Que no caso em análise, a base de cálculo das transferências foi composta apenas pelos valores das matérias-primas, material secundário, embalagem e a mão-de-obra. Não haveria, portanto, que se considerar as prestações de serviços de transportes integrando a base imponível.

Os autuantes pedem a integral manutenção da infração 01.

No que se refere à infração 02, pertinente à glossa de créditos fiscais de ICMS, os autuantes declararam, de início, que as mercadorias que motivaram o lançamento fiscal foram: *lápis crayon* – cód. 7001392; cód. 7001856; cód. 7000313; cód. 7000312; *solvente* – cód. 7000613 cód. 7000670; cód. 7000759; cód. 7000577; *ipisolv* – cód. CS20170415.

Que após solicitação à autuada para informar qual a aplicação no processo produtivo dos itens constantes no 2º Termo de Intimação, expedido em 12/05/2015, anexa ao PAF, fls. 18 a 20, e renovada a solicitação através do 4º Termo de Intimação, expedido em 06/07/2015, anexa ao PAF, fls. 21 a 23, a autuada apresentou informações, fls. 70 e 71, anexa ao PAF. Informações estas que se repetem nas descrições ora trazidas, na defesa, às fls. nº 131 a 133 do PAF.

Sustentam os autuantes que o item *lápis crayon*, nas suas variações, tem como utilização, conforme descrição da autuada: marcar área do pneu, quando não há conformidade, para posterior correção. Ou seja, após finalizado o processo produtivo, e em análise ao produto acabado, pneu, como controle de qualidade, utiliza-se estas mercadorias tão somente para assinalar área do produto que deve ser retificado ou descartado a depender do defeito de fabricação verificado. Logo, esta mercadoria não satisfaz as condições necessárias ao direito ao crédito do ICMS, conforme o disposto no art. 93, inc. V, alínea "b", 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.

As mercadorias denominadas *solventes*, nas suas variações, têm como utilização, conforme descrição da autuada: diluente das tintas para marcação do piso e parede do pneu e limpeza de equipamento. Identificar o material para fazer segregação e disposição do mesmo para a etapa seguinte. Verificaram os autuantes que os solventes servem para diluir tinta, ou seja, diminuir a concentração da tinta, tornando-a mais fluida. Esta tinta, por sua vez assim como o lápis, são aplicados nas marcações nas paredes e pisos dos pneus, tão somente para identificá-los e segregá-los visando direcioná-los para a etapa seguinte do processo. Observaram que esses pneus ainda não estão acabados, pois seguirão para etapas seguintes do processo de produção, e após essas etapas, certamente as marcações se apagarão. Além do mais o solvente tem como outra utilização o processo de limpeza do equipamento. Entendem os autuantes que essa mercadoria também não satisfaz as condições necessárias ao direito ao crédito do ICMS, conforme o disposto no art. 93, inc. V, alínea "b", 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 mercadoria denominada *ipisolv*, tem como utilização, conforme descrição da autuada: “*mercadoria utilizada quando o material não está conforme, e serve para fazer a segregação das partes que compõem o pneu verde, para dar a devida disposição das partes segregadas que podem ser reutilizadas no processo de fabricação do pneu*”.

Este material também serve para separar, outros materiais para o controle de qualidade, nesta etapa do processo, quando não estão conformes ou fora do padrão. E o controle de qualidade destinará as partes do pneu verde, pneu em formação, para serem reaproveitados ou não. Sustentam os autuantes que esta mercadoria também não satisfaz as condições necessárias ao direito ao crédito do ICMS, conforme o disposto no art. 93, inc. V, alínea "b", 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.

Fizeram em seguida referência ao AI nº 269205.0001/13-3, lavrado contra autuada reclamando os mesmos créditos indevidos, dos mesmos materiais adquiridos, e citados pela autuada às fls. 136 e 137 do PAF. Apresentaram em anexo o julgamento da 5ª JUNTA do CONSEF que decidiu pela manutenção da exigência fiscal, conforme Acórdão nº 1040514 de 30/05/2014.

Pedem igualmente a manutenção da totalidade da cobrança que integra a infração 02.

Relativamente à infração 03 que envolve a cobrança do DIFAL das mercadorias que integram a infração 02, os autuantes consignaram que conforme já exposto, os materiais são destinados para uso e consumo, sendo devida a cobrança estampada neste item do lançamento fiscal. Pedem que seja declarada a procedência da cobrança.

Na infração 04, os autuantes registraram, de início, que a defendant reconheceu e pagou o crédito reclamado de R\$ 63.670,45 e contestou as diferenças de alíquota cobradas na ação fiscal, referentes aos CTA (conhecimentos de transporte aéreos) de nº 2338, 5836 e 7775 que acobertaram as operações de aquisições de materiais para uso e consumo, e de lápis crayon, através das Notas fiscais: 3103, 3870 e 4376.

Nas citadas notas fiscais de aquisições constam, segundo os autuantes, material de uso e consumo - *caneta de marcação*; e o insumo - *lápis crayon*. NF 3103, de 10/08/2012, lançada em 29/08/2012, Caneta R\$ 15.681,60, Lápis Crayon R\$ 2.639,23. NF 3870 de 02/04/2013, lançada 24/04/2013, Lápis Crayon R\$ 1.443,40. NF 4376 de 27/08/2013, lançada 28/09/2013.

Disseram que a ação fiscal, conforme comprovado na infração nº 02, classificou o lápis crayon como material de uso e consumo. Também o CONSEF, através da 5ª JUNTA em decisão anterior, de 30/05/2014, Acórdão nº 1040514, concluiu que os créditos lançados pela Continental referentes ao lápis crayon, solventes e ipisolv foram utilizados indevidamente, mantendo a exigência fiscal.

Pedem os autuantes pela manutenção da exigência fiscal em sua totalidade, inclusive em relação aos serviços de transportes interestaduais contratados pela autuada, cláusula FOB, que acobertaram as aquisições do material lápis crayon.

Finalizaram a peça informativa requerendo que esta instância administrativa de julgamento mantenha inalterado o lançamento fiscal.

VOTO

Inicialmente cumpre observar que o contribuinte efetuou o recolhimento parcial da infração 4, no importe principal de R\$ 63.670,45, conforme atesta o documento de arrecadação estadual juntado às fls. 172/173 dos autos, contestando apenas a quantia de R\$ 47,78, relativa à cobrança do ICMS DIFAL (diferença de alíquotas internas e interestaduais) relativo às aquisições do produto lápis crayon. Os valores recolhidos pelo sujeito passivo deverão ser homologados pela repartição fiscal de origem do processo.

Na infração 01 a exigência fiscal, no montante principal de R\$ 382.684,90, acrescida da multa de 60%, recaiu sobre a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS do serviço de transporte, na condição de remetente de mercadorias produzidas pela autuada por transferência, em operações originadas na Bahia, no município de Camaçari - Bahia, para o estabelecimento da empresa situada em São Paulo, no município de Jundiaí. Consignaram os autuantes, na peça acusatória, que o frete das mercadorias nas saídas por transferência se deu a preço FOB, com prestação de serviço contratada junto à empresa transportadora. Pontuaram ainda que ao transferir as mercadorias, o frete não compôs o custo da mercadoria produzida e transferida, visto que a base de cálculo da operação abarcou tão somente a soma das parcelas relativas a matérias-primas, mão de obra, material secundário e acondicionamento, conforme disposição expressa da legislação do

ICMS: art. 56, inc. V, letra “b”, do RICMS/97 e art. 17, § 8º, inc. II, da Lei Estadual nº 7.014/96.

Frisaram ainda os autuantes que a empresa forneceu, no curso da ação fiscal, os relatórios de produção revelando que o frete não compôs o custo de produção das mercadorias produzidas e posteriormente transferidas da Bahia para São Paulo, revelando assim a que operação de remessa dos produtos foi efetuada na modalidade FOB, sem a inclusão do frete no valor da operação.

A autuada, por sua vez, na peça de defesa, sustentou que as operações de transporte descritas nas notas fiscais que embasaram a autuação foram realizadas a preço CIF, ou seja, o custo do frete foi assumido e pago pelo estabelecimento remetente, conforme documentos juntados às fls. 195 a 1.707, e que tais valores compõem os preços das mercadorias. Citou os arts. 646 e 95, inc. I, “c”, do RICMS, ressaltando ter direito ao crédito do imposto, no período objeto da autuação, entre 01/2012 e 12/2013, em harmonia com o princípio da não cumulatividade do ICMS.

Passo a decidir o mérito das questões suscitadas na impugnação.

Ao tratar do direito ao crédito fiscal referente às prestações de serviço de transporte prestado por empresa transportadora, o disposto no artigo 94 do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos, prevê que nas operações realizadas a preço FOB, o valor do ICMS incidente sobre o frete constituirá crédito fiscal do estabelecimento destinatário. Por sua vez, o artigo 95 do mesmo Regulamento determina que, nas operações a preço CIF, o crédito fiscal pertencerá ao estabelecimento remetente das mercadorias.

Os autuantes asseveraram que as operações relacionadas na infração em comento ocorreram a preço FOB, enquanto o autuado afirma que foram a preço CIF.

Especificamente nos casos de fretes a preço CIF, o valor do serviço de transporte compõe a base de cálculo do ICMS e, em consequência, é tributado integralmente no valor da operação pelo remetente da mercadoria, já que aquele valor consta na nota fiscal. Por sua vez, o ICMS sobre esse frete consignado na nota fiscal constituirá crédito fiscal do estabelecimento destinatário. Como o transportador também se debitaria desse frete destacado no conhecimento de transporte, haverá dois débitos de ICMS para uma mesma prestação de serviço de transporte interestadual.

Dessa forma, quando o valor do frete integra o montante da base de cálculo da operação, para afastar a exigência em duplicidade de ICMS sobre o frete, a legislação permite que o remetente da mercadoria aproveite o crédito fiscal referente ao serviço de transporte destacado no conhecimento de transporte.

Todavia, no caso concreto, as operações de saídas relacionadas na autuação são decorrentes de transferências destinadas a estabelecimento da mesma empresa localizado em outra unidade da Federação: no caso concreto – o Estado de São Paulo, no município de Jundiaí. Nessa situação, prevê o artigo 13, §4º, II, da Lei Complementar 87/96, e o art. 17, §8º, II, da Lei nº 7.014/96, que a base de cálculo do imposto será *o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento*.

Coerentemente com essa determinação legal, os relatórios de produção apresentados pelo autuado e acostados às fls. 46 a 57 indicam que não foram inclusos na base de cálculo das mercadorias produzidas e posteriormente transferidas, as despesas com frete. Dessa forma, já que o valor do frete não foi incluído na base de cálculo da operação, não há previsão para o aproveitamento do crédito fiscal referente ao transporte contratado pelo remetente das mercadorias. Nessa situação, quando o valor do frete não integrar o montante da base de cálculo da transferência, o remetente da mercadoria não terá direito ao crédito fiscal referente ao frete, contratado tanto na modalidade FOB como na modalidade CIF.

Nesse sentido tem se posicionado a reiterada jurisprudência deste CONSEF, a exemplo dos acórdãos mencionados pelos autuantes relacionados a Autos de Infração lavrados conta a empresa impugnante. Cito apenas dois Acordão 0013-04/14 e Acórdão 0374-12/14, relacionados a

Autos de Infração lavrados contra a empresa impugnante, com as seguintes ementas:

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FRETE DE MERCADORIAS EM SAÍDAS POR TRANSFERÊNCIAS A PREÇO FOB. Nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de uma mesma empresa, quando o valor do frete não integra a base de cálculo da transferência, o remetente não faz jus ao crédito fiscal referente ao frete tomado. Infração subsistente. (...) Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. **Decisão unânime.**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FRETE DE MERCADORIAS EM SAÍDAS POR TRANSFERÊNCIAS A PREÇO FOB. Nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de uma mesma empresa, quando o valor do frete não integrar a base de cálculo da transferência, o remetente não faz jus ao crédito fiscal referente ao frete tomado. Infração subsistente. (...). Recursos NÃO PROVIDOS. **Decisão unânime.**

Pelas razões acima expostas nosso voto é pela manutenção da exigência fiscal pertinente ao item 01 do Auto de Infração, no importe de R\$ 382.684,90.

No tocante aos itens 02 e 03 do A.I., verifico que as exigências fiscais recaíram sobre a glosa de créditos fiscais e a cobrança do correspondente ICMS, a título de DIFAL, em relação a materiais que foram classificados pelos autuantes como de uso e consumo. Os fatos geradores ocorreram ao longo dos exercícios de 2012 e 2013 e os produtos cujos créditos foram estornados foram os seguintes: *lápis crayon* – cód. 7001392; cód. 7001856; cód. 7000313; cód. 7000312; *solvente* – cód. 7000613 cód. 7000670; cód. 7000759; cód. 7000577; *ipisolv* – cód. CS20170415.

Conforme foi exaustivamente explicado na peça defensiva o item “lápis crayon”, classificado pela empresa autuada nos códigos 7000312, 7001392 e 7001856, tem participação direta no processo produtivo, é nele consumido, além de entrar em contato direto com o produto final: os pneus fabricados pela empresa Continental do Brasil.

Para melhor avaliação do caso em exame, reproduzo neste voto o descriptivo da participação dos referidos insumos no processo fabril da autuada:

MATERIAL 7000312 - LÁPIS CRAYON AM APV: Marcar área a corrigir nas áreas de inspeção final e overinspecton. Esta marcação tem a finalidade de identificar a área a corrigir, para segregar o pneu para análise. Neste exame a área demarcada pode ser coberta por uma camada de borracha, ou pode ser retocado com lápis crayon PT CONTI13 no caso leves imperfeições, depois o pneu é remetido para nova análise na inspeção final, ou disposição do mesmo para corte e descarte como scrap, caso não seja possível fazer a correção.

MATERIAL 7001392 - LÁPIS CRAYON PT CONTI13: Utilizado nas áreas de inspeção final e overinspecton para fazer correção de leves imperfeições visuais no pneu, sendo essencial na sua produção e na qualidade do produto.

MATERIAL 7001856. LÁPIS CRAYON BR APV: Marcar área a corrigir nas áreas de inspeção final e overinspecton. Esta marcação tem a finalidade identificar área a corrigir, para segregar o pneu para análise. Neste exame a área demarcada pode ser coberta por uma camada de borracha, ou pode ser retocado com lápis crayon PT CONTI13 no caso leves imperfeições, depois o pneu é remetido para nova análise na inspeção final, ou disposição do mesmo para corte e descarte como scrap, caso não seja possível fazer a correção.

A utilização dos “lápis crayon” é visualizada no processo produtivo, na inspeção final do produto, sendo utilizados para demarcar áreas imperfeitas do pneu fabricado; ou no caso de leves defeitos, a correção é feita pelo próprio “lápis crayon”.

É importante destacar que os pneus são itens fundamentais para a segurança dos veículos. Defeitos de fabricação desses itens afetam a dirigibilidade dos automóveis, prejudicando a eficiência do sistema de freios e a força nas rodas de tração, podendo acarretar a ocorrência de acidentes gravíssimos, com prejuízos materiais e perdas de vidas humanas. Por essas razões, o

controle de qualidade e a inspeção do produto no processo fabril são etapas necessárias e inafastáveis, até por imposição legal ao fabricante, que poderá ser responsabilizado civil e criminalmente pelos danos que der causa em caso de fornecimento de produtos com defeitos ou vícios e sem atendimento às normas de segurança.

Pelo exposto acima e considerando também o relatório fotográfico juntado à fl. 136 dos autos, percebe-se claramente que os “lápis crayon” têm participação direta e são consumidos no processo de produção de pneus, na fase final do processo, na etapa denominada “*Inspeção*”.

Constituem, portanto, elementos imprescindíveis para a produção de pneus e estão diretamente relacionados com o controle de qualidade e com a própria segurança que o produto deve possuir para ser comercializado no mercado consumidor ou servir de insumo na indústria automobilística.

Em decorrência, podem ser enquadrados no rol dos produtos intermediários, que assegura ao contribuinte o direito ao crédito fiscal, nos termos do art. 93, inc. I, letra “b”, do RICMS/97 e art. 309, inc. I, letra “b”, do RICMS/12 (Decreto nº 13.780/2012).

Em concordância com esse entendimento alinha-se a jurisprudência majoritária deste CONSEF. A título de exemplo cito o Acórdão nº 0278-11/07 – Relator: Consº. Fernando Antônio Brito de Araújo, com destaque para o seguinte trecho:

“Observo que no processo produtivo é considerado insumo tudo que entra na formação ou composição de um produto e é contabilizado como custo, incluindo-se aí as matérias-primas e os produtos intermediários, sendo que as matérias-primas são consumidas e integram o produto final. Quanto ao produto intermediário, a legislação prevê que somente se considera como tal, se os materiais forem consumidos no processo industrial ou integrem o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição (RICMS/97, art. 93, § 1º)”.

Mais recentemente, a 1ª Câmara do CONSEF, no Acórdão 0263-11/15, após execução de diligência executada “*in loco*” na unidade fabril da Continental, em Camaçari-BA, apurou que todos os tipos de lápis crayon são consumidos no processo produtivo se desgastando em contato direto com a matéria-prima (borracha) que integra o produto final (pneu), quer seja na correção de leves imperfeições dos pneus ou na demarcação da área do pneu a ser corrigido. Concluíram os julgadores de 2ª instância, na decisão paradigmática citada, pela manutenção dos créditos fiscais apropriados pela empresa autuada, enquadrando os lápis crayon na condição de produtos intermediários.

Com relação aos SOLVENTES (5100 INKJET; 950ML 2535Q VIDEOJET e 5191 IMAJE), de um modo geral são utilizados como diluentes das tintas para “marcação dos pisos e produtos de paredes” e para “limpeza do equipamento que marca os pisos e paredes dos pneus, com a identificação do horário de produção”.

Pelo exposto, concluo que estes solventes são utilizados para promover a limpeza dos equipamentos, no que se refere às partes que identifica o horário da produção dos pneus. Consequentemente, apesar de ser empregado no processo produtivo, caracteriza-se como material de uso ou consumo, visto que não integra o produto final, nem se desgasta em contato direto com a matéria prima.

Quanto ao solvente IPISOLV L 50, foi demonstrado nos autos que o mesmo é utilizado na área de construção do pneu verde, fazendo a segregação das partes que compõem o pneu verde, que podem ser reutilizadas no processo de fabricação do pneu, como *workoff*. O autuante informou que o produto é utilizado para “*descolar a borracha para reutilização no processo*”. Observando as fotografias impressas e o descriptivo existente nos autos, concluo que este produto é consumido pelo contato direto com a matéria prima (borracha) visto que promove a segregação de partes do pneu que serão reutilizadas no processo produtivo. É de se concluir, portanto, que este solvente integra o produto final e é consumido em contato direto com a matéria-prima (borracha) ou produto final (pneu), caracterizando-se, portanto, como produto intermediário.

O entendimento acima exposto se encontra também em concordância com a recente decisão exarada pela 1ª Câmara, no Acórdão nº 0263-11/15.

Por tudo que foi exposto, faço a exclusão dos valores relativos ao LÁPIS CRAYON e IPISOLV L 50, o que resulta em valor devido de R\$ 7.947,28, na infração 02 e de R\$ 11.353,18, na infração 03, conforme novos demonstrativos de débitos, abaixo reproduzidos:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 02

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Valor lançado no A.I. (R\$)	Valor após Julgamento (R\$)	Multa
01.02.02	2	31/01/2012	09/02/2012	698,52	160,88	60%
01.02.02	2	29/02/2012	09/03/2012	342,05	342,05	60%
01.02.02	2	31/03/2012	09/04/2012	705,80	182,21	60%
01.02.02	2	30/04/2012	09/05/2012	486,67	427,07	60%
01.02.02	2	31/05/2012	09/06/2012	609,80	0,00	60%
01.02.02	2	30/06/2012	09/07/2012	1.322,69	179,49	60%
01.02.02	2	31/07/2012	09/08/2012	559,55	354,47	60%
01.02.02	2	31/08/2012	09/09/2012	2.582,38	532,03	60%
01.02.02	2	30/09/2012	09/10/2012	1.113,40	0,00	60%
01.02.02	2	31/10/2012	09/11/2012	2.388,47	341,66	60%
01.02.02	2	30/11/2012	09/12/2012	89,40	0,00	60%
01.02.02	2	31/12/2012	09/01/2013	1.814,48	184,93	60%
01.02.02	2	31/01/2013	09/02/2013	661,26	0,00	60%
01.02.02	2	28/02/2013	09/03/2013	1.442,16	1.029,36	60%
01.02.02	2	31/03/2013	09/04/2013	1.275,73	0,00	60%
01.02.02	2	30/04/2013	09/05/2013	1.749,91	617,44	60%
01.02.02	2	31/05/2013	09/06/2013	456,19	312,21	60%
01.02.02	2	30/06/2013	09/07/2013	1.496,39	371,55	60%
01.02.02	2	31/07/2013	09/08/2013	1.010,01	615,82	60%
01.02.02	2	31/08/2013	09/09/2013	1.833,22	388,42	60%
01.02.02	2	30/09/2013	09/10/2013	567,80	206,60	60%
01.02.02	2	31/10/2013	09/11/2013	2.409,54	475,24	60%
01.02.02	2	30/11/2013	09/12/2013	1.778,56	223,56	60%
01.02.02	2	31/12/2013	09/01/2014	2.913,29	1.002,29	60%
TOTAIS				30.307,27	7.947,28	

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 03

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Valor lançado no A.I. (R\$)	Valor após Julgamento (R\$)	Multa
06.02.01	3	31/01/2012	09/02/2012	997,87	229,82	60%
06.02.01	3	29/02/2012	09/03/2012	488,64	488,64	60%
06.02.01	3	31/03/2012	09/04/2012	1.008,29	260,30	60%
06.02.01	3	30/04/2012	09/05/2012	695,24	610,10	60%
06.02.01	3	31/05/2012	09/06/2012	871,14	0,00	60%
06.02.01	3	30/06/2012	09/07/2012	1.889,55	256,41	60%
06.02.01	3	31/07/2012	09/08/2012	799,35	506,38	60%
06.02.01	3	31/08/2012	09/09/2012	3.689,09	760,03	60%
06.02.01	3	30/09/2012	09/10/2012	1.590,57	0,00	60%
06.02.01	3	31/10/2012	09/11/2012	3.412,09	488,08	60%
06.02.01	3	30/11/2012	09/12/2012	127,71	0,00	60%
06.02.01	3	31/12/2012	09/01/2013	2.592,10	264,18	60%

06.02.01	3	31/01/2013	09/02/2013	1.382,62	0,00	60%
06.02.01	3	28/02/2013	09/03/2013	2.812,11	1.470,51	60%
06.02.01	3	31/03/2013	09/04/2013	3.136,58	0,00	60%
06.02.01	3	30/04/2013	09/05/2013	3.815,50	882,05	60%
06.02.01	3	31/05/2013	09/06/2013	913,94	446,00	60%
06.02.01	3	30/06/2013	09/07/2013	2.212,81	530,79	60%
06.02.01	3	31/07/2013	09/08/2013	1.502,97	879,74	60%
06.02.01	3	31/08/2013	09/09/2013	2.618,88	554,88	60%
06.02.01	3	30/09/2013	09/10/2013	811,15	295,15	60%
06.02.01	3	31/10/2013	09/11/2013	3.534,67	678,91	60%
06.02.01	3	30/11/2013	09/12/2013	3.667,41	319,37	60%
06.02.01	3	31/12/2013	09/01/2014	4.161,84	1.431,84	60%
		TOTAIS		48.732,12	11.353,18	

No que se refere à infração 04, em concordância com a fundamentação tracejada nas infrações 02 e 03, a exigência de DIFAL sobre o serviço de transporte aéreo vinculado às aquisições de lápis crayon, devem ser também excluídas da autuação, visto que esse produto participa do processo produtivo da autuada, em contato direto com a matéria-prima (borracha) ou o produto acabado (pneus), estando inserido na condição de produto intermediário, que enseja o direito ao crédito fiscal também do serviço de transporte associado à operação de aquisição.

Os autuantes registraram, na fase de informação fiscal, que a defendant reconheceu e pagou o crédito reclamado de R\$ 63.670,45 e contestou as diferenças de alíquota cobradas na ação fiscal, referentes aos CTA (conhecimentos de transporte aéreos) de nº 2338, 5836 e 7775 que acobertaram as operações de aquisições de materiais para uso e consumo, e de lápis crayon, através das Notas fiscais: 3103, 3870 e 4376. Nas citadas notas fiscais de aquisições constam, os seguintes itens - *caneta de marcação*; e o insumo - *lápis crayon*. NF 3103, de 10/08/2012, lançada em 29/08/2012, (DIFAL de R\$ 79,49); Caneta R\$ 15.681,60, Lápis Crayon R\$ 2.639,23. NF 3870 de 02/04/2013, lançada 24/04/2013, (DIFAL de R\$ 33,31); Lápis Crayon R\$ 1.443,40. NF 4376 de 27/08/2013, lançada 28/09/2013 (DIFAL de R\$ 33,31). Esses documentos foram listados nos demonstrativos que se encontram inseridos às fls. 1865, 1871 e 1879 deste PAF.

Processada a exclusão dessas operações da exigência fiscal, o Demonstrativo de Débito da infração 04 passa a ter a seguinte configuração:

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Valor lançado no A.I. (R\$)	Valor após Julgamento (R\$)	Multa
06.03.01	4	31/01/2012	09/02/2012	2.794,74	2.794,74	60%
06.03.01	4	29/02/2012	09/03/2012	1.196,00	1.196,00	60%
06.03.01	4	31/05/2012	09/06/2012	1.213,95	1.213,95	60%
06.03.01	4	30/06/2012	09/07/2012	2.899,84	2.899,84	60%
06.03.01	4	31/07/2012	09/08/2012	536,07	536,07	60%
06.03.01	4	31/08/2012	09/09/2012	1.424,15	1.344,66	60%
06.03.01	4	30/09/2012	09/10/2012	1.054,62	1.054,62	60%
06.03.01	4	31/10/2012	09/11/2012	1.763,22	1.763,22	60%
06.03.01	4	30/11/2012	09/12/2012	1.420,99	1.420,99	60%
06.03.01	4	31/12/2012	09/01/2013	1.485,59	1.485,59	60%
06.03.01	4	31/01/2013	09/02/2013	1.766,28	1.766,28	60%
06.03.01	4	28/02/2013	09/03/2013	1.908,10	1.908,10	60%
06.03.01	4	31/03/2013	09/04/2013	6.149,44	6.149,44	60%
06.03.01	4	30/04/2013	09/05/2013	2.051,53	2.018,22	60%

06.03.01	4	31/05/2013	09/06/2013	4.541,14	4.541,14	60%
06.03.01	4	30/06/2013	09/07/2013	2.184,71	2.184,71	60%
06.03.01	4	31/07/2013	09/08/2013	5.127,57	5.127,57	60%
06.03.01	4	31/08/2013	09/09/2013	3.103,28	3.103,28	60%
06.03.01	4	30/09/2013	09/10/2013	6.474,92	6.441,61	60%
06.03.01	4	31/10/2013	09/11/2013	4.089,06	4.089,06	60%
06.03.01	4	30/11/2013	09/12/2013	5.257,07	5.257,07	60%
06.03.01	4	31/12/2013	09/01/2014	5.275,96	5.275,96	60%
			TOTAIS	63.718,23	63.572,12	

Os valores já recolhidos pelo sujeito passivo, no importe de R\$ 63.670,45, deverão ser homologados pela repartição fazendária de origem do processo.

No tocante à penalidade de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto exigido não acolho os argumentos defensivos relacionados com o cancelamento da referida multa com espeque no princípio do não confisco, positivado no art. 150, IV, da CF/88.

Isto porque não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É que o prescreve o art. 167, incisos I e III, do RPAF, aprovado pelo Dec. 7.629/99.

Pelas mesmas razões não acato o pedido subsidiário de redução da penalidade fiscal, ao apelo dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e com base nos precedentes mais recentes do STF, que delineia o limite máximo das multas entre 20% e 30% sobre o valor do tributo, até porque as decisões mencionadas na peça de defesa não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que esta não figurou em nenhuma das ações como parte ou em razão de algum ato normativo seu, relativamente às penalidades tributárias, ter sido objeto de ação controle concentrado de constitucionalidade que já tenha transitado em julgado.

Frente o acima exposto nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que passa a ter a seguinte composição:

Infração 01 – PROCEDENTE: R\$ 382.684,90;

Infração 02 – PROCEDENTE EM PARTE: R\$ 7.947,28;

Infração 03 - PROCEDENTE EM PARTE: R\$ 11.353,18;

Infração 04 - PROCEDENTE EM PARTE: R\$ 63.572,12 (HOMOLOGAÇÃO DOS VALORES JÁ RECOLHIDOS).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207103.0005/15-9, lavrado contra **CONTINENTAL DO BRASIL PRODUTOS AUTOMOTIVOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 465.557,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incs. II, "f" e VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Os valores já recolhidos pelo sujeito em relação à infração 04 deverão ser homologados pela repartição fazendária.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – JULGADOR