

A. I. Nº - 206918.3002/16-2
AUTUADO - INTERTRIM LTDA.
AUTUANTE - ISRAEL CAETANO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 21.07.2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0095-01/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Os materiais cujos créditos fiscais foram objeto de glosa na infração 1, efetivamente, têm a natureza de uso/consumo do estabelecimento. Infração 1 subsistente. No que tange a glosa do crédito fiscal de que cuida a infração 2, o paletes não se classifica como material de uso e consumo, mas sim de bem integrante do ativo fixo do estabelecimento, sendo, desse modo, admissível o crédito fiscal, cuja apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, em cada período de apuração do imposto, observadas as condições estabelecidas no RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12. Infração 2 insubsistente. **b)** SUBSTITUÇÃO TRIBUTÁRIA. Autuado elide este item da autuação. A glosa do crédito fiscal se apresenta indevida, haja vista que a análise dos documentos fiscais arrolados na autuação, permite constatar que, de fato, inexiste qualquer registro ou observação atinente a existência de regime especial ou algo semelhante nas Notas Fiscais, sendo o imposto destacado normalmente pelo fornecedor/emitente, conforme alegado pelo impugnante. Infração 3 insubsistente. **c)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Incabível a exigência fiscal quanto às notas fiscais arroladas na autuação, constantes da planilha “Anexo B Credito Fiscal a Maior” elaborada pelo autuante, emitidas pelo próprio autuado, portanto, cabendo a exclusão dos seus respectivos valores. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração 4 parcialmente subsistente. **d)** NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. A descrição da conduta infracional imputada ao autuado neste item da autuação tem o seguinte enunciado: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias junto à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante.* O autuado conduziu a sua defesa entendendo, em síntese, que a Fiscalização glosou os créditos de ICMS oriundos da aquisição de mercadorias de microempresas e empresas de pequeno porte, em face do confronto entre o valor registrado na EFD e o destacado na Nota Fiscal Eletrônica apontar a existência de divergências. Ocorre que na Informação Fiscal o Auditor Fiscal esclareceu que não se trata do fato de não estar destacado o valor do imposto no documento fiscal emitido pelas

microempresas ou empresas de pequeno porte, mas sim de aquisições de mercadorias destinadas a uso e/ou consumo do estabelecimento e não pelo fato de se tratar de microempresas e/ou empresas de pequeno porte. No caso deste item da autuação é evidente a nulidade do lançamento por cerceamento ao direito de ampla defesa e do contraditório, haja vista que a acusação fiscal diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias junto à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, enquanto a matéria fática diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Portanto, a autuação foi realizada de forma equivocada. Desse modo, por implicar mudança do fulcro da imputação, não é possível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Infração 5 nula.

e) OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. BENS OU MERCADORIAS IMPORTADOS OU PRODUZIDOS NO BRASIL COM CONTEÚDO SUPERIOR A 40% EM DESACORDO COM A RESOLUÇÃO SF 13/2002. A Resolução do Senado Federal nº 13/2012, que fundamenta a autuação, fixa em 4% a alíquota interestadual do ICMS nas operações interestaduais com bens e mercadorias importadas do exterior. O artigo 1º da referida Resolução determina que deverá ser aplicada a alíquota de 4% às operações interestaduais com mercadorias importadas, ainda que adquiridas no mercado nacional. A Lei nº 7.014/96 - Lei do ICMS do Estado da Bahia – recepcionou as disposições da Resolução do Senado Federal nº 13/2012, bem como do Convênio 123/12 e Ajuste SINIEF nº 19/12, relacionadas a mercadorias importadas. Nestes termos, por se tratar de operações interestaduais com as mesmas mercadorias importadas do exterior, a infração 6 é subsistente.

2. ALÍQUOTAS. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Alegação defensiva de que as operações objeto das Notas Fiscais arroladas na autuação contemplam devoluções de materiais danificados recebidos através de transferências da empresa matriz, e não saídas a título de transferências de mercadorias produzidas pelo estabelecimento conforme entendimento da Fiscalização, portanto, sendo correta a aplicação da alíquota de 7% e não de 12% não restou comprovada. Inexiste qualquer informação no campo “Informações Adicionais” das referidas Notas Fiscais eletrônicas de se tratarem de devolução de mercadorias danificadas recebidas em transferência e muito menos referência à qual Nota Fiscal original se refere. Infração 7 subsistente. Acolhida a nulidade arguida atinente à infração 5. Não acolhida a arguição de nulidade quanto às demais infrações. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/09/2016, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$132.785,23, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro a maio, julho, agosto, outubro a dezembro de 2012, janeiro, abril, setembro, dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$154,05, acrescido da multa de 60%. Conforme demonstrativo Anexo A - Credito Indevido Consumo (aquisição de lâminas, estiletes e marcadores), parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a junho, outubro a dezembro de 2012, janeiro a março e julho de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$7.495,20, acrescido da multa de 60%. Conforme Anexo A - Credito Indevido Palete, referente aquisição de paletes utilizados como material de consumo do estabelecimento (retornáveis), parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$33.911,56, acrescido da multa de 60%. Conforme Anexo A - A Crédito Indevido Insumos, referente às aquisições de insumos por empresa beneficiada pelo programa de incentivo PROAUTO, conforme artigo 12, § 1º e sectários, da Lei nº 7.537/1999, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte;
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de abril de 2012, março e junho de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$6.537,68, acrescido da multa de 60%. Conforme Anexo B Crédito Fiscal a Maior - confronto EFD x NFe, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte;
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias junto à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, nos meses de abril a junho, outubro e novembro de 2012, janeiro, fevereiro, junho e julho de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.637,53, acrescido da multa de 60%;
6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em operação interestadual com bens ou mercadorias importados do exterior, ou de mercadorias ou bens produzidos no Brasil com conteúdo de importação superior a 40%, em desacordo com o previsto na Resolução do Senado Federal nº 13 de 2012, nos meses de janeiro a novembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$40.730,52, acrescido da multa de 60%. Conforme Anexo C Crédito Indevido RSF 13/12, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte;
7. Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, março a dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$40.318,69, acrescido da multa de 60%. Conforme D Saídas Com Alíquota Incorreta, referente às saídas a título de transferências de mercadorias produzidas pelo estabelecimento, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls.44 a 75). Discorre sobre a tempestividade da peça defensiva. Apresenta uma síntese da autuação. Argui, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração.

Afirma que na lavratura do Auto de Infração o autuante não agiu conforme determina a Constituição Federal, o Código Tributário Nacional e também o próprio Código Tributário do

Estado da Bahia.

Alega que o autuante deixou de incluir no Auto de Infração elementos suficientes para determinar a infração e, ainda, cometeu graves erros no enquadramento legal das infrações, o que configura sua nulidade e impossibilita a ampla defesa e o contraditório, princípios previstos na Constituição Federal como cláusulas pétreas (art. 5º, inciso LV, CF), além de desrespeitar a segurança jurídica.

Ressalta que a atividade do Agente Fiscal em decorrência do princípio da legalidade expresso no artigo 37 da Constituição Federal, e também do disposto no Código Tributário Nacional, é plenamente vinculada, razão pela qual, em atenção ao caso concreto, cumpre-lhe trazer à colação o quanto dispõe o artigo 129 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 3.956/81), cuja redação reproduz.

Observa que a norma constante do artigo 129 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 3.956/81) vislumbra a delimitação da atuação estatal com relação aos contribuintes fiscalizados, registrando-se, com exatidão, a autuação pretendida.

Frisa que sem a correta lavratura do Auto de Infração nos exatos contornos legais, não é possível se falar no aperfeiçoamento da própria cobrança do tributo, pois evada em sua origem de ilegalidade. Acrescenta que se trata da própria celebração dos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

No que tange ao princípio da segurança jurídica, diz que este é essencial às relações entre o contribuinte e o Estado, tratando-se da base de diversos outros princípios que asseguram os direitos e garantias constitucionais dos administrados. Neste sentido, invoca e reproduz ensinamentos de Cleide Previtalli Cais.

Assevera que, desse modo, o referido artigo 129 deveria obrigatoriamente ter sido observado pelo autuante quando do exercício das suas funções.

Sustenta que, no presente caso foram desrespeitados os incisos III e V, do § 1º e § 2º do artigo 129 do Código Tributário do Estado da Bahia, na medida em que não consta do Auto de Infração (a) a descrição minuciosa das infrações; (b) a indicação dos dispositivos corretos da legislação tributária infringidos; (c) a correta menção aos demonstrativos e levantamentos realizados pelo autuante, que são indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto de Infração. Ou seja, a presente autuação carece de informações elementares para que esteja apta a realizar a sua defesa de forma contundente.

Assinala, em primeiro lugar, que na Descrição dos Fatos do Auto de Infração, campo este que é imprescindível para que tenha pleno conhecimento dos fatos, além de não haver a descrição da infração de forma detalhada, cada infração se refere a uma planilha demonstrativa que não condiz com as planilhas que lhe foram encaminhadas junto com o Auto de Infração.

Menciona a título de exemplo, na descrição da infração 1, que o autuante acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo Anexo A - Crédito Indevido Consumo.

Assevera que, no entanto, ao abrir a planilha demonstrativo “Anexo A”, em nada se relaciona com a autuação da infração 1. Acrescenta que o Anexo A que acompanhou o Auto de Infração trata de “*Demonstrativo de Crédito Fiscal Indevido nas Entradas em Transferências de Mercadorias Importadas com Alíquota Superior à prevista na Resolução SF nº 13/12*”. Ou seja, apesar da Descrição dos Fatos referir-se ao suposto creditamento indevido, não se sabe para fins de defesa quais as Notas Fiscais que foram fiscalizadas, qual a data de emissão, o valor, entre outras informações essenciais para a elaboração de uma defesa adequada.

Salienta que esta mesma inconsistência ocorreu em todas as 7 infrações.

Em síntese, diz que não existe correlação entre as infrações apontadas no Auto de Infração e as planilhas supostamente correspondentes.

Observa que as infrações 2 e 3 mencionam o mesmo Anexo A, que, como visto acima, não se relaciona com a planilha demonstrativa Anexo A que acompanhou o Auto de Infração.

Quanto à infração 4, consigna que foi acusado de utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, conforme Anexo B - Crédito Fiscal a Maior.

Alega que, ao abrir a planilha Anexo B se depara com três diferentes abas, com as seguintes descrições: “Demonstrativo do Crédito Fiscal Indevido nas Aquisições, no Estado, de matéria-prima com Benefício do Diferimento do Imposto - PROAUTO”, “Demonstrativo do Crédito Fiscal Indevido nas Aquisições, no Estado, de material de uso e/ou consumo do Estabelecimento”, e, ainda, “Demonstrativo do Crédito Fiscal Indevido nas Aquisições, no Estado, de materiais destinados a consumo do Estabelecimento”. Afirma que, obviamente, estas descrições e todas as informações constantes daquelas planilhas não se relacionam com o que consta no Auto de Infração.

No tocante à infração 5, observa que o autuante fundamenta na planilha demonstrativa Anexo F Já a infração 7 menciona o Anexo D.

Alega que, nem sequer constam as planilhas demonstrativas “Anexo D” e “Anexo F” no CD-ROM enviado junto com o Auto de Infração.

Indaga como pode realizar a sua defesa se não há planilha demonstrativa da infração.

No tocante à infração 6, diz que se refere ao Anexo C, que também não tem relação nenhuma com o arquivo e informações que constam na planilha demonstrativa Anexo C.

Conclusivamente, diz que, resta evidente o descumprimento dos ditames do § 1º, inciso III e § 2º do artigo 129 acima mencionado, uma vez que o autuante não realizou a descrição da infração de forma detalhada, bem como não mencionou com exatidão os demonstrativos e levantamentos realizados para sua compreensão acerca de cada infração.

Ressalta que, mesmo que não houvesse nenhuma outra nulidade, somente os fatos acima expostos seriam suficientes para anular o Auto de Infração, entretanto, sustenta que há ainda outras nulidades.

Assinala que nas infrações 1 e 2 foi acusado por utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos períodos de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, com fundamento no artigo 93, inciso V, alínea “b” do RICMS aprovado pelo Decreto n.º 6.284/1997.

Salienta que o RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997 esteve vigente entre as datas de 01/04/97 a 31/03/2012.

Afirma que todas as Notas Fiscais emitidas após a data de 31/03/2012 estão sujeitas ao disposto no novo Regulamento do ICMS, e não mais no antigo.

Observa que a maioria das Notas Fiscais arroladas na autuação foi emitida após a data de 31/03/2012, ou seja, após o final da vigência do Decreto nº 6.284/1997.

Sustenta que, assim sendo, não poderia ter sido promovida a autuação em tela com base nos dispositivos do antigo RICMS, uma vez que as operações ocorreram após 31/03/2012. Ressalta que os dispositivos utilizados não mais estavam vigentes quando da ocorrência dos fatos e tampouco dos lançamentos.

Assevera que, carecendo o Auto de Infração de elementos essenciais à sua validade e eficácia, em referência ao comando expressamente positivado no artigo 129 do Código Tributário do Estado da Bahia e em celebração do princípio da legalidade, da segurança jurídica, e da vinculação dos atos administrativos, deve o presente Auto de Infração ser considerado nulo, não sendo lícito ao Estado exigir tributo pautado em atividade estatal eivada de notável irregularidade.

Conclusivamente, diz que, não resta dúvida de que não possui elementos que evidenciem a exata

motivação da autuação, sendo obrigado a defender-se com base em suposições, o que é absolutamente ilegal e constitucional.

Afirma que, ainda que não sejam acatadas as flagrantes nulidades expostas, também no mérito não há como subsistir a autuação.

No que concerne à infração 1, sustenta que o autuante está equivocado.

Observa que tem como objeto a fabricação de artefatos de tapeçaria, bem como outras peças e acessórios para veículos automotores. Acrescenta que na sua filial sediada no Estado da Bahia recebe tetos de automóveis semiacabados e realiza uma última montagem. Para tanto adquire regularmente de seus fornecedores estiletes, marcadores, chaves e lâminas para realizar o recorte das “rebarbas” dos tetos que são produzidos em sua fábrica, conforme se deu através das notas fiscais objeto da autuação (Doc. 04 - Notas Fiscais). Diz que se trata de material essencial ao processo de produção.

Frisa que foram glosados créditos sobre tais itens por entender a Fiscalização que se tratam de materiais destinados ao uso e consumo, todavia, consistem em materiais secundários utilizados na industrialização, sendo legalmente admitido o direito ao respectivo crédito.

Observa que o regramento que baliza a utilização de crédito fiscal é estatuído pelo RICMSBA, Decreto nº 6.284/97, no §1º do artigo 93, atual artigo 309, inciso I, alínea “b”, do RICMS - Decreto nº 13.780/2012, que sintetiza nestes termos o regime do crédito fiscal, traduzindo a positivação dos arts. 24 a 31 da Lei nº 7.014/96. Reproduz os referidos artigos 93 e 309.

Aduz que dos dispositivos regulamentares acima referidos, em sintonia com as demais normas regulamentares atinentes ao regime de compensação do ICMS, chega-se à conclusão de que o direito ao crédito, dentre outros requisitos, depende do atendimento a determinados requisitos, a saber: as mercadorias ou bens adquiridos e os serviços tomados devem: estar vinculados à industrialização, ser empregados no processo de industrialização ou integrar o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à industrialização.

Alega que, ainda que os estiletes, marcadores, chaves e lâminas não integrem o produto final, estes são materiais secundários aplicados diretamente no seu processo produtivo. Diz que sem dúvida sofrem danos como desgaste e perda de suas propriedades em razão da ação direta e necessária sobre o produto em elaboração.

Invoca o dispositivo constante da Instrução Normativa nº 52/2013, emitida pelo Estado da Bahia, que conceitua material secundário. Reproduz a referida Instrução Normativa.

Assevera que, ao contrário do entendimento do autuante, os materiais adquiridos não são para uso e consumo do estabelecimento, sendo materiais secundários essenciais no processo produtivo. Alega que sem eles seria impossível realizar o recorte das “rebarbas” do teto, o que impediria, em última instância, a realização do objeto social da empresa.

Conclusivamente, diz que não deve prevalecer a glosa de créditos sobre a aquisição de estiletes, marcadores, chaves e lâminas, materiais utilizados diretamente no seu processo produtivo, devendo ser afastada qualquer exigência atinente à apropriação de créditos a partir de referidos materiais.

Quanto à infração 2, diz que, como já exposto, na sua filial sediada no Estado da Bahia tem como objeto principal a montagem final de tetos para automóveis. Para sua produção adquiriu de seus fornecedores “paletes” para o armazenamento e transporte das peças fabricadas, tendo apurado e utilizado os créditos de ICMS correspondentes a tais aquisições (Doc. 05 - Notas Fiscais).

Frisa que a Fiscalização entendeu também neste caso que tais mercadorias foram adquiridas para uso e consumo no próprio estabelecimento, o que não propiciaria o crédito fiscal. Afirma que mais uma vez incorre em equívoco o autuante.

Diz que, na realidade, o “palete” é um estrado de madeira, plástico ou metal cuja utilização visa

facilitar a movimentação, armazenagem e transporte de mercadorias ou bens, haja vista a sua condição de material de acondicionamento.

Observa que o §1º do artigo 93 do RICMS/BA/97, prevê que o direito ao crédito depende do atendimento a determinados requisitos, por exemplo: as mercadorias ou bens adquiridos e os serviços tomados devem estar vinculados à industrialização, ser empregados no processo de industrialização ou integrar o produto final ou o serviço na condição de elemento indispesável ou necessário à industrialização.

Aduz que, conforme descrito em laudo elaborado pela empresa (Doc. 06 - Laudo), anexo, os paletes de madeira são utilizados na embalagem/acondicionamento das mercadorias. Além de serem materiais não retornáveis, os paletes integram o custo/preço das mercadorias vendidas e acompanham o produto até o destinatário final.

Consigna que o uso de tais materiais encontra-se destacado inclusive no “Roteiro de Produção” dos bens fabricados (Doc. 07), que reflete o processo produtivo da empresa com relação aos tetos de veículos.

Aduz que, desse modo, a toda evidência, por se tratarem de materiais de embalagem não retornáveis, integrantes do preço/custo do produto final comercializado, os “paletes” são materiais aptos a legitimar o crédito do ICMS apropriado por ocasião das respectivas entradas.

Registra que, nessa linha, o Conselho da Fazenda Estadual do Estado da Bahia já se manifestou em reiteradas decisões no sentido de que não há como se caracterizar como de uso e consumo materiais de embalagem, por serem os mesmos essenciais ao acondicionamento e transporte do produto final.

Destaca, como exemplo, o julgado proferido pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, no Acórdão JJF Nº. 0337-01/08.

Transcreve excertos do voto proferido no referido Acórdão que, segundo diz, evidencia que os paletes de madeira são utilizados como materiais de embalagem essenciais para o transporte, integrando, portanto, o produto final, assim como no presente caso.

Conclusivamente, diz que, resta claro que os paletes não se enquadram como material de uso e consumo, diante de sua essencialidade na constituição do produto final, uma vez que estes não poderiam ser transportados sem tais estruturas, devendo o lançamento deste item da autuação ser cancelado.

Relativamente à infração 3, consigna que, em síntese, entendeu a Fiscalização que o crédito no valor de R\$33.911,56 não poderia ter sido apropriado por se tratar de aquisição de insumos por empresa beneficiada pelo programa de incentivo “PROAUTO”.

Sustenta que a autuação não possui qualquer fundamento.

Alega que referido crédito é oriundo da compra de matéria-prima do fornecedor “Espumacar da Bahia Indústria e Comércio Ltda.”, conforme se verifica das Notas Fiscais arroladas na autuação (Doc. 08), onde não se menciona nenhuma espécie de regime especial ou coisa que o valha. Ou seja, trata-se de uma operação comum de compra de produtos, o que propicia a utilização do crédito de forma absolutamente normal, não havendo a interferência de nenhum regime especial de nenhuma das partes envolvidas na operação.

Alega que, ainda que o seu fornecedor ou mesmo a sua empresa fossem beneficiadas pelo programa de incentivo “PROAUTO”, referido benefício em nada interferiu na operação de compra de matéria-prima para ser utilizada na industrialização, ao menos não pode ser identificado em nenhum dos documentos fiscais relacionados, que apenas remetem a uma operação comum de compra e venda.

Colaciona a título exemplificativo a Nota Fiscal nº 10.169, que originou crédito de ICMS no valor de R\$91,63. Diz que o crédito de ICMS está devidamente destacado no corpo da Nota Fiscal e no

campo Dados Adicionais não havendo referência a qualquer benefício relativo ao ICMS, em especial do “PROAUTO”.

Frisa que não é possível compreender de onde o autuante extraiu a fundamentação para esta autuação.

Conclusivamente, diz que, por se tratar de uma operação simples e comum é que foi realizado o aproveitamento dos créditos de ICMS, conforme devidamente destacado em todas as Notas Fiscais, devendo ser totalmente anulada a infração.

Quanto à infração 4, diz que, compulsando as informações apresentadas pela Fiscalização tanto no Auto de Infração como em seus anexos não fica claro qual a infração cometida , haja vista que os documentos fiscais, em especial as notas fiscais correspondentes, refletem o montante do ICMS destacado e creditado.

Conclusivamente, diz que a operação está devidamente registrada e os créditos regularmente apropriados, não havendo qualquer desrespeito a legislação pertinente, portanto, nenhuma infração com relação aos creditamentos realizados neste item.

No tocante à infração 5, observa, em síntese, que a Fiscalização glosou os créditos de ICMS oriundos da aquisição de mercadorias de microempresas e empresas de pequeno porte, uma vez que o confronto entre o valor registrado na EFD e o destacado na Nota Fiscal Eletrônica são divergentes.

Assevera que nada mais equivocado.

Observa a existência de tratamento diferenciado que têm as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional na legislação brasileira.

Aduz que o artigo 23 da Lei Complementar nº 123/2006 prescreve que as microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional. No entanto, o seu § 1º, abre uma exceção para o aproveitamento de crédito de ICMS caso as pessoas jurídicas adquiram mercadorias com o fim específico de comercialização ou industrialização. Reproduz o referido dispositivo legal.

Assinala que o artigo 96, inciso XXVIII, alínea “b”, do Regulamento do ICMS da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997, prevê a possibilidade de crédito presumido na alíquota de 12% aos contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do imposto, nas aquisições internas de mercadorias junto a microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional. Transcreve o referido artigo.

Observa que as Notas Fiscais (Doc. 09) que foram fiscalizadas e autuadas não têm o valor relativo ao ICMS destacado no campo “Valor ICMS” justamente pelo emitente ser empresa optante pelo regime do Simples Nacional, no entanto, no campo Dados Adicionais - “Informações Complementares” de cada Nota tem a informação de qual o valor possível para o aproveitamento de crédito, bem como a alíquota e dispositivo de lei permissivo.

Colaciona a título de exemplo os Dados Adicionais da Nota Fiscal nº 2625, onde se verifica a seguinte informação: *“Inf. Contribuinte: Permite o aproveit. do crédito ICMS no valor de R\$ 2,24. Corresponde à alíquota de 2,33, nos termos do art. 23 LC 123/2006.”*

Observa que na Nota Fiscal nº 294, da mesma forma, é possível verificar o valor total do crédito de ICMS, todavia, com base no artigo 96, do RICMS-BA.

Consigna que para comprovação inequívoca do quanto alegado elaborou planilha com as informações constantes de cada uma das Notas Fiscais arroladas na autuação, demonstrando que aproveitou o crédito de ICMS no limite do que foi destacado nas Notas Fiscais emitidas por seus fornecedores. Neste sentido, apresenta tabela contendo as especificações das referidas notas fiscais.

Assevera que, assim sendo, não há o que se falar em crédito indevido de ICMS referente à aquisição de mercadorias junto à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, na medida em que os valores dos créditos utilizados foram devidamente destacados nas Notas Fiscais emitidas pelos seus fornecedores.

Acrescenta que, além disso, o autuante realizou a cobrança em duplicidade referente ao período de 02/2013. Observa que na planilha demonstrativa Anexo C, é possível verificar que a Nota Fiscal nº 577 foi destacada por duas vezes, evidenciando crédito supostamente indevido no valor de R\$468,00, conforme se verifica na tela que apresenta.

Alega, ainda, que com relação ao período de 06/2016, não conseguiu verificar quais as Notas Fiscais que evidenciam o valor indevido de R\$152,05, bem como por qual motivo foi autuado, impossibilitando a sua defesa.

Conclusivamente, diz que, por todas essas razões, devem ser excluídas da autuação todas as operações envolvendo aquisição de mercadorias junto a microempresas, empresas de pequeno porte ou ambulantes, uma vez que os créditos oriundos destas operações foram devidamente utilizados, podendo ser comprovados das próprias Notas Fiscais arroladas na autuação.

No respeitante à infração 6, diz que nas operações em tela que refletem a transferência de mercadorias entre a sua matriz e filial, destacou nas respectivas notas fiscais (Doc. 10) a alíquota interestadual de 7% e creditou-se do ICMS na mesma proporção. Afirma que é o que se depreende, por exemplo, da Nota Fiscal nº 117.092 cuja tela apresenta.

Conclusivamente, diz que se creditou na mesma proporção do tributo que recolheu, não existindo creditamento indevido, portanto, adequação entre a acusação fiscal e a realidade dos documentos que suportam a operação fiscalizada, não subsistindo esta infração.

No que concerne à infração 7, observa que a Fiscalização entendeu que deveria ser aplicada a alíquota interestadual de 12% nas saídas à título de transferência de mercadorias produzidas pelo estabelecimento, e não a alíquota de 7% como foi realizado.

Assevera que, na realidade, as operações objeto das Notas Fiscais (Doc. 11) fiscalizadas contemplam devoluções de materiais danificados recebidos através de transferências da empresa matriz, e não saídas à título de transferências de mercadorias produzidas pelo estabelecimento como entendeu a Fiscalização.

Salienta que a devolução é operação que tem o condão de anular a operação anterior, parcial ou totalmente.

Aduz que, para tanto, após o recebimento e devida escrituração da Nota Fiscal de aquisição da mercadoria, deve ser emitida outra Nota Fiscal para a devolução, utilizando-se a mesma base de cálculo e alíquota do documento de aquisição, nos termos do artigo 451, do RICMS, Decreto nº 13.780/2012. Reproduz o referido artigo.

Diz que, conforme se verifica da planilha que elaborou e das Notas Fiscais de transferência (Doc. 11), adquiriu mercadorias da sua matriz sediada na cidade de Caçapava-SP com alíquota de 7% com natureza da operação “transferência”, no entanto, em razão de algumas mercadorias terem sido danificadas no transporte ou ainda por outros motivos, realizou a devolução das mercadorias recebidas à título de transferência, aplicando igualmente à alíquota de 7% a fim de anular a operação.

Observa que, em resumo do que consta na planilha demonstrativa que elaborou e dos documentos acostados, verifica-se que a operação ocorreu da seguinte forma:

- Nota Fiscal de Origem n.º 150.172 (natureza da operação: transferência merc. adq. recebida de terceiros): a Impugnante adquiriu da sua matriz a quantidade de 4.800 unidades do produto “Etiqueta Huf Off Ford Amazon”, com a alíquota de 7%;

– Nota Fiscal de Devolução nº 6137 (natureza da operação: devolução de merc. receb. transf.p industrial): a Impugnante realizou a devolução à sua matriz a quantidade de 1.200 unidades do produto “Etiqueta Huf Off Ford Amazon” em razão de má qualidade, com a alíquota de 7%;

Assinala que, do exemplo da operação acima demonstrada, é possível verificar que adquiriu mercadorias com a alíquota de 7% da sua matriz; após, em razão da má qualidade, realizou a devolução de parte dos produtos igualmente com a alíquota de 7% com o fim de anular a operação anterior. Ou seja, não há que se falar em aplicação da alíquota de 12% por se tratar de mera devolução e não de transferência.

Conclusivamente, diz que, desse modo, também ser cancelada a infração 7, uma vez que realizou adequadamente a operação de devolução de mercadorias recebidas à título de transferência, conforme os ditames do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, no seu artigo 451.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência do Auto de Infração. Protesta provar o quanto alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada de novos documentos que se fizerem necessários, inclusive com a realização de diligência caso entenda ser o caso. Protesta, ainda, pela possibilidade de realização de sustentação oral.

Requer, ainda, sejam as publicações atinentes ao presente feito expedidas exclusivamente em nome dos patronos do autuado, no caso Dr. Eduardo Cantelli Rocca, inscrito na OAB/SP sob o nº 237.805, e Dr. Pedro Mariano Capelossi Reis, inscrito na OAB/SP sob o nº 288.044, ambos com escritório na Avenida Brasil, 842, São Paulo.

Auditor Fiscal designado prestou Informação Fiscal (fls. 725 a 728). Diz que a arguição de nulidade do Auto de Infração não guarda nenhuma relação com o previsto no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF).

No mérito, relativamente à infração 1, diz que uma rápida leitura do texto da peça defensiva é suficiente para comprovar o acerto da ação fiscal: Transcreve o texto apresentado pelo impugnante: *A Impugnante tem como objeto a fabricação de artefatos de tapeçaria, bem como outras peças e acessórios para veículos automotores. Na sua filial sediada no Estado da Bahia a Impugnante recebe tetos de automóveis semiacabados e realiza uma última montagem. Para tanto adquire regularmente de seus fornecedores estiletes, marcadores, chaves e lâminas para realizar o recorte das ‘rebarbas’ dos tetos que são produzidos em sua fábrica... .*

Diz que o autuado adquire peças de reposição dos seus equipamentos que realizarão tais processos industriais. Logo, trata-se de material de uso e consumo, à luz da legislação tributária, sendo inquestionável a acusação fiscal, assim como seu valor diminuto de R\$ 154,05.

Quanto à infração 2, observa que a discussão paira sobre um determinado tipo de “pallet” utilizado tão somente para movimentação de produto dentro da unidade fabril e não externamente.

Afirma que essa movimentação é da área de produção até o almoxarifado/expedição. Salienta que o autuado apresenta uma planilha de formação do custo onde é apontado que cada teto produzido/montado absorve 25% do seu preço de aquisição (0,25 UN). Diz ser óbvio que não se trata de embalagem, haja vista que, se assim fosse absorveria seu preço total (100%).

Aduz que também não é do tipo que acompanha a mercadoria até o destinatário, pois para esta utilização existe outro tipo, não relacionado na ação fiscal, cuja discussão poderá pairar como ativo imobilizado ou não.

Assevera que, desse modo, tais pallets, objeto desta exigência, não integram o produto, não são essenciais à sua produção. Prestam-se tão somente para movimentação de carga e não há como medir seu consumo diretamente com a quantidade produzida. Podem se quebrar numa única movimentação ou durabilidade superior a um ano. São utilizados para melhor acomodar os produtos fabricados nas enormes prateleiras do almoxarifado/expedição. Acrescenta que ali, no almoxarifado/expedição, ocorre sua utilização. Utilização indireta ao processo de fabricação.

No tocante à infração 3, reproduz as palavras do impugnante: *Referido crédito é oriundo da*

compra de matéria-prima do fornecedor ‘Espumacar da Bahia Indústria e Comércio Ltda’, conforme se verifica das Notas Fiscais autuadas (Doc. 08), onde não menciona-se nenhuma espécie de regime especial ou coisa que o valha.”

Afirma que o beneficiário do diferimento nas aquisições de matéria-prima é o autuado, sendo que ele é quem deve informar ao seu fornecedor.

Diz que os demais argumentos trazidos não merecem qualquer apreciação por não encontrarem nenhum respaldo na Legislação Tributária, em especial no PROAUTO, do qual o autuado é beneficiário.

No que tange à infração 4, diz que o autuado simplesmente nega o cometimento da infração, contudo, não apresenta nenhuma prova em contrário.

No respeitante à infração 5, consigna que não se trata do fato de não estar destacado o valor do imposto no documento fiscal emitido pelas Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte, conforme bem frisou o autuado.

Esclarece que são aquisições de mercadorias destinadas a uso e/ou consumo do estabelecimento e não pelo fato de se tratar de Microempresas e ou Empresas de Pequeno Porte.

Registra que a Nota Fiscal nº 2625, por exemplo, refere-se à aquisição de álcool, clips, papel A4, saco para lixo. Ou seja, a glosa do crédito fiscal se dá pelo fato de se tratarem de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento.

No que diz respeito à infração 6, salienta que o autuado simplesmente alega que se creditou do valor do ICMS destacado nas Notas Fiscais à alíquota de 7%, emitidas pela sua unidade estabelecida no Estado de São Paulo, portanto, não elidindo a autuação. Assinala que às fls. 30/v e 31 dos autos foram relacionadas Notas Fiscais de importação dessas mercadorias do exterior.

Quanto à infração 7, diz que o autuado apresenta, agora, em sede de defesa administrativa, que não se trata de transferências com alíquota de 7%, mas sim de *devoluções de materiais danificados recebidos através de transferência da empresa matriz*.

Ressalta que o autuado, assim como sua Matriz, produzem essas mesmas mercadorias objeto das transferências apontadas. Acrescenta que ao longo da ação fiscal não restou comprovado que essas mercadorias “devolvidas” foram as mesmas recebidas em transferências.

Observa que não há nenhuma informação no campo “Informações Adicionais” das referidas Notas Fiscais eletrônicas de se tratarem de devolução de mercadorias danificadas recebidas em transferência e muito menos referência à qual Nota Fiscal original se refere. Afirma que não há prova das alegações do autuado.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, cabe apreciar a preliminar de nulidade arguida pelo impugnante por cerceamento do direito de defesa e do contraditório, em razão de o autuante não haver incluído no Auto de Infração elementos suficientes para determinar a infração, bem cometer graves erros no enquadramento legal das infrações.

Por certo que não merece prosperar a pretensão defensiva. A descrição das condutas infracionais constantes no Auto de Infração permite claramente identificar a infração, o sujeito passivo, a base de cálculo, o montante do débito, o período objeto da autuação. Consta em cada item da autuação a complementação, esclarecimento, do que se trata cada exigência fiscal. Ou seja, as descrições das infrações se apresentam de forma clara, o que afasta, inclusive, qualquer enquadramento que porventura tenha sido feito erroneamente nos lançamentos.

Verifica-se, também, que não procede a alegação defensiva de que cada infração se refere a uma planilha demonstrativa que não condiz com as planilhas que lhe foram encaminhadas junto com o

Auto de Infração. Na realidade, as planilhas constantes do CD entregue ao autuado são específicas para cada infração. A indicação do Anexo A nas infrações 1, 2 e 3 não tem qualquer irregularidade, haja vista que a pasta, Anexo A, constante no CD contém subpastas correspondentes a cada uma destas infrações, conforme se observa da simples leitura do referido CD.

Certamente que, no presente caso, não houve qualquer prejuízo para que o autuado exercesse plenamente o seu direito de defesa e do contraditório, o que, inclusive, fez de forma bastante detalhada, inexistindo, inclusive, qualquer ofensa aos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Entretanto, constato a existência de exceção quanto ao que foi acima consignado, no que concerne à infração 5, que, efetivamente, deve ser declarada nula.

Isso porque, a descrição da conduta infracional imputada ao autuado neste item da autuação tem o seguinte enunciado: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias junto à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante.*

Verifica-se que o autuado conduziu a sua defesa entendendo, em síntese, que a Fiscalização glosou os créditos de ICMS oriundos da aquisição de mercadorias de microempresas e empresas de pequeno porte, em face de o confronto entre o valor registrado na EFD e o destacado na Nota Fiscal Eletrônica apontar a existência de divergências.

Alegou o impugnante que as Notas Fiscais arroladas neste item da autuação não têm o valor relativo ao ICMS destacado no campo “Valor ICMS” justamente pelo emitente ser empresa optante pelo regime do Simples Nacional, no entanto, no campo Dados Adicionais - “Informações Complementares” de cada Nota tem a informação de qual o valor possível para o aproveitamento de crédito, bem como a alíquota e dispositivo de lei permissivo.

Ou seja, em conformidade com a descrição da infração o impugnante entendeu que a glosa do crédito fiscal decorreu do fato de se tratar de *aquisições de mercadorias junto à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante.*

Ocorre que na Informação Fiscal o Auditor Fiscal esclareceu que não se trata do fato de não estar destacado o valor do imposto no documento fiscal emitido pelas microempresas ou empresas de pequeno porte, mas sim de aquisições de mercadorias destinadas a uso e/ou consumo do estabelecimento e não pelo fato de se tratar de microempresas e ou empresas de pequeno porte.

Ora, no caso deste item da autuação é flagrante a nulidade do lançamento por cerceamento ao direito de ampla defesa e do contraditório, haja vista que a acusação fiscal diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias junto à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, enquanto a matéria fática diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Portanto, a autuação foi realizada de forma equivocada.

Desse modo, por implicar mudança do fulcro da imputação, não é possível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, sendo nula a infração 5.

Quanto às demais infrações, em face do acima exposto, não acolho as nulidades arguidas, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, que implicasse em nulidade do lançamento.

No mérito, relativamente à infração 1, a exigência fiscal diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Conforme consta no demonstrativo Anexo A - Credito Indevido Consumo trata-se de glosa de crédito fiscal referente à aquisição de lâminas, estiletes e marcadores.

O impugnante alega que, ao contrário do entendimento do autuante, os materiais adquiridos não

são para uso e consumo do estabelecimento, sendo materiais secundários essenciais no processo produtivo. Alega que sem eles seria impossível realizar o recorte das “rebarbas” do teto, o que impossibilitaria, em última instância, a realização do objeto social da empresa.

O Auditor Fiscal que prestou a Informação Fiscal contesta a alegação defensiva. Afirma que o autuado adquire peças de reposição dos seus equipamentos que realizarão tais processos industriais, portanto, trata-se de material de uso e consumo, à luz da legislação tributária.

Efetivamente, assiste razão ao Auditor Fiscal. Os materiais cujas aquisições foram objeto de glossa do crédito fiscal de que cuida este item da autuação têm a natureza de uso/consumo, haja vista que se trata de peças de reposição dos seus equipamentos que participam dos seus processos industriais. Diversamente do aduzido pelo impugnante tais materiais não têm a natureza de produtos intermediários do processo produtivo.

Diante disso, a infração 1 é subsistente.

No que tange à infração 2, a acusação fiscal é de que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Conforme consta na complementação da descrição da infração, *referente aquisição de paletes utilizados como material de consumo do estabelecimento (retornáveis)*.

Inicialmente, cabe observar que o tratamento tributário dispensado ao paletes depende precipuamente da forma como a referida mercadoria é utilizada pelo empresa adquirente desta mercadoria.

Assim é que, sendo o paletes utilizado na embalagem/acondicionamento das mercadorias sem que retorno ao estabelecimento remetente, integrando o custo/preço das mercadorias vendidas e acompanhando o produto até o destinatário final, certamente que se classifica como material de embalagem/acondicionamento, portanto, admitindo-se o crédito fiscal destacado no documento de aquisição, desde que a operação de saída do produto que acondiciona seja tributada.

Por outro lado, tratando-se de paletes retornável, utilizado exclusivamente para acondicionamento sem que integrem o custo/preço do produto, normalmente por integrar o ativo fixo do estabelecimento, o crédito fiscal destacado no documento de aquisição é de possível utilização, cuja apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, em cada período de apuração do imposto (art.309, § 2º, I, RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12).

Vale observar que as movimentações internas (saídas e retornos) de paletes retornáveis, via de regra, são amparadas por isenção, descabendo, nesses casos, efetuar qualquer débito na nota fiscal de remessa, assim como não é admissível qualquer crédito no retorno.

Verifica-se que a glossa do crédito fiscal decorreu do fato de o autuante considerar o paletes como material de uso e consumo do estabelecimento, o que não é o caso, descabendo, desse modo, a exigência fiscal.

Diante disso, item da autuação é insubsistente.

No respeitante à infração 3, a acusação fiscal é de que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Conforme consta na complementação da descrição da infração, *referente às aquisições de insumos por empresa beneficiada pelo programa de incentivo PROAUTO, conforme artigo 12, § 1º e sectários, da Lei nº 7.537/1999*.

O impugnante alega que referido crédito é oriundo da compra de matéria-prima do fornecedor “Espumacar da Bahia Indústria e Comércio Ltda.”, conforme se verifica das Notas Fiscais arroladas na autuação, nas quais não se menciona nenhuma espécie de regime especial ou coisa que o valha. Afirma que se trata de operação comum de compra de produtos, o que propicia a utilização do crédito de forma absolutamente normal, não havendo a interferência de nenhum regime especial de nenhuma das partes envolvidas na operação. Assevera que não é possível

compreender de onde o autuante extraiu a fundamentação para esta autuação.

A meu ver, no presente caso, a glosa do crédito fiscal se apresenta indevida. Isso porque, a análise dos documentos fiscais arrolados na autuação, permite constatar que, de fato, inexiste qualquer registro ou observação atinente a existência de regime especial ou algo semelhante nas Notas Fiscais, sendo o imposto destacado normalmente pelo fornecedor/emitente, conforme alegado pelo impugnante.

Diante disso, a infração 3 é insubstancial.

No tocante à infração 4, a acusação fiscal é de *utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais*.

O impugnante alega que, compulsando as informações apresentadas pela Fiscalização tanto no Auto de Infração como em seus anexos não fica claro qual a infração cometida, haja vista que os documentos fiscais, em especial as notas fiscais correspondentes, refletem o montante do ICMS destacado e creditado. Diz que a operação está devidamente registrada e os créditos regularmente apropriados, não havendo qualquer desrespeito a legislação pertinente, portanto, nenhuma infração com relação aos creditamentos realizados neste item.

O Auditor Fiscal que prestou a Informação Fiscal diz que o autuado simplesmente nega o cometimento da infração, contudo, não apresenta nenhuma prova em contrário.

No caso deste item da autuação a análise da planilha elaborada pelo autuante denominada “Anexo B Credito Fiscal a Maior” permite constatar que no levantamento levado a efeito pelo autuante foram arroladas sete notas fiscais, no caso as Notas Fiscais eletrônicas nºs 4176, 4158, 4031, 1666, 1667, 2573 e 170871.

Em relação aos referidos documentos fiscais verifica-se o seguinte:

- Notas Fiscais nºs 4176, 4158, e 4031 – apesar de a chave de acesso indicada na planilha “Anexo B Credito Fiscal a Maior” ser a mesma constante das referidas notas fiscais, constata-se que tais documentos fiscais dizem respeito a operações de saídas realizadas pelo autuado - emitente das mencionadas notas fiscais - tendo como destinatário a empresa Ford Motor Company Brasil Ltda. Ou seja, não se trata de notas fiscais de entrada mas sim de saída. Verifica-se que tanto o CNPJ quanto a Inscrição Estadual do emitente indicadas na planilha do autuante divergem do CNPJ e Inscrição Estadual do emitente das notas fiscais, no caso o próprio autuado.

Diante disso, descabe a exigência fiscal quanto aos referidos documentos fiscais, no valor de R\$6.248,38, pelo menos na forma como consta da acusação fiscal;

- quanto às Notas Fiscais nºs 1666,1667 e 2573, emitidas por Soluções Etiquetas e Sinalização Ltda., apesar de não haver o destaque do imposto, o autuado lançou indevidamente em sua EFD os valores apontados na planilha elaborada pelo autuante, sendo, desse modo, correta a glosa do crédito fiscal, no valor total de R\$59,80, referente a tais documentos fiscais;

- quanto à Nota Fiscal nº 170871, emitida por 3M do Brasil, localizada no Estado de São Paulo, o valor do imposto destacado no referido documento fiscal é de R\$306,00, contudo, o autuado lançou a crédito o valor de R\$535,50. A análise deste documento fiscal permite constatar que o valor correto do imposto deveria ser o valor lançado pelo autuado de R\$535,50, já que a base de cálculo do imposto é de R\$7.650,00 cuja alíquota aplicável é de 7%, o que resultaria no mencionado valor. Ocorre que o valor do imposto efetivamente destacado na Nota Fiscal nº 170871 é de R\$306,00, portanto, valor este que poderia ser objeto de utilização pelo autuado. Por certo que a correção do equívoco quanto ao imposto calculado, obrigatoriamente, somente pode ser admitida mediante a emissão de nota fiscal complementar pelo emitente/fornecedor do referido documento fiscal, jamais mediante um simples lançamento da diferença, conforme procedido pelo autuado. Desse modo, correta a glosa do crédito fiscal utilizado indevidamente pelo autuado quanto a esta nota fiscal no valor de R\$229,50.

Diante do exposto, a infração 4 é parcialmente subsistente no valor total de R\$289,30, sendo o valor de R\$59,80 referente ao mês de março/2013 e o valor de R\$229,50 referente ao mês de junho/2013.

No respeitante à infração 6, a acusação fiscal é de que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em operação interestadual com bens ou mercadorias importados do exterior, ou de mercadorias ou bens produzidos no Brasil com conteúdo de importação superior a 40%, em desacordo com o previsto na Resolução do Senado Federal nº 13 de 2012.

O impugnante alega que nas operações em tela que refletem a transferência de mercadorias entre a sua matriz e filial, destacou nas respectivas notas fiscais a alíquota interestadual de 7% e creditou-se do ICMS na mesma proporção, não existindo creditamento indevido.

O Auditor Fiscal afirma que o autuado simplesmente alega que se creditou do valor do ICMS destacado nas Notas Fiscais à alíquota de 7%, emitidas pela sua unidade estabelecida no Estado de São Paulo, portanto, não elidindo a autuação. Assinala que às fls. 30/v e 31 dos autos foram relacionadas Notas Fiscais de importação dessas mercadorias do exterior.

No caso desta infração observo que a Resolução do Senado Federal nº 13/2012, que fundamenta a autuação, fixa em 4% a alíquota interestadual do ICMS nas operações interestaduais com bens e mercadorias importadas do exterior, a partir de 01/01/2013. O artigo 1º da referida Resolução determina que deverá ser aplicada a alíquota de 4% às operações interestaduais com mercadorias importadas, ainda que adquiridas no mercado nacional.

A Lei nº 7.014/96 - Lei do ICMS do Estado da Bahia – recepcionou as disposições da Resolução do Senado Federal n. 13/2012, bem como do Convênio 123/12 e Ajuste SINIEF nº 19/12, relacionadas a mercadorias importadas, sendo que o art. 15, III, “b”, 1 e 2, dispõe o seguinte:

Art. 15. As alíquotas do ICMS são as seguintes:

[...]

III – 4% (quatro por cento)

[...]

b) nas operações interestaduais com bens e mercadorias importadas do exterior que, após seu desembaraço:

1. não tenham sido submetidos a processo de industrialização;

2. ainda que submetidos a qualquer processo de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento, reacondicionamento, renovação ou reconhecimento, resultem em mercadorias ou bens com conteúdo de importação superior a 40% (quarenta por cento).

Conforme assinalado pelo Auditor Fiscal, as Notas Fiscais de importação das mercadorias foram relacionadas às fls. 30/v e 31 dos autos, portanto, tratando-se das mesmas mercadorias acobertadas pelas notas fiscais cujos créditos foram objeto de glossa.

Diante disso, por se tratar de operações interestaduais com as mesmas mercadorias importadas do exterior, este item da autuação é subsistente.

Quanto à infração 7, o impugnante observa que a Fiscalização entende que deveria ser aplicada a alíquota interestadual de 12% nas saídas à título de transferência de mercadorias produzidas pelo estabelecimento, e não a alíquota de 7% como foi realizado.

Assevera o impugnante que as operações objeto das Notas Fiscais arroladas na autuação contemplam devoluções de materiais danificados recebidos através de transferências da empresa matriz, e não saídas à título de transferências de mercadorias produzidas pelo estabelecimento conforme entendimento da Fiscalização.

O Auditor Fiscal contesta a alegação defensiva. Consigna que o estabelecimento autuado e o estabelecimento matriz, produzem essas mesmas mercadorias objeto das transferências apontadas, sendo que na ação fiscal não restou comprovado que essas mercadorias “devolvidas” foram as mesmas recebidas em transferências.

Observa que não há nenhuma informação no campo “Informações Adicionais” das referidas Notas Fiscais eletrônicas de se tratarem de devolução de mercadorias danificadas recebidas em transferência e muito menos referência à qual Nota Fiscal original se refere. Sustenta que inexiste prova das alegações defensivas.

No caso deste item da autuação constato que assiste razão à Fiscalização. Apesar de na devolução de mercadorias a alíquota aplicável ser a mesma constante no documento de origem, conforme aduzido pelo impugnante, no presente caso, o registro feito pelo Auditor Fiscal se apresenta correto. Ou seja, inexiste no campo “Informações Adicionais” das Notas Fiscais eletrônicas arroladas na autuação qualquer registro de tratar de devolução de mercadorias danificadas recebidas em transferência, bem como qualquer referência à qual Nota Fiscal originária a que se refere.

Diante disso, a infração 7 é subsistente.

Diante do exposto, as infrações 1, 6 e 7 são subsistentes, as infrações 2 e 3 são insubsistentes, a infração 4 parcialmente procedente, e nula a infração 5.

Por derradeiro, quanto ao pedido formulado pelo impugnante no sentido de que as publicações atinentes ao presente feito sejam expedidas exclusivamente em nome dos patronos do autuado, no caso Dr. Eduardo Cantelli Rocca, inscrito na OAB/SP sob o nº 237.805, e Dr. Pedro Mariano Capelossi Reis, inscrito na OAB/SP sob o nº 288.044, ambos com escritório na Avenida Brasil, 842, São Paulo, saliento que inexiste óbice para que o órgão competente da repartição fazendária atenda ao pedido. Entretanto, ressalto que o não atendimento não implica em nulidade do ato, haja vista que a forma de intimação ao contribuinte se encontra prevista no art. 108 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206918.3002/16-2, lavrado contra **INTERTRIM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$81.492,56**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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, 02 de junho de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR