

A. I. Nº - 279463.0002/18-9
AUTUADO - ROCHA & LEITE LTDA.
AUTUANTE - WILSON FERREIRA DE OLIVEIRA JUNIOR
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 05.06.2019

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0017-06/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração caracterizada; **b)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS QUE NÃO FORAM ESCRITURADAS. Infração reconhecida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Notas fiscais de saídas não escrituradas no Livro Registro de Saídas; **b)** ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. O contribuinte errou no cálculo do imposto ao escriturar nota de saída com valores divergentes do valor descrito no documento fiscal. Infrações acatadas. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTA. Infração não contestada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2018, refere-se à exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$87.519,86, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 01.02.02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

O contribuinte aproveitou crédito de óleo diesel (através de nota fiscal de recuperação crédito por ser produto substituído) que é utilizado nas formas e fabricação dos pré-moldados, em veículos e máquinas de escavação e transporte de brita e areia. Tal material não se incorpora ao produto final não podendo ser considerado insumo da produção, pelo RICMS.

Valor de R\$70.462,15, nos meses de fevereiro, abril e junho de 2014; março, maio a outubro e dezembro de 2015.

Enquadramento legal: Art. 29, § 1º, II e art. 53, III da Lei nº 7.014/96. Multa de 60%: Art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 01.02.10. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado.

O contribuinte promoveu a recuperação de crédito ref. a mercadorias da substituição tributária sem que as notas fiscais oriundas da aquisição de tais mercadorias tivessem sido escrituradas.

Valor de R\$10.613,67, nos meses de junho de 2014; julho e setembro de 2015.

Enquadramento legal: Artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96. Multa de 150%: Art. 42, V, “b” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – 02.01.02: Deixou de recolher ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios.

O contribuinte não escriturou nota fiscal de saída e consequentemente não recolheu o ICMS devido.

Valor de R\$3.524,10, no mês de setembro de 2015.

Enquadramento Legal: art. 2º, I e art. 32 da Lei nº 7.014/96 C/C art. 332, I; §6º do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa de 100%: art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 – 03.02.04: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.

O contribuinte errou no cálculo do imposto, ao escriturar nota de saída com valores divergentes do valor descrito no documento fiscal.

Valor de R\$129,59, nos meses de março e dezembro de 2015.

Enquadramento Legal: artigos 24 a 26 da Lei nº 7.014/96 C/C art. 305, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa de 60%: art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 – 06.02.01: Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

O contribuinte deixou de escriturar notas fiscais de material de consumo e consequentemente deixou de pagar o DIFAL devido nas operações.

Valor de R\$1.920,00, referente ao mês de julho de 2015.

Enquadramento Legal: art. 4º, XV, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 305, §4º, III, “a”, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa de 60%: art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Multa no valor de R\$870,35, referente aos meses de janeiro, abril, agosto, outubro a dezembro de 2014; janeiro, fevereiro, abril, junho a outubro de 2015.

Enquadramento Legal: artigos 217 e 247, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 10/10/18 (DTE - fl. 24) e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 10/12/18, peça processual que se encontra anexada às fls. 27 a 30. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu representante legal, o qual possui os devidos poderes, conforme contrato social, constante nos Autos às fls. 32/35.

A Impugnante inicia sua peça defensiva transcrevendo a infração 01 e, ressalta que é a única imputação objeto de irresignação por parte do sujeito passivo.

Aduz ser cediço que o ICMS, por força do art. 155, II, § 2º, I da CF/1988, é um imposto não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas operações anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.

Entende que toda entrada, independente da sua destinação, seja de bens de uso e/ou consumo ou matérias-primas, ou ainda de bens destinados ao Ativo Imobilizado, havendo destaque do ICMS, gera, em favor do adquirente, um crédito fiscal de natureza mista, que deverá ser compensado nas operações de saídas posteriores.

Considera-se uma indústria que fabrica postes e pré-moldados, e argumenta que suas atividades empresariais devem ser analisadas sob esse prisma.

Explica que para que as atividades e os processos industriais do Impugnante sejam possíveis; para que as máquinas, veículos e equipamentos possam funcionar, é imprescindível a utilização de energia, no caso, energia elétrica e também energia fóssil (óleo diesel). Acrescenta que o óleo diesel além de ser utilizado nas máquinas/equipamentos/veículos, também é utilizado nas formas de fabricação dos pré-moldados.

Diz ser corrente o entendimento de que, para os fins da legislação tributária do ICMS, consideram-se insumos, a matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem adquiridos ou recebidos no período, para emprego diretamente no processo de produção, extração, industrialização, geração ou comunicação.

Argumenta que a energia fóssil é um insumo para o processo industrial, e que para ser caracterizado como insumo, não é necessário que o material deixe vestígio no produto final.

Diz que da mesma forma que a energia elétrica é considerada um insumo a energia fóssil também o é.

Assevera que o combustível empregado no acionamento, entre outros de máquinas, aparelhos e equipamentos utilizados na área onde se desenvolvem os processos de industrialização ou comercialização do estabelecimento do qual resultem saídas tributadas também ensejará ao contribuinte o direito ao aproveitamento do crédito.

Enfatiza que tal direito está devidamente previsto no art. 20 da Lei Complementar nº 87/96, segundo o qual, *“para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação”*.

Transcreve o art. 309, inciso I, alínea “b” do RICMS/BA, dizendo que o mesmo também dá guarita ao crédito efetuado pelo Impugnante.

Art. 309. Constituí crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - o valor do imposto cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

(...)

b) de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização, produção rural, geração de energia elétrica e extração mineral ou fóssil;

Ao final, aduzindo que não há qualquer dúvida que o óleo diesel, utilizado diretamente no processo produtivo, deve ser considerado um insumo industrial, gerando crédito fiscal de ICMS, pede a exclusão da infração 01 na autuação.

O autuante presta informação fiscal às fls. 40/42, inicialmente esclarecendo que a infração questionada pelo autuado é referente a óleo diesel consumido nos veículos, maquinários e equipamentos do contribuinte, bem como nas formas que fabricam os postes e outros artefatos, servindo como facilitador para retirada dos produtos das formas.

Entende que a argumentação do impugnante é falha e não merece acolhimento, dizendo que a legislação do ICMS na Bahia é mais restritiva do que alega o contribuinte, considerando válidos os créditos de insumos que estejam estritamente ligados à produção e que lhe seja indispensável.

Explica que a fase de transporte dos insumos até o setor de produção ou mesmo o transporte dos produtos para o destino, não se confunde com a produção propriamente dita.

Acrescenta que o uso de materiais que facilitam a retirada dos produtos das formas não está intrinsicamente ligado a produção, nem é indispensável à sua produção.

Ao final, pugna pela procedência total do lançamento nos termos em que foi constituído.

VOTO

Inicialmente, verifico que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Foram observados, portanto, todos os requisitos previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

No mérito, versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de seis infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, acima já descritas.

O sujeito passivo reconheceu o cometimento das infrações 02, 03 e 04, 05 e 06, não havendo, portanto, lide em relação às mesmas.

No que diz respeito à infração 01, a mesma acusa a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, pelo fato do autuado ter aproveitado o crédito de óleo diesel que é utilizado nas formas e fabricação dos pré-moldados, em veículos e máquinas de escavação e transporte de brita e areia da empresa.

O contribuinte alega que o crédito é devido, pois considera que o óleo diesel é um insumo, visto que é utilizado como energia fóssil no acionamento de máquinas e veículos ou mesmo nas formas dos pré-moldados e, assim sendo, entende fazer parte diretamente do seu processo produtivo.

Inicialmente, ressalto que o entendimento no âmbito do CONSEF, através de reiteradas decisões, é de que para que uma mercadoria ou bem seja definida como produto intermediário (insumo e matéria-prima), gerando o direito ao crédito fiscal, exige-se que, ou integre o produto final como elemento indispensável à sua composição ou, não havendo a integração, seja consumida, inutilizada, gasta ou destruída a cada processo produtivo, de forma que seja necessária a sua renovação, não de tempos em tempos, mas em cada novo processo produtivo.

Saliento que a questão em lide nos autos, se resume exclusivamente na identificação da real utilização do óleo diesel no processo industrial do autuado. Portanto, para o deslinde desta questão, além da análise da real utilização do material, cabe analisar a legislação que rege a espécie. O artigo 20 da Lei Complementar nº 87/96, assegura ao contribuinte do ICMS o direito de se creditar do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado à entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, destinada ao Ativo Permanente ou ao seu uso ou consumo, nesta última hipótese, a partir de 1º de janeiro de 2020 (Lei Complementar nº 138/10).

Ocorre que pela própria descrição dada pelo contribuinte ao seu processo, a função do óleo diesel é de típico material de uso e consumo, em razão da sua utilização, qual seja, é empregado nas formas de fabricação dos pré-moldados, no maquinário e nos veículos existentes no estabelecimento que fazem as escavações e transportes de areia e brita, mas jamais compondo o produto fabricado ou mesmo sendo renovado a cada processo produtivo.

Pela própria dicção do art. 309, inciso I, alínea “b” do RICMS/BA, já transcrito no relatório acima, verifica-se que não basta que as mercadorias adquiridas sejam utilizadas no estabelecimento industrial, mas faz-se necessário que estabeleçam uma relação direta com o processo produtivo, devendo ser parte integrante dele.

Portanto, entendo que o óleo diesel, para a situação em comento, não é insumo relacionado ao processo de fabricação objeto da atividade do estabelecimento industrial, sendo vedada pela legislação a utilização dos créditos fiscais quando das suas respectivas aquisições.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279463.0002/18-9**, lavrado contra **ROCHA & LEITE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$86.649,51**, acrescido das multas de 60% sobre R\$72.511,74, de 100% sobre R\$3.524,10 e de 150% sobre R\$10.613,67, previstas no art. 42, VII, “a”; II, “a” e “f”; III; e V, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no montante de **R\$870,35**, prevista no inciso IX do citado dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2019.

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR