

A. I. Nº - 279757.0035/21-8
AUTUADO - LAFARGEHOLCIM BRASIL S/A
AUTUANTE - AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27/06/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0077-03/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO/CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Ficou comprovado que o defendente não destacou o ICMS relativo às operações realizadas de acordo com as notas fiscais emitidas. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO/MATERIAIS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 14/09/2021, refere-se à exigência de R\$ 101.216,08 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de dezembro de 2016; janeiro a maio, julho a dezembro de 2017. Valor do débito: R\$ 13.104,12.

Infração 02 – 02.01.03: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no mês de julho de 2017. Valor do débito: R\$ 66.522,68.

Infração 03 – 06.05.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo e/ou consumo do estabelecimento, nos meses de dezembro de 2016; fevereiro a maio, julho, agosto, outubro a dezembro de 2017. Valor do débito: R\$ 21.559,28.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 18 a 34 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa, faz uma síntese dos fatos, reproduz a descrição das infrações e diz que os materiais supostamente destinados a uso e consumo do estabelecimento, foram elencados pela Fiscalização em planilha própria. A exigência do ICMS-DIFAL na Infração 03, é decorrência da classificação dos materiais que deram entrada no estabelecimento como sendo bens de uso e consumo.

Alega que houve equívoco da Fiscalização em relação ao aproveitamento de créditos e afirma que tais materiais representam insumo/produto intermediário indispensáveis à consecução da atividade-fim da empresa, por se tratarem de bens empregados de forma direta e essencial nas diferentes fases da atividade de produção de cimento, o que garante o direito ao crédito nos termos do art. 20 da Lei Complementar nº 87/96.

Informa as etapas da produção de cimento e afirma ser possível aferir que a fabricação do cimento começa com a atividade de mineração que requer não só a retirada da matéria-prima das minas, mas também o transporte destas aos locais industriais, além da utilização de enorme número de equipamentos e maquinários, sendo que todos os bens autuados são utilizados diretamente na execução deste processo.

Ressalta que todo o processo está minuciosamente explicado no laudo técnico produzido pela AFAG Engenharia, empresa especializada e também em Fichas Técnicas produzidas pelo Centro Latino Americano para Inovação.

Diz que se verifica que o aproveitamento dos créditos se deu de forma absolutamente legítima, e quanto à Infração 02, não se pode compreender com clareza a fundamentação da autuação, o que evidencia nulidade.

Reproduz o art. 142 do CTN e alega que no presente caso, não é possível identificar com clareza as acusações fiscais, especialmente no que concerne a Infração 02, o que acaba resultando cerceamento de defesa,

Alega que na Infração 02, tudo o que há de fundamentação é a referência genérica ao art. 2º, Inciso I da Lei nº 7.014/96, que dispõe sobre a incidência do ICMS sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e outras mercadorias por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, incluídos os serviços prestados.

Comenta sobre o princípio da não-cumulatividade e a definição do conceito de insumos e bens intermediários para fins de creditamento do ICMS, transcrevendo o art. 155, § 2º, Inciso I da Constituição Federal, e ressalta que foi editada a LC nº 87/96, na qual foram inseridas disposições específicas acerca da possibilidade de se usufruir de créditos advindos do recolhimento do ICMS em operações anteriores. Reproduz os arts. 20 e 21 da referida Lei.

Com relação aos bens e materiais que geram direito imediato ao crédito do imposto, há aquelas que se incorporam ao produto final no curso do processo produtivo. São os chamados insumos, incluindo-se nestes as matérias primas, embalagens e produtos intermediários.

Também alega que aqueles bens e materiais participam diretamente do processo produtivo e se desgastam, mas não se incorporam ao produto final. São os chamados produtos intermediários. Sobre o tema, menciona decisão do STF.

Destaca que os arts. 20 e 21 da Lei nº 87/96 determinam que geram créditos de ICMS todos os bens adquiridos para aplicação direta na atividade-fim da empresa, sendo somente vedado o creditamento quando (i) o contribuinte adquira mercadorias ou serviços “alheios à atividade do estabelecimento”, ou, então, (ii) quando as mercadorias adquiridas participarem de determinada prestação que não seja tributada pelo ICMS.

Afirma que tanto insumos quanto produtos intermediários dão direito ao aproveitamento de créditos. E também geram créditos as aquisições para o ativo permanente de bens empregados na linha central do processo produtivo.

Entende restar claro que o Fisco Estadual somente poderia glosar os créditos se os materiais adquiridos tivessem sido utilizados em fins distintos da atividade principal do estabelecimento.

Diz que isso não ocorreu, na medida em que os equipamentos em questão são absolutamente essenciais à atividade de fabricação do cimento. Os materiais autuados, em quase sua totalidade, constituem verdadeiros produtos intermediários.

Conclui que os bens adquiridos que não puderem gerar direito de crédito de ICMS, estar-se-á negando vigência ao princípio da não-cumulatividade previsto no art. 155, § 2º, I da Constituição Federal e no art. 20 da Lei Complementar nº 87/96, visto que se estará impossibilitando a empresa de tomar créditos sobre materiais efetivamente aplicados em sua atividade-fim, o que acabará por onerar a fase produtiva da cadeia em detrimento do consumidor final.

Em relação à glosa de créditos no caso concreto, alega que nos termos fixados no § 1º do art. 93 do RICMS-BA, são considerados produtos intermediários aqueles bens que se consomem imediatamente e integralmente dentro da linha de produção.

Diz que se percebe que a legislação baiana exige, para fins de classificação como produto intermediário, que o produto seja consumido diretamente no processo de industrialização. Cita como exemplo a CORREIA TRANSPORTADORA, que representa maior parte da autuação.

Considerando as etapas do processo produtivo apontadas pelo laudo técnico acostado aos autos (doc. 04), explica a aplicação das correias transportadoras e diz que a classificação do autuante como material de uso e consumo não condiz com a realidade da mercadoria, uma vez que a correia transportadora é classificada como produto intermediário, participando diretamente e desgastando-se no processo produtivo.

Cita outros itens, afirmando que também são indispensáveis à consecução da atividade-fim da empresa. Afirma que os materiais que geraram a autuação constituem parte fundamental do seu processo produtivo, e se deve concluir pela legitimidade do creditamento realizado. Cita um Julgamento da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal (Acórdão CJF Nº 0348-12/17) do CONSEF, transcrevendo a ementa.

Registra que em precedente relevante, o STJ decidiu que o prestador de serviço de transporte tem pleno direito de crédito sobre todos os materiais consumidos e desgastados como insumo em sua atividade-fim, não havendo qualquer vedação na LC 87/96.

Ressalta que a jurisprudência se consolidou no sentido de conferir ao contribuinte pleno direito de crédito sobre todos os materiais desgastados em sua atividade-fim, conforme se depreende de outros precedentes do STJ, que mencionou, e assegura restar evidente que o procedimento de se creditar dos materiais supracitados foi correto, uma vez que os materiais aqui tratados são essenciais para que execute seu objeto social.

Quanto à exigência de ICMS Diferença de Alíquotas sobre aquisições de produtos intermediários, também alega que não merece prosperar. Isso porque o art. 155, § 2º, Incisos VII e VIII da Constituição Federal prevê a cobrança de diferença de alíquotas. Transcreve o mencionado dispositivo constitucional e o art. 4º, XV da Lei nº 7.014/96.

Registra que a totalidade da infração contida no item 03 decorre da equivocada classificação dos bens como sendo “bens de uso e Consumo”. Assim, afastada a natureza dos bens autuados como de uso e consumo, resta evidente que cai por terra também a exigência do ICMS-DIFAL, devendo ser cancelada a Infração 03.

Para que possa exercer plenamente o seu direito de defesa, requer a produção de prova pericial / diligência a fim de que o Perito elenque os materiais glosados e esclareça:

- (i) Se tais materiais foram utilizados pela empresa de forma direta e essencial no curso do seu processo produtivo.
- (ii) Se tais materiais são desgastados no curso do processo de produção do cimento.

Indica o assistente técnico, informando o seu endereço e e-mail, pedindo que a impugnação seja acolhida para que seja integralmente cancelado o Auto de Infração combatido.

Protesta por todas as provas em Direito admitidas, em especial pela produção de prova pericial e pela juntada posterior de documentos, inclusive pela realização de sustentação oral.

O autuante presta informação fiscal às fls. 162/163 dos autos. Quanto à Infração 01, afirma que são descabidos os argumentos defensivos. Diz que se trata de peças de reposição e material de consumo (calça para funcionários).

Informa que se comprova nos documentos fiscais relacionados que estamos tratando com correia transportadora, cilindro, faca, rotor, selo metálico, garfo, mola, pino, alavanca para registro,

terminal rotula, placa deslizante, rolamento, atuador pneumático, calças tipo Lafarge, anel de borracha, solução de limpeza, manta/feltro.

Sobre a Infração 02, diz que o Defendente não questionou a exigência fiscal, pelo que depreende como confissão tácita.

Em relação à Infração 03, informa que é exigido diferença de alíquotas decorrente de aquisições interestaduais de grande parte dos materiais cujo crédito foi glosado na Infração 01, e o Autuado mantém os mesmos argumentos da Infração 01.

Requer a procedência do presente Auto de Infração.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência pelo advogado, Dr. Leonardo de Castro Araújo, OAB/RJ nº 236.499.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Auto de Infração está embasado nos demonstrativos elaborados pelo autuante, e foram fornecidas ao defendente cópias dos mencionados demonstrativos. Não foi identificado qualquer prejuízo ao Defendente, as infrações apuradas foram descritas de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a 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 levantamento acostado aos autos, que é de fácil entendimento quanto ao método de apuração do imposto exigido.

Quanto à alegação de que falta fundamentação da Infração 02, observo que a fundamentação diz respeito ao direito e aos fatos. Quanto ao direito, foram indicados no Auto de Infração os dispositivos da Lei 7.014/96, e isto significa que a referida Lei instituiu a obrigação tributária, salientando-se que nos termos do art. 19 do RPAF/BA, no caso de indicação de dispositivo regulamentar, equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente. Quanto aos fatos, foram descritos de forma compreensível, foram elaborados demonstrativos, constando nos autos recibo assinado por representante do autuado, comprovando que foram fornecidas as cópias dos mencionados demonstrativos.

O presente PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência e perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II do RPAF-BA/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária, em vista de outras provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado mediante recibo, não foi identificada a existência de dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante.

Quanto ao mérito, as infrações 01 e 03 serão analisadas conjuntamente, tendo em vista de que tratam de exigência do imposto decorrente do crédito indevido e a consequente exigência do imposto relativo à diferença de alíquotas. A caracterização dos materiais objeto da autuação é fundamental para a decisão da lide quanto às mencionadas infrações. MATERIAL DE CONSUMO – CRÉDITO INDEVIDO e DIFERENÇA DE ALÍQUOTA.

Infração 01 – 01.02.02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de dezembro de 2016; janeiro a maio, julho a dezembro de 2017.

Infração 03 – 06.05.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação

destinadas ao ativo e/ou consumo do estabelecimento, nos meses de dezembro de 2016; fevereiro a maio, julho, agosto, outubro a dezembro de 2017.

Observo que é vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo, sendo devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento.

Sobre a Infração 01, o Autuado alegou que houve equívoco da Fiscalização em relação ao aproveitamento de créditos, e afirmou que tais materiais representam insumo/produto intermediário indispensáveis à consecução da atividade-fim da empresa, por se tratarem de bens empregados de forma direta e essencial nas diferentes fases da atividade de produção de cimento. Disse que os arts. 20 e 21 da Lei Complementar nº 87/96, determinam que geram créditos de ICMS todos os bens adquiridos para aplicação direta na atividade-fim da empresa, sendo somente vedado o creditamento, quando (i) o contribuinte adquire mercadorias ou serviços “alheios à atividade do estabelecimento”, ou, então, (ii) quando as mercadorias adquiridas participarem de determinada prestação que não seja tributada pelo ICMS.

Citou como exemplo a correia transportadora, afirmando que é classificada como produto intermediário, participando diretamente e desgastando-se no processo produtivo.

O Autuante informou que se trata de peças de reposição e material de consumo (calça para funcionários). Disse que se comprova nos documentos fiscais relacionados, que o levantamento fiscal foi realizado em relação à correia transportadora, cilindro, faca, rotor, selo metálico, garfo, mola, pino, alavanca para registro, terminal rotula, placa deslizante, rolamento, atuador pneumático, calças tipo Lafarge, anel de borracha, solução de limpeza, manta/feltro.

Observo que a apuração do que seja material de consumo não pode ser feita exclusivamente a partir de conceitos abstratos. Materiais de consumo são empregados pelo estabelecimento fora do processo produtivo. É o caso dos materiais de limpeza e gastos gerais do escritório.

Consideram-se também de uso ou consumo, aqueles materiais que embora empregados ou consumidos no setor de produção, não têm vinculação direta com o produto em elaboração, não integram o produto final, como é o caso de peças de reposição e manutenção, fardamento de operários, botas, luvas, capacetes, máscaras, etc. Neste caso, embora esses bens participem do processo industrial, não integram o produto final, sendo considerados materiais de uso ou consumo.

No Demonstrativo elaborado pelo Autuante às fls. 10/11, se encontram mercadorias classificadas como de uso ou consumo, a exemplo de: placa deslizante, pino alavanca p/registro de corte, solução de limpeza, rolamento, terminal rótula, garfo, cilindro, turbina, tinta cartucho preto, correia transportadora.

No presente caso, com base na descrição feita pelo autuado, e de acordo com análise efetuada no levantamento fiscal, foi verificado que os bens objeto da glosa do crédito (item 1º do Auto de Infração), e do lançamento da diferença de alíquotas (item 3º), são materiais de uso ou consumo, não são insumos da produção.

Assim, pelo que consta nos autos, foi apurado que os materiais objeto da exigência contida na infração 01, se referem a bens que embora possam estar vinculados ao processo produtivo do autuado, com base nos elementos constantes nos autos, não podem ser considerados insumos, por isso, é subsistente o imposto lançado no primeiro item do presente Auto de Infração.

O defendente afirmou que o item 03 decorre da equivocada classificação dos bens como sendo “bens de uso e Consumo”. Assim, afastada a natureza dos bens autuados como de uso e consumo, resta evidente que cai por terra também a exigência do ICMS-DIFAL, devendo ser cancelada a Infração 03.

No caso em exame, ficou caracterizado que a entrada dos bens ou mercadorias decorrentes de operações interestaduais, se destinaram ao uso ou consumo do estabelecimento, o que implicou

utilização indevida dos respectivos créditos fiscais, gerando também a obrigação do pagamento da diferença de alíquotas. Portanto, as Infrações 01 e 03 são procedentes.

Infração 02 – 02.01.03: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no mês de julho de 2017.

O Autuado alegou que neste item da autuação, tudo o que há de fundamentação é a referência genérica ao art. 2º, Inciso I da Lei nº 7.014/96, que dispõe sobre a incidência do ICMS sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e outras mercadorias por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, incluídos os serviços prestados.

Observo que em complemento à descrição da infração, consta a informação de que foram emitidas as Notas Fiscais de números 10283 e 10286, de 31/07/2017, sem recolhimento do imposto, na condição de responsável por solidariedade, conforme demonstrativo, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Autuado.

No mencionado demonstrativo à fl. 12 do PAF, constam os dados relativos ao número da Nota Fiscal, Chave de Acesso, CNPJ do destinatário, CFOP, NCM, Descrição da Mercadoria, valor da operação, Alíquota e ICMS devido, encontrando-se às fls. 13/14 as cópias dos documentos fiscais que foram objeto da exigência fiscal.

No caso em exame, foi apurada e descrita a infração de forma correta, e não é acatada a alegação defensiva quanto à fundamentação da acusação fiscal. Como já mencionado na apreciação da preliminar, a fundamentação diz respeito ao direito e aos fatos. Em relação ao direito, o Autuante indicou o dispositivo legal considerado como infringido, e não houve prejuízo na identificação da infração apurada, na medida em que o demonstrativo do autuante não deixa dúvidas quanto ao imposto apurado. Quanto aos fatos, foram descritos de forma compreensível e na intimação da lavratura do Auto de Infração, consta que foram encaminhados como anexos o demonstrativo de débito e os demonstrativos elaborados pelo Autuante. Portanto, se conclui que não houve cerceamento ao direito de defesa e não implica nulidade da autuação, caso exista algum equívoco na indicação de dispositivo legal, tendo em vista que pela descrição dos fatos, ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99.

Está comprovado que o defendente não destacou o ICMS relativo às operações realizadas com emissão de notas fiscais, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado de acordo com as normas que regem a matéria. Mantida a exigência fiscal desse item da autuação fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279757.0035/21-8**, lavrado contra **LAFARGEHOLCIM BRASIL S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 101.216,08**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “f” e inciso VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2022

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA