

A. I. N° - 207090.0009/20-0
AUTUADO - FAVAB S/A
AUTUANTE - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - DAT METRO/IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 22.06.2022

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0151-06/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITOS FISCAIS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAIS DE USO E CONSUMO. INFRAÇÃO 01. O produto é destinado a aquecer o vapor que vai dar a temperatura adequada ao processo fabril, de acordo com o material desejado. Não entra em contato direto com a corrente industrial, não se consome na industrialização e não faz parte do produto final, na condição de elemento essencial e indispensável, ao contrário do que determina a legislação e a jurisprudência predominante nesta Corte para que se consolide o direito ao crédito. Infração 01 caracterizada. **b)** DESTAQUE A MAIOR DE IMPOSTO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. INFRAÇÃO 02. Acusação reconhecida pelo sujeito passivo. Infração 02 mantida. 2. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO TRIBUTO. RECOLHIMENTO A MENOR. INFRAÇÃO 03. A autuação deveu-se a erro cometido pelo deficiente, o que engloba um desconto concedido indevidamente a quem não tinha direito, além da utilização de alíquota diferenciada, indevida. Infração 03 caracterizada. 3. DIFERENÇAS ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNAS E AS INTERESTADUAIS. AQUISIÇÕES DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO. INFRAÇÃO 04. O produto é destinado a aquecer o vapor que vai dar a temperatura adequada ao processo fabril, de acordo com o material desejado. Não entra em contato direto com a corrente industrial, não se consome na industrialização e não faz parte do produto final, na condição de elemento essencial e indispensável, ao contrário do que determina a legislação e a jurisprudência predominante nesta Corte para que se consolide o direito ao crédito. Infração 04 caracterizada. 4. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL OU INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. INFRAÇÃO 05. Não se está a tratar de responsabilidade solidária, mas da exigência do gravame da pessoa a quem a lei determinou a obrigação de pagar o imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição. Não se pode aproveitar nem se há de apreciar neste Acórdão eventuais pagamentos de terceiros, que inclusive possuem, se for o caso, o direito à restituição do indébito. Revisão perpetrada pela autuante, elidiu em parte a infração 05. 5. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO DEVIDO NAS

IMPORTAÇÕES. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO, FALTA DE INCLUSÃO DE DEPESAS ADUANEIRAS INCORRIDAS ATÉ O DESEMBARÇO OU UTILIZAÇÃO INCORRETA DA TAXA CAMBIAL. INFRAÇÃO 06. A autoridade fiscalizadora constatou que, ao longo do período auditado, houve recolhimentos efetuados a menor, pela falta de inclusão de despesas nas quais a empresa incorreu e que estão previstas na legislação para compor a base de cálculo do gravame. Infração 06 caracterizada. Indeferido o pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado no dia 23/11/2020 para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico total de R\$79.223,13, sob a acusação do cometimento das 06 (seis) seguintes irregularidades.

Infração 01 - 01.02.02 - Utilização indevida de crédito fiscal, referente a aquisições de materiais de uso e consumo. Trata-se de óleo combustível de caldeira AG-03 (05 e 08/2018, 01 e 04/2019). R\$ 9.082,50 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 02 - 01.02.41 - Utilização indevida de crédito, em decorrência de destaque a maior de imposto nos documentos fiscais. *“Contribuinte, usuário de EFD, adquiriu internamente vasilhames de empresa inscrita no Cadastro Estadual, no exercício de 2018, como Simples Nacional (alíquota cabível de 3,66%). Entretanto, utilizou-se de crédito fiscal a maior, conforme destacado no documento fiscal (NF 21.142, de 05/03/2018 – cópia em anexo)”* (03/2018). R\$ 522,10 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 03 – 03.02.04 - Recolhimento a menor, em função de erro na apuração dos valores do tributo, *“Contribuinte, usuário de EFD, em virtude dos produtos que fabrica, usufrui de redução de BC nas vendas internas, de forma que a carga tributária seja correspondente a 12%, conforme prescrito no art. 268, XLII, “b” e “c” do Dec. 13.780/12. Nos exercícios em epígrafe, vendeu seus produtos internamente a destinatários que, nos momentos das vendas, não atendiam ao previsto no art. 16, I, “c” da Lei 7.014/96 (portanto, não teriam direito à alíquota diferenciada ali prevista). Verificou-se, portanto, que ofereceu à tributação valores inferiores aos devidos. Para tanto, foi necessário recompor a carga tributária original sobre cada operação, abatendo-se o ICMS destacado a menor”* (12/2017, 01, 02, 04, 11/2018, 01, 03, 04, 05, 06, 07, 10 e 12/2019). R\$ 14.235,35 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 04 – 06.02.01 - Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de materiais destinados ao uso e consumo. Trata-se de óleo combustível de caldeira AG-03 (05 e 08/2018, 01 e 04/2019). R\$ 17.405,49 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 05 – 07.14.01 - Falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviço de transporte interestadual e intermunicipal. Consta que o sujeito passivo adquiriu serviços de transporte de pessoa inscrita no

Cadastro do ICMS-BA na condição de normal (Sigma Transportes Ltda. – I.E. 66.668.363 – cópias dos dados cadastrais anexadas). Por imposição legal, o tomador do serviço deve reter e recolher o tributo incidente nas prestações sucessivas de transporte de passageiros, conforme preceituam os arts. 267, I e 298, II, § 3º do RICMS/12 c/c art. 123 do CTN (01, 02, 03, 04/2017 e 10/2018). R\$ 932,36 e multa de 100%, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 06 – 12.01.01 - Recolhimento a menor do imposto devido nas importações, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão de despesas aduaneiras incorridas até o desembarço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial. Segundo a autuante, a sociedade empresária foi regularmente intimada a apresentar os documentos relativos às importações. Recompondo os valores do ICMS que deveria incidir sobre tais operações, a autoridade fiscalizadora constatou que, ao longo do período auditado, houve recolhimentos efetuados a menor, pela falta de inclusão de despesas nas quais a empresa incorreu e que estão previstas na legislação para compor a base de cálculo do gravame (01 a 12/2017, com exceção de 10/2017, 01, 04, 10 e 12/2018, 03 e 05 a 12/2019). R\$ 37.045,33 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996.

O autuado ingressa com impugnação às fls. 592 a 626.

Inicia informando ser pessoa jurídica de direito privado que tem como atividade principal a fabricação de vaselinhas, parafinas e óleo mineral para uso preponderante em preparações cosméticas e farmacêuticas.

No que diz respeito às infrações 01 e 04 (crédito indevido e falta de recolhimento da DIFAL - óleo combustível de caldeira AG-03), argumenta que se está a tratar de produto intermediário, de acordo com o laudo que anexa. O óleo adquirido serve para alimentar a caldeira que gera vapor, energia necessária para o processo produtivo. Trata-se, na verdade, de uma fonte alternativa ao uso da energia elétrica.

No seu processo fabril, diferentes tipos de óleos minerais (não o óleo combustível de caldeira), com densidades distintas, são misturados para a obtenção do produto final. O aquecimento dos óleos minerais permite a redução da viscosidade do material e a homogeneização completa da massa, sendo assim vital para a execução adequada da produção.

Traz à baila, às fls. 596/597, ementas da Solução de Consulta COSIT 24/2014 e do Parecer GECOT/DITRI 7072/2015, que reconheceram a possibilidade de uso de crédito nas aquisições de gás natural para produção de vapor. A única diferença da sua situação é que, ao invés de gás natural, utiliza o óleo.

Quanto à infração 02 (utilização indevida de crédito, em decorrência de destaque a maior de imposto nos documentos fiscais), diz que o vendedor, de fato, no ano de 2018, conforme o quadro de fl. 598, estava inscrito no Simples Nacional.

Entretanto, assinala que, nos termos do § 1º do art. 20 da LC (Lei Complementar) 123/06, a empresa de pequeno porte que ultrapassar os limites a que se referem o caput e o § 4º do art. 19 estará automaticamente impedida de recolher o ICMS e o ISS na forma do Simples Nacional, a partir do mês subsequente àquele em que tiver ocorrido o excesso.

É o que sugere poder ter acontecido com o vendedor no exercício de 2018, motivo pelo qual pede que a autuante junte aos autos comprovantes de que no período fiscalizado o vendedor não se encontrava incluso em tal hipótese (exclusão do Simples Nacional), como recibos de entrega de PGDAS-D.

Com referência à terceira imputação (recolhimento a menor, em função de erro na apuração dos valores do tributo), acolhe parcialmente, mas alega que três dos seus clientes teriam direito ao

crédito: a AMAZUN (I.E. 65.195.142), F&S MATERIAIS E MULTIMARCAS (I.E. 01.530.155) e MULTIMARCAS (I.E. 102.075.203).

Contesta a metodologia de cálculo adotada, uma vez que, a seu ver:

“é necessário liquidar a base de cálculo para embutir novamente o valor do tributo, procedimento que não foi adotado, como se pode observar na figura abaixo [de fl. 602]. O procedimento de cálculo correto (matemático) para encontrar a base líquida e assim reinserir a carga tributária de 12% (art. 268, XLII, “b” e “c” do RICMS) deve ser realizado mediante redução do valor do desconto e do valor do imposto da base cheia, como a seguir demonstrado [planilha de fl. 603]”.

Pede a revisão deste item da autuação.

A infração 05 cuida da falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviço de transporte interestadual e intermunicipal. Consta que o sujeito passivo adquiriu serviços de transporte de pessoa inscrita no Cadastro do ICMS-BA na condição de normal (Sigma Transportes Ltda. – I.E. 66.668.363 – cópias dos dados cadastrais anexadas). Por imposição legal, o tomador do serviço deve reter e recolher o tributo incidente nas prestações sucessivas de transporte de passageiros, conforme preceituam os arts. 267, I e 298, II, § 3º do RICMS/12 c/c art. 123 do CTN

Assegura que o crédito tributário objeto da autuação já foi devidamente recolhido pelo contribuinte SIGMA, ao contrário do que assevera a autoridade autuante.

Conforme se verifica das anotações feitas à mão pelo contribuinte SIGMA, nas notas fiscais relativas ao ano de 2017 não há qualquer menção à retenção de ICMS (apenas de INSS) e, consoante comprova o relatório de recolhimentos de ICMS à Bahia, fornecido pela SIGMA, pode-se notar, para os meses em referência, recolhimentos de ICMS do regime normal, código 759, sendo fundamental que a autoridade fiscal esclareça se os conhecimentos de transporte inseridos na infração constam ou não da apuração dos meses em questão.

Acosta à impugnação uma declaração preparada pela contabilidade da SIGMA, em que afirma que incluiu, nas apurações do regime normal dos meses de janeiro a abril de 2017, os CTs 14.904, 14.981, 15.039 e 15.217. No mês de maio, não houve nota fiscal emitida e, a partir do mês de junho de 2017, a impugnante começou a realizar as retenções mensalmente.

Com relação ao CTe 2.443 (emitido em 10/2018), também ocorreu recolhimento do imposto. Observa, a este respeito, que o contribuinte SIGMA elencou, no campo “Outros Débitos” do livro de Apuração do ICMS, o CTe acima citado.

Com respeito à solidariedade tributária, tece considerações relativas à legislação pertinente, objetivando distingui-la da substituição.

Invoca o referido instituto, com vistas a reforçar o seu posicionamento de que os pagamentos efetuados pela SIGMA não devem ser desconsiderados.

“Por mais esta razão, pode-se concluir que é do interesse comum das partes – aqui nos referindo à FAVAB e à SIGMA – que os pagamentos realizados antecipadamente em função dos serviços de transporte prestados sejam aproveitados em favor da FAVAB (autuada) para fins de extinção do crédito tributário em apreciação”.

Na sua maneira de visualizar o cenário dos fatos, a lavratura da infração afigura-se absolutamente sem sentido. A continuidade do presente Processo Administrativo instalará uma desarmonia que hoje não existe. Causaria um desequilíbrio que afetaria não só a relação jurídico-tributária – considerando que a condenação ao pagamento geraria um recolhimento indevido e, por consequência, um direito a resarcimento, que na atual situação não existe – como também no plano das relações cíveis (contratuais) entre as partes envolvidas (FAVAB e SIGMA).

O pagamento realizado pela transportadora não pode ser considerado como indevido. A substituição tributária neste caso é mero elemento facilitador à cobrança do ICMS pelo Estado, que

convenientemente estabelece que o tributo deva ser recolhido por outro que tem maior facilidade em fiscalizar e cobrar. O objetivo é, claramente, assegurar que o tributo seja pago e que a fiscalização do pagamento seja feita de maneira menos onerosa para o Estado.

Neste caso, portanto, o contribuinte (que praticou o fato gerador) é a SIGMA, assumindo a FAVAB a condição de responsável por substituição tributária, em função do que dispõe a legislação baiana.

Comprovado estaria que o tributo foi recolhido – pelo contribuinte, no exercício de 2017, e pelo próprio substituto tributário, no exercício de 2018. Observa que a conduta sujeita à multa correspondente a 100% do valor do tributo e se perfaz com duas ações, a de reter o tributo devido e não realizar o recolhimento ao Estado, no prazo regulamentar, pelo que – na sua linha de entendimento –, fica cabalmente afastada.

No que é referente à infração 06 (recolhimento a menor do imposto devido nas importações, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão de despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial), pontua que as despesas que, de acordo com a autoridade fiscal, não foram inseridas na base de cálculo do ICMS, são indevidas e se referem a três rubricas: capatazia, armazenagem e DGS.

“Capatazia: Acerca desta despesa, notou que em sua planilha de recomposição, a autoridade fiscal partiu do valor aduaneiro considerado para a base de cálculo das contribuições PIS e COFINS. Em sua planilha, a autoridade fiscal, partindo do valor aduaneiro, promove a soma de diversas despesas para a formação da base de cálculo do ICMS, inclusive a capatazia. Ocorre que no valor utilizado para base de cálculo do PIS e da COFINS já foi considerada a capatazia, de modo que, tendo incluído novamente esta despesa na sua composição para a base de cálculo do ICMS, houve duplidade no cômputo da despesa”.

“Diferenças no valor da armazenagem: Acerca desta despesa, notamos que em muitos casos há uma diferença pequena (de poucos Reais) entre as despesas com armazenagem registradas na minuta de nota fiscal preparada pela Impugnante, e as anotações realizadas pela autoridade em sua composição”.

“DGS (Depósito de Garantia da Sobrestadia): Notou que, para alguns processos de importação (20 processos), a autoridade fiscal considerou como integrante da base de cálculo do ICMS a rubrica Depósito de Garantia da Sobrestadia. Antes de adentrar ao mérito da discussão, estabelece que DGS é uma caução, ou seja, é um depósito que o transportador marítimo exige contratualmente do importador para caução das eventuais (futuras e incertas) despesas com sobrestadia, caso ocorra atraso na liberação do container. Desta maneira, a DGS não é uma despesa efetiva, ela somente se torna despesa efetiva se de fato houver atraso na devolução do container, (...) devendo o transportador adotar medidas para devolver os valores antecipados e não incorridos”.

Requer a juntada posterior de documentos, bem como a realização de perícias e diligências fiscais para constatação dos fatos alegados e análise dos documentos colacionados, nos termos dos artigos 123, § 3º e 145 do Decreto nº 7.629/99.

Pleiteia que todas as publicações e intimações relativas ao presente feito sejam realizadas em nome dos patronos da causa.

Pede deferimento.

Na informação fiscal, de fls. 643 a 652, a auditora, em referência às infrações 01 e 04, diz que o autuado, no curso do processo fiscalizatório, foi regularmente intimado a descrever o seu processo de produção (fls. 34/35), mas em nenhum momento mencionou o óleo combustível como parte dele.

O sujeito passivo também desenvolve a produção de tambores (fls. 51 a 56) e nesta linha de fabricação não faz parte como matéria prima ou como produto intermediário o óleo combustível.

A Escrituração Fiscal Digital da sociedade empresária é de sua exclusiva responsabilidade e nela não foi dado tratamento uniforme ao referido material, seja nas aquisições internas, com os CFOPs 1.556 e 1.101, seja nas interestaduais, com os CFOPs 2.556 e 2.101.

Embora tenha apresentado o Parecer GECOT/DITRI 7072/2015, olvidou-se de transcrever a ressalva nele existente, de que o direito ao crédito apenas ocorre se a energia gerada em forma de vapor e calor na caldeira for utilizada diretamente na linha de produção; caso a mesma seja empregada em outras áreas ou para outros fins não relacionados diretamente com o processo produtivo não haverá direito de crédito.

Ressalta ter anexado os dados cadastrais do fornecedor atinente à infração 02 à fl. 113, juntamente com cópia digital do livro Registro de Entradas – EFD do contribuinte autuado.

Ainda assim, para que o defensor não alegue cerceamento de defesa, anexa o PGDASD de 2017, comprovando que o vendedor não ultrapassou o limite para se manter enquadrado no Simples Nacional.

Anexa também dados cadastrais dos destinatários referentes à infração 03, às fls. 141 a 164, além das cópias das notas fiscais constantes do levantamento, às fls. 118 a 140 (vide fls. 602/603). O simples exame dos dados do Cadastro Estadual do ICMS das três empresas citadas pelo contribuinte (AMAZUN (I.E. 65.195.142), F&S MATERIAIS E MULTIMARCAS (I.E. 01.530.155) e MULTIMARCAS (I.E. 102.075.203)) revela que nenhuma delas apurava o gravame de acordo com a Sistemática do Simples Nacional.

O cálculo do montante apurado foi didadicamente explicado à fl. 117. A autuação deveu-se a erro cometido pelo defensor, o que engloba um desconto concedido indevidamente a quem não tinha direito, além da utilização de alíquota diferenciada, indevida. A recomposição do valor a exigir seguiu o exato padrão adotado pelo administrado nas saídas beneficiadas com redução de base de cálculo que efetua regularmente, tendo observado o cuidado de deduzir os valores efetivamente recolhidos, destacados nas notas, conforme demonstrativo de fl. 117.

Quanto à infração 05, as argumentações defensivas são contrárias aos elementos contidos nos autos, o que se comprova com a análise comparativa do documento/ planilha de fl. 604 com os de fls. 179 a 182 e 200), os quais demonstram que não houve retenção e recolhimento de imposto.

A Substituição Tributária sobre transporte intermunicipal de passageiros, por prestações sucessivas, foi concebida pelo legislador para por fim à discussão sobre a quem recairia a responsabilidade pelo pagamento, obedecidas as condições que o art. 298 do RICMS determina. E a sujeição passiva recaiu sobre o tomador do serviço. Observa que a partir de 06/2017 o autuado começou a recolher o ICMS, conforme recomenda a legislação (vide fl. 17, verso, até a fl. 23). Anteriormente, não.

Em relação à infração 06, anexou, às fls. 15 a 24, extratos de arrecadação referentes aos exercícios de 2017 a 2020, nos quais os lançamentos condizentes com importações estão sob o código 0903.

Não se está a tratar na presente apuração de PIS/COFINS, nem de como se calcula a sua base de cálculo, visto que não se trata de tributo estadual (argumentos defensivos relativos à capatazia). Nos artigos 4º, IX e 17, VI da Lei 7.014/96 está nominalmente citada a capatazia.

O impugnante confunde o que foi consignado no demonstrativo fiscal como taxa com armazenagem, o que se verifica na comparação entre as fls. 215 e 231 (taxa de R\$ 103,00), 222 e 453 (verso, taxa de R\$ 38,00), 225 e 521 (taxa de R\$ 56,00). Todos esses documentos foram entregues ao Fisco pelo autuado. A auditora fiscal, no exercício de sua atividade vinculada, tem o dever de dar cumprimento ao previsto na Lei, qual seja, a inclusão na base de cálculo do ICMS importação do valor das taxas incorridas.

Em referência ao DSG (Depósito de Garantia da Sobrestadia), trata-se de uma despesa aduaneira cobrada do adquirente, e que pelos dispositivos legais acima citados deve estar incluída na base de cálculo do imposto por importação. O defendant não juntou sequer um único recibo de devolução da quantia que afirma configurar uma caução.

Pugna pela procedência da autuação.

Na manifestação fiscal de fls. 663 a 668, o sujeito passivo, em relação às infrações 01e 04, quanto à informação fiscal de que o contribuinte em nenhum momento, apesar de ter sido intimado, mencionou o óleo combustível como parte integrante de seu processo produtivo, diz que não é uma justificativa para manter a glosa do crédito.

Reconhece a infração 02.

Reitera as alegações defensivas referentes à infração 03, aludindo que a autoridade fiscal talvez não esteja fazendo a leitura correta das telas de consulta de opção do Simples Nacional, bem como não esteja compreendendo que é preciso primeiramente “*limpar*” a base para depois reinserir o tributo.

No que tange à quinta imputação, volta a argumentar que o pagamento efetuado por um dos coobrigados favorece aos demais e a alegar que já trouxe provas em sua impugnação de que o imposto relativo às prestações de transporte de pessoas foi recolhido.

No que é inerente à sexta infração, reitera que as despesas com capatazia já estavam inseridas na base de cálculo do PIS/COFINS e que as despesas relacionadas a “*taxas*” são na verdade taxas de transferência bancária realizadas pela Unilogg para o pagamento de algumas das despesas relacionadas às importações.

Solicita dilação de prazo para juntada de documentos.

Com relação à DGS, pela sua própria natureza, como já informou, não deve compor a base de cálculo das importações, independentemente de produção de prova de devolução dos valores.

Na segunda informação fiscal, de fls. 671 a 679, a autoridade autuante mantém o posicionamento que adotou anteriormente, com exceção da infração 05, cujo valor da ocorrência de outubro de 2018 sugere seja reduzido a zero, pois, no caso específico do CTe 2.443 (fls. 165 e 200), de 24/10/2018, verificou que foi lançado a débito no livro RAICMS, no campo “*outros débitos*”.

Assim, na planilha de fl. 02 (infração 05), com a exclusão do valor atinente à ocorrência de 24/10/2018, o lançamento restaria reduzido, de R\$ 932,36 para R\$ 714,26.

O autuado junta petição às fls. 684 a 686 para apresentar documentos adicionais (recibos de taxas bancárias).

Manifesta-se às fls. 690 a 701, ratificando os argumentos e pedidos apresentados nas intervenções processuais anteriores, solicitando dilação de prazo de vinte dias para apresentar documentos e pedindo deferimento.

VOTO

Todos os elementos necessários para julgar estão contidos nos autos. Indefiro o pedido de realização de diligência, com fulcro no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

A infração 01 cuida da utilização indevida de crédito fiscal, referente a aquisições de materiais de uso e consumo, enquanto a infração 04 da falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de materiais destinados ao uso e consumo. Trata-se, em ambos os casos, das mesmas operações, com óleo combustível de caldeira AG-03.

Tal produto é destinado a aquecer o vapor que vai dar a temperatura adequada ao processo fabril, de acordo com o material desejado. Não entra em contato direto com a corrente industrial, não se consome na industrialização e não faz parte do produto final, na condição de elemento essencial e indispensável, ao contrário do que determina a legislação e a jurisprudência predominante nesta Corte para que se consolide o direito ao crédito.

O contribuinte trouxe à baila, às fls. 596/597, ementas da Solução de Consulta COSIT 24/2014 e do Parecer GECOT/DITRI 7072/2015, que reconheceram a possibilidade de uso de crédito nas aquisições de gás natural para produção de vapor. A única diferença da sua situação é que, ao invés de gás natural, utiliza o óleo.

O primeiro não é da edição de órgão ligado a este Conselho de Fazenda, não possuindo o condão de vincular, enquanto, em relação ao segundo, como bem disse a auditora, há a ressalva nele existente de que o direito ao crédito apenas ocorre se a energia gerada em forma de vapor e calor na caldeira for utilizada diretamente na linha de produção; caso a mesma seja empregada em outras áreas ou para outros fins não relacionados diretamente com o processo produtivo não haverá direito de crédito.

Infrações 01 e 04 caracterizadas.

Versa a segunda imputação sobre utilização indevida de crédito, em decorrência de destaque a maior de imposto nos documentos fiscais. *“Contribuinte, usuário de EFD, adquiriu internamente vasilhames de empresa inscrita no Cadastro Estadual, no exercício de 2018, como Simples Nacional (alíquota cabível de 3,66%). Entretanto, utilizou-se de crédito fiscal a maior, conforme destacado no documento fiscal.”*

O impugnante – primeiramente –, disse que o vendedor, de fato, no ano de 2018, conforme o quadro de fl. 598, estava inscrito no Simples Nacional.

Entretanto, assinalou que, nos termos do § 1º do art. 20 da LC (Lei Complementar) 123/06, a empresa de pequeno porte que ultrapassar os limites a que se referem o caput e o § 4º do art. 19 estará automaticamente impedida de recolher o ICMS e o ISS na forma do Simples Nacional, a partir do mês subsequente àquele em que tiver ocorrido o excesso.

É o que sugeriu poder ter acontecido com o vendedor no exercício de 2018, motivo pelo qual pediu que a autuante juntasse aos autos comprovantes de que no período fiscalizado o remetente não se encontrava incluso em tal hipótese (exclusão do Simples Nacional), como recibos de entrega de PGDAS-D.

Com acerto, a autuante ressaltou ter anexado os dados cadastrais do fornecedor atinente à infração 02 à fl. 113, juntamente com cópia digital do livro Registro de Entradas – EFD do contribuinte autuado.

Ainda assim, para que o defendente não alegasse cerceamento de defesa, anexou o PGDASD de 2017, comprovando que o vendedor não ultrapassou o limite para se manter enquadrado no Simples Nacional.

Na manifestação fiscal, o impugnante reconheceu o cometimento da irregularidade e contra ela não mais se insurgiu, o que faz incidir a norma do art. 140 do RPAF/99.

“Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”.

Infração 02 mantida.

Segundo a infração 03, o autuado efetuou recolhimento a menor, em função de erro na apuração dos valores do tributo:

“Contribuinte, usuário de EFD, em virtude dos produtos que fabrica, usufrui de redução de BC nas vendas internas, de forma que a carga tributária seja correspondente a 12%, conforme prescrito no art. 268, XLII, “b” e “c” do Dec. 13.780/12. Nos exercícios em epígrafe, vendeu seus produtos internamente a destinatários que, nos momentos das vendas, não atendiam ao previsto no art. 16, I, “c” da Lei 7.014/96 (portanto, não teriam direito à alíquota diferenciada ali prevista). Verificou-se, portanto, que ofereceu à tributação valores inferiores aos devidos. Para tanto, foi necessário recompor a carga tributária original sobre cada operação, abatendo-se o ICMS destacado a menor”.

A autuante colacionou dados cadastrais dos destinatários referentes à infração 03, às fls. 141 a 164, além de cópias das notas fiscais constantes do levantamento, às fls. 118 a 140 (vide também fls. 602/603). O simples exame dos dados do Cadastro Estadual do ICMS das três empresas citadas pelo contribuinte (AMAZUN (I.E. 65.195.142), F&S MATERIAIS E MULTIMARCAS (I.E. 01.530.155) e MULTIMARCAS (I.E. 102.075.203)) revela que nenhuma delas apurava o gravame de acordo com a Sistemática do Simples Nacional.

O cálculo do montante apurado foi didadicamente explicado à fl. 117. A autuação deveu-se a erro cometido pelo defensor, o que engloba um desconto concedido indevidamente a quem não tinha direito, além da utilização de alíquota diferenciada, indevida. A recomposição do valor a exigir seguiu o exato padrão adotado pelo administrado nas saídas beneficiadas com redução de base de cálculo que efetua regularmente, tendo a autuante observado o cuidado de deduzir as quantias efetivamente recolhidas, destacadas nas notas, conforme o demonstrativo de fl. 117.

Infração 03 caracterizada.

Na infração 05, o sujeito passivo foi acusado da falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviço de transporte interestadual e intermunicipal. Consta que o defensor adquiriu serviços de transporte de pessoa inscrita no Cadastro do ICMS-BA na condição de normal (Sigma Transportes Ltda. – I.E. 66.668.363 – cópias dos dados cadastrais anexadas). Por imposição legal, o tomador do serviço deve reter e recolher o tributo incidente nas prestações sucessivas de transporte de passageiros, conforme preceituam os arts. 267, I e 298, II, § 3º do RICMS/12 c/c art. 123 do CTN.

Não se está a tratar de responsabilidade solidária, mas da exigência do gravame da pessoa a quem a lei determinou a obrigação de pagar o imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição. Não se pode aproveitar nem se há de apreciar neste Acórdão eventuais pagamentos de terceiros, que inclusive possuem, se for o caso, o direito à restituição do indébito.

Conforme já se disse, a substituição tributária sobre transporte intermunicipal de passageiros, por prestações sucessivas, foi concebida pelo legislador para por fim à discussão sobre a quem recairia a responsabilidade pelo pagamento, obedecidas as condições que o art. 298 do RICMS prevê. E a sujeição passiva recaiu sobre o tomador do serviço. Observa-se que a partir de 06/2017 o autuado começou a recolher o ICMS, conforme recomenda a legislação (vide fl. 17, verso, até a fl. 23). Anteriormente, não.

Alinho-me com o posicionamento da Fiscalização, pois, com efeito, as argumentações defensivas são contrárias aos elementos contidos nos autos, o que se comprova com a análise comparativa do documento/planilha de fl. 604 com os de fls. 179 a 182 e 200), os quais demonstram que não houve retenção e recolhimento de imposto.

Todavia, restou constatado que o valor da ocorrência de outubro de 2018 desta imputação deverá ser reduzido a zero, pois, no caso específico do CTe 2.443 (fls. 165 e 200), de 24/10/2018, o mesmo foi lançado a débito no livro RAICMS, no campo “outros débitos”.

Assim, na planilha de fl. 02 (infração 05), com a exclusão do valor atinente à ocorrência de 24/10/2018, o lançamento da autuação restará reduzido excluindo o valor de R\$218,10, do total de R\$ 932,36 para R\$ 714,26.

Infração 05 parcialmente elidida.

Trata a infração 06 de recolhimento a menor do imposto devido nas importações, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão de despesas aduaneiras incorridas até o desembarque, quer pela utilização incorreta da taxa cambial.

Comprovado nos autos que a sociedade empresária foi regularmente intimada a apresentar os documentos relativos às importações. Recompondo os valores do ICMS que deveria incidir sobre tais operações, a autoridade fiscalizadora constatou que, ao longo do período auditado, houve recolhimentos efetuados a menor pela falta de inclusão de despesas nas quais a empresa incorreu e que estão previstas na legislação para compor a base de cálculo do gravame.

A auditora anexou, às fls. 15 a 24, extratos de arrecadação referentes aos exercícios de 2017 a 2020, nos quais os lançamentos condizentes com importações estão sob o código 0903.

Não se está a tratar na presente apuração de PIS/COFINS, nem de como se calcula a sua base de cálculo, visto que não configura tributo estadual (argumentos defensivos relativos à capatazia). Nos artigos 4º, IX e 17, VI da Lei 7.014/96 está nominalmente citada a capatazia.

O impugnante confunde o que foi consignado no demonstrativo fiscal com a rubrica taxa com outra rubrica, a armazenagem, o que se verifica na comparação entre as fls. 215 e 231 (taxa de R\$ 103,00), 222 e 453 (verso, taxa de R\$ 38,00), 225 e 521 (taxa de R\$ 56,00). Todos esses documentos foram entregues ao Fisco pelo autuado. A auditora fiscal, no exercício de sua atividade vinculada, tem o dever de dar cumprimento ao previsto na Lei, qual seja, a inclusão na base de cálculo do ICMS importação do valor das taxas incorridas.

Em referência ao DSG (Depósito de Garantia da Sobrestadia), trata-se de uma despesa aduaneira cobrada do adquirente e que pelos dispositivos legais acima citados deve estar incluída na base de cálculo do imposto por importação. O defensor não juntou recibo de devolução da quantia que afirmou tratar-se de uma caução.

Infração 06 caracterizada.

Com relação ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, sendo inclusive recomendável que assim se faça, tendo em vista as prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.

“§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade”.

Por outro lado, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF/99.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207090.0009/20-0**, lavrado contra **FAVAB S/A**, devendo ser intimado o contribuinte para efetuar o pagamento do imposto no montante de **R\$79.005,03**, acrescido das multas de 60% sobre R\$78.290,77 e de 100% sobre R\$714,26, previstas no art. 42, II, “a” e “f”, V, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2022.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

