

A. I. N° - 233081.0402/10-8
AUTUADO - MINERAÇÃO DE CAULIM MONTE PASCOAL S. A.
AUTUANTES - AFONSO HILÁRIO LEITE DE OLIVA
ORIGEM - INFAZ ITAMARAJU
INTERNET - 12.03.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0014-02/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) ATIVO IMOBILIZADO. Comprovada a destinação para o ativo. Mantida a infração. **b) MERCADORIA DESTINADA AO USO E CONSUMO.** Comprovada a destinação uso e consumo. Mantida a infração; **c) NÃO APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL.** Apresentado parte dos documentos fiscais que amparam os créditos. Mantida parcialmente a infração; **d) CÁLCULO MAIOR DOS CRÉDITOS.** Comprovado o cálculo maior dos créditos. Mantida a exigência. **2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS.** Mantida a exigência. **3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO.** Bens destinados ao uso e consumo. Mantida a exigência. **PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE TRANSPORTE. RETENÇÃO E NÃO RECOLHIMENTO NAS OPERAÇÕES COM AUTONOMOS.** Comprovada a infração. Mantida a exigência. Afastadas as arguições de nulidade, bem como a necessidade de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/12/2010, traz a exigência de obrigação principal do ICMS no valor de R\$64.102,53, conforme segue:

Infração 01 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$47,43, referente à mercadoria adquirida para integrar o ativo permanente do estabelecimento, registrada indevidamente na Escrita Fiscal do contribuinte como compra para industrialização. Multa de 60%;

Infração 02 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$16.950,53, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, registrada indevidamente na Escrita Fiscal do contribuinte como compra para industrialização. Multa de 60%;

Infração 03 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$14.043,16, sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, referente à recuperação de crédito fiscal registrado na sua escrita fiscal nos termos do art. 359, § 2º, II do RICMS/97. Multa de 60%;

Infração 04 - Utilização indevida como crédito fiscal o valor referente ao ICMS no valor de R\$6.894,19, recolhido a título de antecipação tributária, decorrente do cálculo a maior dos créditos devidos pelas aquisições de mercadorias com o imposto antecipado, recuperado nos termos do art. 359, § 2º, II do RICMS/97. Multa de 60%;

Infração 05 - Recolhimento a menos de ICMS no valor de R\$ 344,32, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Multa de 60%;

Infração 06 - Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 9.682,77, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e

destinadas a consumo do estabelecimento. Referente a aquisições registradas indevidamente na Escrita Fiscal do contribuinte como compras para industrialização. Multa de 60%;

Infração 07 - Falta de recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$16.140,13, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuados por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado. Multa 150%.

O autuado, às fls. 596 a 617 dos autos argui, em preliminar, que a presente autuação esbarra-se na decadência do lançamento de ofício das diferenças apuradas em relação ao recolhimento do ICMS referente às competências do exercício de 2005, conforme disposto no art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional, tendo em vista que as infrações imputadas teriam ocorrido entre 31/01/2005 e 31/12/2005, claro está que o prazo de cinco anos definido pelo aludido dispositivo legal, transcorreu sem que o Fisco se pronunciasse, sendo, conseqüentemente, homologado o lançamento e definitivamente extinto todo e qualquer suposto crédito que o Fisco pretendesse constituir contra a Autuada.

Salienta que, mesmo na hipótese de se entender que no presente caso, seria aplicável a regra do art. 173 do Código Tributário Nacional, restando claro que a Decadência fulminou todo o pretenso direito do Fisco constituir o crédito que erroneamente entende devido.

Aduz que o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, foi, *in casu*, o dia 1º de janeiro de 2006, tendo em vista que os fatos geradores ocorreram ao longo do ano de 2005.

Ressalta ser pacífico o entendimento de que o Inciso I do Artigo 173, se refere ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador. Segue abaixo Acórdão do Superior Tribunal de Justiça neste sentido, (AgRg no REsp 1.199.262/MG, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. Humberto Martins, julgado em 19/10/2010, DJE 09/11/2010).

Após trazer considerações doutrinárias, afirma que impõe-se, portanto, o reconhecimento da decadência do presente Auto de Infração, em sua integralidade, nos termos dos arts. 150, § 4º e 173, inciso I e parágrafo único do Código Tributário Nacional.

No que se refere à Infração 03, o Autuante alega não lhe ter sido apresentada a documentação comprobatória do direito ao crédito. Em momento adequado, a Autuada deixará claro que toda a documentação solicitada foi sim entregue, além de estar totalmente disponível para a Fiscalização avaliá-la, novamente, em sede de diligência, se assim entender necessário.

Afirma que em relação às Infrações 01, 02, 04 e 06, a controvérsia ora se instaura em virtude da natureza e destinação das mercadorias cujas aquisições foram verificadas pelo Autuante. Em breves palavras, o presente feito administrativo trata de aquisição de insumos de produção, inadequadamente reputados de material de uso e consumo.

Entende que, por não integrarem fisicamente o produto final da Autuada, tais mercadorias (que se consomem no clico produtivo) foram erroneamente identificadas como materiais de uso e consumo, carecendo de uma análise mais acurada da real natureza e destinação das mercadorias. Requer que seja exercido pelo Autuante o seu poder-dever de retratação, para que este analise as informações agora trazidos à colação, em cotejo com o levantamento das atividades industriais da Autuada, reformando o seu primeiro juízo de intelecção dos fatos e direito.

Pede que seja utilizado o expediente processual da informação fiscal como instrumento da retratação fundada nos novos elementos apresentados à fiscalização.

No tocante às Infrações 01, 02, 03, 04 e 06 – e para amparar a retratação do Fiscal Autuante – a Autuada primeiramente explica a sua atividade fabril, consistente na mineração de caulim, substância mineral altamente abrasiva.

Afirma que a mineração, contrariamente aos demais segmentos da indústria, é atividade que desagrega o bem objeto da industrialização (beneficiamento). Ao passo que as demais atividades industriais geralmente produzem bens a partir da incorporação de diversos insumos a um rol de matéria-prima, na mineração a matéria-prima – o bem mineral proveniente do solo – é submetida a

um processo de purificação. Ou seja, retiradas em estado bruto da natureza, as substâncias minerais são beneficiadas para que delas sejam separadas e retiradas matérias orgânicas e resíduos que afetam a sua composição e destinação final.

Alinha que, no caso específico, a Autuada extrai originalmente o caulim, em lavra de céu aberto (onde se verifica a existência de bancadas dos corpos mineralizados), em estado bruto, isto é, da maneira como se depositou na natureza. O caulim extraído do solo contém uma quantidade elevada de quartzo e uma distribuição granulométrica desuniforme e inadequada para o uso industrial. Portanto, a atividade industrial da Autuada consiste, inicialmente, em desagregar o caulim bruto, para remover os fragmentos de calcários presentes na polpa do mineral e, posteriormente, separar e retirar o material de granulometria indesejável e demais impurezas, tais como matérias orgânicas e outros resíduos.

Consigna se vislumbrar que, na atividade de beneficiamento do caulim extraído do solo, nenhum produto é adicionado ou incorporado ao corpo mineralizado, para a obtenção do produto final. Não a atividade industrial afigura-se inteiramente contrária a este conceito, posto que a autuada aplica os insumos de produção para desagregar o mineral bruto e purificá-lo até o seu estágio de produto final (pronto para ser consumido por diversos outros setores da indústria). Portanto, os insumos da produção da Autuada são apenas os bens que se desgastam durante o processo industrial (da extração ao beneficiamento), sem os quais seria impossível obter-se o produto final. Por tal motivo, são estes mesmos insumos da produção que agregam valor ao produto beneficiado (produto final), compondo-lhe, naturalmente, o custo de produção.

Apresenta mais detalhes sobre o processo produtivo, passando a afirmar que as demais fases do processo produtivo da Autuada utilizam diversos equipamentos que são indispensáveis para as atividades que integram tal processo, sendo certo que tais equipamentos são compostos de peças que se desgastam com a utilização contínua decorrente da produção e que conseqüentemente, têm que ser substituídas, tais como, os registros gavetas, as lonas de filtro, chapas de ferro, cabos, lonas plásticas, blocos de válvula, eletrodos, entre outros constantes no Auto de Infração ora guerreado.

Todos estes equipamentos, máquinas e veículos, são aplicados direta e exclusivamente na extração e no beneficiamento do caulim bruto. Se por um lado os equipamentos, propriamente ditos, compõem o ativo fixo da Autuada, por outro lado as suas partes, peças e lubrificantes se desgastam durante e por conta do ciclo produtivo, assim como os seus combustíveis são consumidos ao longo do processo. E não interessa se o desgaste ocorre de forma mais rápida ou mais lenta, o relevante juridicamente é que o desgaste dá-se pela ocorrência do processo industrial.

Complementa que, por isso, tais partes, peças, combustíveis e lubrificantes são insumos da produção.

Afirma que para obtenção do produto final a partir do caulim bruto, nenhum bem, qualquer que seja a sua natureza, é adicionado para incorporar-se ao caulim. Nada é agregado à matéria-prima! O produto final, como sói acontecer na mineração, é resultado de um processo de separação e exclusão de substâncias e resíduos do mineral bruto. Este processo fabril é realizado através de diversas máquinas, veículos e equipamentos, cujas peças e partes, combustíveis e lubrificantes são desgastadas pela ocorrência da produção propriamente dita. Quer dizer, que tais partes e peças, combustíveis e lubrificantes são consumidas no processo de produção (beneficiamento), ou seja, são inutilizadas por conta da produção, exigindo-se a sua renovação continuamente.

Na mesma esteira, afirma que todo o material de construção adquirido pela Autuada e apontado no Auto de Infração ora combatido, como cimento, tijolos, fios e cabos elétricos, entre outros, foram aplicados nas instalações da fábrica da Autuada, a qual se desgasta. Ora, tais mercadorias foram integradas às instalações fabris da Autuada, a fim de que as mesmas continuassem de pé! Sem as suas instalações fabris, assim como sem as suas carregadeiras e caminhões, a Autuada não produz, do que se conclui que tais aquisições foram essenciais para a manutenção do seu processo produtivo.

Aduz que os Itens 01, 02, 03, 04 e 06, do Auto de Infração tratam da utilização dita indevida de crédito fiscal decorrente da aquisição de insumos da produção. Com efeito, o Autuante classificou um rol de insumos da Autuada como se fossem materiais de uso e consumo. Isto é, como se não fizessem parte do processo produtivo da mesma. Assegura que em extensa sua maioria (quase a totalidade), são peças e partes, bem como combustíveis e lubrificantes das máquinas e veículos utilizados na produção (beneficiamento do caulim), além de materiais aplicados nas instalações da unidade fabril da Autuada e outros materiais utilizados diretamente no processo da Autuada (lonas de filtro, telas de aço inox, rotor cromado, etc).

Argumenta que os Itens 03 e 04 possuem especificidades, quais sejam, o Item 03, segundo o Fiscal decorreu de suposta não apresentação pela Autuada das Notas Fiscais que demonstrariam o seu direito ao crédito de ICMS e o Item 04, decorreria de cálculo a maior do crédito devido pela aquisição das mercadorias.

Quanto ao Item 03, a Autuada esclarece que forneceu ao Autuante toda a documentação necessária para a verificação do direito ao crédito de ICMS apropriado, conforme registrado no Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, assinado em 17 de dezembro de 2010 pelo Autuante e pelo Diretor da autuada e que, toda a documentação necessária para uma eventual nova verificação está à inteiramente disposição da Fiscalização e somente não está sendo apresentada junto com a presente defesa, em razão de envolver uma quantidade muito grande de documentos, que seriam remetidos do Município de Itamaraju, para o de Salvador, cuja distância é de 745 KM (setecentos e quarenta e cinco quilômetros).

Requer que a verificação desta documentação, caso a Decadência não seja reconhecida, seja concretizada em sede de diligência, conforme será demonstrado no item articulado em seguida.

Quanto ao Item 04, afirma que, apesar do Autuante ter informado que a Infração decorre do cálculo a maior da apuração dos créditos devidos pela aquisição de mercadorias com pagamento de imposto por antecipação tributária, ao invés de haver a glosa das supostas diferenças, o Autuante glosou integralmente os créditos utilizados pela Autuada, motivo pelo qual, a mesma defende, neste momento, a viabilidade legal da utilização dos créditos de ICMS, que praticou.

Já no Item 06, verifica a cobrança de suposta falta de recolhimento de diferença de alíquotas nas aquisições oriundas de outros Estados, de insumos da produção, também inadequadamente classificados como materiais de uso e consumo. Igualmente, tratam-se principalmente de peças e partes das máquinas e veículos utilizados na produção da Autuada.

Entende que, dado que o direito ao crédito nas aquisições de insumos, assim como a dispensa do recolhimento do diferencial de alíquotas também na compra de insumos não geram qualquer discordância de entendimento entre o Fisco e os contribuintes, o cerne da questão está em demonstrar que os bens adquiridos pela Autuada são efetivamente INSUMOS DA PRODUÇÃO e não materiais de uso e consumo!

Faz considerações sobre o vocábulo "insumo, aludindo ao voto vencido proferido pela Relatora Verbena Matos de Araújo (Acórdão CJF Nº 0246-11/03), nos seguintes termos, no útil e *in verbis*:

“(...) O contribuinte pleiteia a reforma da Decisão da 1ª JJF, pois considera equivocado o entendimento exarado no Acórdão recorrido, haja vista que entende que os materiais objeto da glosa são produtos intermediários, empregados na cadeia produtiva e, portanto, geram direito ao crédito.”

Entende que a mercadorias objeto desta autuação são de fato consumidas no processo produtivo, ou desgastadas no curso deste processo, devendo ser contabilizados como custos, haja vista integrarem o processo de transformação, destacando o voto vencido do Relator José Raimundo F. Santos, também autor de voto vencido, proferido no julgamento do Acórdão CJF Nº 0455/99 (AI nº 3622190/96), apropriadamente levantou o PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO CONTRIBUINTE*. Cita O ACÓRDÃO CS Nº 0015-21/02, preferido pela Câmara Superior deste CONSEF, que reconheceu o direito ao creditamento do ICMS, pela contribuinte Bahia Sul Celulose S/A, nas aquisições de insumos que haviam sido reputados de materiais de uso e consumo pelos Auditores

autuantes. A referida Câmara, inclusive, fundamentou a decisão nos princípios constitucionais concernentes aos ICMS, que asseguram o direito dos contribuintes a não-cumulatividade deste imposto. Cita também o Acórdão Jjf Nº 0272/00, proferido pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, que reconheceu o direito ao creditamento do ICMS, pela Coítezeiro Mineração S.A. – Comisa, nas aquisições de óleo Diesel, utilizado no transporte interno de mercadorias e na escavação de terreno para retirada de minério.

Conclui que, com base em decisões como os citados acórdãos, bem assim nos inúmeros votos dissidentes preferidos em tantos outros julgamentos, esta incerteza deve ser fulminada de morte, dando-se lugar a uma uniformidade de julgamentos, assegurando também uma igualdade de direitos dos contribuintes.

Pede diligência para avaliar toda a documentação referente ao Item 03 do Auto de Infração ora guerreado, que conforme informado supra sempre esteve e continua à disposição da Fiscalização e com isto, constata que a apropriação dos créditos de ICMS pela Autuada se deu de forma totalmente regular.

Requer o seu direito à ampla defesa lhe seja assegurado através de diligência a ser realizada *in loco*, em sua indústria, para a perfeita compreensão do emprego, utilização, desgaste e inutilização dos seus insumos de produção.

Requer o acolhimento da decadência, bem como a improcedência da cobrança da autuação e em caráter sucessivo, não se verificando a retratação do Autuante, com vistas a informar estes julgadores da improcedência dos itens aqui defendidos, pede a determinação de que este feito seja convertido em diligência, nos termos do pedido já supra formulado.

Na hipótese pouquíssima provável de não ser acatada a diligência, o que se considera apenas para evitar preclusões inadmissíveis no processo fiscal administrativo, a Autuada – de logo – requer que lhe seja fixado prazo para trazer aos autos os documentos de prova, devendo o mesmo ser fixado em tempo razoável para que a mesma possa selecionar e apresentar mais de duas mil folhas de documentos.

Protesta e, de logo, requer pela produção de todas as provas admitidas em direito bem como pela juntada posterior de documentos em prova ou contra prova do que vier a ser apresentado pelo Fisco estadual.

O autuante, às fls. 644 a 653 dos autos, apresenta a informação fiscal aduzindo que considerando que os fatos geradores do imposto ocorreram no período de janeiro/2005 a dezembro/2005 e o prazo para a constituição do crédito tributário, em relação ao exercício de 2005, se extinguiria no dia 31/12/2010. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 30/12/2010, não havia se configurado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento do tributo.

Alinha que, com relação alegação abordada pela Defendente, no mérito da Infração 03, informa que a mesma não apresentou toda documentação solicitada, como afirma em sua defesa. Fato comprovado conforme Termo de Intimação de 23/12/2010 (Fls. 15 do PAF), quando fora solicitado os documentos relacionados nos documentos fiscais, emitidos pelo Contribuinte para recuperação dos créditos fiscais, nos termos do art. 359, § 2º. II do RICMS/BA.

Esclarece ainda que a solicitação adicional, decorreu da constatação da inexistência dos citados documentos na documentação apresentada pelo contribuinte, bem como diante da falta de registro no Livro de Entrada dos mesmos no período sob exame, fatos determinantes para glosa dos créditos pretendidos.

Quanto às afirmações da Defendente, para as Infrações 01, 02, 04 e 06, de que o procedimento fiscal, “decorreu da falta de análise mais apurada da natureza e destino das mercadorias” não são procedentes, aduz que tais alegações são afastadas diante da leitura dos demonstrativos e dos documentos fiscais vinculados, acostados ao PAF e entregues a Defendente (Vide termo à fl. 590), onde revela caso a caso a natureza das mercadorias, cujos créditos fiscais foram glosados.

Com relação ao Poder-Dever de Retratação, requerido pela Defendente informa que o lançamento fiscal foi realizado em observância legislação do ICMS, através da Lei Nº 7.014/96 e o do Regulamento ICMS aprovado pelo Decreto Nº 5.444/96, e que os argumentos de defesa e informações trazidas ao processo não evidenciam o cometimento de erro ou equívoco no lançamento. Pretensão que entendemos ser descabida.

No que se refere ainda ao poder dever, descrevendo da possibilidade dos Autuantes reverem os termos da autuação, com citações do RPAF e de doutrina, reitera a informação apresentada no item 03 acima no tocante ao dever-poder de retratação.

Assegura que quase a totalidade das argumentações da Defendente, decorre da glosa dos créditos fiscais relativos aos materiais adquiridos para uso e consumo de seu estabelecimento, que no seu entender são todos os insumos da produção.

Informa que as mercadorias, referentes às Infrações 01 e 02, na sua maioria correspondem à aquisição de partes e peças de reposição de veículos (leves e pesados), tratores, maquinários e equipamentos do ativo fixo, e de outros materiais de uso e de consumo (Aquisição de cesta básica e gêneros alimentícios, uniformes etc.) alimentos para do estabelecimento. Conforme demonstrado nos anexos e descrito nas Notas Fiscais, acostado aos autos (fls. 17 a 18, 21 a 30 e 186 a 386).

Ressalta que as aquisições de lonas de filtro, telas de aço inox, rotor cromado, dita pela Defendente como utilizados diretamente no processo, tenho a informar que tais materiais se referem a peças de reposição e partes de equipamentos (Filtro Prensa, Peneiras Vibratórias e Bomba).

Destarte, entende que não podem ser considerados, como pretendido pela Defendente em sua defesa, como “insumos” as aquisições de partes e peças de reposição corretamente aplicadas em seu ativo fixo, nem tampouco os materiais que não são afetos ao processo produtivo, mas destinados e consumidos no estabelecimento, na conservação, manutenção de suas instalações (Materiais de construção, elétricos, hidráulicos e outros) e em outros serviços (Uniformes, Alimentos, Toner de impressora)

Observa ainda, que a posição defendida pela Autuada, em considerar como insumos de produção, as referidas aquisições, não atende aos requisitos e pressupostos para o estabelecimento do direito ao crédito, em especial ao disciplinado no § 1 do art. 93, e no inciso I, alínea “e” “e”, inciso V alínea “b” do mesmo artigo do RICMS/BA.

Em contra ponto as citações de decisões do CONSEF, informa que em julgamento do AI 233081.1201/08-4 de 29/12/08, contra a Defendente, tratando da mesma questão, a 3ª JF julgou o AI - Procedente, por decisão unânime (Acórdão JF Nº 0378-03/09 de 30/11/09).

Diante do exposto concluem que na Infração 01 – a Defendente na sua defesa, se equivocou ao considerar como Insumo de Produção a mercadoria destinada ao ativo permanente do estabelecimento, como resta comprovado nos documentos vinculados, anexados às fls. 17 a 18 do PAF.

Ressalta que o material em questão, trata-se de um bebedouro, sendo, portanto um bem do ativo permanente da empresa. Infração mantida.

Na Infração 02 – Considera que a Defendente não trouxe argumentos convincentes para elidir a autuação, e que se trata de materiais de uso e consumo e não de insumo de produção como insiste em classificá-los a empresa, entendem ser correta a autuação – Infração mantida na íntegra.

Para a Infração 03 – Reitera que não foi apresentada a documentação comprobatória das aquisições de mercadorias, referidas nos documentos fiscais, emitidos pelo Contribuinte para recuperação dos créditos fiscais, nos termos do art. 359, § 2º. II do RICMS/BA, conforme comentado no Item 3 acima.

Ressalta que a autuada, não juntou na defesa documentos alegados de forma a elidir a autuação fiscal.

Informa que o contribuinte, em atendimento à Intimação realizada em 22/12/2010 na ação fiscal, manteve contato com o autuante informando que havia localizado parte da documentação referida nos documentos de recuperação de crédito, citados no termo de intimação.

Esclarece que, diante deste fato, e conhecedor das alegações apresentadas na peça defensiva, intimaram o contribuinte em 14/04/2011 (doc. anexo à fl. 806 do PAF) para apresentação dos referidos documentos, e respectivos livros fiscais, por serem referentes a aquisições de mercadorias ocorridas nos anos de 2001, 2002, 2003 e 2004.

Assegura ter ficado comprovado que os mesmos não poderiam ter sido apresentados, como alega o contribuinte em sua defesa, pois não se encontravam dentro do período fiscalizado e não era do conhecimento do autuante e nem dos prepostos da empresa que atendiam a ação fiscal.

Destacam que os créditos fiscais recuperados, referem-se a exercício financeiro encerrado, tendo sido utilizados sem atendimento ao estabelecido no § 1, inciso II do art. 101 do RICMS/97.

Aduz que diante da apresentação de parte dos documentos acima referidos, procederam às verificações pertinentes aos fatos, e visando restabelecer a verdade material, refizemos o DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO – 01.02.42 – UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO FISCAL SEM APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO CORRESPONDENTE, cujo resultado é apresentado no tópico de REVISÃO DO PROCEDIMENTO FISCAL, desta Informação Fiscal.

No que alude a Infração 04, consignam que a Defendente se equivocou ao alegar que o Autuante procedeu indevidamente à glosa total dos créditos recuperados das mercadorias com imposto antecipado, nos termos do art. 359 § 2º, II do RICMS/97.

Estende estar comprovado conforme indicado no anexo Demonstrativo de Crédito Indevido - Recuperação Crédito Mercadoria com Antecipação Tributária (fls. 55 a 59 do PAF), onde está demonstrado o valor total do crédito recuperado no montante de R\$29.623,83 (Indicado na coluna “E”), enquanto que o valor apropriado a maior, objeto do lançamento fiscal, no valor de R\$6.894,16, está demonstrado na coluna “G” do referido demonstrativo. Afirma restar comprovado que não houve glosa indevida no procedimento fiscal. Infração mantida

Quanto a Infração 06, que diz respeito à falta de recolhimento do diferencial de alíquota, nas aquisições interestaduais de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento, as quais também foram objetos da infração 02, afirma que a exemplo da infração 02, e por restar comprovado nos autos que as mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação foram para uso e consumo do estabelecimento, entendemos ser devido o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, razão pela qual mantém a autuação, com respaldo legal no art. 5º, I do RICMS/97. – Infração mantida na integra.

Quanto ao pedido de diligencia, assegura que todos os elementos juntados ao processo são suficientes para formação da convicção dos fatos narrados no Auto.

Destaca que, em relação à infração 03, considerando o resultado das verificações reportadas no anexo: DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - 01.02.42 - UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO FISCAL SEM APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO CORRESPONDENTE - AJUSTADO DEFESA (fls. 665 a 661 dos autos), onde foram analisados os documentos apresentados, restou apurado a utilização de crédito indevido, de R\$8.686,89, em Junho/2005.

Complementa que, tendo em vista que o valor apurado, acima indicado altera o valor da infração lançado no AI, apresento em anexo novo demonstrativo do débito para a Infração 03, que passa a integrar os autos.

Ressalta, ainda, quanto às infrações 05 e 07, que o contribuinte não fez defesa dos recolhimentos a menor do ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, referente à Infração 05, bem como da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuados por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, objeto de autuação através da Infração 07, concluindo que o mesmo concorda que tal infração foi efetivamente cometida.

Conclui que, diante de tudo que foi exposto e por acreditar que todos os elementos que ratificam os fatos e que são necessários ao bom julgamento do mesmo, se encontram anexo ao PAF, mantém com a devida correção da infração 03 o procedimento fiscal.

Consta, à fl. 812 dos autos, a ciência do autuado, quanto à informação fiscal, com abertura do prazo de 10 dias para se manifestar, o que não mais ocorreu.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, traz 06 infrações, já devidamente relatadas. Quanto à arguição de decadência, o Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular uma outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no § 4º do art. 150.

A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Verifico que a fiscalização, na verdade, iniciou em 15/10/2010, conforme Termo de Início de Fiscalização, à fl. 09, efetuada pelo Auditor Fiscal autuante, não havendo, portanto, a extinção do direito da fazenda pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2005, conforme segue, melhor detalhado.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O parágrafo único do art. 173, do CTN, bem como o parágrafo único do art. 107-A do COTEB, alinha que esse prazo se extingue com a notificação de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. A primeira intimação para apresentação de livros e documentos fiscais ocorreu em 15/10/2010 (fls. 09), pelo auditor autuante, portanto, na contagem do art. 173, I do CTN, há menos de 05 anos do início dos procedimentos fiscais, ou seja, de medida preparatória indispensável ao lançamento. Sendo assim, não há o que se falar em decadência, relativa aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2005, pois só ocorreria a decadência caso tais medidas preparatórias ocorressem após 31/12/2010.

O impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, não havendo óbice à manifestação da defesa e, considerando que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” (diligência) e inciso II “a” e “b” do RPAF/99 (perícia), indefiro a solicitação de diligência, pois, inclusive, o requerente não traz aos autos os documentos fiscais que originaram os créditos relativos à infração 03, bem como não restou dúvidas, após a informação fiscal, quanto à natureza e destinação dos materiais para uso e consumo, observando que o autuado, após cientificado, não mais se manifestou em relação à informação fiscal prestada, tornando desnecessária nova verificação da documentação disponibilizada. Verifico também que em relação às infrações 01, 02, 04 e 06, foram acostados ao PAF e entregues demonstrativos a defendente, conforme termo de recebimento à fl. 590, que indica o número das páginas dos autos em que se encontram. Demonstrativos esses que apontam caso a caso a natureza das mercadorias, cujos créditos fiscais foram glosados.

Já em relação às afirmações do sujeito passivo quanto às Infrações 01, 02, 04 e 06, de que o procedimento fiscal, “decorreu da falta de análise mais apurada da natureza e destino das mercadorias” não cabe acolhimento, pois os demonstrativos, já referidos, conforme recibo à fl. 590, revelam, conforme já dito, caso a caso a natureza das mercadorias, cujos créditos fiscais foram

glosados.

Verifico que as mercadorias, referentes às Infrações 01 e 02, são relativas à aquisição de partes e peças de reposição de veículos leves e pesados, tratores, maquinários e equipamentos do ativo fixo, (Bebedouro) e de outros materiais de uso e de consumo, além de produtos da cesta básica e gêneros alimentícios, uniformes e outras da mesma natureza, alimentos para do estabelecimento, conforme demonstrado nos anexos e descrito nas Notas Fiscais, acostado aos autos (fls. 17 a 18, 21 a 30 e 186 a 386). As aquisições de lonas de filtro, telas de aço inox, rotor cromado, dita pela defendente como utilizados diretamente no processo se referem, conforme sua aplicação, a peças de reposição e partes de equipamentos (Filtro Prensa, Peneiras Vibratórias e Bomba).

Quanto a infração 01 o sujeito passivo realmente se equivocou ao considerar como Insumo de Produção a mercadoria destinada ao ativo permanente do estabelecimento, ou seja Bebedouro Mast Frio, como resta comprovado nos documentos constantes às fls. 17 a 18 do PAF.

Cabe razão ao autuante, também quanto à infração 02, quando afirma que não podem ser considerados, como “insumos” as aquisições de partes e peças de reposição corretamente aplicadas em seu ativo fixo, nem tampouco os materiais que não são afetos ao processo produtivo, mas destinados e consumidos no estabelecimento, na conservação, manutenção de suas instalações (Materiais de construção, elétricos, hidráulicos e outros) e em outros serviços (Uniformes, Alimentos, Toner de impressora), fls. 21 a 30 dos autos.

É importante observar que, além de o autuado conceder destaque a votos vencidos nesse CONSEF, há decisões, neste próprio contencioso, relativo ao AI 233081.1201/08-4 de 29/12/08, cujo autuado é o próprio sujeito passivo de presente lançamento de ofício, tratando da mesma questão, quando a 3ª JF julgou o AI - Procedente, por decisão unânime, no Acórdão JF Nº 0378-03/09 de 30/11/09, cujo relator foi José Bizerra Lima Irmão, conforme parte do voto ora reproduzido: *“Em conclusão: conforme reconheceu expressamente o autuado em sua defesa, os bens objeto dos itens 1º, 3º e 4º são peças e partes de máquinas e veículos. Constituem portanto materiais de manutenção ou conserto, que são típicos bens de uso ou consumo. Não são insumos da produção. Além disso, há outros materiais de uso ou consumo, tais como uniformes (fardas), material de construção, material elétrico, que igualmente não há como serem considerados insumos.*

Com relação ao item 2º, trata-se de uma máquina multi-ensacadeira, sendo portanto um bem do ativo permanente, e assim sendo é devido o pagamento da diferença de alíquotas, já que procede de outra unidade da Federação.”

Verifica-se, portanto, que o autuado é reincidente em partes dos itens ora em lide, cabendo, no presente caso a mesma conclusão que alinhada do aludido acórdão, ou seja, o item relacionados pelo autuante, pela própria descrição do autuado e do autuante, bem como aplicação dos mesmos, são classificados como de uso e consumo.

Assim, as infrações 01 e 02 devem ser mantidas.

Quanto à infração 03, o sujeito passivo não apresentou toda documentação solicitada, conforme Termo de Intimação de 23/12/2010, constante à fl. 15 dos autos, quando fora solicitado os documentos relacionados, emitidos pelo sujeito passivo para recuperação dos créditos fiscais, nos termos do art. 359, § 2º. II do RICMS/BA. Esclarece inclusive o autuante que a solicitação adicional decorreu da constatação da inexistência dos citados documentos entre os apresentados pelo contribuinte, bem como diante da falta de registro no livro de Entrada dos mesmos no período sob exame, fatos determinantes para glosa dos créditos pretendidos.

Diante do conhecimento do autuante quanto às alegações do impugnante, o autuado foi intimado mais uma vez em 14/04/2011 (doc. anexo à fl. 806 do PAF) para apresentação dos referidos documentos, e respectivos livros fiscais, por serem referentes a aquisições de mercadorias ocorridas nos anos de 2001, 2002, 2003 e 2004, restando comprovado que tais documentos não foram apresentados durante a fiscalização.

Os créditos fiscais recuperados referem-se a exercício financeiro encerrado, tendo sido utilizados sem atendimento ao estabelecido no §1º, inciso II do art. 101 do RICMS/97.

Assim, diante da apresentação de parte dos documentos acima referidos, apresentados na defesa, o autuante procedeu às verificações pertinentes aos fatos, e visando restabelecer a verdade material, refez o DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO – 01.02.42 – UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO FISCAL SEM APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO CORRESPONDENTE, à fls. 654 de forma que a exigência que era originalmente de R\$14.043,16, passou para R\$8.686,89, conforme planilhas de correção às fls. 656 a 661.

Diante do exposto, a infração 03 é parcialmente mantida, cabendo a exigência no valor de R\$8.686,89.

No que alude a Infração 04, conforme indicado no anexo Demonstrativo de Crédito Indevido - Recuperação Crédito Mercadoria com Antecipação Tributária (fls. 55 a 59 do PAF), onde está demonstrado o valor total do crédito recuperado no montante de R\$29.623,83 (Indicado na coluna “E”), enquanto que o valor apropriado a maior, objeto do lançamento fiscal, no valor de R\$6.894,19, está demonstrado na coluna “G” do referido demonstrativo. Assim, está correta a identificação do crédito indevido no valor ora exigido, ou seja, R\$6.894,19.

Quanto a Infração 06, relativa à falta de recolhimento do diferencial de alíquota, nas aquisições interestaduais de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento, as quais também foram objetos da infração 02. A exemplo da infração 02, por restar comprovado nos autos que as mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação foram para uso e consumo do estabelecimento e uma vez considerada procedente a infração 02 que exigiu os créditos individuais, resta manter a exigência da infração 06, com respaldo legal no art. 5º, I do RICMS/97.

Infração 06 fica, portanto, procedente.

Quanto às infrações 05 e 07, decorrentes, respectivamente, do recolhimento a menor do ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, referente à Infração 05, bem como, quanto à infração 07, da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuados por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, não questionadas no mérito, resta consignar que foram exigidas em consonância com a Legislação Tributária Estadual, atendendo ao devido processo legal, portanto, cabendo a manutenção das mesmas.

As infrações 05 e 07, assim, são procedentes.

Quanto à arguições relativas ao Poder-Dever de Retratação, considero que os procedimentos e processo foram realizados com observância legislação do ICMS, através da Lei Nº7.014/96 e o do Regulamento ICMS, bem como do RPAF/BA, inclusive com a correção da infração 03, resultando na redução do valor exigido.

É importante destacar que o autuado foi cientificado dos termos da informação fiscal, conforme consta, à fl. 812 dos autos, com abertura do prazo de 10 dias para se manifestar, o que não mais ocorreu.

Diante do acima exposto voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233081.0402/10-8**, lavrado contra **MINERAÇÃO DE CAULIM MONTE PASCOAL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$58.746,26**, acrescido das multas de 60% sobre R\$42.606,13 e de 150% sobre R\$16.140,13, previstas no art. 42, incisos V, “a” e VII, “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR
ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR