

A. I. N° - 269140.0100/12-9
AUTUADO - CCB – CIMPOR CIMENTOS DO BRASIL LTDA.
AUTUANTES - LUÍS CARLOS BRITO REIS NABUCO e CLÁUDIA LINS MENEZES LIMA
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 16.04.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0058-02/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAIS DE USO E CONSUMO. **a)** APROPRIAÇÃO NO CIAP. **b)** APROPRIAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. A constatação de que os materiais em questão na verdade são destinados ao uso e consumo do estabelecimento, resulta na manutenção das infrações. 2. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. FALTA DE DEDUÇÃO DO ICMS RELATIVO ÀS SAÍDAS DE MERCADORIAS NÃO CONTEMPLADAS NO PROGRAMA. A constatação de equívocos procedimentais do contribuinte autuado conduz à manutenção integral da exigência. Infração comprovada. 3. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. O adquirente neste caso é o responsável por substituição relativamente ao imposto, cujo lançamento se encontrava diferido. Infração comprovada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Defesa comprovou que parte das notas fiscais foram devolvidas. Refeições os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. Não acolhidas arguições de nulidade. Negado o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2012, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$901.872,59, em razão de:

INFRAÇÃO 01 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido imposto no valor de R\$348.398,86. Consta que o contribuinte quando incluiu no CIAP e apropriou-se a cada mês de 1/48, do valor referente ao crédito de mercadorias para uso e consumo como se fossem mercadorias destinadas ao ativo fixo, conforme demonstrativos 01A até 01L onde constam as mercadorias que entraram no estabelecimento de 2007 a 2010 e o demonstrativo do ativo 02 onde estão as entradas com créditos indevidos do ano de 2011, assim como o livro CIAP DO CONTRIBUINTE baixado da escrituração fiscal digital do mesmo, do mês de janeiro de 2011, onde constam todas as características dos bens lançados a crédito, seja valor, função, número da nota, valor da parcela apropriada e centro de custo utilizado.

INFRAÇÃO 02 - recolheu a menos o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE), nos meses de janeiro, fevereiro, maio e junho de 2011, exigindo imposto no valor de R\$446.815,97. Consta que quando o contribuinte incluiu as

transferências de CLINQUER para outros estabelecimentos, não estando essas mercadorias no rol das mercadorias passíveis de incentivo conforme resolução 18/2003 que apenas habilitava o contribuinte para produzir cimento.

INFRAÇÃO 03 – deixou de recolher o ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo imposto deferido nas entradas de refeições destinadas a consumo pelos seus funcionários, nos meses de fevereiro, março, abril e maio de 2011, exigindo o imposto no valor de R\$11.112,09. Consta que trata-se do ICMS devido por diferimento, relativo aos fornecimentos de alimentação para consumo por parte dos empregados;

INFRAÇÃO 04 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, março, abril, maio, junho e novembro de 2011, sendo exigido imposto no valor de R\$10.537,77.

INFRAÇÃO 05 – multa no valor de R\$85.007,90, por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

O autuado impugnou o lançamento tributário, fls. 331 a 342, quando se pronunciou a respeito de cada um dos itens que compõem o lançamento.

INFRAÇÃO 01 – aduz que há flagrante cerceamento ao amplo direito de defesa, porque o autuante não apresentou quais os critérios legais adotados para a desclassificação das mercadorias discriminadas às folhas 11 a 48 como mercadorias destinadas ao ativo.

Outra causa de cerceamento de defesa decorre da falta de inclusão no Demonstrativo fiscal da descrição da função do bem, com relação ao seu objeto e a sua finalidade.

Argumenta que as referidas mercadorias são classificadas como máquinas, equipamentos ou aparelhos industriais, as quais se relacionam com o processo produtivo de cimento e por esse motivo fazem parte da atividade fim do estabelecimento autuado.

Traz o significado das palavras máquina, aparelho e equipamento.

Aduz que também é improcedente porque classifica equivocamente como mercadorias para uso e consumo quando são classificados com bens destinados a integrar o ativo do estabelecimento.

Requer a realização de perícia técnica.

INFRAÇÃO 02 - aduz que nos termos da Resolução nº 18/2003, publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia de 16/05/2003, fls. 784 e 785 dos autos, assim estabelecendo em seu artigo 1º: ‘*Considerar habilitado aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, o projeto de ampliação da COMPANHIA DE CIMENTOS DO BRASIL, localizado no município de Campo Formoso – Bahia, para produzir cimento.*’ Grifou o autuado.

Esclarece que o clinquer também é definido como cimento, numa fase básica de fabrico, isto é, entendido como cimento granulado, diferentemente do cimento moído, denominado cimento portland. E nesses termos, a Resolução nº 18/2003, acima citada, estabelece que o autuado está habilitada aos benefícios do Programa DESENVOLVE, conforme o projeto de ampliação de sua fábrica em Campo Formoso – BA, para produzir cimento, (NÃO ESPECIFICANDO QUAL TIPO DE CIMENTO, SE GRANULADO OU MOIDO”.

Sustenta que a Resolução nº 18/2003 se refere a cimento em sentido genérico, isto é, tanto ao cimento granulado, denominado clinquer, quanto ao cimento moído, denominado portland, sendo ambos espécies do gênero cimento.

INFRAÇÃO 03 – assegura que há cobrança em duplicidade do mesmo imposto, sobre o mesmo fato gerador, pela mesma entidade tributante, isto é, a cobrança de ICMS, por diferimento, do destinatário, contribuinte substituto de empresa de pequeno porte, sobre operações de fornecimento de alimentação.

Entende o autuado que no caso de empresa de pequeno porte, fornecedora de alimentos, inscrita no SIMPLES NACIONAL, não há diferimento de ICMS sobre tais operações, para cobrança do

destinatário, tido como contribuinte substituto, por não se aplicar, sobre esse novo regime de tributação (SIMPLES NACIONAL), o contido nos arts. 342 e 343, XVIII, combinados com os arts. 347, 348 e 65, todos do RICMS/BA, pois o ICMS de todos os fatos geradores ocorridos já tiveram o seu valor recolhido, em virtude do regime de apuração e recolhimento para esse tipo de empresa, observando a faixa de sua receita bruta.

Observa que neste caso, o autuado é contribuinte substituto tributário da fornecedora de alimentos e este possui regime de apuração de ICMS em função de sua receita bruta, com base no SIMPLES NACIONAL, e não em função do valor total da nota, como pretende equivocadamente o autuante. E sendo substituta tributária, o autuado se subsume não só nas obrigações da substituída, mas também nos direitos e benefícios fiscais desta, principalmente quanto à base de cálculo aplicada para esse tipo de operação, visto que se coloca na condição de sujeito passivo por substituição tributária, nos termos do art. 342 do RICMS/BA.

INFRAÇÃO 04 – diz que há flagrante cerceamento ao amplo direito defesa porque os autuantes não fizeram constar da peça de autuação e tampouco de seus anexos, os números das notas fiscais e as mercadorias nelas consignadas, a fim de que se possa analisar, de forma clara e objetiva, a natureza das mesmas, se são mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, ou para integrar o processo de industrialização de cimento na condição de produto intermediário.

Entende que são corpos moedores, martelo para britador de CLINQUER, arame tubular e etc., todas qualificadas como produtos intermediários, utilizados diretamente no processo de industrialização de cimento e nesse processo são desgastadas até a sua total utilização, tornando-se inúteis para qualquer finalidade, sendo permitido o crédito fiscal, inciso I, § 4º, artigo 29, da Lei nº 7.014/96 e artigo 93, inciso I, alínea “b”, do Dec. Nº 6.284/97.

Frisa que é o dispositivo que se aplica à aquisições de “bolas de aço” e não o indicado na autuação, sendo incabível a imposição da multa.

Salienta que sua tese encontra-se embasada na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, fls. 383 a 387.

Ressalta que tais “bolas de aço”, “martelo para britador de clinque”, “corpos moedores” e “arame tubular” enquadram-se na definição de produto intermediário trazido pela Instrução Normativa SLT nº 01/86, do Estado de Minas Gerais, o qual transcreveu trecho, fls. 339 e 340 dos autos.

INFRAÇÃO 05 – argumenta que há flagrante cerceamento ao amplo direito defesa porque os autuantes não fizeram constar da peça de autuação e tampouco de seus anexos, os números das notas fiscais que porventura não foram lançadas no livro de registro de entradas, como também não consta nenhuma informação sobre o tipo de mercadoria adquirida dessas notas fiscais desconhecidas.

Frisa que tais notas fiscais nunca estiveram em poder do autuado, devendo constar exclusivamente do sistema eletrônico de emissão de notas fiscais, sob o controle da SEFAZ/BA, pois o autuado nunca recebeu as mercadorias constantes das mesmas, devendo ter os emitentes emitidos as notas fiscais de devolução eletronicamente sem o conhecimento do autuado, citando como exemplo, as Notas Fiscais nºs 2599, 2692, 1730, 028, 1731 e 029.

Ao final, requer a improcedente do Auto de Infração.

Os autuantes ao prestarem a informação fiscal, fls. 399 a 414, manifestaram-se sobre cada uma das infrações.

INFRAÇÃO 01 – Explica que para prova da infração 01 foram anexados os demonstrativos constantes as fls. 11/48 (demonstrativos 01A até 01L), fls.49/53 (demonstrativo 02) e o livro CIAP do contribuinte fls. 55/307 (demonstrativo 01), além do demonstrativo de consolidação à fl. 10 do presente processo. No demonstrativo da apropriação dos créditos indevidos relativos a materiais de uso e consumo de 2007 a 2010 (01A até 01L, localizado às fl. 11/48), consta uma coluna discriminativa chamada função do bem, uma coluna discriminativa onde consta o centro de custo

da apropriação e outras duas com o código no demonstrativo 01 e o número do documento correspondente. O demonstrativo 01 é a cópia do CIAP do contribuinte do mês de janeiro de 2011, entregue a SEFAZ através da escrituração fiscal digital. A coluna código no demonstrativo 01 contém a correspondência entre a mercadoria autuada e o CIAP do contribuinte, localizado à fls. 55/307, onde constam todas as informações discriminativas das mercadorias, efetuadas pelo próprio contribuinte.

A título de exemplo, citam que na terceira linha do demonstrativo localizado à fl. 11, consta a mercadoria ISOLAMENTO TERMICO CHAPEAMENTO FILTRO DE MANGA, cujo código no demonstrativo 01 é o número 07. À fl. 64, encontrar a reprodução exata do CIAP, com uma coluna extra, incluída pela fiscalização, onde consta o código 07 dado a mercadoria no demonstrativo à fl. 11, para facilitar a localização e conferência de dados.

Assevera que não foi cerceada em seu direito de defesa, posto que teve em suas mãos todos os demonstrativos contendo as mercadorias autuadas, os valores, as parcelas, a função do bem por ela própria determinada e a infração cometida: considerou como bem do ativo mercadoria destinada a uso e consumo, assim como os dispositivos legais infringidos. Como exemplo cita que a descrição do bem número 7 dada pelo CIAP, à fl. 64 é: materiais e a função descrita: isolamento térmico, ou seja foi creditado R\$75,21 em janeiro de 2011, correspondente à parcela 33, de materiais para isolamento térmico, número do documento 142, e a nota foi emitida em 02/05/2008 (os demonstrativos também foram entregues em meio magnético para melhor visualização). Outro exemplo: foi creditado R\$0,23, relativamente à parcela 16, de materiais cuja função descrita é terminais de fixação, com código no demonstrativo 01: 15 e número da nota 319.

Destaca que em uma rápida verificação nos demonstrativos, fls. 11/48 e 49/53, observa que as mercadorias autuadas são realmente destinadas a uso e consumo tais como: móveis e utensílios descritos como monitores, ar condicionado, câmera fotográfica, cadeiras, mesas, banco, armário, reposição de peças, ou materiais para reposição da planta industrial como bombas, válvulas, disjuntores, filtros, isolamento térmicos apropriados em sua maioria no centro de custo investimentos.

Aduz que a empresa poderia ter trazido em sua defesa outros fatos, demonstrativos ou cópias das notas a fim de embasar suas alegações de que aquelas matérias fazem parte do processo de industrialização do cimento. Ressalta que o autuado recebeu os demonstrativos para conferência 10 dias antes da Autuação, conforme fl. 07 do presente processo, para que efetuisse a conferência dos mesmos, não tendo se manifestado. Tomou ciência do auto mais de um mês após a lavratura, visto que o mesmo foi enviado por A.R. Teve, portanto mais de 60 dias para providenciar e anexar quaisquer provas pertinentes.

Salienta ainda, que as mesmas mercadorias contestadas foram objeto de autuação e julgamento procedente pelo CONSEF (vide ACORDÃO JJF 0253-02/12 da 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL), cujos demonstrativos teve acesso durante os trabalhos de fiscalização, transcrevendo trecho do citado acórdão.

INFRAÇÃO 02 – Afirma que no Projeto Aprovado, conforme Resolução 18/2003, em vigor até 10/11/2012, a mercadoria CLINQUER, não estava contemplada no incentivo DESENVOLVE concedido à empresa, conforme transcreveu:

O CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE, no uso de suas atribuições e nos termos da Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002, alterado pelos Decretos nº 8.413, de 30 de dezembro de 2002 e 8.435, de 03 de fevereiro de 2003,
RESOLVE:

Art. 1º Considerar habilitado aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE o projeto de ampliação da COMPANHIA DE CIMENTOS DO BRASIL, localizado no município Campo Formoso - Bahia, para produzir cimento. Grifou.

Acrescenta que a Resolução 18/2003 foi alterada pela Resolução 131/2012:

Retifica a Resolução nº 18/2003, que habilitou a COMPANHIA DE CIMENTOS DO BRASIL aos benefícios do DESENVOLVE:

O CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE no uso de suas atribuições e nos termos da Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002, e alterações e considerando o que consta do processo SICM nº 00990027992, RESOLVE:

Art. 1º Retificar a Resolução nº 18, de 12 de maio de 2003, que habilitou empresa COMPANHIA DE CIMENTOS DO BRASIL, CNPJ nº 10.919.934/0013-19 e IE nº10. 103.843NO, aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, para incluir, a partir de 1º de novembro de 2012, no caput do art. 1º a produção de clinquer, mantidas a Classe e o prazo final de concessão do benefício.

Destaca que fica claro que o incentivo era dado unicamente para a Produção e Vendas do produto final Cimento. Apenas a partir da Resolução 131/2012, o CLINQUER passou a fazer parte do incentivo.

Aduz que o CLINQUER é um produto obtido em uma fase intermediaria do processo de produção de cimento, que para transformar-se em cimento portland, comercializável, deverá passar por outras etapas de industrialização e assim como pela a adição de outros produtos secundários até a obtenção do produto final.

Ressalta que essa mesma matéria, em Auto de Infração lavrado contra o mesmo autuando, foi objeto de decisão prolatada pela 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, mediante o ACÓRDÃO CJF Nº 0165-12/12, o qual manteve a autuação, assim como novamente a 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NO ACÓRDÃO JJF Nº 0253-02/12, manteve outra autuação sobre a mesma Empresa e matéria.

INFRAÇÃO 03 - Entende que as alegações defensivas não encontram amparo nas disposições estabelecidas no Art. 343, XVIII, do RICMS/1997, haja vista seu inteiro teor:

Art. 343 – É diferido o lançamento do ICMS incidente sobre:

XVIII - nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados, para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente. Grifou.

Aduz que a norma tributária não excepciona *quaisquer estabelecimentos do regime de diferimento do imposto, quando do fornecimento de alimentação para consumo de seus empregados*. Em adição ao argumento anterior é vedada a concessão de habilitação para operar *no regime de diferimento às empresas do SIMPLES NACIONAL* conforme disposto no Art. 343, § 2º e 4º, do RICMS/1997, excetuadas duas operações elencadas no Art. 393, do mesmo diploma legal, mas que não abrigam as operações praticadas pela Nutri Refeições Coletivas.

Verifica, ainda, que o recolhimento do tributo pelo Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS nas operações alcançadas pelo instituto da Substituição Tributária, conforme disposições do Art. 386, do RICMS/BA, literalmente: “*O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido: I - nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária*”.

Acrescenta que o art. 438 do RICMS estabelece que o contribuinte que adquirir as refeições efetuará o recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, o que afasta a afirmação defensiva de que a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS em questão não seria do autuado. Frisam que esse é o entendimento do CONSEF quanto a essa questão (ACÓRDÃO JJF Nº 0253-02/12).

INFRAÇÃO 04 – Afirmam ser inverídica a afirmação do autuado de que não foram anexados ao Auto o demonstrativo com as mercadorias e números das notas, valores e quanto necessário a caracterização da infração, haja vista o demonstrativo apensado, fl. 314 do processo, constam todas as informações concernentes a autuação, inclusive mercadorias (corpo moedor, arame tubular e martelos), os quais são mercadorias destinadas a uso e consumo, baseados inclusive em parecer da DITRI número 01702/2011. Ademais O art. 93 do RICMS determina em seu § 1º:

§ 1º Salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que:

I - as mercadorias adquiridas e os serviços tomados:

- a) estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação;
- b) sejam consumidos nos processos mencionados na alínea anterior; ou
- c) integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso;

Ressaltam que as mercadorias descritas não se enquadram nas alíneas “b” e “c”, do § 1º, pois não se integram ao produto final nem tão pouco são consumidas em um processo fabril, sendo desgastadas em diversos processos, caracterizando-se, portanto com mercadorias de uso e consumo.

INFRAÇÃO 05 – Salientam que é inverídica a afirmação da defesa de que não foram anexados ao Auto o demonstrativo com as mercadorias e números da notas, valores e quanto necessário a caracterização da infração, haja vista o demonstrativo apensado às folhas 315 a 317 dos autos constam todas as informações concernentes a autuação, inclusive a chave das notas eletrônicas, para visualização no Portal da Nf-e, onde constam como autorizadas.

A Autuada comprovou a devolução de 03 notas constantes no demonstrativo: Número 1730, 1731 e 2599 dos meses de maio e novembro de 2011. No entanto não trouxe aos Autos provas para refutar a autuação das demais notas, que foram emitidas para sua Empresa, conforme relação das notas anexadas ao processo, e enviadas ao contribuinte para conferência, 10 dias antes da autuação.

Em função do comprovado nos autos retirou do demonstrativo os valores referentes às notas 1730, 1731 e 2599:

Nota 1730 de 27/05/2011 – R\$418.979,99

Nota 1731 de 27/05/2011 – R\$198.375,00

Total comprovado do mês de maio - R\$617.354,99

Nota 2599 de 30/11/2011 - R\$ 412.000,00

Total comprovado do mês de novembro – R\$412.000,00

Percebeu também um equívoco no lançamento dos valores no demonstrativo quando lançou os valores do mês 06 como sendo mês 05.

Refez o demonstrativo da infração, conforme a abaixo:

MÊS	Valor	Multa
1	R\$ 3.272,59	R\$ 327,26
2	R\$ 34.400,12	R\$ 3.440,01
3	R\$ 428,00	R\$ 42,80
4	R\$ 2.426,70	R\$ 242,67
5	R\$ 8.991,18	R\$ 899,12
6	R\$ 22.779,56	R\$ 2.277,96
7	R\$ 7.405,36	R\$ 740,54
8	R\$ 2.526,02	R\$ 252,60
9	R\$ 300.036,86	R\$ 30.003,69
10	R\$ 60.683,54	R\$ 6.068,35
11	R\$ 4.120,20	R\$ 412,02
Total Geral	R\$ 447.070,13	R\$ 44.707,01

Considera desnecessária a realização de diligências e ou perícias no presente processo, por estarem consignados todos os elementos comprobatórios das infrações levantadas e uma vez que toda a matéria foi objeto de julgamentos procedentes

Ao final, opina pela procedência parcial da autuação.

O autuado recebeu cópia da informação fiscal e do novo levantamento fiscal, sendo intimado para se manifestar, entretanto, silenciou.

VOTO

Inicialmente afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, alegando cerceamento do direito de defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

No que concerne aos argumentos de que na infração 01 faltou ao autuante apresentar quais os critérios legais adotados para a desclassificação das mercadorias discriminadas às folhas 11 a 48 como mercadorias destinadas ao ativo e que teria falta de inclusão no Demonstrativo fiscal do da descrição da função do bem, com relação ao seu objeto e a sua finalidade, os mesmos não podem ser acolhidos, uma vez que, para embasar a imputação, os autuantes acostaram aos autos os demonstrativos constantes as fls. 11/48 (demonstrativos 01A até 01L), fls. 49/53 (demonstrativo 02) e o livro CIAP do contribuinte fls. 55/307 (demonstrativo 01), além do demonstrativo de consolidação à fl. 10 do presente processo.

Analisando os demonstrativos acima, constatei que no demonstrativo da apropriação dos créditos indevidos relativos a materiais de uso e consumo de 2007 a 2010 (01A até 01L, localizado às fl. 11/48), consta uma coluna discriminativa chamada “**função do bem**”, uma coluna discriminativa onde consta o centro de custo da apropriação e outras duas com o código no demonstrativo 01 e o número do documento correspondente. O demonstrativo 01 é a cópia do CIAP do contribuinte do mês de janeiro de 2011, entregue a SEFAZ através da escrituração fiscal digital. A coluna código no demonstrativo 01 contém a correspondência entre a mercadoria autuada e o CIAP do contribuinte, localizado à fls. 55/307, onde constam todas as informações discriminativas das mercadorias, efetuadas pelo próprio contribuinte.

Constatei, ainda, que no exemplo apontado pelos autuantes em sua informação fiscal, corresponde exatamente os dados informados nos referidos demonstrativos, quais sejam, na terceira linha do demonstrativo localizado à fl. 11, consta a mercadoria ISOLAMENTO TERMICO CHAPEAMENTO FILTRO DE MANGA, cujo código no demonstrativo 01 é o número 07. À fl. 64, encontra a reprodução exata do CIAP, com uma coluna extra, incluída pela fiscalização, onde consta o código 07 dado a mercadoria no demonstrativo à fl. 11, para facilitar a localização e conferência de dados.

Entendo que não foi cerceada o direito de defesa do autuado em relação a infração 01, posto que teve em suas mãos todos os demonstrativos, conforme intimação à folha 325 dos autos, contendo as mercadorias autuadas, os valores, as parcelas, a função do bem por ela própria determinada e a infração cometida: considerou como bem do ativo mercadoria destinada a uso e consumo, assim como os dispositivos legais infringidos. Como exemplo cita que a descrição do bem número 7 dada pelo CIAP, à fl. 64 é: materiais e a função descrita: isolamento térmico, ou seja foi creditado R\$75,21 em janeiro de 2011, correspondente à parcela 33, de materiais para isolamento térmico, número do documento 142, e a nota foi emitida em 02/05/2008 (os demonstrativos também foram entregues em meio magnético para melhor visualização). Outro exemplo, citado na informação

fiscal: foi creditado R\$0,23, relativamente à parcela 16, de materiais cuja função descrita é terminais de fixação, com código no demonstrativo 01: 15 e número da nota 319.

Quanto a infração 04, de igualmente não pode ser acolhida a arguição de nulidade, uma vez que restou comprovado nos autos que o sujeito passivo recebeu cópia do levantamento fiscal que embasaram a imputação, conforme termo de Intimação acostado à folha 325 dos autos. No citado demonstrativo, fl. 314, constam todas as informações concernentes a autuação, inclusive mercadorias (corpo moedor, arame tubular e martelos), além dos dados das notas fiscais, entre eles a data de emissão, o número do documento, o CNPJ do emitente etc.

No tocante a infração 05, também não pode ser acolhida a arguição de nulidade, uma vez que, assim como nas demais infrações, o sujeito passivo recebeu cópia do levantamento fiscal que embasaram a imputação, conforme termo de Intimação acostado à folha 325 dos autos. No citado demonstrativo constam as mercadorias e números da notas, valores e quanto necessário a caracterização da infração, haja vista o demonstrativo apensado às folhas 315 a 317 dos autos constam todas as informações concernentes a autuação, inclusive a chave das notas eletrônicas, para visualização no Portal da Nf-e, onde constam como autorizadas.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99.

No mérito, na infração 01 é imputado ao sujeito passivo ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, tendo o contribuinte incluído no CIAP e apropriou-se a cada mês de 1/48, do valor referente ao crédito de mercadorias para uso e consumo como se fossem mercadorias destinadas ao ativo fixo, conforme demonstrativos 01A até 01L onde constam as mercadorias que entraram no estabelecimento de 2007 a 2010 e o demonstrativo do ativo 02 onde estão as entradas com créditos indevidos do ano de 2011, assim como o livro CIAP DO CONTRIBUINTE baixado da escrituração fiscal digital do mesmo, do mês de janeiro de 2011, onde constam todas as características dos bens lançados a credito, seja valor, função, número da nota, valor da parcela apropriada e centro de custo utilizado.

Acolho o procedimento da fiscalização, o qual inclusive relacionou às folhas 806 a 809 dos autos às mercadorias e respectivos serviços de transportes relativos às mercadorias objeto da autuação. Analisando a referida relação, resta claro que se trata de mercadorias adquiridas para uso e consumo, pois são móveis e utensílios descritos como monitores, ar condicionado, câmara fotográfica, cadeiras, mesas, banco, armário, reposição de peças, ou materiais para reposição da planta industrial como bombas, válvulas, disjuntores, filtros, isolamento térmicos apropriados em sua maioria no centro de custo investimentos, os quais o autuado classifica diversamente, como sendo mercadorias destinadas ao seu ativo imobilizado, embora essa se relacionem de algum modo à manutenção das atividades do estabelecimento, nem por isso, deixam de se referir a mercadorias para uso e consumo.

Destaco que a LEI COMPLEMENTAR Nº 87 de 13 de setembro de 1996, no artigo 20, assegura ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação. Entretanto, o artigo 33, inciso I, da cota lei, estabelece que somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020.

Logo, entendo que a infração 01 restou caracterizada.

Na infração 02 é imputado ao autuado ter recolhido a menos o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE), nos meses de janeiro, fevereiro, maio e junho de 2011. Consta da acusação que quando o contribuinte incluiu as transferências de CLINQUER para outros estabelecimentos, não estando essas mercadorias no rol das mercadorias passíveis de incentivo conforme resolução 18/2003 que apenas habilitava o contribuinte para produzir cimento.

Cabe destacar que essa mesma matéria, em Auto de Infração lavrado contra o mesmo contribuinte autuando, foi objeto de decisão prolatada pela 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, mediante o ACÓRDÃO CJF Nº 0165-12/12, o qual manteve a autuação, conforme trecho do relatório e voto sobre a questão em tela, abaixo transcrito:

RELATÓRIO

...

Infração 04 – recolheu a menos o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE), nos meses de fevereiro a dezembro de 2009, exigindo imposto no valor de R\$382.243,32. Consta que se refere a erro na quantificação da parcela sujeita ao incentivo, pois o contribuinte não deduziu do saldo devedor apurado, o ICMS relativo às saídas de mercadorias, sob as rubricas “saídas outras”, “vendas de mercadorias adquiridas de terceiros”, “remessa de sacaria” e “transferências de produto intermediário” (clinquer), operações essas não amparadas pelo DESENVOLVE;

...

VOTO

Quanto à infração 4, que cuida do recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa DESENVOLVE, a Junta de Julgamento Fiscal entendeu, corretamente, que, de fato, existem erros nos cálculos realizados pelo recorrente no período fiscalizado. As operações que envolvem “venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros”, “devolução de compra para industrialização ou produção rural”, “devolução de mercadoria recebida em consignação mercantil ou industrial”, “remessa de vasilhame ou sacaria” e “outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado”, correspondentes aos CFOP’s 5102, 6102, 6201, 6918, 5920, 6920 e 6949, referem-se a saídas não vinculadas às operações próprias geradas em razão do projeto incentivado.

Na matéria em questão, não se pode deixar de observar e cumprir o quanto determina o Decreto nº. 8.205/02 que institui o Programa DESENVOLVE, muito menos se pode deixar atentar para os projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo do referido Programa, tudo porque é preciso que se verifique, com acuidade, quais são, efetivamente, as operações próprias, acobertadas pelo projeto acima referido. Nesse diapasão é que quando se verifica que estão inclusas nas parcelas beneficiadas operações que lá não deveriam estar, há a necessidade de se proceder à exigência do imposto correspondente, tal como fez o autuante, conduta ratificada pelos julgadores de primo grau.

Referentemente à Instrução Normativa 57/2009, vejo que os argumentos recursais são desprovidos de sustentabilidade, haja vista que, como bem apontou o relator a quo, a dita Instrução não inova a legislação relacionada ao DESENVOLVE, dado que é instrumento incompetente para tanto. Ademais, a própria legislação cuidou de regular a matéria, tratando especificamente das “saídas de produtos de fabricação própria não vinculado ao projeto aprovado” - o art. 3º do Decreto 8.205/02.

Pelo exposto, entendo que não merece qualquer reparo a Decisão recorrida.

Comungo integralmente com a decisão acima transcrita, ademais, não resta dúvida ao analisar os demonstrativos que em embasaram a autuação, fls. 309 a 314 dos autos, que, no caso em lide, a fiscalização indicou a existência de erros nos cálculos procedidos pelo contribuinte no período compreendido entre nos autuados, estando vinculados às operações concernentes transferência de produção do estabelecimento, clinquer, a saídas não vinculadas às operações próprias geradas em razão do projeto incentivado. Tais incorreções decorreram de infringência ao quanto estipulado no próprio Decreto nº 8.205/02, instituidor do Programa DESENVOLVE, haja vista que não

correspondem a operações próprias, geradas em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo do referido Programa.

Cabe destacar que somente com a alteração da Resolução nº 18/2003, mediante Resolução nº 131/2012, abaixo reproduzida, é que o produto CLINQUER passou a fazer parte do incentivo, a partir de 1º de novembro de 2012:

Retifica a Resolução nº 18/2003, que habilitou a COMPANHIA DE CIMENTOS DO BRASIL aos benefícios do DESENVOLVE:

O CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE no uso de suas atribuições e nos termos da Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002, e alterações e considerando o que consta do processo SICM nº 00990027992, **RESOLVE:**

Art. 1º Retificar a Resolução nº 18, de 12 de maio de 2003, que habilitou empresa COMPANHIA DE CIMENTOS DO BRASIL, CNPJ nº 10.919.934/0013-19 e IE nº10. 103.843NO, aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, para incluir, a partir de 1º de novembro de 2012, no caput do art. 1º a produção de clinquer, mantidas a Classe e o prazo final de concessão do benefício.

Destaca os fatos geradores objeto da presente lide ocorreram antes da Resolução nº 131/2012.

Assim, entendo que a infração 02 restou caracterizada.

Na infração 03 é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher o ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo imposto diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo pelos seus funcionários, nos meses de fevereiro, março, abril e maio de 2011, exigindo o imposto no valor de R\$11.112,09. Consta que trata-se do ICMS devido por diferimento, relativo aos fornecimentos de alimentação para consumo por parte dos empregados;

Em sua defesa o autuado se insurge conta o lançamento fiscal aduzindo ter ocorrido cobrança em duplicidade do imposto, pois o fornecedor é empresa de pequeno porte, inscrita no Simples Nacional, no fornecimento de alimentos não haveria diferimento do imposto, para cobrança do destinatário, tendo em vista que o ICMS já teria sido recolhido, com base no regime de apuração de ICMS em função da receita bruta.

O argumento defensivo não é capaz de elidir a autuação, pois entendo que o procedimento fiscal foi corretamente executado, estando para no art. 343, inciso XVIII, c/ com o art. 438, ambos do RICMS/97.

De acordo com o artigo 343, inciso XVIII do RICMS-BA, o lançamento do ICMS incidente nos fornecimentos de refeições a estabelecimento de contribuinte, destinados ao consumo por parte de seus empregados, fica diferido para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento adquirente.

No mesmo sentido, o art. 438 do RICMS estabelece que o contribuinte que adquirir as refeições efetuará o recolhimento do imposto por ele lançado, na condição de responsável solidário, o que afasta a afirmação defensiva de que a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS em questão não seria do autuado, ficando afastada a alegação defensiva de exigência tributária em duplicidade do ICMS devido pela operação em questão.

Logo, entendo que o fornecedor das refeições, ao contrário do quanto sustentado na defesa, não recolheu o ICMS relativo às operações de venda para o autuado, exigidos por intermédio desta infração 03, restando, portanto, caracterizada.

Na infração 04 é imputado ao sujeito passivo ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, março, abril, maio, junho e novembro de 2011.

Em sua defesa, entende o sujeito passivo que os corpos moedores, bolas de aço, martelo para britador de CLINQUER, arame tubular são qualificados como produtos intermediários, utilizados diretamente no processo de industrialização de cimento e nesse processo são desgastadas até a sua total utilização, tornando-se inúteis para qualquer finalidade, sendo permitido o crédito

fiscal, inciso I, § 4º, artigo 29, da Lei nº 7.014/96 e artigo 93, inciso I, alínea “b”, do Dec. Nº 6.284/97. Salientou que sua tese encontra-se embasada na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Ressaltou os citados produtos se enquadram na definição de produto intermediário trazido pela Instrução Normativa SLT nº 01/86, do Estado de Minas Gerais.

Sem sobra de dúvida a legislação tributária estadual prevê a utilização de créditos fiscais referentes a produtos intermediários, entretanto, cabe examinar se efetivamente os produtos objeto da autuação ora em lide podem ser considerados como intermediários ou materiais para uso e consumo.

O artigo 93 do RICMS determina em seu § 1º:

§ 1º Salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que:

I - as mercadorias adquiridas e os serviços tomados:

- a) estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação;*
- b) sejam consumidos nos processos mencionados na alínea anterior; ou*
- c) integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso;*

Da inteligência dos dispositivos acima, a legislação tributária estadual prevê que para que um produto seja considerado como intermediário, é necessário que ele integre o produto final como elemento indispensável à sua composição ou, não havendo a integração, que seja consumido, inutilizado, gasto ou destruído a cada processo produtivo, de forma que seja necessária a sua renovação, em cada novo processo.

Examinando os produtos em questão constato que são utilizados no processo produtivo do autuado e se desgastam, entretanto, eles não se integram ao produto final na condição de elementos indispensáveis e nem são consumidos, inutilizados, gastos ou destruídos a cada processo produtivo, exigindo a sua renovação a cada novo processo.

Para elucidar esta questão, entendo ser necessário transcrever trecho dos Acórdãos abaixo, os quais tratam, além de outros produtos, das “bolas de aço”:

“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº0455/99

...

Efetivamente, hastes, punho de aço, brocas, bolas de aço, barra para brocas, bico de pato, papel filtro, coroa de aço, revestimentos dos moinhos e outros listados nos demonstrativos apensos, são materiais de uso e consumo, ferramentais, que embora utilizados na atividade mineradora, não se revestem, repetimos, da natureza de insumos ou produtos intermediários, como quer fazer crer o autuado, e como entendem os doutos relatores, de forma inteiramente equivocada.

Aliás a revisão procedida pelo DICO , efetuada “in loco”, foi no sentido de que a definição de insumo dada pela contabilidade de custos, que abrange inclusive a mão de obra - é restringida na legislação do ICMS ao disposto no Art. 94 e 95 do RICMS/89, e que portanto, “...a mercadoria ou produto para ter direito ao crédito fiscal do ICMS, deve ser consumida no processo produtivo, mas de tal maneira que a sua utilização importe em sua destruição”, e que das mercadorias arroladas pelo autuante apenas o óleo diesel utilizado na extração do minério, nas máquinas e equipamentos envolvidos daria direito a crédito, por ter esta característica de sua utilização implicar em sua destruição. Conclui afirmando que, “..As demais, efetivamente, se desgastam, no entanto, é um desgaste gradual, que propicia repetidas utilizações.”

Tomemos, como exemplo, o produto bolas de aço, embora o mesmo seja utilizado na atividade mineradora, e haja efetivamente o seu desgaste na produção, tal desgaste ou consumo se dá durante um período de tempo, não sendo tal desgaste instantâneo - como é o caso dos explosivos e cordel detonante, produtos utilizados na atividade mineradora e que são reconhecidos como produtos intermediários pela nossa legislação - aliás o próprio contribuinte na sua peça defensiva afirma não haver tal desgaste instantâneo, quando diz textualmente que “...o fato é que após algum tempo, a ação mecânica das bolas provoca sua deterioração quebra ou desgaste, de modo a se tornarem inúteis...”(vide fls. 461)

Ressalve-se que a definição de produtos intermediários e de insumos em contraposição ao conceito de materiais de uso e consumo é de suma importância, tendo em vista que embora a legislação permita o uso dos créditos em relação aos primeiros, veda expressamente o creditamento nas aquisições dos últimos, só o permitindo a partir de janeiro do ano 2000, com base na LC 87/96. Daí porque ressalta-se a importância do Parecer Normativo 01/88, da lavra da Procuradoria Fiscal, que de forma brilhante e sempre contemporânea definiu tais produtos, diferenciando-os.”

“1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0015-11/03

Tem imperado nas decisões do CONSEF, órgão de julgamento administrativo fiscal do Estado da Bahia, o entendimento contido no Parecer Normativo nº 1, da Procuradoria da Fazenda Estadual, que expressa posição de que não estão albergados no conceito de produtos intermediários e de matérias-primas os chamados bens instrumentais ou ferramentais, considerados acessórios ou componentes de reposição de maquinários leves ou pesados. Nesse conceito se incluiriam as denominadas “bolas de aço” ou “bolas de moagem e britagem”. Com referência aos demais produtos elencados nos demonstrativos do Auto de Infração e referenciados na decisão da Junta, o Parecer Normativo nº 1 também os exclui do conceito de produto intermediário por se enquadarem no conceito de produtos não afetados diretamente ao processo produtivo mas consumidos pelo estabelecimento na conservação, limpeza e em serviços diversos executados na linha de produção ou exploração de matérias-primas. A legislação do ICMS adota, desde a Constituição Federal até a lei ordinária, o princípio do crédito físico, salvo as exceções expressas, que vincula entradas tributadas a saídas tributadas. Esta é a substância do princípio da não-cumulatividade do ICMS, positivada no art. 155, § 2º, inc. I da Carta Magna, que admite a compensação do imposto em relação às operações de entradas tributadas vinculadas a saídas também tributadas, salvo hipótese de manutenção de crédito. Em consequência, a compensação do ICMS se estabelece com referência às operações de aquisição de mercadorias e produtos que estejam vinculados diretamente ao processo de transformação dos insumos de que decorra, na etapa seguinte, saídas tributadas pelo imposto. As etapas vinculadas outros processos, indiretamente vinculados à produção, a exemplo da manutenção de equipamentos, tratamento de resíduos industriais e conservação de maquinário, que se realizam “a latere” do processo produtivo, ensejam consumo de produtos que a legislação fiscal dá o tratamento de materiais de consumo e que, portanto, não asseguram direito de apropriação de crédito fiscal. Em verdade, o sistema de crédito que tem imperado na operatividade do ICMS é restrito, não comportando ampliações para abranger os insumos empregados na conservação, limpeza ou reposição de peças de equipamentos (bens ferramentais), pois, tudo que entra no processo produtivo é insumo, porém, nem todo insumo gera direito ao crédito. Esse é o entendimento que deflui da interpretação das normas que compõem o ordenamento, referentes a crédito fiscal do imposto de circulação de mercadorias, contidas na Lei Complementar nº 87/97, Lei Estadual nº 7014/96 e Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Decisões reiteradas do órgão administrativo de julgamento consignadas nos Acórdãos nºs 0130/00, 0222/00, 1134/00, 1416/00, 1731/00, 2667/00, vem se posicionando no sentido de que produtos não diretamente afetados ao processo de produção ou extração não geram direito de crédito fiscal. Nessas circunstâncias, em que as citadas mercadorias, apesar de indispensáveis, não são objeto de consumo direto no processo produtivo ou extrativo ou na elaboração dos produtos finais, mas participam do processo na qualidade de agentes de manutenção dos equipamentos ou peças de reposição, enquadraram-se na categoria de material de consumo, cujos créditos só estarão assegurados aos contribuintes a partir do ano de 2007, por força de disposição da Lei Complementar nº 114/02.”

Efetivamente, não resta dúvida de que o entendimento dominante nas decisões prolatadas pelo o Conselho de Fazenda Estadual-CONSEF, órgão de julgamento administrativo tributário do Estado da Bahia, embasado, inclusive, no entendimento contido no Parecer Normativo nº 1, da Procuradoria da Fazenda Estadual, que expressa posição de que não estão albergados no conceito de produtos intermediários e de matérias-primas os chamados bens instrumentais ou ferramentais, considerados acessórios ou componentes de reposição de maquinários leves ou pesados, entre os quais incluiriam os denominados os corpos moedores, martelo para britador de CLINQUER, arame tubular.

Em relação a decisão acostada pela defesa, entendo que não é capaz de elidir a imputação, uma vez que se trata de decisão isolada do tribunal, não sendo, portanto, uma jurisprudência consolidada pela nobre corte. Ademais, como já dito acima, colide frontalmente com a jurisprudência administrativa deste Conselho de Fazenda.

Em relação à Instrução Normativa nº 01/86, da Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais,

saliento que a sua aplicação se restringe àquela unidade da Federação, não possuindo a citada Instrução Normativa o condão de modificar o previsto na legislação tributária baiana.

É Importante destacar que as decisões administrativas e judiciais colacionadas pelo contribuinte na peça de defesa, não podem servir de lastro para alterar o entendimento aqui externado, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente, através de Decisão judicial no caso concreto, em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “*erga omnes*”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada na presente lide.

Considero, portanto, que os produtos em questão não são produtos intermediários, são classificados como materiais de uso e consumo do próprio estabelecimento, sendo vedada a apropriação dos créditos fiscais no período objeto da autuação.

Logo, não resta dúvida que o procedimento do autuante foi correto, devendo ser mantida a infração 04.

Na infração 05 é imputado ao sujeito passivo ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Entendo que o argumento defensivo de que tais notas fiscais nunca estiveram em poder do autuado, não é capaz de elidir a imputação, uma vez que a autuação foi embasa no sistema eletrônico de emissão de notas fiscais, sob o controle da SEFAZ/BA, fato que comprova que as mercadorias foram recebidas pelo estabelecimento autuado.

Entretanto, entendo que deve ser acolhido, parcialmente, o argumento defensivo de que as Notas Fiscais nºs 2599, 2692, 1730, 028, 1731 e 029 foram objeto de devolução, fato que foi verificado e constatado pelos próprios autuantes, os quais revisaram o levantamento fiscal, excluindo as Notas Fiscais nºs 1730, 1731 e 2599 dos meses de maio e novembro de 2011.

Quanto a demais notas fiscais o autuado não trouxe aos autos provas para refutar a autuação.

Cabe destacar que o sujeito passivo recebeu relação das notas objeto da autuação, fl. 07 dos autos, para conferência antes da autuação, e depois na ciência do Auto de Infração. Como já consignado no inicio desse voto, ao tratar das questões preliminares, no citado demonstrativo constam as mercadorias e números das notas, valores e quanto necessário a caracterização da infração, haja vista o demonstrativo apensado às folhas 315 a 317 dos autos constam todas as informações concernentes a autuação, inclusive a chave das notas eletrônicas, para visualização no Portal da Nf-e, onde constam como autorizadas.

Acolho o resultado da diligência, uma vez que foi embasa em documentos fiscais apresentado pela defesa. Ademais, devo ressaltar que, diante revisão do levantamento fiscal, o autuado recebeu cópia do novo demonstrativo sendo informado do prazo legal para se manifestar, entretanto, silenciou. Interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito do novo valor reclamado, conforme Art. 140 do RPAF/99, o qual determina que “*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.*”

Ao final, opina pela procedência parcial da autuação, no valor R\$44.707,02, conforme planilha à folha 413 dos autos.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** o Auto de Infração, no valor de R\$861.571,71, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	V. HISTÓRICO DEVIDO
1	PROCEDENTE	348.398,86
2	PROCEDENTE	446.815,97
3	PROCEDENTE	11.112,09
4	PROCEDENTE	10.537,77
5	PPROCEDENTE EM PARTE	44.707,02
TOTAL		861.571,71

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269140.0100/12-9, lavrado contra **CCB – CIMPOR CIMENTOS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$816.864,69**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações tributárias acessória no valor de **R\$44.707,02**, prevista no inciso IX, do citado diploma legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADOR