

A.I. Nº - 269200.0110/12-5
AUTUADO - BORRACHAS VIPAL NORDESTE S.A.
AUTUANTE - JOÃO FLÁVIO MARQUES DE FARIA
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 14/06/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0138-03/13

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. a) Exigência do imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de saídas. **b)** FALTA DE RETENÇÃO E O CONSEQUENTE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. Infrações subsistentes e reconhecidas. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Multa de 1%. Comprovado pelo contribuinte e acolhido pelo autuante o efetivo retorno de algumas mercadorias não tendo ingressado no estabelecimento, cujas notas fiscais foram excluídas do levantamento fiscal reduzindo a exigência fiscal. Infração parcialmente subsistente. **b)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Multa de 10%. Arguições da defesa comprovadas. Infração insubsistente. **3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS NÃO REGISTRADAS NA ESCRITA FISCAL E DETECTADAS PELA FISCALIZAÇÃO TRÂNSITO DE MERCADORIAS - CFAMT. Comprovado pelo contribuinte e acolhido pelo autuante o efetivo retorno de algumas mercadorias não tendo ingressado no estabelecimento cujas notas fiscais foram excluídas do levantamento fiscal reduzindo a exigência fiscal. Infração parcialmente subsistente. **b)** PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL. Infração reconhecida e caracterizada. **c)** MATERIAIS DE USO OU CONSUMO CONSIDERADOS PELO AUTUADO COMO INSUMO. Diligência realizada pela ASTEC demonstrou que alguns dos materiais arrolados no levantamento fiscal têm utilização vinculada ao processo fabril e nele é diretamente exaurido, os quais foram excluídos da exigência, consoante previsão do §1º, inciso I, “a” e “b” do art. 93 do RICMS-BA/97, e mantidas as relativas aos produtos que não são aplicados nas atividades produtivas, nem se enquadram no conceito de insumo, ou seja, trata-se de materiais de uso ou consumo. Infração parcialmente mantida. **4. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Reconhecida pelo impugnante, infração caracterizada. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a)** MATERIAL DE USO OU

CONSUMO. **a.1)** PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL. O autuado se apropriou do crédito fiscal nos serviços de transporte nas aquisições interestaduais de bens de uso e consumo. Infração mantida e reconhecida. **a.2)** MATERIAIS DE USO OU CONSUMO CONSIDERADOS PELO AUTUADO COMO INSUMO. Diligência realizada pela ASTEC demonstrou que alguns dos materiais arrolados no levantamento fiscal têm utilização vinculada ao processo fabril e nele é diretamente exaurido, os quais foram excluídos da exigência, consoante previsão do §1º, inciso I, “a” e “b” do art. 93 do RICMS-BA/97, e mantidas as relativas aos produtos que não são aplicados nas atividades produtivas, nem se enquadram no conceito de insumo, ou seja, trata-se de materiais de uso ou consumo. Infração parcialmente subsistente. **b)** OPERAÇÃO COM NÃO-INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. O autuado utilizou crédito fiscal destacado em notas fiscais de entradas de bens para demonstração, operação amparada por suspensão e não comprovou o estorno do crédito e nem a posterior devolução dentro do mesmo período de apuração. Infração reconhecida. **c)** ATIVO IMOBILIZADO. APROPRIAÇÃO A MAIS. Comprovado nos autos e procedida a exclusão de uma das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal que não teve o crédito fiscal destacado lançado na escrita fiscal. Infração elidida em parte. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/06/12, diz respeito aos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do imposto do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2009 e 2010, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Exigido o valor de R\$8.514,53, acrescidos das multas de 70% e 100%;
2. Falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2009 e 2010. Exigido o valor de R\$2.724,65, acrescido da multa de 60%;
3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro a junho, setembro e outubro e dezembro de 2009 e março e abril de 2010. Sendo indicada a multa de 1% sobre o valor das operações resultando no valor de R\$534,86;

4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de janeiro de 2009. Sendo indicada a multa de 10% sobre o valor das operações resultando no valor de R\$7.904,96;
5. Deixou de recolher ICMS 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, nos meses de fevereiro e março, maio, setembro, outubro e dezembro de 2009 e março e abril de 2010. Sendo exigido o imposto no valor de R\$2.806,23, acrescido da multa de 60%;
6. Deixou de recolher ICMS devido pelas importações realizadas pelo estabelecimento, nos meses de janeiro, junho e novembro de 2010. Sendo exigido o imposto no valor de R\$6.551,08, acrescido da multa de 60%;
7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de julho, setembro a dezembro de 2008 e janeiro de 2009 a abril de 2012. Sendo exigido o imposto no valor de R\$73.075,67, acrescido da multa de 60%;
8. Deixou de recolher ICMS 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, nos meses de setembro de 2008 a maio de 2011. Sendo exigido o imposto no valor de R\$16.889,21, acrescido da multa de 60%;
9. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto, nos meses de janeiro, março e abril, julho e agosto, outubro a dezembro de 2009, janeiro a setembro e novembro de 2010. Sendo lançado imposto no valor de R\$47.252,09, mais multa de 60%;
10. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de fevereiro a abril de 2010. Sendo lançado imposto no valor de R\$18.264,09, mais multa de 60%;
11. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2009 e março de 2009 a dezembro de 2010. Sendo lançado imposto no valor de R\$74.180,85, mais multa de 60%;
12. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias proveniente de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2009 e março de 2009 a dezembro de 2010. Sendo exigido o imposto no valor de R\$105.085,33, acrescido da multa de 60%.

O contribuinte, por meio de advogado com procuração à fl. 106, defende-se, fls. 74 a 101, suscitando em preliminar a nulidade da autuação sob a alegação da falta de fundamentação motivacional em virtude da ausência da descrição da fundamentação dos motivos e dispositivos legais da autuação. Sustenta que a falta desses elementos de convicção e dos elementos fáticos ocorridos retiram sua insegurança jurídica.

Discorre sobre os princípios da ampla defesa, da legalidade, do devido processo legal e da motivação para corroborar sua tese de que a falta de fundamentação motivacional acarreta nulidade do Auto de Infração.

Depois de transcrever o inciso III do art. 39 do RPAF-BA/99, afirma que diante de tão poucas informações não dispõe todos os elementos necessários para efetivar seu direito de defesa, o que, segundo seu entendimento, caracteriza afronta ao princípio da ampla defesa e do contraditório, devendo ser desconstituído o Auto de Infração.

Ao tratar do mérito informa inicialmente que reconhece a integralidade das infrações 01, 02, 06, 07 e 08 e parcialmente a infração 10 no que diz respeito às aquisições com data de ocorrência em 28/02/2010 e 30/04/2010 no valor histórico de R\$9.101,99.

No tocante à infração 03, diz que a fiscalização apurou que teria sido dada entrada em seu estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem efetuar o registro na escrita Fiscal, deixando de ser efetuado o registro de notas fiscais de entrada em operações não tributáveis, as quais foram retidas pela fiscalização do trânsito de mercadorias.

Esclarece que toda a mercadoria retida pela fiscalização trata-se de peças e equipamentos enviados pelos fornecedores sem qualquer solicitação.

Observa que em grandes operações de compra e venda é comum que os fornecedores enviem algumas peças em número maior do que foi acertado no contrato. Destaca que essas peças, enviadas por equívoco dos fornecedores, sequer chegaram a entrar em seu estabelecimento.

Frisa que ao fazer a conferência das mercadorias enviadas, todos os produtos que não tenham sido solicitados são imediatamente recusados e devolvidos para os fornecedores. Acrescenta que não há qualquer comprovação por parte da fiscalização de que as mercadorias constantes nas notas fiscais relacionadas nesta infração deram entrada em seu estabelecimento.

Para comprovar o alegado, diz juntar por amostragem, notas fiscais que supostamente teriam sido recebidas, juntamente com a nota fiscal de entrada desta mesma mercadoria no próprio estabelecimento do fornecedor, como devolução de venda, fls. 138 a 152.

Frisa que as referidas mercadorias que nunca foram solicitadas, nunca deram entrada em seu estabelecimento, e que ao constatar o envio, por equívoco do fornecedor, de peças e equipamentos não solicitados, imediatamente devolveu as mercadorias para o respectivo fornecedor, que por sua vez, ao receber a mercadoria recusada, emitiu uma nota fiscal de entrada, registrando como natureza da operação devolução de venda de mercadoria.

Informa que ora junta apenas algumas das notas fiscais glosadas pela fiscalização, pelo critério de amostragem, no entanto, se for necessário o exame de toda a documentação pertinente, em face do grande volume, desde já requer a baixa em diligência para verificar todo o alegado.

Arremata destacando que não merece prosperar o entendimento da fiscalização na presente infração, eis que, não ocorreu a entrada de mercadorias em operação não tributáveis, devendo ser afastada a presente infração e consequentemente afastada a multa aplicada.

Em relação à infração 04, repisa todos os argumentos aduzidos em relação à infração 03 acrescentando que se reforçam os argumentos anteriormente expostos, uma vez que a mercadoria constante na nota fiscal autuada na presente infração nunca ingressou em seu estabelecimento, que ao receber a referida mercadoria enviada por equívoco do fornecedor, recusou a mercadoria e devolveu a mesma, sendo que o fornecedor, no caso em análise, a empresa Plastrela Embalagens Flexíveis Ltda. ao receber a mercadoria em devolução emitiu a Nota Fiscal de entrada nº 742288, fl. 152, informando como natureza da operação “devolução de venda”.

Por fim diz não merecer prosperar o entendimento da fiscalização na presente infração, eis que, não ocorreu a entrada da mercadoria em operação tributável, devendo ser afastada a presente infração e consequentemente afastada multa aplicada.

Quanto à infração 05, diz que da mesma foram como elucidado nas infrações anteriores, não houve a entrada das mercadorias relacionadas pela fiscalização em seu estabelecimento.

Sustenta que deve ficar claro que não se trata aqui de mercadorias que entraram em seu estabelecimento e não foram registradas na escrita fiscal, como quer crer a fiscalização, e sim de mercadorias que jamais ingressaram no estabelecimento, eis que somente lhe foram enviadas por erro dos fornecedores, sendo que ao constatar tal equívoco prontamente recusou as mercadorias e devolveu as mesmas, conforme se comprova pelas notas fiscais de entrada das mercadorias autuadas no respectivo fornecedor, constando como natureza da operação “devolução de venda”.

Reafirma que, como nos itens anteriores, não merece prosperar o entendimento da fiscalização na presente infração, eis que, não ocorreu a entrada das mercadorias atuadas, que em momento algum foram solicitadas junto a fornecedores, devendo ser afastada a presente infração e consequentemente afastada multa aplicada.

Ao cuidar da infração 09, menciona que de acordo com a fiscalização ocorrera utilização indevida crédito fiscal do ICMS referente a operações não tributadas (remessa para demonstração, empréstimo e outras operações que indicam que a operação não está no campo de incidência do imposto), mesmo tendo sido destacado o valor do imposto nos respectivos documentos fiscais.

Esclarece que as operações atuadas tratam de operações de envio de peças e máquinas para demonstração e teste oriundas de outros estados, as quais são operações tributáveis. Prossegue observando que muitas vezes, algumas peças e máquinas como, por exemplo, motores, são primeiro enviados para demonstração ou teste do produto para conferir se a peça ou parte irá se adaptar nas máquinas e equipamentos já existentes na empresa. Arremata destacando que realizados estes testes, os produtos são devolvidos para os fornecedores, sendo emitida uma nota de saída das mercadorias com o devido destaque do imposto.

Afirma que somente lançou crédito fiscal de ICMS, no momento da saída das mercadorias, quando foi feito o destaque do imposto, e que havendo o débito é legítimo o creditamento, como forma de estornar o ICMS incidente na entrada do estabelecimento.

Diz que para comprovar o alegado anexa as notas fiscais de saída das referidas mercadorias com o devido destaque do imposto, fls. 154 a 202, sendo que somente após as saídas das mercadorias que a empresa tomou o crédito.

Frisa que havendo o destaque do ICMS na saída das mercadorias, o procedimento adotado não gerou qualquer tipo de dano ao erário.

Reafirma que também não merece prosperar o entendimento da fiscalização na presente infração, eis que, as operações atuadas nesta infração, referem-se de operações com incidência de ICMS, sendo que a apropriação do crédito ocorreu apenas na saída da mercadoria, após o destaque do ICMS, não causando qualquer tipo de lesão ao erário, pois somente significou como “estorno” do débito lançado na entrada, e, portanto deve ser afastada a presente infração e consequentemente afastada multa aplicada.

No que diz respeito à infração 10, assevera reconhecer parcialmente esse item da autuação apenas no que diz respeito às aquisições com data de ocorrência em 28/02/2010 e 30/04/2010, no valor histórico de R\$9.101,99.

Ressalta que no tocante à operação com data de ocorrência em 09/04/2010, no valor de R\$9.162,10, não merece prosperar o entendimento da fiscalização, eis que conforme cópia do livro Registro de Entradas, fls. 204 e 205, não houve creditamento do respectivo valor.

Requer que seja afastada a referida glosa, bem como a multa de 60%.

Em sua defesa relativa à infração 11, informa inicialmente, que é pessoa jurídica de direito privado, que exerce atividades de: a) industrialização, comércio, importação e exportação de reparos a frio, vulcanizantes e autovulcanizantes, para pneus e câmaras de ar, inclusive suas matérias-primas; b) industrialização comércio, importação e exportação de borracha e pneumáticos, seus artefatos, maquinários e equipamentos em geral, para ramos automotivo, esportivo e industrial, adesivos, solas e produtos de limpeza em geral; c) a prestação de serviço no seu ramo de atividade; d) a administração de negócios e de outras sociedades; e, e) a participação em outras sociedades.

Enfatiza que, embora seja cumpridora de suas obrigações tributárias, sofreu autuação decorrente de suposta infração, consubstanciada no fato de que de acordo com a fiscalização teria feito o

aproveitamento de créditos de ICMS referente a aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento.

Ressalta que, da análise do Auto de Infração depreende-se que a fiscalização teve por base as informações obtidas através de documentos fiscais, inexistindo nos autos qualquer análise física acerca das mercadorias adquiridas e mencionadas nas notas fiscais objeto da autuação, o que impossibilita a verificação quanto à efetiva utilização, no processo produtivo, dos itens adquiridos.

Revela que a acusação fiscal de que as mercadorias adquiridas referem-se a material de uso e consumo, baseou-se em mera presunção da fiscalização quanto à efetiva destinação das mercadorias arroladas no levantamento fiscal.

Menciona que os créditos apropriados têm sua legitimidade assegurada no fato de as mercadorias adquiridas serem indispensáveis ao processo produtivo, sofrendo desgaste em função da sua utilização permanente no processo fabril, não sendo destinadas ao uso e consumo da empresa.

Com o objetivo de demonstrar a improcedência das glosas apontadas, traz a colação explicação detalhada de cada item glosado, bem como fotos, fls. 89 a 92, que demonstram a essencialidade do produto adquirido, os quais se apresentam indispensáveis ao produto final, partindo da premissa de que nenhum dos itens a seguir caracteriza material de uso e consumo:

- **NAVALHAS:** discos redondos, preparados e utilizados para corte de borracha sobre cilindros misturadores. Durante seu uso ocorre um desgaste acelerado devido a necessidade de esta navalha ter uma composição de material mais macio que o metal dos moinhos misturadores (cilindro), evitando marcar este.
- **FACAS:** Material para corte de borracha sobre moinhos (cilindros) misturadores. Tem mesma função das navalhas. Estas são utilizadas de forma manual pelo próprio operador
- **ESTEIRAS:** São peças flexíveis de borracha reforçada com tecido. Sua finalidade é transferir laminas de borracha para diferentes postos de trabalho. Além do desgaste natural de uso e envelhecimento, estas esteiras sofrem desgaste acelerado, devido à necessidade de cortes na borracha, que ocorre sobre estas esteiras.
- **TESOURAS:** Utilizadas por operadores nos setores de corte e acabamento de peças de conserto de borracha. Usadas para cortar/separar as peças individualmente, após vulcanização das placas com várias peças. Corta plásticos metalizados, papel e acabamento em peças de borracha.
- **ESCOVAS:** Cilindros de cerdas metálicas. Utilizadas acopladas a um eixo de alta rotação. Tem função de raspar a base da banda pré-moldada após a vulcanização. A raspagem torna a superfície de borracha áspera e preparada para uma melhor ancoragem sobre a carcaça de um pneu. O uso contínuo das escovas promove o desgaste das cerdas metálicas.

Afirma que a fiscalização equivocou-se quando simplesmente classificou de uso e consumo as aquisições, sem atentar para a real e verdadeira destinação delas no processo produtivo. Acrescenta que os materiais em discussão representam grau de essencialidade tamanho que, caso não venham a ser adquiridos, acarretariam o encerramento das atividades da empresa, por impossibilidade de realização do produto.

Reproduz o §2º do art. 97 e o §1º do art. 93, do RICMS-BA/97 para sustentar que o legislador somente possibilitou a tomada de crédito de mercadorias vinculadas ou consumidas no processo de industrialização, fazendo-se necessário salientar que a disposição acima transcrita, não prevê taxativamente os materiais caracterizados como auxiliares à produção.

Ressalta que a produção não se restringe somente à transformação física dos bens, mas sim, abrange todo o processo de produção dos produtos, nele compreendido os serviços

intermediários para a elaboração dos bens destinados a venda, bem como os serviços utilizados para a efetiva elaboração dos produtos.

Colaciona ementa do julgado do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia nº 72269-3/2008, da Segunda Câmara Cível, para demonstrar o entendimento favorável no sentido de reconhecer o direito ao crédito de ICMS sobre material intermediário ligado, tanto direta, como indiretamente ao processo produtivo, considerando os mesmos indispensáveis ao processo produtivo, munidos de um Parecer Técnico atestando tal essencialidade, fls. 305 a 316.

Arremata sustentando que não merece prosperar o entendimento da fiscalização na presente infração, eis que, as mercadorias adquiridas não são destinadas ao uso e consumo e são essenciais e sofrem desgaste durante o processo produtivo, devendo ser afastada a presente infração e consequentemente afastada multa aplicada.

A infração 12 foi refutada pelo impugnante sob o argumento de que não merece guarida o entendimento do fisco de que deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Assevera que se reforçam os argumentos anteriormente expostos, uma vez que os materiais adquiridos arrolados no levantamento fiscal são essenciais ao processo produtivo, e sofrem desgaste durante sua utilização permanente no processo, não sendo destinadas ao uso e consumo da empresa, conforme demonstrado no Parecer Técnico.

Sustenta que não merece prosperar o entendimento da fiscalização na presente infração, eis que, as mercadorias adquiridas não são destinadas ao uso e consumo, e que por isso, não houve falta de recolhimento de diferencial de alíquota internas e interestaduais, devendo ser afastada a presente infração e consequentemente afastada multa aplicada.

Ao tratar da multa sugerida no Auto de Infração, afirma que a penalidade não é devida, conforme visto quando da análise do mérito, mas ainda que fosse, em face de sua exorbitância, tal multa não poderia ser exigida nestes termos, tendo em vista seu caráter confiscatório de 60% sobre o valor do imposto atenta contra o direito de propriedade garantido no art. 5º, XXII da CF.

Destaca que inexistem dúvidas quanto à obrigação, diga-se legal, dos agentes públicos em observar os limites impostos pela nossa Constituição Federal de 1988, que proibiu expressamente o confisco. Acrescenta ressaltando que a finalidade da multa é senão, punir o contribuinte, a fim de inibir a reincidência da infração supostamente cometida.

Transcreve trecho de ensinamentos dos doutrinadores pátrios, Antônio Roberto Sampaio Dória e Sacha Calmon para consubstanciar sua tese.

Cita precedentes jurisprudenciais do STF para arrimar sua pretensão.

Aduz que a lei brasileira, a pretexto de punir, abusa do poder de impor penalidades, eivando de inconstitucionalidade por violar o disposto no art. 5º, XXII combinado com o art. 150, IV da Constituição Federal, tomado por analogia.

Diz restar evidente a configuração do confisco e o desrespeito a sua capacidade contributiva. Assevera que mesmo indevida, não poderia deixar de demonstrar toda a sua inconformidade com a imposição da multa imposta, a qual não deve subsistir.

Ao final, elenca, em conclusão, os seguintes pleitos.

Requer a produção de qualquer outro tipo de prova em direito admitida, inclusive diligências, que essa autoridade reputar necessárias ao reconhecimento do direito ora defendido.

Renova sua preliminar para que seja determinada a nulidade do Auto de Infração, em face da ausência de fundamentação motivacional das infrações apontadas no Auto de Infração.

Solicita que seja realizada a baixa dos débitos constantes nas infrações 01, 02, 06, 07, 08 e parte da infração, referente às aquisições em 28/02/2010 e 30/04/2010, no valor histórico de R\$ 9.109,99, ante a comprovação do seu pagamento.

Requer que a presente impugnação seja julgada procedente no sentido de reconhecer o correto procedimento adotado com relação às infrações 03, 04, 05, 09, 11 e 12 e parte da infração 10, determinando o seu cancelamento e a consequente baixa, por todos os motivos elencados;

Requer ainda a extinção ou a diminuição da multa aplicada, a qual, no montante em que está aplicado, possui caráter confiscatório, o qual é vedado pelo art. 150, IV, CF, para outro percentual que seja razoável e proporcional a conduta cometida.

O auditor responsável pelo lançamento prestou informação, fls. 333 a 348, explicando que

Depois de reproduzir o teor dos 12 itens que compõem o Auto de Infração e resumir as argumentações articuladas pela defesa apresenta as seguintes ponderações.

Observa que o autuado reconheceu integralmente as Infrações 01, 02, 06, 07 e 08, e parcialmente a Infração 10, tendo efetuado os respectivos recolhimentos do imposto devido e demais acréscimos.

Afirma que, por isso, somente tratará das infrações 03, 04, 05, 09, 10, 11 e 12, as quais foram objeto de contestação da defesa.

Em relação a preliminar suscitada pelo autuado diz não merecer guarida as alegações aduzidas. Observa que o lançamento conta com a pormenorização de todos os fatos geradores tributários, bem como a fundamentação jurídica para sua exigência. Acrescenta que tanto é assim que o autuado reconheceu grande parte das infrações, bem como se defendeu, no mérito, também de forma bastante detalhada, das demais infrações.

Destaca que não há que se falar, em cerceamento de defesa por não estarem suficientemente detalhados os fatos geradores tributados e suas respectivas fundamentações legais no Auto de Infração. Arremata frisando que, desse modo, não há que se cogitar de qualquer nulidade do ato administrativo em questão.

Ao cuidar das infrações 03, 04 e 05, esclarece que analisará conjuntamente, uma vez que são decorrentes de um mesmo fato apontado pela Fiscalização, qual seja, a omissão de registro de documentos fiscais de entradas de bens e mercadorias no estabelecimento autuado, documentos estes recolhidos pela fiscalização do trânsito de mercadorias - sistema CFAMT, fls. 35 a 49.

Afirma que o autuado acosta diversas notas fiscais de devolução emitidas pelos próprios fornecedores emitentes das notas fiscais que compõe as infrações em debate. Acrescenta que se percebe facilmente, de sua análise, que as notas fiscais acostadas fazem referência à nota fiscal de remessa correspondente, sendo iguais em valores e mercadorias. Arremata que, desta forma, sem verificar os livros e documentos originais de tais fornecedores, é inegável a verossimilhança das alegações, sustentando que a seu ver, sendo bastante para afastar a sanção tributária em relação aos documentos fiscais vinculados às devoluções.

Diz que elaborou novos demonstrativos de débito, os quais seguem anexos à presente informação fiscal, com o expurgo dos valores correspondente às devoluções alegadas, remanescendo os valores de débito de R\$399,77, em relação à Infração 03, e R\$1.455,46 em relação à infração 05, não restando qualquer débito em relação à Infração 04, fl. 349.

Conclui sustentando a manutenção parcial das infrações 03 e 05 do presente Auto de infração, e afirmando que não merece prosperar em sua totalidade a Infração 04.

Em relação à infração 09, assevera que não merecem guarida as alegações do autuado em relação a esta infração. Afirma que as operações de entradas de bens e mercadorias amparadas pelos documentos fiscais listado no demonstrativo de débito acostado aos autos não dão direito ao

autuado de aproveitar o crédito do imposto, já que não correspondem a aquisições de insumos (material de embalagem, matéria-prima, materiais intermediários) cujas saídas posteriores são tributadas.

Assevera que as operações de remessa para demonstração, empréstimo ou quaisquer outras desta natureza, objeto da autuação, não permitem ao autuado a utilização do crédito fiscal vinculado a estas operações mesmo que o imposto venha destacado nos documentos fiscais.

Frisa que apesar da alegação da defesa de que o aproveitamento do crédito deu-se apenas quando das saídas em devolução dos bens remetidos, de fato não ocorreu. Afirma que mesmo declarando ter anexado as notas fiscais de devolução vinculadas às remessas anteriores, de fato isto não ocorreu, fls. 153 a 202, tendo anexado tão somente as notas fiscais de remessa. Arremata que inexistente prova nos autos de que os bens remetidos retornaram a sua origem.

Ressalta que os registros dos créditos destacados nos documentos fiscais de entrada foram realizados por conta da entrada dos bens no estabelecimento do autuado, sem qualquer vinculação a uma hipotética saída posterior em devolução, que pode ou não ter ocorrido.

Observa que, caso tenha havido devolução dos bens dentro do mesmo período de apuração, o que não foi em momento algum comprovado pelo autuado, somente assim os efeitos fiscais seriam nulos, não havendo de reconhecer-se qualquer prejuízo ao erário. Assevera que não foi desta forma que ocorreu, como afirmado, tendo o autuado se apropriado indevidamente dos créditos do imposto vinculados a estas operações.

Mantém integralmente a presente infração 09.

No que diz respeito à infração 10 afirma que o autuado reconheceu parcialmente a infração, tendo se insurgido apenas contra a exigência relativa ao fato gerador ocorrido em 31/03/2010, no valor de R\$9.162,10.

Reconhece que este item da autuação refere-se à Nota Fiscal nº 22.036, o qual realmente teve seu registro no livro fiscal próprio sem o aproveitamento do crédito tributário correspondente. Admite que de fato, houve equívoco na apuração da infração, que se baseou nos arquivos magnéticos SINTEGRA do Contribuinte, onde constam os valores de base de cálculo e alíquota nos campos próprios, mas sem o destaque do imposto correspondente.

Afirma que deve, pois, ser abatido o valor acima apontado do total da Infração 10, ao tempo em que anexo novo demonstrativo de débito, fl. 350.

Quanto às infrações 11 e 12, observa que ambas as infrações decorrem dos mesmos fatos geradores, e por isso, merecem uma análise conjunta.

Esclarece que essas infrações se referem a aquisições de bens considerados pela fiscalização como sendo de uso ou consumo do estabelecimento, sem direito de crédito pela autuada - Infração 11, e com o dever de recolhimento do ICMS diferencial de alíquotas por conta das aquisições interestaduais - Infração 12.

Observa que apesar de a autuada referir-se apenas a navalhas, facas, esteiras, tesouras e escovas, o demonstrativo de débito aponta a entrada de outros bens: balde, cabo raspador, lona preta, material referente à ferramentaria, óleo de xisto, pas marm41 f65 text 1/0 1000x4,0, selo metálico e tambor, estes sem qualquer menção por parte do impugnante.

Frisa que em relação aos materiais apontados pela defesa, percebe-se que todos são utilizados na linha de produção, e seu desgaste é decorrência do contato com os produtos em processo. Acrescenta que essas características não são suficientes a caracterizá-los como insumos da produção, mais precisamente, como materiais secundários ou intermediários. Prossegue observando que, como bem destacou o autuado em sua defesa, são insumos da produção as embalagens, matérias-primas e materiais secundários, estes se diferenciando das matérias-primas

por não fazerem parte do produto final como elemento indispensável. Arremata esclarecendo que justamente por não fazerem parte do produto acabado é que os materiais secundários muitas vezes situam-se numa “região cinzenta tributária”, gerando dúvida quanto a sua real natureza jurídica, já que podem ser facilmente confundidos com materiais de uso ou consumo do estabelecimento, e vice-versa.

Diz que a legislação como um todo não é suficiente a delimitar com clareza os limites entre o que venha a ser material secundário e bem de uso, deixando a cargo do operador do direito extrair a sua essência, com base na hermenêutica jurídica. Afirma que a exegese dos textos legais, assim, depende do intérprete, que deve valer-se, entre outros, dos métodos lógico, teleológico de interpretação.

Pondera que se deve analisar os casos em que a legislação tributária permite o direito ao crédito do imposto categoricamente, sem qualquer dúvida que são os materiais de embalagem e as matérias-primas. Afirma que ambas as categorias guardam uma característica comum fundamental: a proporcionalidade entre o consumo de tais bens e o produto final, acabado. Assevera que, logicamente, os materiais intermediários, a par de todas as demais peculiaridades, devem manter esta característica, sob pena de desconstrução de todo o arcabouço jurídico-tributário. Alinhava frisando que, dessa forma, matérias-primas, materiais de embalagem e materiais intermediários, mantendo-se a lógica do sistema, devem guardar proporcionalidade com o produto acabado.

Cita como exemplo clássico de material intermediário os catalisadores que são bens utilizados de forma essencial ao processo produtivo, não integram o produto final, seu desgaste é consequência do contato direto com os produtos em processo e, por fim, são utilizados de forma proporcional à quantidade de produto produzido. Ressalta que esta característica fundamental dos insumos, pois, é suficiente a dirimir todas as dúvidas que rondam a questão da diferenciação entre material secundário e bem de uso, presentes os demais requisitos da essencialidade na produção e desgaste em função do contato direto com os produtos em processo.

Sugere que, a partir desta exegese, cabe verificar o que ocorre com os produtos em debate. Afirma que, de plano, não há qualquer relação de proporcionalidade entre o consumo de tais bens e a quantidade produzida, tal qual ocorre com qualquer insumo utilizado na produção.

Sustenta que, desta forma, os produtos arrolados nessas duas infrações não devem ser considerados bens intermediários, mas bens destinados ao uso ou consumo do estabelecimento, sem direito a apropriação de crédito por conta de suas aquisições - Infração 11, e sendo devido o imposto decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições interestaduais - Infração 12.

Pugnando pela manutenção integral das infrações 11 e 12.

Conclui asseverando que as considerações prestadas pelo autuado mostram-se incapazes de ilidir por completo a autuação. Requer a esta Junta de Julgamento Fiscal acate parcialmente as infrações 03, 05 e 10, e integralmente as infrações 01, 02, 06, 07, 08, 09, 11 e 12, conforme o exposto, julgando este Auto de Infração parcialmente procedente.

Intimado a tomar ciência da informação fiscal prestada pelo autuante, o sujeito manifestou-se às fls. 356 a 370, em nada inovando, mantendo integralmente toda a sua argumentação articulada em sede de defesa.

Constam às fls. 402 a 409, extrato de pagamento emitido pelo Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT, discriminando recolhimento parcial do débito originalmente lançado.

O processo foi remetido em diligência à ASTEC do CONSEF, fl. 411, para adoção das seguintes providências:

1 - Intimar o autuado a descrever de forma detalhada e expressa como são utilizados e participam de seu processo produtivo de todas as mercadorias discriminadas nas notas fiscais relacionadas nos Demonstrativos de apuração da exigência relativa às Infrações 11 e 12, informando, inclusive, o tempo médio de desgaste para renovação. Deverá constar na intimação a concessão do prazo de dez dias para atendimento, bem como ser entregue, mediante recibo, cópia do presente despacho. As informações prestadas pelo contribuinte deverão ser anexadas ao processo.

2 - Depois de confirmar, *in loco*, ou seja, na linha de produção do autuado, elaborar novos demonstrativos, para as Infrações 11 e 12, nos moldes dos gravados no CD de fls. 50, acrescentando em coluna específica com a descrição sucinta da utilização das mercadorias apresentadas pelo contribuinte e outra com o tempo médio de exaustão, os quais deverão ser anexados aos autos juntamente com cópia do arquivo em meio magnético.

O auditor designado pela ASTEC, em resposta à diligência, emitiu o Parecer nº 0014/2013, informando o cumprimento da diligência e elaborando o demonstrativo das infrações 11 e 12 constando em colunas adicionadas o detalhamento da utilização dos itens e do tempo de exaustão, cuja cópia foi apensada à fl. 441.

Dada ciência do resultado da diligência ao contribuinte, este se pronunciou, fls. 517 a 525 ratificando todos os termos de sua defesa, inclusive reproduzindo as discriminações dos itens constantes do resultado da diligência.

Dada vista dos autos ao autuante, fl. 493, este não se manifestou.

VOTO

Este Auto de Infração compreende 12 infrações.

A defesa suscitou preliminar de nulidade sob o argumento de que o Auto de Infração foi lavrado sem fundamentação motivacional, ofendendo assim, os princípios da ampla defesa e do contraditório, da legalidade e do princípio administrativo da motivação. Deve ser refutada plenamente a pretensão da defesa, tendo em vista que alegação não condiz com a realidade fática constante dos autos. Eis que, todos os itens que compõem o Auto de Infração afiguram-se plenamente circunstanciados, devidamente explicitado individualizadamente o enquadramento legal. Portanto, resta evidenciado que a acusação fiscal está eivada de explícita motivação na medida em que todas as infrações cometidas estão claramente descritas. Ademais, ficou patente que o autuado entendeu integralmente a acusação fiscal, haja vista que, em sede defesa e em diversas manifestações, impugnou a acusação fiscal com total desenvoltura demonstrando ter assimilado inteiramente o teor das irregularidades infringidas, reconhecendo, inclusive, o cometimento de alguns itens do Auto de Infração. Logo, considero ultrapassada a questão de ordem preliminar e passo ao exame do mérito.

O autuado, de plano, reconheceu integralmente as infrações 01, 02, 06, 07 e 08. Assim, diante da inexistência de lide em relação a esses itens do Auto de Infração, os considero totalmente subsistentes.

No que diz respeito às infrações 03, 04 e 05 que têm origem comum na falta de escrituração de notas fiscais de entradas de bens e mercadorias obtidas pelo CFAMT, conforme cópias anexadas às fls. 35 a 49, o autuado se defendeu alegando não ocorrer falta de escrituração, mas remessa de peças e equipamento pelos fornecedores sem qualquer solicitação e que não deram entrada em seu estabelecimento e apresenta cópias de algumas notas fiscais de devolução, fls. 138 a 152, e pede o afastamento das três infrações.

Quanto ao pedido do autuado para realização de diligência com a finalidade examinar toda a documentação fiscal, sob a alegação de termo apresentado somente algumas notas fiscais por amostragem, constato que se trata de apenas doze notas fiscais, todas de posse do impugnante,

tendo em vista que, das dezenove notas fiscais arroladas no levantamento fiscal que apura essas três infrações, sete delas já foram carreadas aos autos na defesa. Portanto, apenas doze notas fiscais não se configuram volume significativo de documentação que demandasse a necessidade de diligência específica para esse fim. Ademais, caso o autuado dispusesse dessa documentação já teria carreado aos autos por ocasião de suas diversas manifestação nos autos. Dessa forma, com fulcro nos artigos 123, §1º e 147, inciso II, alíneas “a” e “b”, do RPAF-BA/99, indefiro o pedido de realização de diligência.

Depois de examinar as peças que compõem o contraditório em relação a essas infrações verifico que as notas fiscais apresentadas pelo autuado na tentativa de elidir a acusação fiscal comprovam suas alegações, uma vez que não apresentam correspondência de valores e de mercadorias entre as notas fiscais de remessa e as de efetiva devolução.

Constato que as notas fiscais apresentadas que comprovam a alegação da defesa foram acatadas pelo autuante e que resultou na exclusão da exigência atinente à infração 04 e a redução do débito da infração 03 para R\$399,78 e da infração 05 para R\$1.455,46, consoante demonstrativo de débito colaciona à fl. 349.

Ao compulsar especificamente o novo demonstrativo de débito, fl. 349, elaborado pelo autuante, que os valores apurados correspondem, efetivamente, aos ajustes decorrentes das comprovações apresentadas e concluo pela insubsistência da infração 04 e pela caracterização parcial das infrações 03 e 05.

Em relação à infração 09 que cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a operações amparadas pela não incidência do imposto, tais com remessas para empréstimos e demonstração.

O autuado se defendeu sustentando que as mercadorias recebidas depois de realizados os testes seriam devolvidas aos fornecedores com a emissão de nota fiscal de saída com o devido destaque do imposto. Aduziu ainda que somente se creditou por ocasião das saídas das mercadorias, quando feito o destaque do imposto, assegurando que havendo débito é legítimo o crédito como forma de estornar o ICMS incidente no ingresso. Afirmou que para comprovar sua alegação anexou aos autos as correspondentes notas fiscais de devolução, fls. 153 a 202.

Inicialmente, convém salientar que, ao compulsar as notas fiscais carreadas aos autos pelo impugnante, verifica-se que não se tratam de notas fiscais de devolução, eis que correspondem às cópias das notas fiscais de remessa arroladas no levantamento fiscal, portanto, inservíveis para comprovar a alegação da defesa.

Por seu turno é patente que as remessas para demonstração, empréstimos, objeto da autuação, não permitem a utilização do crédito fiscal, mesmo destacado no documento fiscal, vinculado a estas operações, já que não se constituem de operação de saída ulterior tributada.

Assim, resta comprovado nos autos a efetiva utilização indevida de crédito fiscal. Ademais, a alínea “a” do inciso IV do art. 97 do RICMS-BA/97, veda expressamente a utilização de crédito fiscal quando a operação de aquisição estiver amparada por não-incidência. Para elidir a acusação fiscal caberia ao autuado carrear aos autos, para cada operação de entrada mercadoria destinada a demonstração arrolada no levantamento fiscal, a comprovação inequívoca de que promovera o correspondente retorno com débito no mesmo valor registrado na entrada. Assim, ante a inexistência nos autos qualquer elemento capaz de descaracterizar a acusação fiscal considero subsistente esse item da autuação.

Pelo exposto, concluo pela manutenção da infração 09.

No que diz respeito à infração 10, que trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em aquisições de bens para integrar o ativo permanente.

Constatou que o autuado reconheceu a acusação fiscal no que diz respeito às exigências atinentes aos fatos geradores ocorridos em 28/10/2010 e 30/04/2010 e comprovou que o lançamento efetuado nesse item com a data de ocorrência de 31/03/2010, no valor de R\$9.162,10, referente à Nota Fiscal nº 22.036, que teve seu registro no LRE sem o aproveitamento do crédito, como se verifica às fls. 204 e 205.

Nesses termos, considero que a infração 10 resta parcialmente caracterizada com o débito remanescente no valor de R\$9.101,99, consoante demonstrativo de débito à fl. 350.

Quanto às infrações 11 e 12, cuidam da aquisição de material de uso e consumo, sendo a utilização indevida de crédito fiscal apurada na infração 11 e a falta de recolhimento do ICMS diferencial de alíquota por conta de aquisições interestaduais apurado na infração 12.

Em sede de defesa o sujeito passivo refuta as acusações sob o fundamento de que as aquisições arroladas no levantamento fiscal são bens intermediários indispensáveis ao processo produtivo (navalhas, facas, esteiras, tesouras, escovas), apresentando descrição da utilização e ilustrando com fotos das referidas mercadorias.

O autuante mantém a autuação dos dois itens sustentando que, mesmo os materiais arrolados no levantamento fiscal sem utilizados na linha de produção do autuado e tendo desgaste em decorrência do contato com os produtos em processamento, tais características não são suficientes para caracterizá-los como materiais secundários ou intermediários.

Os autos foram baixados em diligência à ASTEC/CONSEF para diligente *in loco* constatar a fidedignidade da descrição pormenorizada fornecida pelo impugnante relativa à efetiva utilização dos materiais arrolados no levantamento fiscal no processo do estabelecimento autuado.

O regramento que baliza a utilização de crédito fiscal é estatuído pelo RICMS-BA/97, no §1º do art. 93, que sintetiza nestes termos o regime do *crédito fiscal*, traduzindo a positivação dos arts. 24 a 31 da Lei nº 7.014/96:

“§ 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; e

II - as operações ou prestações subsequentes sejam tributadas pelo imposto, sendo que, se algumas destas operações ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto, ressalvados os casos em que seja assegurada pela legislação a manutenção do crédito.”

Do dispositivo regulamentar acima reproduzido, em sintonia com as demais normas regulamentares atinentes ao regime de compensação do ICMS, chega-se à conclusão de que o direito ao crédito, dentre outros requisitos, no presente caso, depende do atendimento a determinados requisitos, a saber: as mercadorias ou bens adquiridos e os serviços tomados devem: estar vinculados à industrialização, ser empregados no processo de industrialização ou integrar o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à industrialização.

Logo, dos fundamentos claramente delineados pelo regulamento facilmente se infere a definição de insumos, ou seja, de quais materiais envolvidos na atividade fabril devem ser amparados com a utilização de crédito fiscal em suas aquisições. Com essa estratificação, por exclusão, chega-se à determinação dos materiais de uso ou consumo. Nessa linha de raciocínio, material de uso ou consumo são materiais empregados fora do processo produtivo a exemplo de material de

limpeza, ou ainda materiais que embora utilizados no setor de produção não têm vinculação direta com o produto elaborado, como é o caso de peças de reposição e manutenção de equipamentos, fardamentos e materiais de segurança utilizados pelos operários.

Ademais, essa distinção também é adotada pela contabilidade de custos que consideram os insumos, matéria prima, material secundário e intermediário e de embalagem como custo de produção, já os materiais de uso ou consumo são contabilizados como despesa.

Em parecer o diligenciador designado carregou aos autos a descrição da utilização no processo fabril do autuado dos seguintes materiais arrolados no levantamento fiscal.

BALDE 20 L P/BOMBA PRESSAO TORTUGA - São materiais de embalagem utilizados para o armazenamento de solventes e derivados;

CABO RASPADOR P/ TIP TRIMMER - É utilizado como suporte para a serra tip trimmer, auxiliando no processo de retirada de rebarbas entre os módulos das bandas de rodagem;

ESCOVA PARA RASPADORA 200 X 319,5 - Constituem cilindros providos de cerdas metálicas, que são acoplados a um eixo motorizado de alta rotação; tem a função de raspar a base da banda de rodagem de pneumáticos pré-moldada, após a vulcanização. A raspagem torna a superfície da borracha áspera e preparada para uma melhor ancoragem sobre a carcaça do pneumático;

FACA ACO INOX 24608/080 TRAMONTINA - São empregadas pelos operadores logo à saída dos cilindros laminadores do composto de borracha; utilizadas para retirar os excessos de borracha laminada e sofrem rápido desgaste;

LAMINA H-5 COM RAIO - São empregadas logo à saída dos cilindros laminadores do composto de borracha; utilizadas para retirar os excessos de borracha laminada e sofrem rápido desgaste;

LONA PRETA 4000MM - NÃO INFORMADO;

MATERIAL REFERENTE A FERRAMENTARIA – NÃO INFORMADO;

NAVALHAS DESCARTAVEIS STANLEY 11301 - Constituem discos de aço, de lâmina cortante, utilizados aos pares para o corte do composto de borracha misturada em lençóis ou mantas de determinada largura, logo após a saída do composto de borracha da máquina misturadora “bambury” e sua laminação pelos cilindros laminadores;

ÓLEO DE XISTO TIPO E - É um óleo lubrificante mineral utilizado nas caldeiras de produção como óleo combustível.

PAS MARM41 F65 TEXT L/0 1000X4,0 - NÃO INFORMADO;

SELO METALICO DE ACO 16mm - São materiais utilizados para amarra de cinta plástica e fixação da embalagem do produto;

SERRA P/TIP TRIMMER (SCHUSTER) - São utilizadas para a retirada de rebarbas entre os módulos das bandas de rodagem, no processo conhecido como rebarbagem, que ocorre no setor de vulcanização;

TAMBOR 210 L BRANCO SOLVENTE - São materiais de embalagem utilizados para o armazenamento de solventes e derivados;

TESOURA FORJADA REFORCADA COSTURA 20cm COD.270/08 SR, - de uso exclusivamente manual, são empregadas para o corte e acabamento de uma grande diversidade de materiais de borracha vulcanizadora; suas lâminas sofrem continuo desgastes.

Portanto, devem ser mantidas apenas as exigências relativas a mercadorias que não são aplicadas diretamente no processo produtivo, bem como aquelas acerca das quais o contribuinte olvidou-se de informar a respectiva função na atividade-fim do estabelecimento industrial.

Depois de examinar detidamente a atuação no processo fabril do autuado os itens acima elencados e trazidos aos autos na conclusão da diligência da ASTEC, constato que os materiais: TAMBOR 210 L BRANCO SOLVENTE, SELO METÁLICO DE ACO 16mm, PAS MARM41 F65 TEXT L/0

1000X4,0, ÓLEO DE XISTO TIPO E, LONA PRETA 4000MM, CABO RASPADOR P/ TIP TRIMMER e BALDE 20 L P/BOMBA PRESSAO TORTUGA devem ser mantidos no levantamento fiscal que resultou nas exigências das infrações 11 e 12, tendo em vista que a utilização desses materiais não se reveste da condição de material de uso ou consumo, não preenchendo os requisitos definidos no §1º, inciso I, “a” e “b” do art. RICMS-BA/97, acima transcrito.

Já os itens: ESCOVA PARA RASPADORA 200 X 319,5, NAVALHAS DESCARTAVEIS STANLEY 11301,LAMINA H-5 COM RAO, FACA ACO INOX 24608/080 TRAMONTINA, NAVALHAS DESCARTAVEIS STANLEY 11301, TESOURA FORJADA REFORCADA COSTURA 20cm COD.270/08 SR e SERRA P/TIP TRIMMER (SCHUSTER), devem ter os valores a eles atribuídos excluídos no levantamento fiscal atinentes às infrações 11 e 12, uma vez que se constituem de materiais que, além de estarem vinculados e empregados no processo de industrialização, são indispensáveis e necessários na elaboração dos produtos pelo estabelecimento autuado.

Assim, com base nos argumentos acima articulados promovo a exclusão dos materiais não caracterizados como material de uso ou consumo que reduz a exigência da infração 11, para R\$16.412,65, e da infração 12, para R\$23.035,85, conforme discriminação a seguir demonstrada.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO												
INFRAÇÃO 11		EXCLUSÕES EFETUADAS								JULGAMENTO		
Data Ocor.	Débito - Auto de Infração	ESCOVA	NAVALHAS	LÂMINAS	SERRA	FACA	SELO	TESOURA	TOTAL	DÉBITO APURADO	ALÍQ	BASE DE CÁLCULO
31/01/2009	2.744,73					98,95			98,95	2.645,78	17%	15.563,41
31/03/2009	3.370,89			149,24	14,11	41,93	77,00		282,28	3.088,61	17%	18.168,29
30/04/2009	10.212,52	6.992,02		381,58	40,32	20,97			7.434,89	2.777,63	17%	16.339,00
31/05/2009	830,38	244,16			39,90	209,58	67,20	269,54	830,38	0,00	17%	0,00
30/06/2009	8.386,43	7.248,85		314,58		349,55	127,40		8.040,38	346,05	17%	2.035,59
31/07/2009	40,75								0,00	40,75	17%	239,71
31/08/2009	447,83								0,00	447,83	17%	2.634,29
30/09/2009	2.803,65	2.739,80		63,85					2.803,65	0,00	17%	0,00
31/10/2009	69,93							69,93	69,93	0,00	17%	0,00
30/11/2009	5.554,86	4.999,17	220,80			204,61	77,00	22,68	5.524,26	30,60	17%	180,00
31/12/2009	2.214,65	1.909,45	305,20						2.214,65	0,00	17%	0,00
31/01/2010	3.222,01	2.919,53							2.919,53	302,48	17%	1.779,29
28/02/2010	5,47			5,47					5,47	0,00	17%	0,00
31/03/2010	6.481,30	5.132,75		351,00	49,50	948,04			6.481,29	0,01	17%	0,04
30/04/2010	3.320,90	1.699,25	123,90			438,44			2.261,59	1.059,31	17%	6.231,24
31/05/2010	8.837,96	7.213,85			120,96	819,00			8.153,81	684,15	17%	4.024,41
30/06/2010	2.986,73	1.699,25	318,12					128,28	2.145,65	841,08	17%	4.947,53
31/07/2010	1.930,69		483,00						483,00	1.447,69	17%	8.515,82
31/08/2010	1.323,26		434,70						434,70	888,56	17%	5.226,82
30/09/2010	2.868,15	2.788,35			78,80				2.867,15	1,00	17%	5,88
31/10/2010	837,16		516,74						516,74	320,42	17%	1.884,82
30/11/2010	4.203,75	3.468,50		114,21					3.582,71	621,04	17%	3.653,18
31/12/2010	1.486,85		517,44		99,75				617,19	869,66	17%	5.115,65
	74.180,85	49.054,93	2.919,90	1.379,93	443,34	3.131,07	348,60	490,43	57.768,20	16.412,65		

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO												
INFRAÇÃO 12		EXCLUSÕES EFETUADAS								JULGAMENTO		
Data Ocor.	Débito - Auto de Infração	ESCOVA	NAVALHAS	LÂMINAS	SERRA	FACA	SELO	TESOURA	TOTAL	DÉBITO APURADO	ALÍQ	BASE DE CÁLCULO
31/01/2009	3.921,05					141,36			141,36	3.779,69	17%	22.233,47
31/03/2009	4.815,56			231,20	20,16	59,90	110,00		421,26	4.394,30	17%	25.848,82
30/04/2009	14.589,32	9.988,60		545,11	57,60	29,95			10.621,26	3.968,06	17%	23.341,53
31/05/2009	1.186,26	348,80			57,00	299,40	96,00	385,06	1.186,26	0,00	17%	0,00
30/06/2009	11.980,61	10.355,50		449,40		499,36	182,00		11.486,26	494,35	17%	2.907,94
31/07/2009	58,22								0,00	58,22	17%	342,47
31/08/2009	639,75								0,00	639,75	17%	3.763,24
30/09/2009	4.005,21	3.914,00		91,21					4.005,21	0,00	17%	0,00
31/10/2009	99,90							99,90	99,90	0,00	17%	0,00
30/11/2009	7.813,73	7.141,67	315,43			170,51	110,00	32,40	7.770,01	43,72	17%	257,18
31/12/2009	3.163,78	2.727,78	436,00						3.163,78	0,00	17%	0,00
31/01/2010	4.602,88	4.170,75							4.170,75	432,13	17%	2.541,94
28/02/2010	7,81			7,81					7,81	0,00	17%	0,00
31/03/2010	8.876,23	7.332,50		501,43	70,72	971,58			8.876,23	0,00	17%	0,00
30/04/2010	4.361,37	2.427,50	177,00			243,58			2.848,08	1.513,29	17%	8.901,71
31/05/2010	12.625,66	10.305,50			172,80	390,00			10.868,30	1.757,36	17%	10.337,41
30/06/2010	4.266,76	2.427,50	454,45			1.170,00		184,68	4.236,63	30,13	17%	177,24
31/07/2010	2.758,13		690,00						690,00	2.068,13	17%	12.165,47
31/08/2010	1.890,38		621,00						621,00	1.269,38	17%	7.466,94
30/09/2010	4.097,35	3.983,35			114,00				4.097,35	0,00	17%	0,00
31/10/2010	1.195,94		738,20						738,20	457,74	17%	2.692,59
30/11/2010	6.005,36	4.955,00		163,13					5.118,13	887,23	17%	5.219,00
31/12/2010	2.124,07		739,20		142,50				881,70	1.242,37	17%	7.308,06
	105.085,33	70.078,45	4.171,28	1.989,29	634,78	3.975,64	498,00	702,04	82.049,48	23.035,85		

No que tange à alegação defensiva de confiscatoriedade da multa de 60%, em que pese a extensiva argumentação expendida pelo impugnante, inclusive com citação de precedentes jurisprudenciais e posição doutrinária sobre o tema, saliento que este órgão julgador administrativo não tem competência para apreciar tal matéria, ao teor do disposto no art. 167, inciso I, do RPAF-BA/99, já que a referida multa está prevista no art. 42 Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto, o valor débito do presente Auto de Infração, com os ajustes acima aludidos, passa para R\$205.412,96, conforme demonstrativo comparativo abaixo.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO DE DÉBITO

Infrações	A. I.	JULG.	multa
01	8.514,53	8.514,53	70% e 100%
02	2.724,65	2.724,65	60%
03	534,86	399,78	1%
04	7.904,96	0,00	10%
05	2.806,23	1.455,46	60%
06	6.551,08	6.551,08	60%
07	73.075,67	73.075,67	60%
08	16.889,21	16.889,21	60%
09	47.252,09	47.252,09	60%
10	18.264,09	9.101,99	60%
11	74.180,85	16.412,65	60%
12	105.085,33	23.035,85	60%
TOTAL	363.783,55	205.412,96	

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269200.0110/12-5**, lavrado contra **BORRACHAS VIPAL NORDESTE S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$205.013,18**, acrescido das multas de 60%, sobre **R\$196.498,65** 70% sobre **R\$6.532,07**, e de 100% **R\$1.982,46**, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos III, II, “e” e “f”, e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$399,78**, prevista no inciso XI, do art. 42 da supracitada lei, e dos demais acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

HELCONIO DE ALMEIDA SOUZA - JULGADOR