

A. I. N° - 281508.0006/11-6
AUTUADO - JACOBINA MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA
AUTUANTE - DÍLSON OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 24.10.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0244-04/13

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. É devido o pagamento da diferença do imposto entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento autuado. Infração comprovada. 2. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovado que se trata de material de uso/consumo, portanto não possui o benefício do Programa DESENVOLVE. Infração mantida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. O creditamento de valores nas aquisições destinadas ao consumo do estabelecimento está vedado até 31/12/2020, consoante disposto no artigo 33, I, da Lei Complementar 87/96. Infração subsistente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração parcialmente procedente. 5. IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Comprovado que parte dos documentos fiscais se encontravam registrados. Infração procedente em parte. 6. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. Infração reconhecida Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 30/12/2011 para exigir ICMS, no valor de R\$460.044,72 em decorrência das seguintes infrações:

- 1 - 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. ICMS no valor de R\$157.424,79 e multa de 60%.
- 2 – Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, mercadorias destinadas ao uso/ consumo classificados equivocadamente como destinadas ao ativo permanente. ICMS no valor de R\$92.562,45 e multa de 60%.
- 3 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$101.614,23 e multa de 60%.
- 4 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$8.784,91.

5 – Deixou de recolher no prazo regulamentar, ICMS referente as operações não escrituradas nos livros Fiscais próprios. ICMS no valor de R\$67.154,57 e multa de 70%.

6 – Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Trata-se de estorno de débito no mês de setembro de 2007, denominado Estorno de débito referente a diferença de alíquota no estoque. ICMS no valor de R\$32.503,77 e multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, fls. 355 a 371, por meio de advogado legalmente constituído, na qual inicialmente relata que tem por objeto o beneficiamento de minério de metais preciosos, portanto, contribuinte do ICMS.

Explana que por atender os requisitos estabelecidos nas normas de regência do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, instituído pela Lei n.º 7.980/2001, a Impugnante pleiteou e obteve a concessão dos benefícios alusivos ao referido projeto de fomento e estímulo de empreendimentos industriais no território baiano, nos termos da Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE de nº 33/2004, posteriormente alterada pela Resolução de nº 10/2006 (doc. 03), tais como *o benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens* destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação, *nas seguintes hipóteses:*

- a) nas operações de importação de bens do exterior;*
- b) nas operações internas relativas às aquisições de bens produzidos neste Estado;*
- c) nas aquisições de bens em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas. (grifamos)*

Ao analisar detidamente cada uma das infrações capituladas pela fiscalização, a ora Impugnante, imbuída da boa fé que lhe é peculiar, reconhece a procedência parcial da autuação fiscal em apreço, especificamente no que tange à infração 06, uma vez que não localizados os documentos hábeis a elidi-la, pugnando, desde já, pela juntada do anexo Documento de Arrecadação Estadual – DAE devidamente cancelados pela instituição bancária competente (doc. 04), contemplando a redução da multa de ofício imputada na peça acusatória, nos termos do permissivo veiculado pelo art. 45, I, da Lei n.º 7.014/96. Entretanto, com relação às infrações 01 a 05, demonstrará que não têm meios de prosperar nos moldes em que perpetradas, uma vez que:

- (i)* No que diz respeito às infrações 01 a 03, decorreram da equivocada caracterização, pela fiscalização, das mercadorias adquiridas pela Impugnante como destinadas ao uso e consumo do estabelecimento e não ao seu ativo permanente, violando, assim, a disciplina veiculada pelo art. 2º, II, do Decreto Estadual n.º 8.205/2002, que aprovou o regulamento do Programa DESENVOLVE, c/c a Resolução nº 10/2006, bem assim a previsão estampada no art. 93, V, 'a', do RICMS/BA;
- (ii)* No que toca à infração 04, há de se levar em conta o permissivo veiculado pelo art. 42, § 7º, da Lei n.º 7.014/96, que reclama o cancelamento da multa imposta por mero descumprimento de obrigação acessória, em homenagem aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade; e,
- (iii)* Relativamente à infração 05, constatada a falta de identificação, pelo Sr. Fiscal Autuante, do efetivo registro da entrada de mercadoria tributada nos Livros Fiscais próprios, diante do que há de ser reconhecida a procedência parcial do lançamento consubstanciando na aludido item neste particular.

Fincados os termos em que se pauta a presente defesa administrativa, pauta sua defesa na análise individual e pormenorizada das questões suscitadas, na ordem em que constituídas na peça fiscal através da qual foi promovido o lançamento ora guerreado.

Através das infrações 01, 02 e 03 do auto de infração ora combatido, a fiscalização pretende exigir da Impugnante ICMS, bem como efetuar a glosa de créditos aproveitados a tal título, sob o

fundamento de que as mercadorias constantes das listas anexas à peça fiscal acusatória caracterizam-se como materiais para uso e consumo do estabelecimento, e não bens integrantes do ativo permanente, tal como classificadas e contabilizadas pelo contribuinte.

Ocorre, entretanto, que a conclusão a que o preposto fiscal autuante chegou se encontra totalmente equivocada, posto que os aludidos bens foram adquiridos pela Impugnante, na sua grande maioria, para compor o maquinário do seu parque de mineração em virtude da implementação de projetos de modernização e ampliação, revestindo-se, portanto, das características inerentes àqueles classificáveis como ativo permanente, em estrita observância à legislação de regência da matéria, bem assim às normas técnicas de contabilidade. É o que passa a demonstrar a Impugnante, partindo, para tanto, de breves comentários acerca da caracterização da expressão "bem integrante do ativo fixo" ou "ativo imobilizado".

O conceito em abordagem está previsto na legislação societária, mais especificamente na Lei das Sociedades Anônimas – Lei n.º 6.404/76 –, que, ao dispor acerca da classificação das contas do balanço patrimonial, define, no seu art. 179, o ativo imobilizado, como direitos que tenham por objeto bens destinados à manutenção das atividades da companhia e da empresa, ou exercidos com essa finalidade, inclusive os de propriedade industrial ou comercial.

O Instituto Brasileiro de Contadores – IBRACON, por sua vez, através do seu Pronunciamento de n.º 07 (NPC 7), definiu ativo imobilizado como **i)** os ativos tangíveis mantidos por uma empresa para uso na produção ou fornecimento de mercadorias ou serviços, pra locação a terceiros, ou para finalidades administrativas e **ii)** que possuam vida útil superior a um ano.

No âmbito tributário estadual, o conceito de ativo imobilizado também pode ser extraído do próprio Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, instituído pelo Decreto n.º 6.284/97, como sendo bem destinado à manutenção das atividades do estabelecimento. É o que se infere dos dispositivos regulamentares abaixo transcritos:

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração, do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

V - o valor do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada, real ou simbólica, no estabelecimento, de mercadorias, bens ou materiais, bem como do imposto relativo aos respectivos serviços de transporte, inclusive o imposto pago a título de diferença de alíquotas, sendo as mercadorias, bens ou materiais destinados:

a) a partir de 01/11/96, ao seu ativo imobilizado, assim entendidos os bens destinados à manutenção das atividades do estabelecimento, atendida a legislação federal (§§ 11 e 12); (grifamos)

Portanto, a partir da análise do manancial normativo acima transcrito, verifica-se que, para que um bem seja considerado como parte integrante do ativo imobilizado de uma empresa, é necessário atender os seguintes requisitos: 1) possuir vida útil igual ou superior a um ano; 2) ser aplicado na manutenção da atividade da empresa adquirente; e 3) não estar destinado à venda.

Entretanto, ignorando os conceitos acima definidos, a fiscalização procedeu à cobrança do ICMS como se os bens em questão se referissem ao uso e consumo do estabelecimento, bem como efetuou a glosa indevida dos créditos decorrentes de suas aquisições, olvidando, nesta senda, as circunstâncias materiais que os aproximam, perfeitamente, do conceito de ativo imobilizado acima delineado.

Isto porque, tais conjuntos de partes e peças, além de terem sido registrados pela Impugnante no seu ativo imobilizado, o que pode ser comprovado mediante a realização de diligência fiscal, possuem, inequivocamente, características de bens desta natureza, haja vista que, na sua maioria, adquiridos para compor o maquinário de seu parque de mineração, em virtude da implementação

de projeto de modernização e ampliação, iniciado no ano de 2007, que acarretou o aumento da média de produção de 4.000t/dia para 6.500t/dia.

Com efeito, para propiciar o referido aumento da capacidade produtiva, a Impugnante promoveu a construção de uma britagem nova e de novos tanques de lixiviação para aumento do tempo de residência de lixiviação, investindo, ademais, no aumento da capacidade de moagem e de bombeamento.

Outrossim, na britagem nova, foram instalados britadores primários, secundários e terciários, peneiras vibratórias, correias transportadoras, dentre outras. No sistema de moagem, foi substituído o revestimento do moinho, a bronzina e engrenagens, bem como instalado um novo bombeamento para incrementar a capacidade de produção.

Também foram construídos novos tanques com sistema de agitação e um novo espessador E-CAT, e, para recuperação de uma maior quantidade de ouro, instalados gravimétricos Knelson e lixiviador intensivo acácia.

Além dos referidos investimentos, o sistema elétrico foi reformado para suportar a nova carga de equipamentos e criado um novo bombeamento e linha de rejeito para dar vazão ao aumento de produção.

E para implementar o projeto de expansão sob análise, a Impugnante adquiriu, dentre outras, as mercadorias objeto da autuação ora combatida; listadas, a título exemplificativo, no demonstrativo anexo, elaborado para o CENTRO DE CUSTO DE EXPANSÃO DA PLANTA INDUSTRIAL (doc. 05).

Assim é que, levando-se em consideração *(i)* que o referido projeto de ampliação, além de estar estritamente relacionado à atividade-fim da Impugnante, ocasionou o aumento da vida útil da planta de mineração e da sua capacidade produtiva, pelo que os bens adquiridos para tal finalidade integraram-se, de forma definitiva, ao seu parque 'fabril', *(ii)* que tais mercadorias não se destinam, por óbvio, essencialmente, à venda; e, que, *(iii)* possuem vida útil superior a um ano, dúvidas não há de que se trata de bens do ativo imobilizado, contrariamente ao quanto alegado pelos d. Auditor Fiscal Autuante, que os enquadrrou, de forma absolutamente equivocada, como bens de uso e consumo.

Ressalta que deixou de juntar à presente defesa cópia do Livro Razão, que atesta o devido registro contábil das notas fiscais autuadas em contas do ativo imobilizado em razão do seu grande volume, sendo certo, entretanto, que toda a documentação correspondente aos projetos de modernização e ampliação do parque de mineração encontra-se à inteira disposição da fiscalização, no seu estabelecimento.

Diante disso, requer, desde já, a realização de diligência fiscal, nos termos dos artigos 123, §3º e 145 do Decreto nº 7.629/99, a fim de atestar o quanto ora afirmado, com o que será, enfim, confirmada a total improcedência dos itens 01, 02 e 03 do auto de infração ora guerreado.

Ademais, a desconstituição da equivocada premissa de que as mercadorias em apreço destinaram-se ao uso e consumo do estabelecimento da Impugnante demonstra, de igual forma, a insubsistência da infração 03, tendo em vista que os bens adquiridos para compor o ativo imobilizado conferem, indubitavelmente, o direito ao crédito.

Menciona que tendo em conta que a Lei Maior excepciona, expressamente, os casos em que não é aplicada a regra geral da não cumulatividade (operações isentas e não tributadas), essa linha de raciocínio estende-se, conseqüentemente, às aquisições de bens ou mercadorias destinados ao ativo imobilizado do contribuinte, não havendo óbice ao uso do crédito decorrente destas operações.

Posteriormente ao advento da Constituição Federal de 1988, foi editada a Lei Complementar nº 87/96, a qual expressamente consignou, no seu artigo 20, a seguir transcrito, o direito ao crédito

fiscal decorrente das aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado, desde que relacionados à atividade do estabelecimento:

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações 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.

(...)

§ 10 Não dão direito ao crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributáveis, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento (grifamos).

Na esfera estadual, o RICMS/BA, buscando os conceitos contidos na legislação federal para caracterização de bem do ativo imobilizado, convalida o direito ao crédito fiscal decorrente da aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado, o que é feito no seu art. 93 c/c o art.97.

Assim é que, uma vez atestado que o procedimento adotado pela Impugnante encontra-se em total conformidade com a legislação de regência da matéria, também a cobrança consubstanciada na infração 03 deve ser prontamente rechaçada por esse E. Conselho.

Firmadas tais conclusões, passa a Impugnante a demonstrar que melhor sorte não assiste aos lançamentos consubstanciados nos itens 04 e 05 da autuação em debate.

Consoante pontuado nos fatos acima, através da infração 04 da peça acusatória ora combatida, foi atribuído à Impugnante o cometimento da infração capitulada no art. 42, incisos XI, da Lei n.º 7.014/96, qual seja, *dar entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal*, que autoriza a imputação de multa correspondente a 1% (um por cento) do valor das mercadorias assim ingressadas no estabelecimento da pessoa jurídica

Argumenta que a situação vertente amolda-se à circunstância previstas no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/1996, e, ainda que a referida tese não seja acolhida por essa i. Junta de Julgamento, o que se cogita tão somente por homenagem ao debate, deve ser afastada a exigência perpetrada em relação à Nota Fiscal de nº 218.595, tendo em vista que devidamente escriturada, em que pese a existência de um mero erro material quando do seu registro no respectivo Livro de Registro de Entrada.

Invoca o princípio da proporcionalidade, vez que a multa deve ser utilizada como forma de desestimular o ilícito e punir o infrator, não devendo consistir em um meio para que o Estado lance mão do patrimônio do contribuinte, sob pena de violação também ao princípio da razoabilidade.

Ademais, resta claro que a ausência de escrituração das notas fiscais listadas nos anexos não se deu de maneira dolosa, fraudulenta ou dissimulada, mesmo porque caberia ao Fisco comprovar, de forma incontestável, a ocorrência de qualquer dos vícios em apreço.

Outrosim,, é de se notar que tampouco o Erário baiano deixou de arrecadar o imposto estadual, já que, como consigna a própria fiscalização, as mercadorias objeto da autuação não estão submetidas à incidência do ICMS.

Aduz que não destoia deste entendimento a jurisprudência deste E. Conselho de Fazenda do Estado da Bahia – CONSEF, que vem proferindo reiteradas decisões nesse sentido.

Quanto à nota fiscal nº 218.595, ao efetuar uma análise detida de sua escrita fiscal, detectou a Impugnante que o aludido documento foi devidamente registrado, em 29/10/2007, no seu Livro de Registro de Entrada, ora anexado sob a rubrica de doc. 06, tendo deixado de imputar, por mero equívoco, o primeiro dígito da sua sequência numérica, fazendo constar o número 18.595, em vez de 218.595.

Assim é que, diante da constatação de mero equívoco na digitação do número da Nota Fiscal, não subsiste qualquer dúvida de que a Impugnante cumpriu seu dever instrumental neste particular, sendo descabida a multa por infração correlata.

Através da infração 05 do lançamento em debate, é exigido da Impugnante o ICMS supostamente não recolhido *referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios*.

Ocorre que, a partir de um minucioso trabalho de conferência de sua escrita fiscal, verificou a Impugnante que diversas Notas Fiscais listadas pela fiscalização encontram-se devidamente escrituradas no seu Livro Registro de Entradas (doc. 07), contrariamente ao quanto precipitada e equivocadamente afirmado pela fiscalização.

Passa a demonstrar, a seguir, os documentos fiscais em relações aos quais foi identificado o efetivo registro nos livros competentes:

	UF	EMIÇÃO	NOTA FISCAL	VALOR	REGISTRO	OBSERVAÇÕES
16622284000198	SP	22/05/2007	5755	4.866,00	13/06/2007	Nota com erro material: 5755
17403551000107	MG	27/12/2007	348	94.500,00	30/12/2007	
7261701000123	MG	16/02/2008	688	45.360,00	26/02/2009	
55882401000104	SP	21/05/2008	27.743	24.388,88	01/12/2008	Nota com erro material: Valor Lanc. R\$ 23.227,50
60412806000119	SP	15/10/2008	40.002	2.234,88	25/10/2007	
77153260000121	PR	15/10/2008	65.986	1.692,67	25/10/2007	
77153260000121	PR	15/10/2008	65.987	609,90	25/10/2007	A emissão da nota ocorreu em 15/10/2007
1399208000198	SP	17/10/2008	411	5.800,00	25/10/2007	
86495090000154	MG	17/10/2008	8.089	1.157,00	01/11/2007	
5725958000163	SP	31/10/2008	99	4.632,00	01/12/2008	A emissão da nota ocorreu em 15/10/2007

Do quanto até aqui demonstrado, conclui que a infração ora combatida merece sofrer reparos, uma vez que a premissa na qual se lastreou o levantamento fiscal não se confirma em relação às Notas Fiscais listadas no item precedente, impactando, como visto, em uma redução no montante de R\$18.524,14 (dezoito mil, quinhentos e vinte e quatro reais e quatorze centavos) em valores originais.

Por todo o exposto, requer seja julgado (i) TOTALMENTE IMPROCEDENTE a autuação consubstanciada nos itens 01 a 04 do auto de infração ora guerreado; e (ii) PARCIALMENTE PROCEDENTE as infrações consubstanciada no item 05, pelas razões sobejamente expostas no presente expediente.

Requer, por fim, a juntada posterior de documentos, bem como a realização de diligências fiscais para a constatação dos fatos aqui alegados e análise dos documentos colacionados, caso assim entenda necessário essa nobre Junta de Julgamento.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 424 a 434, e após relatar a defesa do contribuinte, esclarece que não há dúvida quanto ao fato de que o contribuinte em apreço está dispensado do pagamento da diferença de alíquota, quando adquirir bens destinados ao ativo permanente, nas condições, enquanto vigorar o benefício fiscal que lhe foi concedido, de modo que ficam rechaçadas as alegações de que o autuante não observou a legislação nesse aspecto.

Adverte que o contribuinte menciona a legislação das sociedade empresariais e da entidade dos contabilistas, organizações que não legislam embora contribuam para o aperfeiçoamento da legislação tributária.

As infrações imputadas dizem respeito às aquisições de peças de reposição, adquiridas para o uso e consumo do estabelecimento, nos reparos dos seus equipamentos, conforme demonstrado nas notas fiscais n.ºs. 139/297, peças que não são caracterizadas como bem do ativo permanente, à luz da legislação do ICMS da Bahia.

Transcreve parcialmente o Parecer nº 01595/2011, de 24/01/2011, emanado da Diretoria de Tributação da SEFAZ, em que o benefício do diferimento previsto no art. 2º, inciso IV, do Decreto nº 8205/02 não alcança as aquisições de partes e peças de reposição, adquiridas pelo próprio estabelecimento beneficiário do Desenvolve, para fins de manutenção e reparo de seu maquinário, bem como as aquisições de materiais destinados à construção de bens imóveis por acessão física.

As peças utilizadas para reposição e/ou conserto, não são consideradas como integrantes do ativo permanente, estão sujeitas ao pagamento da diferença de alíquota e não dão direito ao creditamento do ICMS, portanto, correta a ação fiscal nesse aspecto.

A infração 02 tem a mesma natureza da infração anterior, trata-se da aquisição no exterior de peças de reposição cujo ICMS diferença de alíquota não foi recolhido.

Quanto à apropriação indevida de crédito fiscal, conforme descritas nas notas fiscais, fls. 138/297, são bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento, cuja utilização do crédito tem vedação expressa no art. 93 do RICMS/97.

Na infração 04, destaca que a falta de registro das notas fiscais de entradas ocorreu nos dois exercícios fiscalizados, e em decorrência entende que o pedido de cancelamento ou redução da multa não deve ser atendido. Apenas deve ser acolhido o seu requerimento para exclusão da nota fiscal nº 218.595, pois efetivamente está comprovado no PAF o erro material alegado. Modifica o demonstrativo de débito de fl. 49 para excluir essa nota fiscal.

Acolhe em parte as razões do autuado, no que diz respeito à infração 05, consoante os registros das notas fiscais listadas na fl. 371, e cópias dos livros de entradas juntados às fls. 401/418, e reduz o valor histórico do ICMS para R\$ 20.711,67 no exercício de 2007 e para R\$27.918,76, no exercício de 2008.

Salienta que o contribuinte não impugnou a infração 06.

Opina que o pedido de diligência não deve prosperar, posto que as infrações estão baseadas em documentos do próprio contribuinte, com as descrições legíveis de todas as mercadorias objeto da ação fiscal. Argumenta que apesar de a atividade desenvolvida pela empresa ser na área de mineração, quer em minas a céu aberto, quer em sub-solos, este fato não tem o condão de modificar a natureza das mercadorias empregadas, pois continuam sendo partes e peças de reposição e/ou conserto, em outras palavras, materiais de uso e de consumo.

Elabora o demonstrativo de débito, fl. 433, de maneira que o AI seja julgado procedente em parte, fixando o valor histórico do débito em R\$441.850,80, bem como homologando o valor pago e comprovado às fls. 398/399 do PAF.

O presente PAF foi diligenciado à infaz de origem, fls. 448/449, para que o autuante, tendo em vista a atividade industrial do contribuinte (beneficiamento de minério e metais preciosos) cuja matéria relativa ao crédito fiscal das mercadorias que adquire para uso na sua atividade ainda não está pacificada no âmbito deste Conselho, intime a empresa a apresentar em 30 (trinta) dias um descritivo técnico do processo produtivo indicando suas fases, descrevendo a aplicabilidade de todas as mercadorias constantes nas notas fiscais objeto das infrações 01, 02 e 03, explicando a forma que **afeta o processo produtivo**, bem como a periodicidade de substituição, quando for o caso.

Deverá ser apresentada:

- A) Listagem das mercadorias constantes das notas fiscais dos demonstrativos de fls. fls. 139 a 320 (inclusive em meio magnético) que atendam aos seguintes requisitos, cumulativamente:
 - a) participam diretamente do processo produtivo da empresa e forma de afetação ou participação no processo produtivo;
 - b) entram em contato direto com a matéria prima ou o produto fabricado;

c) desgastam-se em decorrência do contato com a matéria-prima ou o produto produzido.

Essa primeira listagem deverá seguir a mesma ordem sequencial dos produtos, como utilizada pelos autuantes nos referidos demonstrativos de fls. fls.35 a 39, 40 a 43, 139 a 320 , com os respectivos valores, e não deverá conter:

- 1) os produtos que não fazem parte do processo produtivo;
- 2) os produtos que, conquanto sejam necessários ao processo produtivo, não entrem em contato com a matéria-prima/produto produzido (por exemplo, óculos, luvas, avental, abraçadeira, respirador, lanterna, parafusos, porcas, arruelas, disjuntores, lâmpadas, tomadas, fios, etc.).
- a) A referida listagem deverá indicar, para cada mercadoria relacionada, a fase do processo produtivo em que é utilizada, qual a sua função, como se dá o contato com a matéria-prima/produto produzido e o que causa o efetivo desgaste, indicando a periodicidade de reposição (dias, meses, anos), não devendo ser indicada como freqüente (por ser indeterminado e sim a média de tempo de reposição).

Após essas providências, pede-se que também sejam adotadas as seguintes:

- a) Com base no descritivo do processo produtivo apresentado pelo autuado, produzir:
 - b.1) Uma listagem das mercadorias constantes das notas fiscais dos demonstrativos (inclusive em meio magnético) que atendam aos seguintes requisitos, cumulativamente:
 - a) participam diretamente do processo produtivo da empresa e forma de afetação ou participação no processo produtivo;
 - b) entram em contato direto com a matéria prima ou o produto fabricado;
 - c) desgastam-se em decorrência do contato com a matéria-prima ou o produto produzido.

Essa primeira listagem deverá seguir a mesma ordem sequencial dos produtos, como utilizada pelos autuantes, com os respectivos valores, e não deverá conter:

b.2) Outra listagem 02 com:

- 3) os produtos que não fazem parte do processo produtivo;
- 4) os produtos que, conquanto sejam necessários ao processo produtivo, não entrem em contato com a matéria-prima/produto produzido (por exemplo, óculos, luvas, avental, abraçadeira, respirador, lanterna, parafusos, porcas, arruelas, disjuntores, lâmpadas, tomadas, fios, etc.).

Observe que nas listagens, no caso de diversas mercadorias em uma mesma NF com o mesmo gênero ou mesma utilização, poderá identificar por gênero, a exemplo de “arruela”.

Os demonstrativos pedidos (listagens) deverão, também, serem gravados em mídia magnética.

Após o cumprimento desta diligência, o autuado deverá ser cientificado, concedendo-lhe o prazo de 10 (dez) dias para se manifestar.

Em cumprimento ao solicitado, a sociedade empresária, após ter sido intimado pelo diligente, solicitou a prorrogação de prazo para apresentar os documentos , o que o fez, consoante descritivo do processo de beneficiamento e demais documentos de fls. 459 a 467 do PAF.

Também apresenta listagem das mercadorias constantes das notas fiscais objeto das infrações 01 a 03, objeto do item “A” do supramencionado Termo de Intimação, docs. 01 a 03. Reitera que os aludidos itens foram adquiridos para compor o maquinário de seu parque de mineração, em virtude da implementação de projetos de modernização e ampliação, acarretando, no ano de 2007 o aumento da média de produção de 4.000t/dia para 6.500t/dia.

Ademais, tais bens foram devidamente registrados como ativo imobilizado, conforme atesta as cópias do Razão anexas, colacionadas a título exemplificativo, possuem durabilidade igual ou maior que um ano. Requer que o AI no que tange aos presentes itens seja julgado improcedente. (fls. 459 a 493)

Novamente o PAF foi diligenciado à infaz de origem, tendo em vista a juntada de documentos pelo contribuinte, para que a diligência anterior fosse cumprida na sua totalidade. (fl. 495)

O autuante, analisando as informações prestadas pela empresa autuada, no intuito de atender ao quanto determinado na diligência fiscal, conclui que fica evidenciado que o contribuinte não atendeu a intimação nos termos nela constantes, como demonstra:

1 – Na sua manifestação de folhas 455 e documentos seguintes, a autuada apresentou às folhas 460/465, descritivo técnico (RESUMIDO) do seu processo produtivo, todavia, não descreveu como e quais daqueles produtos listados às folhas 35/49, atendam *cumulativamente* os seguintes requisitos:

- a) participam diretamente do processo produtivo da empresa e a forma de afetação ou participação no processo produtivo;
- b) entram em contato direto com a matéria prima ou produto fabricado;
- c) desgastam-se em decorrência do contato com a matéria-prima ou o produto produzido

De acordo com a descrição do processo produtivo, mais especificamente, o fluxograma de folhas 461/464, observa-se que **os produtos que participam diretamente** das diversas etapas do processo de produção ali descritos (bola de aço, cal, catalisador, hidróxido de sódio, floculante, cianeto, carvão ativado, ácido, tetraborato de sódio, carbonato de sódio, nitrato de sódio), **não fazem parte das mercadorias objeto da ação fiscal.**

Ainda com relação às informações prestadas pela autuada, verifica-se que as planilhas de folhas 470/479, são meras reproduções daquelas encartadas pelo autuante às folhas 35/45, sendo que, naquelas de folhas 470/472, apenas foi acrescentada pelo autuado, uma coluna com seguinte informação: PARTE DO PROCESSO PRODUTIVO. Já naquelas outras de folhas 473/479, a informação inserida foi PROCESSO PRODUTIVO/IMOBILIZADO. Entretanto, a autuada não atendeu a parte fundamental da intimação, informando se ditas mercadorias (objeto da ação fiscal) participam diretamente do processo produtivo e a forma de afetação ou participação no processo produtivo. Também não esclareceu se as mesmas entram em contato direto com a matéria prima ou produto acabado, nem se estas mercadorias se desgastam em decorrência do contato com a matéria-prima ou o produto produzido. Em outras palavras, não atendeu a intimação nos moldes requeridos pelo CONSEF.

Diante da sonegação pelo autuado das informações requeridas pelo CONSEF, não tem o autuante como atender a diligência nos termos requeridos, uma vez que, à luz das informações prestadas pelo autuado, nenhuma das mercadorias relacionadas às folhas 35/45, atende, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- a) participam diretamente do processo produtivo da empresa e a forma de afetação ou participação no processo produtivo;
- b) entram em contato direto com a matéria prima ou produto fabricado;
- c) desgastam-se em decorrência do contato com a matéria-prima ou o produto produzido

Ante todo o exposto e tudo quanto mais consta deste PAF, pede que o auto de infração seja julgado PROCEDENTE, EM PARTE, conforme exposto às folhas 424/437, fixando o valor histórico do débito em R\$441.850,80, bem como, homologando o valor pago e comprovado às folhas 398/399 do PAF.

O sujeito passivo, intimado do resultado da diligência, vem ao PAF e se manifesta, e apresenta um demonstrativo em anexo, que compila as informações já prestadas, descrevendo, de forma minuciosa, i) a fase da lavra em que são empregados II) a forma como participam no processo produtivo, III) se possuem contato direto com o minério; e (IV) se sofrem desgaste em função do uso (doc.01).

Aduz que como se pode constatar a partir da simples leitura do demonstrativo em comento, trata-se de itens indispensáveis à lavra, entrando em contato direto com o minério extraído e beneficiado pelo impugnante, afigurando-se o fato de que sofrem desgaste ao longo do processo produtivo em voga, tornado-se imprestáveis para o fim a que se destinam. Pede o reconhecimento da improcedência da autuação ora vergastada.

O autuante procede à juntada de 04 folhas digitadas, acompanhadas de 19 folhas anexas onde se manifesta acerca das petições e dos documentos juntados pelo atuado, bem como para atender às diligências determinadas pelo CONSEF.

VOTO

Constato que o presente Auto de Infração foi lavrado com obediência aos ditames do art. 39 do RPAF/99 e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

No mérito, o contribuinte não se insurge com relação à infração 06, pelo que fica mantida. Infração procedente.

As infrações 01, 02 e 03 são correlatas, pois o cerne da questão é a classificação dos bens/materiais, objeto das infrações, se materiais de uso e consumo, ou destinados ao ativo permanente da sociedade empresária.

Para dirimir a questão, na qual o atuado insiste na tese de que os bens foram adquiridos para serem aplicados na ampliação de sua planta industrial e no fomento da produção, duas diligências foram realizadas, a primeira de fls. na qual o empresa procedeu à juntada de documentos, de forma a comprovar os seus argumentos defensivos, e a segunda, de fls. 500 a 504, na qual o autuante reafirmou o valor histórico do débito para R\$441.850,80, como exposto anteriormente nas fls. 424/437 do PAF.

Ocorre que o sujeito passivo possui o benefício do DESENVOLVE, Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 7.980/2001, nos termos da Resolução nº 33/2004, posteriormente alterada pela Resolução de nº 10/2006, e na sua habilitação tem direito ao benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação, nas seguintes hipóteses:

- a) *nas operações de importação de bens do exterior;*
- b) *nas operações internas relativas às aquisições de bens produzidos neste Estado;*
- c) *nas aquisições de bens em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas.*

A defesa centra a sua tese no fato de que o autuante exige ICMS nas infrações 01, 02 e 03, com flagrante equívoco, pois caracterizou as mercadorias adquiridas como destinadas ao uso e consumo do estabelecimento e não ao seu ativo permanente.

Na persecução da verdade material, e em busca da correta destinação das mercadorias adquiridas, esta 4ª JJF diligenciou o PAF no sentido de que fossem, efetivamente, esclarecidos se os bens/materiais foram adquiridos para compor o maquinário do parque de mineração, em virtude de implementação de projetos de modernização e ampliação, ou seja, são bens do ativo permanente, ou se compõem materiais de uso e consumo do estabelecimento produtivo.

O sujeito passivo procedeu à juntada de fotografias, resumos, e descritivo técnico do seu processo produtivo, consoante os documentos de fls. 457 a 465, bem como apresentou listagem das mercadorias constantes das notas fiscais objeto das infrações 01 a 03, (fls. 470 a 479), e reitera que os aludidos itens foram adquiridos para compor o maquinário do seu parque de mineração, em virtude de implementação de projetos de modernização e ampliação, com o aumento de sua produção de 4.000t/dia para 6.500t/dia. Também foram registrados como ativo imobilizado, fato este que não existe controvérsia, como ressaltou o auditor fiscal autuante.

Consoante o art. 93 do RICMS/BA:

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração, do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

V - o valor do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada, real ou simbólica, no estabelecimento, de mercadorias, bens ou materiais, bem como do imposto relativo aos respectivos serviços de transporte, inclusive o imposto pago a título de diferença de alíquotas, sendo as mercadorias, bens ou materiais destinados:

*a) a partir de 01/11/96, ao seu **ativo imobilizado**, assim entendidos os bens destinados à manutenção das atividades do estabelecimento, atendida a legislação federal (§§ 11 e 12); (grifamos)*

Na diligencia foi solicitado que o autuante elaborasse uma listagem, e excluísse os produtos os quais não atendam, simultaneamente, os seguintes requisitos:

- a) participam diretamente do processo produtivo da empresa e a forma de afetação ou participação no processo produtivo;*
- b) entram em contato direto com a matéria prima ou o produto fabricado;*
- c) desgastam-se em decorrência do contato com a matéria prima ou o produto produzido.*

A empresa forneceu elementos para a análise do autuante, mas de acordo com o fluxograma por ela apresentado, fls. 461/464, observa-se que os produtos que participam diretamente das diversas etapas do processo produtivo ali descritos, tais como bola de aço, cal, catalizador, hidróxido de sódio, floculante, cianeto, carvão ativado, ácido, tetraborato de sódio, carbonato de sódio, nitrato de sódio, não fazem parte das mercadorias objeto da ação fiscal, logo não são pertinentes ao deslinde da lide.

Por sua vez, constato que nenhuma das mercadorias relacionadas nas fls. 35/45, atende cumulativamente, aos requisitos necessários para que sejam consideradas como bens do ativo permanente. A contrário senso, quando o sujeito passivo apresenta a planilha de fls. 513 a 515, expõe que os produtos ali descritos, objeto da ação fiscal, são produtos que entram em contato direto com o minério ou sofrem desgaste em função do contato com o minério, mas trata-se, em verdade, de anel de vedação, rolamento, radiador de máquina, mangote, conjunto de polia motriz, rotor, kit vedação, válvula, trilho de aço, mangueira, retentor, e que são, em verdade, materiais de uso e consumo, ou seja, peças de reposição, que estão sujeitas ao pagamento do diferencial de alíquotas, e cuja utilização de crédito fiscal encontra-se expressamente vedada na legislação tributária.

O autuante, de forma criteriosa trouxe nas planilhas, de fls. 526 a 529, os valores referente à diferença de alíquota não recolhida, e que de acordo com o contribuinte são produtos que entram no processo produtivo, quando, em verdade, se tratam de materiais de uso/consumo e de peças de reposição.

Às fls. 530 a 532, as planilhas são concernentes aos valores referentes à apropriação indevida de ICMS de Mercadorias, que de acordo com o contribuinte também entram no processo produtivo, mas, novamente concluo que são materiais de uso e consumo e peças de reposição.

Finalmente, nas fls. 533, as mercadorias tais como conjuntos de peças sobressalentes, Kits, e peças para lanternas, importadas pelo estabelecimento, também não são materiais do ativo permanente, mas peças de uso e consumo/ou peças de reposição.

Diante do exposto, mantenho as infrações 01, 02 e 03, pois comprovado que se tratam de materiais de uso e consumo do estabelecimento, bem como peças de reposição, e não insumos, como quer fazer crer o defendente. Desse modo, deve ser pago o ICMS diferencial de alíquotas, ao ingressarem no estabelecimento, (infração 1); é devido o pagamento do ICMS nas importações (infração 02) e não dão direito à utilização do crédito fiscal (infração 03). Infrações procedentes. Ressalto que este entendimento encontra respaldo nas decisões do CONSEF, entre elas, o ACÓRDÃO 057-02/04 da 2ª JJF, que foi mantida pela 1ª CJF no ACÓRDÃO 131-11/04.

Quanto à infração 04, em que o estabelecimento adquiriu mercadorias não tributáveis e não procedeu ao registro na escrita fiscal, a multa aplicada está prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/96, ou seja, 1% do valor das mercadorias ingressadas no estabelecimento da pessoa jurídica.

O autuado além de pedir a aplicação do § 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96, qual seja a redução ou o cancelamento da multa, por não ter implicado em falta de recolhimento do imposto, em relação à nota fiscal nº 218.595, comprova que a mesma está escriturada no livro fiscal competente.

Quanto ao pedido de redução ou cancelamento da multa proposta pela fiscalização, não o acolho, haja vista que no decorrer da autuação ficou demonstrado que houve falta de recolhimento do imposto pela sociedade empresária.

Com relação à nota fiscal nº 218.595, acompanho o entendimento do autuante, que retirou da infração a multa a ela relativa, pelo que a infração passa a ser no valor de **R\$8.742,91**, com a modificação do demonstrativo de fl. 48 do PAF, com a exclusão do valor de **R\$42,00**.

Infração procedente em parte.

Na infração 05, relativa à falta de recolhimento do ICMS, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, baseada na presunção legal prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, o autuante acolheu em parte as razões do autuado, de que diversas notas fiscais estavam registradas nos livros fiscais, e reduziu o valor da infração para R\$ 20.711,67 no exercício de 2007 e para R\$27.918,76 no exercício de 2008, no que acompanho. Infração procedente em parte.

Dessa forma, o Auto de Infração passa a ser no valor de R\$441.850,80, consoante o demonstrativo de débito de fls. 432 a 433, em que as infrações estão discriminadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281508.0006/11-6** lavrado contra **JACOBINA MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$432.735,67**, acrescido das multas de 60% sobre R\$384.105,24 e de 70% sobre R\$48.630,43, previstas no art. 42, inc II, “F”, VII, “a”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além e da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$8.742,91**, prevista no art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA