

**A. I. N°** - 269194.0062/15-4  
**AUTUADO** - BAHIA SPECIALTY CELLULOSE S/A  
**AUTUANTE** - FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO  
**ORIGEM** - IFEP INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 05.09.2016

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF N° 0123-02/16**

**EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. a) MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 10%. Fato não contestado. Infração caracterizada com redução do valor da multa ante a sua modificação pela Lei nº 13.461/2015, e aplicação retroativa com base no artigo 106, II, “c” do CTN; b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 1%. Fato não contestado. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PESSOAL. A legislação admite o uso de crédito fiscal sobre o serviço de transporte de matérias primas, material intermediário e embalagens. Infração caracterizada, cujos argumentos defensivos não encontram amparo na legislação tributária para legitimar o crédito sobre o serviço de transporte de pessoal. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) OMISSÃO DE SAÍDAS. Tendo sido constatado no mesmo exercício, diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas através de auditoria de estoques, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no caso sobre as entradas omitidas com base em presunção legal. Por se tratar de omissão de entradas em estabelecimento industrial, descabe a aplicação de presunção de omissão de saídas para exigência de imposto. Contudo, considerando que o levantamento quantitativo apurou diferenças tanto de entradas como de saídas, sucumbindo a omissão de entradas prevalece a exigência de imposto sobre a diferença saídas omitidas. Infração parcialmente caracterizada. 4. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. a) SAÍDAS A TÍTULO DE DEVOLUÇÃO COM DESTAQUE DO IMPOSTO SEM LANÇAMENTO NO LIVRO FISCAL. Fato não contestado. b) REMESSA DE PRODUTOS PARA CONSERTO OU BENEFICIAMENTO SEM COMPROVAÇÃO DO RETORNO. Infração elidida parcialmente. 5. LIVRO FISCAL. ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Fato não contestado. Rejeitada a arguição de nulidade do procedimento fiscal e indeferido o pedido para realização de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 25/09/2015, para exigência de ICMS e de MULTA, no valor de **R\$2.217.610,28**, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

**01 - 16.01.01** - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, conforme demonstrativos às fls.14 a 27. Multa no valor de R\$348.815,17.

**02 - 16.01.02** - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, conforme demonstrativos às fls.28 a 39. Multa no valor de R\$234.360,67.

**03 - 02.01.03** – Deixou de recolher ICMS, no valor R\$12.097,45, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, junho e agosto de 2012, conforme demonstrativo à fl.40. Em complemento consta: *“Trata-se de materiais remetidos a título de empréstimo ou devoluções de materiais de uso e consumo com destaque do ICMS na respectiva nota fiscal eletrônica, mas sem o mesmo no livro fiscal de saídas – EFD.”*

**04 - 01.02.94** – Utilizou indevidamente crédito fiscal, no valor de R\$345.448,67, referente a Serviço de Transporte sujeito a Substituição Tributária, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, conforme demonstrativos às fls.41 a 43. Em complemento consta: *“Estabelecimento é contratante da prestação de serviço de transporte de seu pessoal e retém ICMS ST por estas operações, porém veio a utilizar como crédito fiscal os mesmos valores recolhidos, conforme se vê em planilha anexada. A legislação baiana de ICMS não prevê hipóteses de utilização de crédito desta espécie.”*

**05 – 04.05.05** – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$245.951,75, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício (2012), conforme demonstrativos às fls. 44 a 53.

**06 - 02.01.03** – Deixou de recolher ICMS, no valor R\$1.011.507,35, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, conforme demonstrativos às fls.54 à 58. Em complemento consta: *“São saídas de materiais para conserto ou para beneficiamento ou industrialização sem a comprovação do necessário retorno. Existem também saídas sem tributação onde não havia previsão de dispensa de exigência de recolhimento do imposto na legislação baiana.”*

**07 – 01.06.01** – Efetuou estorno de débito, no Registro de Apuração do ICMS no valor de R\$19.429,22, em desacordo com a legislação deste imposto, nos meses de setembro e dezembro de 2011, janeiro de 2012, conforme demonstrativo às fls.59.

Em 26/11/2015, através do Processo SIPRO n° 229437/2015-1, fls.70 a 71, o sujeito passivo declara o reconhecimento do débito referente às infrações 01, 02, 03 e 07, e requereu que o cálculo dos débitos seja realizado com base nas reduções para quitação à vista, previstos na Lei n° 13.449/15, que instituiu o Programa de Transação Judicial e Extrajudicial de Créditos Tributários – Programa CONCILIA.

Em 27/11/2015, através do Processo SIPRO n° 230415/2015-2, fls.80 a 94, o autuado por seu advogado legalmente constituído nos autos, apresenta defesa tempestiva visando impugnar as demais infrações contempladas no auto de infração, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

#### **INFRAÇÃO 04 – Aproveitamento de Crédito Fiscal decorrente de serviços de transporte contratados**

Esclarece que o estabelecimento exerce a atividade industrial de fabricação e comercialização de celulose, especialmente celulose solúvel, o florestamento e reflorestamento, a exportação e importação, a prestação de serviços tecnológicos relacionados aos objetivos descritos acima, a qual necessita de mão de obra qualificada para tanto. E que, como a sede da empresa fica localizada no Polo Petroquímico de Camaçari/BA e grande parte do pessoal reside em outros Municípios, é necessária a contratação de serviços de transporte para levar os funcionários até a sede da empresa.

Assim, sustenta que os serviços de transportes contratados pela empresa estão intrinsecamente relacionados à atividade por ela desenvolvida, pois, como os operários são parte fundamental na planta de produção da empresa, caso não fosse contratado o serviço de transporte para leva-los até a fábrica não seria possível a obtenção do produto final.

Destaca que o direito ao crédito do ICMS incidente sobre os serviços de transportes contratados já era reconhecido pelo art. 93, III, “c” e §1º, I, como também no art. 97, II, “c”, ambos do RICMS/97, dispositivos aplicáveis aos fatos geradores ocorridos de 31/01/2011 a 31/03/2012, e que já garantiam o direito ao crédito quando o serviço de transporte contratado estivesse vinculado à atividade da empresa.

No presente caso, diz que não há dúvidas de que o serviço de transporte contratado está vinculado ao seu processo de industrialização, por considerar que a mão de obra é tão essencial no processo industrial como os insumos e a matéria prima.

Destaca que é vastamente reconhecido o direito ao crédito do ICMS incidente sobre os serviços de transportes atrelados às aquisições de matéria prima e insumos, em vista da essencialidade destes para o processo produtivo e desenvolvimento da atividade empresarial, logo, entende que não há razão para não se reconhecer também o direito ao crédito do ICMS incidente sobre o transporte do pessoal que irá trabalhar no processo produtivo, pois sem a presença dos operários também não seria possível o desenvolvimento das atividades empresariais e o regular desenvolvimento do processo produtivo e obtenção do produto final.

Visando corroborar o quanto aduzido, entende que se faz necessário destacar que o RICMS/2012, reconhecendo a essencialidade dos serviços de transportes contratados pelos contribuintes, pôs fim a esta discussão e passou a reconhecer o direito do crédito do ICMS sobre todos os serviços de transportes tomados, conforme art. 309, V, do RICMS/2012 (dispositivo aplicável aos fatos geradores ocorridos entre 30/04/2012 e 31/12/2012).

Com base nisso, aduz que o direito à utilização do crédito do ICMS incidente sobre as contratações de serviços de transportes, que já era garantido pelos dispositivos do RICMS/97, diante da relação de essencialidade destes com a atividade industrial, desde abril de 2012, com o advento do atual RICMS/2012 passou a ser expressamente garantido, não restando qualquer motivo para se negar tal crédito.

Transcreve trechos de julgamentos do CONSEF os quais diz que demonstram entendimento no sentido de ser válido o aproveitamento do crédito de ICMS referente à aquisição de serviço de transporte de pessoal sujeito à substituição tributária.

Salienta que, pela essencialidade/indispensabilidade da mão de obra para o processo produtivo, está garantido o crédito de ICMS nestes casos.

#### **INFRAÇÃO 05 – Diferenças de entradas e saídas de mercadorias (mudança de classificação interna de produtos)**

Impugnou o resultado apurado na auditoria de estoques, esclarecendo que em fevereiro de 2012, foram realizadas alterações nos sistemas de controle da empresa, com a mudança dos códigos de registro dos produtos, Aditivo Berol Visco, Ácido Sulfâmico e Enxofre sólido pureza 99,5%,

conforme segue: códigos anteriores 426752, 426749 e 426769, para 543745, 543797 e 543757, respectivamente.

Frisa que tais mudanças de código não foram consideradas pela Fiscalização, que concluiu pela existência de diferença de estoque, por supostamente o Estoque Final não corresponder ao Estoque Inicial em conjunto com as Entradas e Saídas.

Quanto às diferenças acima demonstradas, alega que a Fiscalização desconsiderou as transferências realizadas entre o “código antigo” dos produtos para o “código novo”, o que gerou uma diferença de entradas e saídas, já que, com a correção do procedimento de controle de estoque, qualquer item (transferido, consumido, produzido, assim como as entradas e saídas) desconsiderado na apuração geraria diferença a maior ou a menor.

Neste ponto, destacou no corpo da impugnação resumos das movimentações de Estoque realizadas pelo estabelecimento (Doc. 03, fls.127 a 135), com a indicação dos códigos antigos e novos, para que não reste qualquer dúvida acerca da correção e lisura do seu procedimento realizado.

Chama a atenção de que as diferenças de Estoque apontadas pela Fiscalização coincidem exatamente com os valores indicados como transferidos, em razão da alteração dos códigos utilizados para controle dos produtos pela Impugnante, e que não foram considerados pela Fiscalização (vide Doc. 03, fls.127 a 135).

Pelo acima alinhado, roga para que seja julgada Improcedente a infração em comento, por restar incontroversa a inexistência de omissões no estoque e que a exigência fiscal está fundamentada em equívoco da Fiscalização, que desconsiderou a alteração dos códigos dos produtos nos controles da empresa.

**INFRAÇÃO 06 – Da comprovação das operações realizadas pela Impugnante e consequente inexistência de saídas sem tributação onde não havia dispensa de recolhimento.**

Sustenta que não merece prosperar a conclusão fiscal de falta de recolhimento do ICMS por supostamente ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, sob o argumento de que foram realizadas saídas sem tributação onde não havia previsão de dispensa de exigência de recolhimento, visto que, está sendo exigido tributos sobre saídas para conserto e beneficiamento, **com a respectiva comprovação de retorno** (Doc. 04, fls.137 a 147), **bem como sobre a venda de bens do ativo enquadrados em hipótese de redução legal** (Doc. 05, fls.149 a 154).

No que diz respeito às infrações relativas à remessa para conserto sem comprovação de retorno, observa que existem infrações relativas a fatos geradores ocorridos tanto na vigência do RICMS/97 (341, I, “c” e 67), quanto do RICMS/2012 (art.280, I), nos quais, nos termos do Convênio ICM 35/82, prescrevem a suspensão da exigência do ICMS na hipótese de saída em caso de remessa para conserto, com posterior retorno.

Salienta que na hipótese posta pelos Regulamentos, que retratam a situação fática dos autos, é importante que se observe que não há o caráter mercantil da operação, isto é, a operação se deu exclusivamente com o fim de realizar o conserto daquelas mercadorias que posteriormente retornariam ao estabelecimento, a fim de que regressem ao processo produtivo da mesma.

Neste sentido, observa que conforme se vê das notas acostadas, para fins de amostragem (vide Doc. 04, fls.137 a 147), após a saída das mercadorias para conserto, ocorreu a devida comprovação do retorno das mesmas, cumprindo-se a exigência legal disposta nas legislações de regência do tema.

Assim, diz que, após a saída, ocorreu o retorno das mercadorias para o seu ativo imobilizado, tornando impossível se tributar pelo ICMS, posto que circulação de mercadorias não houve, restando afastada parte desta infração.

No que diz respeito à saída sem tributação por conta de venda de bem do ativo imobilizado, observa um equívoco cometido no ato do preenchimento da Nota Fiscal nº 22920 (Doc. 05, fls.149 a 154), o que levou a Fiscalização a interpretar de forma diversa da realidade dos fatos. Ou seja, que ao preencher a “natureza da operação”, houve equívoco na descrição como sendo “Venda de mercadoria para entrega futura”, quando deveria ter descrito a natureza da operação como “Desincorporação do Ativo”.

Diz que, apesar disso, nos dados adicionais da Nota Fiscal, houve a descrição perfeita da hipótese de não incidência do ICMS por conta da venda de bens do ativo imobilizado, configurando-se hipótese de dispensa legal do ICMS, nos termos do art. 83, I, do RICMS/BA/1997.

Observa que a venda do bem, registrada na conta contábil nº 5074010000, ocorreu pelo Valor de R\$965.000,00, conforme também se vê na Nota Fiscal nº 22920, devidamente registrada com a indicação de depreciação e baixa, como se comprova da documentação colacionada (Doc. 05, fls.149 a 154).

Ressalta que se deve ainda levar em consideração que o bem do ativo imobilizado vendido tinha quase 20 anos de uso no momento da sua comercialização não havendo que se falar em cobrança do ICMS, por conta da dispensa legal prevista no RICMS, nos moldes acima referidos.

Em sequência, por entender as acusações feitas pela Fiscalização não são suficientes para autorizar a manutenção do lançamento, e que em caso de não se decidir de plano pela improcedência do Auto de Infração, pugna que seja determinada a realização de Diligência Fiscal, no intuito de que seja comprovada a adequação das operações realizadas pelo estabelecimento, confirmando que as saídas com suspensão ou não incidência do imposto estão devidamente acobertadas pelos documentos fiscais colacionados aos autos, na forma apontada acima.

Ao final, requer seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração no que diz respeito às infrações impugnadas.

Protesta, ainda, pela juntada posterior de provas, assim como pela produção de todos os meios de provas permitidos em direito, inclusive pela realização de perícia e diligência fiscal (art. 123 e 145 do RPAF/BA), para que sejam elucidadas as divergências existentes entre o entendimento do Fiscal e aquilo que fora alegado e comprovado pela Impugnante, restando evidenciado que as operações de saída de mercadorias para conserto foram regularmente realizadas, com os respectivos retornos, assim como as saídas não tributadas, a desincorporação de ativo, por exemplo, aconteceram corretamente, bem como pelo direito de sustentar oralmente as razões aqui aduzidas.

Requer que as intimações sejam feitas sempre em nome do seu patrono, Diego Marcel Costa Bomfim, inscrito na OAB/BA sob o nº 12.009, com endereço profissional na Rua Agnelo de Brito, nº 90, Edifício Garibaldi Memorial, 5º andar, Federação – CEP 40.210-245, Salvador/BA.

Em 22/12/2015, através do Processo SIPRO nº 250248/2015-7, fls.157 a 165, o autuante presta informação fiscal destacando que o autuado reconheceu em sua peça defensiva a procedência total das infrações 1, 2, 3 e 7 deste PAF afirmando que procederá à extinção dos créditos tributários correlatos mediante pagamento.

Rebateu os argumentos defensivos nos seguintes termos:

#### **INFRAÇÃO 04**

Comenta que os artigos 93 e 97 do RICMS-Ba aprovado pelo Decreto 6.284/97 e o artigo 309 do novo RICMS-Ba aprovado pelo Decreto 13.780/12 citados pela impugnante dizem respeito sim a aproveitamento de crédito fiscal pela realização de prestação de serviço de transporte por contribuintes, entretanto de matérias primas, materiais intermediários e de embalagem, e não tem relação com transporte de pessoas.

Para mostrar que não assiste razão ao defendente, transcreve acórdãos do CONSEF (CJF Nº 0159-12/03; CJF Nº 0102-11/03; CJF Nº 0182-11/14), da Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF-Ba, e uma citação da mesma matéria proferida em trecho do Acórdão da Câmara Superior do mesmo Conselho de Julgamento de nº CS 0222/00.

Assim, diz que resta claro que a jurisprudência administrativa dominante, ou melhor, absoluta no Tribunal Administrativo do Estado da Bahia é a de que não cabe o uso do crédito fiscal de transporte de pessoal, mesmo os lotados na área de produção.

Ressalta ainda que o transporte de pessoas que é o foco desta infração se refere às da área de produção e provavelmente também às da administrativa.

#### INFRAÇÃO 05

Quanto a justificativa do autuado de que as omissões de entradas dos itens ácido sulfâmico, aditivo berol visco e enxofre sólido devido a movimentações ocorridas entre códigos de registro para cada um deles, internamente aos mesmos, argumenta que, caso tenha havido alterações em códigos de registro desses itens, passando de um código para outro durante o período em pauta, precisaria trabalhar, então com as informações dos dois códigos simultaneamente e mesmo assim chegaria aos mesmos valores apontados pela fiscalização.

Tomando como exemplo o item aditivo berol visco, diz que o raciocínio adotado serve para os dois outros itens já que a tese argumentativa trazida pelo autuado é a mesma, e aduz que se houve uma reclassificação do código 426752 para 543745, o que ocorreria: *os estoque inicial (identificado como A pela autuada na folha 88 deste PAF) dos dois códigos seria o mesmo ( $28,264 + 0 = 28,264$ ), as entradas acobertadas por nota fiscal seriam as mesmas ( $152,8 + 80 = 232,8$ ), porém haveria o acréscimo (proveniente de transferência do código 426752) de 166,09 para o código 543745. O somatório das entradas totais (identificado como B pela autuada) para o item aditivo berol passaria então de 232,8 para 398,89. O consumo (identificado como C pela autuada) permaneceria o mesmo, 378,26, aliás como já está expresso no relatório de produção e consumo entregue pela empresa e constante da folha 53 deste PAF.*

Desta forma, diz que pelos argumentos defensivos, o estoque final contábil como resultante da fórmula:  $E. Final = A + B - C = 28,264 + 398,89 - 378,26 = 48,89$ , e que esta quantidade confrontada com o estoque final inventariado (48,892) resultaria em omissão de entradas igual a zero.

Não concordou com a tese defensiva dizendo o autuado esqueceu de demonstrar que quando ocorreu a entrada de 166,09 ton. no código 543745 proveniente do código 426752, houve, ao mesmo tempo, **saída** da mesma quantidade deste para aquele código, não levada em consideração pelo autuado.

Comenta que como os dois códigos compõem o mesmo item, no seu exemplo, o aditivo berol visco, uma entrada em um deles é compensada pela saída do outro, remanescendo assim a mesma diferença apontada na autuação, 166,09 toneladas. Frisa que pela fórmula do autuado teria que subtrair a saída (chamou de D) de 426752 para 543745 para compensar a entrada em sentido inverso que envolveu os dois códigos, assim:  $E. Final = A + B - C - D = 28,264 + 398,89 - 378,26 - 166,09 = -117,20$ . Este valor confrontado com o estoque final inventariado (48,892) volta a mesma omissão de entradas, 166,09 toneladas.

Explica que trabalhou com os diversos itens autuados sempre de forma conjunta. Daí, entende que quaisquer transferências ocorridas entre um código e outro do mesmo item, não altera em nada os cálculos relativos ao seu levantamento quantitativo (físico) de estoques, pois, o que sai de um código entra no outro e o total de cada item, que fora sempre analisado como um todo, permanece com mesmo valor.

Diz que este raciocínio é o mesmo para os três itens, portanto, a seu ver, os argumentos defensivos não ensejaram alteração nos números da autuação quanto a esta infração.

Ressalta que, mesmo que o autuado conseguisse elidir as omissões de entradas apontadas nesta autuação, ainda sobreviveria a omissão de saídas (folha 44 do PAF) que a impugnação não tratara.

#### INFRAÇÃO 06

Quanto às justificativas sobre o retorno de remessa para conserto para as notas fiscais de saídas: 23.999, 29.114, 39.376, 42.219 e 29.737, o autuante diz que, para as 04 primeiras a justificativa foi plausível, cabendo a retirada das mesmas da planilha “Saídas sem a devida tributação”. Para a NF de saída 29737, entende que os argumentos não são convincentes, pois a nota fiscal que justificaria o necessário retorno foi emitida em 30/06/2015, ou seja, 03 anos e dois meses depois, o que exigiria a tributação da operação de remessa da NF 29737 conforme art.627, caput e § 3º e 4º do RICMS-Ba aprovado pelo Decreto 6.284/97 e art. 280, I e §1º, III e §3º do novo RICMS-Ba aprovado pelo Decreto 13.780/12. Além desse fato, frisa que esta nota de retorno foi emitida após início de ação fiscal e até mesmo da comunicação à autuada da existência desta infração.

Para a NF-22920, aceitou as explanações em virtude de parecer ter havido erro no preenchimento do CFOP, já que foram acostadas outras evidências, inclusive a nota complementar da nota fiscal, que levam à conclusão de que houve operação de desincorporação de ativo fixo.

Diante dos fatos, informou que serão retiradas da planilha “Saídas sem a devida tributação” as notas fiscais 23.999, 29.114, 39.376, 42.219 e 22920, conforme demonstrativo às fls.166 a 170.

Conclui pela procedência parcial do auto de infração.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.172 a 173, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls.157 a 165, sendo-lhe entregues cópias, o qual, em 08/01/2016, através do Processo SIPRO nº 003619/2016-3, fls.175 a 193, se manifestou reiterando os termos de sua primeira defesa, e acrescentando que o Autuante prestou reconheceu parcialmente as razões defensivas, ao tempo em que pleiteou a manutenção de parte do Auto de Infração impugnado.

Quanto a infração 04, aduz que em que pese a fundamentação trazida nos autos e o acertado procedimento de aproveitamento de Crédito Fiscal referente à aquisição de Serviço de Transporte, o autuante manteve o entendimento no sentido de que não é possível o aproveitamento do crédito de transporte, mesmo sendo este integrante do “*custo industrial*”.

Sustenta que, como a sede da empresa fica localizada no Polo Petroquímico de Camaçari/BA e grande parte do seu pessoal reside em outros Municípios, é necessária a contratação de serviços de transporte para levar os funcionários até a sede da empresa.

Quanto a infração 05, apreciando a alegação do autuante de que: “*Desta forma teríamos, por esses argumentos defensivos, o estoque final contábil como resultante da fórmula: E. Final = A+B-C = 28,264+398,89-378,26=48,89. Este valor confrontado com o estoque final inventariado (48,892) resultaria em omissão de entradas igual a zero*”.

E também a informação de que: “*O problema é que a autuada esqueceu de demonstrar que quando ocorreu a entrada de 166,09 ton no código 543745 proveniente do código 426752, houve, ao mesmo tempo, saída da mesma quantidade deste para aquele código, não levada em consideração pela autuada*”.

Reafirma que, quando da apuração pelo Autuante não foi identificado o apontamento da respectiva saída em contrapartida à “entrada por transferência”, ao fazer constar na apuração a mesma quantia como “consumo por transferência” no código anterior.

Utilizando do exemplo citado pelo Autuante, destaca que, diferente do que fora afirmado, o E. Final não pode ser composto por “A+B-C-D”, visto que no item “C” (“saídas”) já consta o valor correspondente a “D” (consumo por transferência, no valor de 166,09).

Com base nisso, diz que em consonância com as planilhas acima apresentadas e colacionadas à inicial e novamente juntadas à presente manifestação, diz que resta evidente que o Autuante não

identificou precisamente que houve a inclusão dos valores como entrada (“entradas por transferência”) e como saída (“consumo por transferência”), não havendo que se falar em omissão ou necessidade de nova subtração de “saídas” em razão da transferência.

Destaca, ainda, que pensar diferente seria realizar duas vezes as saídas em decorrência da mudança de código, o que fatalmente geraria, por engano, saídas sem as respectivas entradas. Ou seja, seriam criadas omissões de entradas inexistentes.

No tocante a infração 06, observa que o autuante na informação fiscal reconheceu a correção dos seus argumentos e reconheceu a improcedência da exigência apenas em relação aos documentos exemplificativamente colacionados.

Ora, conforme afirmado pelo Autuante no momento do reconhecimento da tese de defesa apresentada, não há razões para manutenção da exigência fiscal, em vista da correção dos procedimentos adotados, conforme será reafirmado a seguir.

Diz que, também na linha da não tributação da operação, em razão da ausência de circulação de mercadoria e que dá razão ao afastamento da “infração 06”, é o fato de que algumas das notas fiscais relacionadas na autuação representam saídas não tributadas, por se tratar de devolução de bens utilizados por prestadores de serviço que desenvolveram atividades com os aludidos materiais em canteiro de obras estabelecido nas suas dependências.

Aponta que das notas fiscais ora juntadas (Doc.05, fls.231 a 282), nas ocasiões em que contrata serviços de engenharia e manutenção em geral, as empresas prestadoras destes serviços remetem as mercadorias ao seu estabelecimento a fim de que possam ser utilizadas nas respectivas atividades desenvolvidas.

E que, para tanto, eram emitidas notas fiscais contra a empresa, com CFOP 5.949, com destaque no campo “Informações Complementares” de que as mercadorias estão sendo remetidas para prestação de serviço no endereço do estabelecimento.

Explica que em seguida, na forma do art. 279 do RICMS-BA, emitia a nota fiscal de devolução das aludidas mercadorias, fazendo constar no campo “Informações Complementares” a devolução relativa à respectiva NF do prestador de serviço.

Assevera que é nítida a hipótese de suspensão do ICMS, em conformidade com o quanto previsto nos arts. 278 e seguintes do RICMS, não havendo que se falar em incidência do imposto na espécie, haja vista que em momento algum houve transferência de propriedade destes bens à Impugnante, mas tão somente a emissão de nota fiscal para acompanhamento dos bens em seu trajeto até o canteiro de obras e posterior devolução destes bens ao proprietário, sem qualquer caráter de mercancia, de transferência de propriedade.

Observa que as notas fiscais ora acostadas por amostragem denotam claramente a inconsistência da informação contida no Auto de Infração no sentido de que *“não havia previsão de dispensa do recolhimento do imposto na legislação baiana”*, haja vista que nestas constam expressamente a indicação da devolução dos bens utilizados em prestação de serviços por ela contratados.

Noutro giro, no que diz respeito à saída sem tributação por conta de venda de bem do ativo imobilizado, observa um equívoco cometido no ato do preenchimento da Nota Fiscal nº 22920, o que levou a Fiscalização a interpretar de forma diversa da realidade dos fatos.

Frisa que nos dados adicionais da Nota Fiscal, pode-se ver que houve a descrição perfeita da hipótese de não incidência do ICMS por conta da venda de bens do ativo imobilizado, configurando-se hipótese de dispensa legal do ICMS, nos termos do art. 83 do RICMS/BA/1997.

Deste modo, afirma que, assim como ocorrido em relação às Notas Fiscais e documentos colacionados aos autos, não merece prosperar a integralidade da “infração 06”, visto que todas as operações equivocadamente autuadas estão compreendidas nas operações sem tributação acima indicadas.



Nessa linha, rememora que, seguindo o que preceitua o artigo 142 do Código Tributário Nacional, o artigo 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF (Decreto nº 7.629/1999) dispõe que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e deve seguir os dispositivos legais, indicando elementos suficientes para identificar a infração, com a correta verificação do fato gerador da obrigação.

Assim, pondera como condição imprescindível para a validade do lançamento tributário, que a descrição precisa dos fatos praticados pelo sujeito passivo, de modo a estar provado o fato gerador, bem como a sua correta e clara tipificação. E para que se afaste por completo toda e qualquer dúvida, entende que, impõe-se que o lançamento se faça acompanhar de prova.

Argumenta que a Fiscalização deveria ter feito era avaliar a totalidade das operações e seus respectivos retornos ou a razão efetiva da sua não tributação, não se limitando a exigir tributos das Notas Fiscais de remessa para conserto simplesmente por não crer na ocorrência da operação.

Conclui que há, portanto, um claro descompasso entre a realidade fática e as infrações imputadas, especialmente quando o Autuante apresenta sua concordância com as Notas Fiscais apresentadas, reafirmando a operação realizada e devidamente apontada nas Notas Fiscais, quer seja pelo CFOP, quer seja pela descrição no campo de “informações complementares”.

Pelo exposto, sustenta que a “infração 06” não pode persistir, tendo em vista que houve (i) a inobservância do dever legal de fundamentação e clareza na exigência vergastada, especialmente quando resta demonstrado exemplificativamente a correção das operações realizadas, gerando a nulidade da autuação; ou, (ii) caso assim não se entenda, conforme exemplificativamente demonstrado e acatado pelo Autuante, (ii.a) ocorreu o retorno das mercadorias que tiveram saída para conserto, sendo esta uma hipótese de dispensa da cobrança do ICMS, bem como (ii.b) houve venda de bem do ativo imobilizado, em que há a devida dispensa legal por ser “desincorporação do ativo”, e (ii.c) houve a saída de bens em devolução, não havendo que se falar em exigência do Imposto em quaisquer das hipóteses.

Concluindo, reitera o pedido de total improcedência do Auto de Infração, tendo em vista que conforme acima demonstrado, incorreu as infrações nº 04, 05 e 06 que lhe foram imputadas por meio da referida autuação, não havendo razões para persistir a cobrança vergastada, bem como requer o reconhecimento da nulidade da infração 06, tendo em vista a inobservância do dever legal de fundamentação e clareza na exigência fiscal, especialmente quando resta demonstrado exemplificativamente a correção das operações realizadas, em afronta aos artigos 18 do RPAF c/c 142 do CTN.

Em 29/01/2016, através do Processo SIPRO nº 0014943/2016-0, fls.284 a 288, o autuante presta informação fiscal nos seguintes termos.

#### **INFRAÇÃO 04**

Aduz que o autuado mantém os mesmos argumentos apresentados em sua 1ª. Impugnação, sem qualquer fato novo. Desta forma, se limitou a reafirmar sua tese exposta na 1ª. Informação Fiscal, visto que a procedência da matéria tratada nesta infração parece ser já pacificada neste Órgão Julgador, conforme julgamentos acostados naquela peça.

#### **INFRAÇÃO 05**

Manteve na íntegra os mesmos argumentos já explanados na 1ª. Informação Fiscal, por considerar que não consegue ver razão na tese defensiva de tratar o consumo como se fosse uma saída.

Reafirma que os dois códigos que compõem cada um dos itens estão envolvidos em movimento de transferência entre eles, assim, uma entrada em um deles tem que ser compensada pela saída do outro para ele. Tomando como exemplo mais uma vez o item aditivo berol visco, explica

que a entrada de 166,09 ton no código 543745 tem que ter a contrapartida da mesma quantidade saindo do código 426752, senão, ao ver desta fiscalização, não faria sentido, até mesmo físico.

Quanto as planilhas acostadas pelo autuado para mostrar que a “saída” seria em verdade consumo por transferência, frisa que como já claramente explicada na 1ª. Informação Fiscal, se há movimento de transferência entre dois códigos de uma mesmo item e entram 166,09 ton no código 543745 proveniente do código 426752 é porque tem que ter havido **uma saída deste último para o primeiro** e não chamar de consumo por transferência.

Assim, diz que, posteriormente às operações de entrada e saída correspondentes entre os dois códigos, aí sim, feitos os devidos registros, pode-se transferir de qualquer um deles determinada quantidade para ser consumida no processo produtivo e gerar outro produto.

Mais uma vez reforça sua tese de que quando existem transferências entre códigos de um mesmo item, o que sai de um tem que entrar em outro e nada é modificado em termos de levantamento físico de estoques onde os itens foram tratados de forma conjunta, ou seja, todas as movimentações que envolveram o item (independente de códigos – sub itens) foram consideradas em seu todo, assim, essas transferências entre códigos aduzidas pela empresa já tinham sido consideradas.

Ressalta mais uma vez que, mesmo que o autuado conseguisse elidir as omissões de entradas apontadas nesta autuação, ainda sobreviveria a omissão de saídas (folha 44 do PAF) que esta impugnação não tratara.

#### **INFRAÇÃO 06**

Salienta que o autuado apresentou, desta vez, justificativas para outras notas fiscais não comentadas quando de sua primeira defesa. Analisando-as, uma a uma, conclui:

##### **DOC 04:**

*NF-28510: Consta do campo de informações complementares ser devolução de outra nota, porém não há apresentação desta, portanto não há como prosperar o argumento pois não se tem conhecimento desta nota de devolução até pra ver se desta decorreu uso de crédito fiscal. Assim, apenas a indicação de uma nota não é argumento válido para elidir a cobrança quanto a esta NF;*

*NF-28505: Desta feita, a impugnante indicou a nota de entrada correspondente e a anexou, como deveria sê-lo. As informações comprovam o porque desta nota não ter sido tributada. OK.*

*NF-28495: Indicou como nota de entrada respectiva a NF-494912012, porém não a anexou;*

*NF-28485: Indicou nota de entrada correspondente e não a anexou;*

*NF-28494: Indicou nota de entrada correspondente e não a anexou;*

##### **DOC 05:**

*NF-11573: Comprovou o retorno. OK;*

*NF-14781: Comprovou o retorno. OK;*

*NF-14890: Comprovou o retorno. OK;*

*NF-15863: Comprovou o retorno. OK;*

*NF-19034: Comprovou o retorno. OK;*

*NF-20987: Comprovou o retorno. OK;*

*NF-21685: Comprovou o retorno. OK;*

*NF-21942: Comprovou o retorno. OK;*

*NF-22229: Comprovou o retorno. OK;*

*NF-27009: Comprovou o retorno. OK;*

*NF-27097: Comprovou o retorno. OK;*

*NF-27406: Comprovou o retorno. OK;*

*NF-28184: Comprovou o retorno. OK;*

*NF-33700: Comprovou o retorno. OK;*

*NF-6280: Comprovou o retorno. OK;*

*NF-9504: Comprovou o retorno. OK;*

*NF-22228: Comprovou o retorno. OK;*

*NFs-36418 e 35188: Comprovou o retorno. OK;*

Observa que as notas fiscais acima onde, houve a comprovação do retorno, foram retiradas do demonstrativo – folhas 166 a 170, e gerado novo demonstrativo anexado a esta informação fiscal.

Quanto à alegação relativa à NF-22920 – venda de bem do ativo imobilizado – onde o autuado procurar justificar o porque da não tributação, diz não haver mais razão na discussão, visto que a mesma já havia sido retirada do demonstrativo desde a 1ª. Informação Fiscal.

Finaliza dizendo que não havendo mais infrações e/ou razões de defesa a tratar, ratifica a ação fiscal em quase toda a sua integralidade, pugnando pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração.

Em 04/03/2016, através do Processo SIPRO nº 0034307/2016-7, em 04/03/2016, fls.305 a 325, o autuado em atenção à intimação recebida no dia 23 de fevereiro de 2016, apresenta sua terceira manifestação à Segunda Informação Fiscal, na forma do art. 127, §7º c/c art. 18, §1º, do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF/BA), repetindo todos os fundamentos de fato e de direito arguidos em suas manifestações anteriores.

Não concordou com a conclusão da informação fiscal, de que: Infração 04: Procedência total, por entender que não foram apresentados novos argumentos ou provas; Infração 05: Procedência total, aduzindo que “*não consegue ver razão na tese defensiva de tratar o consumo como se fosse uma saída*”; e Infração 06: Procedência Parcial, por considerar grande parte das Notas Fiscais que comprovam a correção da operação realizada.

Reafirma que, mesmo com toda demonstração fática e matemática, o Autuante insiste, em relação à infração 05, em não reconhecer a regularidade da operação simplesmente por não ser denominada “saída”, o que fica mais evidente ao aduzir na segunda Informação Fiscal que “tem que ter havido uma saída deste último para o primeiro e não chamar de consumo por transferência” (grifos originais).

Observa que praticamente todas as Notas Fiscais apresentadas, para exemplificar a incorreção da exigência fiscal, foram acatadas e até mesmo as Notas Fiscais não acatadas pelo Autuante foram devidamente comprovadas, em que pese a afirmação de que:

- i) “*NF-28510: Consta do campo de informações complementares ser devolução de outra nota, porém não há apresentação desta, portanto não há como prosperar o argumento pois não se tem conhecimento desta nota de devolução até pra ver se desta decorreu uso de crédito fiscal. Assim, apenas a indicação de uma nota não é argumento válido para elidir a cobrança quanto a esta NF;*”
- ii) “*NF-28485: Indicou nota de entrada correspondente e não a anexou;*”
- iii) “*NF-28494: Indicou nota de entrada correspondente e não a anexou;*”

Chama a atenção que, como pode ser observado dos documentos colacionados aos autos (vide Doc. 04 da Manifestação à Informação Fiscal), foi devidamente comprovado o retorno das mercadorias. Especificamente em relação às Notas Fiscais não aceitas pelo Auditor Fiscal Autuante, tem-se que: (i) as mercadorias da **NF-28510** foram devidamente devolvidas pela NF-

**507062012**; (ii) as mercadorias da **NF-28485** foram devidamente devolvidas pela NF-544722012; e (iii) as mercadorias da NF-28494 foram devolvidas pela **NF-507062012** (Doc.02, fls.339 a 350). Ou seja, que foram devidamente comprovadas, por meio de diversas Notas Fiscais juntadas por amostragem, que as supostas saídas sem tributação onde não havia dispensa de recolhimento, em verdade são operações regularmente ocorridas, pois não foram tributadas em razão de dispensa legalmente prevista.

Ou seja, que conforme se vê das notas exemplificativamente acostadas à Impugnação e à Manifestação à Primeira Informação Fiscal e já referendadas pelo Autuante, somadas às novas notas fiscais ora juntadas (Doc.03, fls.352 a 355), emitidas em operações semelhantes, após a saída das mercadorias para conserto, ocorreu a devida comprovação do retorno das mesmas, cumprindo-se a exigência legal disposta nas legislações de regência do tema.

Conclui reiterando seus pedidos anteriores, inclusive a realização de diligência revisora do feito.

Em 15/03/2016, através do Processo SIPRO nº 0040795/2016-6, fls.357 a 361, apresenta informação fiscal, na qual, aduziu o seguinte:

**INFRAÇÃO 04** - Diz que o autuado traz os mesmos argumentos apresentados em suas duas impugnações. Manteve a procedência total, sob o fundamento de que não há qualquer fato novo.

**INFRAÇÃO 05** - Manteve na íntegra os mesmos argumentos já explanados nas duas informações fiscais anteriores, pois não há, mais um vez, fatos ou argumentos novos passíveis de apreciação.

*Tentando aclarar ainda mais a situação, informou que: os dados relativos ao consumo foram solicitados da autuada quando ainda sujeita à ação fiscal – folhas 52 e 53 – e esses dados dizem respeito ao que é efetivamente consumido de insumos/matérias primas no processo produtivo da empresa com o fito de gerar um novo produto. À medida que estes insumos transitam nas tubulações próprias e são totalizados por instrumentos que medem a sua vazão estes valores vão sendo somados e ao final geram-se relatórios que indicam os valores destes consumos efetivos na planta industrial.*

Ressalta que esta é a sistemática aplicada nas empresas industriais, e que, caso tenham ocorrido transferências internas/reclassificações entre códigos relativos ao mesmo item analisado, esta operação teria que ser classificada como **saída** e não consumo de um código e entrada em outro código e que, como já afirmado outrora, em nada interfere no balanço quantitativo do item, já que sai de um código entra em outro, entretanto, essa operação ocorre dentro do mesmo item, em nada interferindo.

Pondera que não consegue ver lógica em se dar saída de um código para outro, dentro do mesmo item, e tratá-la como transferência para consumo. Entende que antes de registrá-la como consumo no processo produtivo, teria que haver sua saída de um código, registro em outro código como entrada e depois, aí sim, ser remetida para ser consumida efetivamente no processo produtivo.

Por último, repete que, mesmo que o autuado conseguisse elidir as omissões de entradas apontadas nesta autuação, ainda sobreviveria a omissão de saídas (folha 44 do PAF) que esta impugnação não tratara.

**INFRAÇÃO 06** - Comenta que as operações de remessa para conserto têm tratamento de suspensão da incidência do ICMS, desde que, além de outras exigências, devam retornar ao estabelecimento de origem dentro de prazo definido na legislação. E que, se essa condição não é provada, mantém-se a exigência de pagamento do imposto pela saída da mercadoria.

Informa que o autuado, desta vez, apresentou justificativas para algumas notas em que não logrou êxito nas impugnações anteriores, quais sejam:

**NF-28510:** Desta feita a autuada não somente indicou, mas acostou uma nota de entrada – NF 507062012 – como sendo remessa de materiais para sua planta industrial e que teria gerado a saída pela NF-28510. Conferidos os itens envolvidos. ok

**NF-28485:** Comprovado. Ok

**NF-28494:** Comprovado. Ok

**NF-28304:** Não apresentada a NF de entrada correspondente. Permanece, assim, sem comprovação.

**NF-28258:** Não apresentada a NF de entrada correspondente. Permanece, assim, sem comprovação.

Salienta que as 03 notas fiscais acima onde, houve a comprovação do retorno, foram retiradas do demonstrativo, sendo gerado um novo levantamento anexado a esta informação fiscal

Dizendo que, não havendo mais infrações e/ou razões de defesa a tratar, ratificou a ação fiscal em quase toda a sua integralidade, pugnando pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração.

Em 04/04/2016, através do Processo SIPRO nº 0053815/2016-3, fls.370 a 387, o sujeito passivo faz novamente uma síntese dos fatos e repete que reconheceu e comprovou o pagamento dos débitos das infrações 01, 02, 03 e 07.

Destaca que na terceira informação fiscal o autuante, em relação à Infração 04, manteve a autuação, por entender que não foram apresentados novos argumentos ou provas; Infração 05: que “*não consegue ver lógica em se dar saída de um código para outro, dentro do mesmo item, e trata-la como transferência para consumo*”; e Infração 06: conclui pela procedência parcial, por considerar grande parte das Notas Fiscais que comprovam a correção da operação realizada já foi considerada.

**INFRAÇÃO 04 – Aproveitamento de Crédito Fiscal decorrente de serviços de transporte contratados** – o defendente entende que, a indicação de novos fatos não se demonstra necessária no presente momento, haja vista o regular aproveitamento do crédito de ICMS sobre o transporte contratado, fundado na autorização legal.

Reitera sua informação anterior no sentido de que o atendimento do objeto social do estabelecimento requer o uso de mão de obra qualificada, sendo este integrante do “*custo industrial*”, e que portanto, o direito ao crédito do ICMS incidente sobre os serviços de transportes contratados pelo estabelecimento já era reconhecido pelo art. 93, III, “c” e §1º, I, como também no art. 97, II, “c”, ambos do RICMS/97, dispositivos aplicáveis aos fatos geradores ocorridos de 31/01/2011 a 31/03/2012, desde que o serviço de transporte contratado estivesse vinculado à atividade da empresa.

E que, igualmente, o RICMS/2012, por sua vez, reconhecendo a essencialidade dos serviços de transportes contratados pelos contribuintes, pôs fim à discussão ao reconhecer expressamente o direito ao crédito do ICMS sobre todos os serviços de transportes tomados, conforme art. 309, V, do

RICMS/2012 (dispositivo aplicável aos fatos geradores ocorridos entre 30/04/2012 e 31/12/2012). Cita e transcreve a jurisprudência sobre a possibilidade de uso do crédito fiscal (CONSEF, 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão nº 0182-11/14, Voto da Conselheira Raisa Catarina Oliveira Alves Fernandes, sessão do dia 05/06/2014.)

**INFRAÇÃO 05 – Diferenças de entradas e saídas de mercadorias (mudança de classificação interna)**

Não concordou com a posição do autuante de que “*não se consegue ver lógica em se dar saída de um código para outro, dentro do mesmo item, e tratá-la como transferência para consumo*”, dizendo que, o Autuante tenta imputar como omissão de entrada a simples mudança interna de cadastro (códigos de registros dos itens em estoque), ignorando a inexistência de divergência no

próprio estoque da Impugnante, pois a nomenclatura utilizada para a operação (“saída” ou “consumo por transferência”) não representa divergência quantitativa na escrituração do estoque, razão pela qual não cabe falar em infração supostamente cometida pela Impugnante. Também discordou do autuante de que “...*caso tenham ocorrido transferências internas/reclassificações entre códigos relativos ao mesmo item analisado esta operação teria que ser classificada como saída e não consumo de um código e entrada em outro código e que, como já afirmado outrora, em nada interfere no balanço quantitativo do item, já que sai de um código e entre em outro...*”, ressaltando que as “diferenças” sugeridas na autuação decorrem da desconsideração das transferências realizadas do “código antigo” dos produtos para o “código novo”, assim como devidamente comprovado pelas planilhas acostadas na Impugnação e na Manifestação à Informação Fiscal.

**INFRAÇÃO 06 – Operações realizadas pela Impugnante e consequente inexistência de saídas sem tributação onde não havia dispensa de recolhimento**

Reafirma que a exigência de tributação sobre saídas de bens para conserto e beneficiamento, com o respectivo retorno, bem como sobre a venda de bens do ativo estão enquadrados em hipótese de redução legal.

Argumenta que a fiscalização aproveitou tão somente as Notas Fiscais apresentadas por amostragem, com exceção das Notas Fiscais nº 28304 e 28258, olvidando-se em reconhecer a dispensa de tributação nos demais casos.

Em relação às citadas Notas Fiscais, observa que foram juntados aos autos os documentos probatórios da remessa e devolução dos bens acobertados pelas referidas Notas, como as Notas Fiscais de entrada e a demonstração das saídas por meio do “Registros Fiscais dos Documentos de Entradas de Mercadorias e Aquisição de Serviços” (Doc.04, fls.394 a 397), restando evidenciada a correção da operação e improcedência da exigência neste ponto.

Salienta que nas operações de que cuidam os citados documentos fiscais, há ausência do caráter de mercancia referentes às saídas não tributadas quando das devoluções aos prestadores de serviço, dos bens utilizados pelos mesmos na execução de obras nas suas dependências, visto que, as mercadorias foram remetidas (CFOP 5.949) para a Impugnante e, após execução das obras foram devolvidas aos seus proprietários (prestadores dos serviços), na forma do art. 279 do RICMS-BA.

Sustenta que não pode persistir a infração, tendo em vista que, como demonstrado nos autos, houve (i) a inobservância do dever legal de fundamentação e clareza na exigência vergastada, especialmente quando resta demonstrado exemplificativamente a correção das operações realizadas, gerando a nulidade da autuação; ou, caso assim não se entenda, conforme exemplificativamente demonstrado e acatado pelo Autuante, (ii) ocorreu o retorno das mercadorias que tiveram saída para conserto, sendo esta uma hipótese de dispensa da cobrança do ICMS, bem como (iii) houve venda de bem do ativo imobilizado, em que há a devida dispensa legal por ser “desincorporação do ativo”, e (iv) houve a saída de bens em devolução, não havendo que se falar em exigência do Imposto em quaisquer das hipóteses.

Em 13/04/2016, através do Processo SIPRO nº 0060732/2016-3, fls.399 a 402, apresenta informação fiscal, na qual, aduziu o seguinte:

**INFRAÇÃO 04** - Diz que o autuado traz os mesmos argumentos apresentados em suas duas impugnações. Manteve a procedência total, sob o fundamento de que não há qualquer fato novo.

**INFRAÇÃO 05** - Manteve na íntegra os mesmos argumentos já explanados nas duas informações fiscais anteriores, pois não há, mais um vez, fatos ou argumentos novos passíveis de apreciação.

**INFRAÇÃO 06** – Repete que as operações de remessa para conserto têm tratamento de suspensão da incidência do ICMS, desde que, além de outras exigências, devam retornar ao

estabelecimento de origem dentro de prazo definido na legislação. E que, se essa condição não é provada, mantém-se a exigência de pagamento do imposto pela saída da mercadoria.

Informa que o autuado, desta vez, apresentou justificativas para algumas notas em que não logrou nas impugnações anteriores, quais sejam:

**NF-28304:** não foi apresentada a NF de entrada correspondente. Diz que, permanece, assim, sem comprovação.

**NF-28258:** não foi apresentada a NF de entrada correspondente. Diz que, permanece, assim, sem comprovação.

Salienta que as 03 notas fiscais acima onde, houve a comprovação do retorno, foram retiradas do demonstrativo e gerado um novo – em anexo a esta informação fiscal

Dizendo que, não havendo mais infrações e/ou razões de defesa a tratar, ratifica a ação fiscal em quase toda a sua integralidade, pugnando a este Egrégio Conselho pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração.

Constam às fls. 404 a 408, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento da parcela reconhecida, no valor de R\$ 119.003,11, com os benefícios de lei.

## VOTO

Inicialmente constato que o presente Auto de Infração foi constituído com a obediência de todas as formalidades legais, não havendo vícios de nulidade. A acusação fiscal, de todos os itens, constantes da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem da cada infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante também identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão especificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram as exigências tributárias em questão.

Portanto, todas as infrações estão devidamente caracterizadas e acompanhadas de respectivos anexos demonstrativos que com clareza, revelam cálculo do imposto lançado, não havendo qualquer descrição imprecisa dos fatos narrados no auto de infração. Se devidas as imputações, estas são analisadas por ocasião do exame do mérito.

No que concerne ao pedido para intimação do sujeito passivo, também em nome dos advogados que subscrevem as peças defensivas, e no endereço indicado na peças defensivas, inexistente óbice a seu atendimento, desde que respeitado o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

No mérito, em relação aos débitos das infrações **01 - 16.01.01** (R\$348.815,17); **02 - 16.01.02** (R\$234.360,67); **03 - 02.01.03** (R\$12.097,45); e **07 - 01.06.01** (R\$19.429,22), o sujeito passivo em 26/11/2015, através do Processo SIPRO nº 229437/2015-1, fls.70 a 71, declarou o reconhecimento dos referidos débitos, inclusive já efetuou o pagamento conforme comprova os documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, às fls. 142 a 143. Diante disso, subsistem integralmente estas infrações.

Contudo, apesar de reconhecida pelo sujeito passivo a infração **01 - 16.01.01** (R\$348.815,17), cumpre observar de ofício que o percentual da multa utilizada para o cálculo do débito, constante no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, foi modificado para o percentual de 1%, conforme alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com efeito a partir de 11 de dezembro de 2015. Desta forma, o percentual da multa aplicada para o cálculo do débito do citado item, cabe, com base no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, a aplicação retroativa da multa mais benéfica.

Infração subsistente em parte no valor de R\$34.881,52.

Quanto às infrações impugnadas, da análise das peças processuais, é possível concluir o que segue.

**INFRAÇÃO 04 - 01.02.94**

A imputação diz respeito a apropriação indevida de crédito fiscal, no valor de R\$345.448,67, referente a Serviço de Transporte sujeito a Substituição Tributária.

A conclusão fiscal está baseada na constatação de que o estabelecimento autuado é contratante da prestação de serviço de transporte de seu pessoal e retém ICMS ST por estas operações, porém utilizou como crédito fiscal os mesmos valores recolhidos, conforme planilha anexada às fls.41 a 43.

Quanto ao transporte de matérias primas, materiais intermediários e de embalagem, não há dúvida de que o direito ao crédito do ICMS incidente sobre os serviços de transportes contratados, como bem ressaltou o autuado, já era admitido pelo art. 93, III, “c” e §1º, I, como também no art. 97, II, “c”, ambos do RICMS/97, dispositivos aplicáveis aos fatos geradores ocorridos de 31/01/2011 a 31/03/2012, e o artigo 309 do RICMS/2012, já garantiam o direito ao crédito quando o serviço de transporte contratado estivesse vinculado à atividade da empresa.

No caso, a tese defensiva é que os serviços de transportes de pessoal contratados pela empresa estão intrinsicamente relacionados à atividade industrial por ela desenvolvida, pois, como os operários são parte fundamental na planta de produção da empresa, caso não fosse contratado o serviço de transporte para levá-los de suas residências até a fábrica não seria possível a obtenção do produto final.

Ou seja, entende o sujeito passivo que o serviço de transporte contratado está vinculado ao seu processo de industrialização, por considerar que a mão de obra é tão essencial no processo industrial como os insumos e a matéria prima.

A jurisprudência do CONSEF em matérias semelhantes à presente, é no sentido de que o serviço de transporte de pessoal constitui custo da empresa industrial, mas, não goza do direito ao crédito fiscal, a exemplo dos Acórdãos CJF 0159-12/03; JJF 334-01/03; CJF 0102-11/03; JJF nº 0458-01/02 e CJF 0182-11/14; JJF 0152-05/13, inclusive o e do Acórdão da Câmara Superior do CONSEF nº CS 0222/00, que adoto para proferir o voto em relação a este item da autuação:

**PROCESSO - A. I. Nº 206975.0003/03-9**

**RECORRENTE - CIQUINE COMPANHIA PETROQUÍMICA [ELEKEIROZ S.A.]**

**RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL**

**RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1a JJF Nº 0334-01/03**

**ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO**

**INTERNET - 05.12.03**

**2a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0159-12/03**

**EMENTA: ICMS. 1. RECURSO VOLUNTÁRIO. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE USO E CONSUMO.** Provado que os bens foram adquiridos para uso e consumo. A legislação tributária estabelece prazo para utilização de crédito fiscal sobre aquisições de bens destinados ao uso ou consumo do estabelecimento. Vedada a sua utilização durante todo o período autuado. Infração subsistente. **b) SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PESSOAL DA PRODUÇÃO. Imputação não elidida.** c) MATERIAIS DE USO E CONSUMO REGISTRADO COMO BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. Excluídas da autuação as parcelas efetivamente relativas a bens do ativo imobilizado. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO.** Tendo em vista a decisão do item 1, "a", é devida a diferença de alíquota sobre produtos destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Não acolhida a



arguição de decadência suscitada na defesa. Previsão legal para as multas aplicadas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

**VOTO VENCEDOR** (Itens 1, 2 e 4)

Quanto ao item 4 da autuação, em que se reclama da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$8.621,16, com multa de 60%, **referente a serviço de transporte de pessoal da produção, entendo não se tratar de prestação de serviço vinculada ao processo de industrialização do qual resultassem operações de saída tributáveis** e, sim, vinculada à empresa como um sistema organizacional que cuida dos detentores de recursos que põem à disposição da empresa para aplicação, este caso, em seu sistema produtivo. No entanto, como ocorre na maioria das empresas do País, os empregados se dirigem aos seus locais de trabalhos às suas expensas, sem que isso integre qualquer processo de produção. Portanto, divergindo do ilustre relator, voto pelo Não Provimento do Recurso Voluntário em relação à Decisão da 1ª Instância que julgou Procedente o item 4 da autuação.

**PROCESSO - A.I. Nº 299904.0001/02-1**

**RECORRENTE - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS**

**RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**

**RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4a JJF nº 0458-01/02**

**ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA**

**INTERNET - 26.03.03**

**1a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0102-11/03**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PESSOAL. **O creditamento do imposto de transporte intermunicipal de pessoal não encontra respaldo na legislação. Infração caracterizada. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto da Relatora. Decisão por maioria.**

**VOTO VENCEDOR**

*A matéria objeto deste Auto de Infração relativamente à glosa de créditos fiscais utilizados pelo autuado, decorrente dos serviços de transportes intermunicipais de pessoal, está pacificado em decisões proferidas neste CONSEF, inclusive citado o Acórdão da Câmara Superior nº 0222/00, na própria Decisão Recorrida.*

*Verifica-se que o sujeito passivo afirmou terem sido realizados os transportes para com seus empregados do setor de produção, e junta na peça recursal cópia dos contratos feitos por uma empresa de transporte de pessoal dentre aquelas constantes do demonstrativo de fls. 13 e 14, elaborado pelo autuante, referente à acusação fiscal, a relatora entende que os aludidos contratos comprovam que o transporte contratado era exclusivo do pessoal vinculado ao setor produtivo. Mas, com a devida vênia, os referidos contratos não têm o condão de elidir a acusação, uma vez que não podem atestar com precisão de que só efetuava o transporte do pessoal da produção. Entendo que o serviço de transporte de pessoal inegavelmente constitui custo da empresa industrial, mas, não goza do direito ao crédito fiscal. Neste sentido, considero irretocável o voto de 1ª Instância e ora transcrevo trecho do voto:*

*“Não questiono que a mão-de-obra do setor de produção se constitui em elemento do custo industrial, porém, em relação ao conceito de custo industrial é necessário se ter conhecimento que parcelas são ensejadoras de crédito fiscal do ICMS. O custo industrial é composto de mão-de-obra, encargos e insumos. Destes, somente os insumos ensejam o creditamento do ICMS. Os serviços de transporte de pessoal constituem-se em encargos, não havendo previsão legal para utilização de crédito fiscal para tal finalidade, independente da utilização dos transportes serem ou não relativos a funcionários lotados diretamente na unidade fabril.”*

*Deste modo, o crédito fiscal relativo aos serviços de transportes, utilizados por pessoal ligado diretamente à produção, por fazerem parte do custo industrial, deve ser glosado, como procedeu o autuante no lançamento ex officio, ora demandado.*

**Acórdão CS nº 0222/00** - “Quanto aos itens da autuação referente à **utilização indevida de crédito fiscal relativos** à alimentação e ao **transporte dos empregados** do recorrente, ressalta-se o entendimento equivocado do recorrente ao afirmar que os mesmos sendo custo industrial”..essencial para que a impugnante obtenha o produto final...” (sic), cabível seria o uso do crédito. Ora, novamente a empresa utiliza-se de sofismas para embasar o seu entendimento, obviamente que praticamente tudo é tido como custo industrial em um processo de industrialização, mas nem por isso tudo o que é assim considerado gera direito a crédito fiscal. O recorrente não é empresa fornecedora de refeições - quando então os insumos utilizados no preparo das mesmas geram efetivamente direito a crédito - **e nem tampouco empresa prestadora de serviço de transporte, já que ninguém presta serviço a si mesmos. Portanto também não há que se falar em direito a crédito nas situações aqui comentadas.**”

*Chama a atenção de que o trecho do acórdão mencionado pelo sujeito passivo, diz respeito sim ao tema em foco, porém é relativo ao voto **vencido** proferido pela julgadora RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES. Ver abaixo*

**PROCESSO - A. I. 299904.0001/13-7**

**RECORRENTE - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A - PETROBRÁS**

**RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**

**RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0152-05/13**

**ORIGEM - SAT/COPEC**

**INTERNET - 05/08/2014**

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0182-11/14**

**EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. b) SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO VINCULADO AO PROCESSO INDUSTRIAL.** O custo com transporte de pessoal compõe custo de mão de obra e não há previsão legal para utilização de crédito fiscal do imposto. Mantida a Decisão. **c) CRÉDITO PRESUMIDO. LANÇAMENTO DE “CRÉDITO PRESUMIDO TRANSFÊNCIA DE BENS DE USO E. CONSUMO”.** Depois da interposição do recurso, o sujeito passivo quitou o débito com aproveitamento de benefício fiscal instituído em lei. Crédito tributário extinto pelo pagamento. Recurso Prejudicado. **d) ESTORNO DE DÉBITO.** Documentos fiscais juntados com o recurso e defesa comprova que parte do débito foi recolhido por meio de Denúncia Espontânea, antes do início da ação fiscal. Refeito os cálculos o que culminou em inexistência de débito. Reformada em parte a Decisão recorrida Recurso Voluntário **PREJUDICADO** com relação à infração 3 e **PROVIDO** no tocante à infração 4. Decisão unânime quanto às infrações 3 e 4, e não unânime, quanto à infração 2.

#### **VOTO**

*Quanto à infração 2, o recorrente alega que os serviços de transportes de pessoal contratados estão vinculado a atividade de produção e que é legítima a utilização do crédito fiscal. Entretanto, na situação presente, os serviços de transporte de seu pessoal contratado são alocados como custo de produção referente à mão de obra empregada na atividade fabril, e não há incidência do ICMS sobre estes gastos. Portanto, não geram direito de apropriação de crédito fiscal na conta corrente do ICMS, conforme fundamentado na Decisão ora recorrida e posicionamento da PGE/PROFIS. Como ressaltado na Decisão “não há base legal para a apropriação de créditos de serviços de transporte de funcionários, seja da área de produção ou dos setores administrativos da empresa”, posicionamento consolidado nas decisões emanadas pelo CONSEF em diversos inúmeros julgados, a exemplo dos Acórdãos CJF 0071-*

12/05; CJF 0079-11/05; CJF 0199-11/06; CJF 0435-11/06 e CJF 0361-11/11 seguindo o entendimento pacificado no Acórdão CSJF 0222/00 da Câmara Superior.

**VOTO DIVERGENTE (Infração 2)**

*Peço vênia para discordar do voto proferido pelo Nobre Relator, o que faço com base nas razões a seguir aduzidas. No que se refere à infração 2 entendo ser possível o creditamento do ICMS gasto nas operações de transporte de operários.*

*Desta feita, entendo que, no particular ao direito ao crédito relativo aos serviços tomados pelo contribuinte, o único requisito a ser preenchido, portanto, é que o mesmo seja vinculado ao processo de industrialização, se não fosse assim, não haveria razão de ser para o art. 97, II, do RICMS/97.*

*Assim, o que se faz necessário analisar, no caso concreto, é se serviço de transporte de trabalhadores diretamente ligados ao setor produtivo, está diretamente vinculado ao processo de industrialização. Veja que não há o requisito da “indispensabilidade”, em que pese na maioria das vezes, no caso particular dos autos, o referido serviço seja indispensável, em razão da necessidade de deslocamento de funcionários para plantas de produção afastadas, e em horários alternativos, muitas vezes em mais de dois turnos.*

*Não há como não reconhecer a vinculação do referido serviço ao processo produtivo, uma vez que a mão de obra do operário é diretamente vinculada ao mesmo. Em verdade, não vislumbro outro serviço que seja tão vinculado ao processo industrial, uma vez que a mão de obra é tão essencial quanto o insumo ou a matéria prima. Não haveria sentido de se possibilitar o crédito de ICMS nas operações de transporte de matérias primas e insumos e não se permitir o crédito no presente caso.*

*Nessa esteira, a legitimidade do crédito reside no fato de os serviços tomados não serem alheios à atividade do estabelecimento, pois vinculados ao seu processo produtivo.*

*Pelo acima exposto, divirjo do Relator e voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, para modificar o acórdão de Primeira Instância, quanto a infração 2.*

Com base na jurisprudência transcrita, concluo que foi correto o procedimento da fiscalização em não homologar o procedimento do autuado na utilização do crédito fiscal decorrente do serviço de transporte de pessoal.

Restando caracterizado que o procedimento do autuado não encontra amparo na legislação tributária nem na jurisprudência do CONSEF, fica mantido o lançamento pela sua procedência.

**INFRAÇÃO 05 – 04.05.05**

O lançamento em discussão deste item diz respeito a ICMS que o autuado teria deixado de recolher, cujo fato foi apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias, referente ao exercício fechado de 2012. Trata-se de estabelecimento industrial. Consta que o levantamento foi feito com base nas matérias-primas e nos produtos acabados.

A Portaria 445/98 disciplina o levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria e quando ocorre a existência de omissões de mercadorias tanto de entradas como de saídas, deve ser cobrado o imposto da omissão de maior valor.

Cabe ressaltar que o levantamento quantitativo de estoques em estabelecimento industrial requer cuidados especiais. Diferentemente do levantamento quantitativo de estoques em empresa comercial, em que se trabalha geralmente com elementos homogêneos indicativos dos estoques, entradas e saídas, no caso de estabelecimento industrial os dados são mais complexos, por envolverem matérias-primas que se convertem noutros produtos de nomenclatura diversa, com outros critérios de quantificação, além de outros fatores relativos a índices de produção, perdas, etc.

Neste processo, o trabalho fiscal constatou, diferenças tanto de entradas (ADITIVO FILTR BEROL VISCO; ÁCIDO SULFÂMICO E ENXOFRE SÓLIDO PUREZA 99,5%), no montante de **R\$1.446.775,01**, como de saídas de mercadorias (PERÓXIDO DE HIDROGÊNIO 0%), no montante de **R\$ 1.162.189,68**, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas com base na presunção legal de omissão de saídas, conforme previsto no § 4º, inciso IV, do art.4º da Lei nº 7.014/96, tudo em conformidade com os demonstrativos e levantamentos às fls.44 a 53, destacando-se que o relatório de fl.53, foi fornecido pelo autuado, relativamente aos seguintes produtos: PERÓXIDO DE HIDROGÊNIO 0%; ADITIVO FILTR BEROL VISCO; ÁCIDO SULFÂMICO E ENXOFRE SÓLIDO PUREZA 99,5%.

Constato que os referidos demonstrativos e levantamentos fiscais que deram suporte ao lançamento tributário, permitiu ao autuado identificar quais foram os documentos utilizados, e apontar eventuais erros na apuração das diferenças, tanto que, o autuado impugnou o lançamento alegando que não existem diferenças de entradas e saídas de mercadorias, visto que ocorreu mudança de classificação interna de produtos.

Objetivamente o autuado apontou erro no levantamento quantitativo apenas em relação às diferenças de entradas, referentes aos produtos Aditivo Berol Visco, Ácido Sulfâmico e Enxofre sólido pureza 99,5%, informando que foram realizadas alterações nos sistemas de controle da empresa, com a mudança dos códigos de registro, a saber: ADITIVO FILTR BEROL VISCO (CÓDIGO 426752 PARA 543745); ÁCIDO SULFÂMICO (CÓDIGO 426749 PARA 543797) E ENXOFRE SÓLIDO PUREZA 99,5% (CÓDIGO 426769 PARA 543757).

Assim, sustenta que tais mudanças de códigos não foram consideradas pela Fiscalização, que concluiu pela existência de diferença de estoque, por supostamente o Estoque Final não corresponder ao Estoque Inicial em conjunto com as Entradas e Saídas.

O autuante, por seu turno, na informação fiscal, tomando como exemplo o item Aditivo Berol Visco, diz que o raciocínio adotado serve para os dois outros itens já que a tese argumentativa trazida pelo autuado é a mesma, sustentando que: *“se houve uma reclassificação do código 426752 para 543745, o que ocorreria: o estoque inicial (identificado como A pela autuada na folha 88 deste PAF) dos dois códigos seria o mesmo ( $28,264 + 0 = 28,264$ ), as entradas acobertadas por nota fiscal seriam as mesmas ( $152,8 + 80 = 232,8$ ), porém haveria o acréscimo (proveniente de transferência do código 426752) de 166,09 para o código 543745. O somatório das entradas totais (identificado como B pela autuada) para o item aditivo berol passaria então de 232,8 para 398,89. O consumo (identificado como C pela autuada) permaneceria o mesmo, 378,26, aliás como já está expresso no relatório de produção e consumo entregue pela empresa e constante da folha 53 deste PAF.*

Acrescenta o autuante de que a tese defensiva de que o estoque final contábil como resultante da fórmula:  $E. Final = A + B - C = 28,264 + 398,89 - 378,26 = 48,89$ , e que este valor confrontado com o estoque final inventariado (48,892) resultaria em omissão de entradas igual a zero, não prospera, tendo em vista que, conforme explicado pelo autuante, quando ocorreu a entrada de 166,09 ton no código 543745 proveniente do código 426752, houve, ao mesmo tempo, **saída** da mesma quantidade deste para aquele código, não levada em consideração pelo autuado.

Estou convencido pelas explicações do autuante de que como os dois códigos compõem o mesmo item, no caso do levantamento do produto Aditivo Berol Visco, assim como nos demais produtos, uma entrada em um deles é compensada pela saída do outro, remanesecendo assim a mesma diferença apontada na autuação, 166,09 toneladas.

Considero razoáveis as ponderações do auditor. Contudo, ainda que as razões defensivas não elidam o resultado apurado pela fiscalização na auditoria de estoques, e que persistam as diferenças de entradas, a conclusão de omissão de entradas no processo industrial, não é cabível a exigência de imposto com base na presunção prevista no § 4º, inciso IV, do art.4º da Lei nº 7.014/96.

A Portaria 445/98 determina que, quando ocorre a existência de omissões de mercadorias tanto de entradas como de saídas, deve ser cobrado o imposto da omissão de maior valor. No caso em apreço, não subsistindo a exigência do imposto sobre a diferença de entradas, deve ser mantido o lançamento sobre o valor monetário da diferença de saídas, uma vez que o sujeito passivo, em momento algum, de suas manifestações, impugnou a diferença constatada no item PERÓXIDO DE HIDROGÊNIO.

Disso decorrente, concluo pela subsistência parcial no valor de R\$197.572,25, calculado sobre a diferença de omissão de saídas no montante de R\$ 1.162.189,68, conforme demonstrativo à fl.44.

#### **INFRAÇÃO 06 - 02.01.03**

Diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, no valor R\$1.011.507,35, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, conforme demonstrativos às fls.54 à 58.

A apuração fiscal foi constatada através de notas fiscais de saídas de materiais para conserto ou para beneficiamento ou industrialização sem a comprovação do necessário retorno, bem como, de saídas sem tributação onde não havia previsão de dispensa de exigência de recolhimento do imposto na legislação baiana.

Na defesa fiscal o autuado discordou da autuação, sob o argumento de que foram realizadas saídas sem tributação onde não havia previsão de dispensa de exigência de recolhimento, visto que, está sendo exigido tributo sobre saídas para conserto e beneficiamento, com a respectiva comprovação de retorno, bem como sobre a venda de bens do ativo enquadrados em hipótese de redução legal, na forma previstas nos artigos 280, I, do RICMS/12 e 341, I, “c”, e 627 do RICMS/97, e no artigo 83, I, do RICMS/97, para o caso da venda de bem do ativo imobilizado.

De fato os dispositivos acima citados prescrevem a suspensão da exigência do ICMS na hipótese de saída em caso de remessa para conserto, com posterior retorno, e de não incidência do ICMS por conta da venda de bens do ativo imobilizado. Porém, nas várias impugnações o sujeito passivo somente comprovou o retorno de parte das operações. Entendo que nas notas fiscais que remanescem não cabe a aplicação da redução da base de cálculo, tendo em vista que o levantamento fiscal aponta várias operações relativas a remessa de mercadorias para conserto, beneficiamento, industrialização, e o autuado não comprovou os retornos nem quais operações se referem os documentos fiscais, não obstante ter se manifestado por quatro vezes nos autos, e ter até o momento do julgamento prazo suficiente para comprovar o que alegou em relação a tais operações.

No caso da comprovação de que houve o retorno de parte das mercadorias remetidas para conserto, e que houve venda de bem do ativo imobilizado, o autuado acostou em suas manifestações, para fins de amostragem, cópias de DANFES das remessas e dos retornos de mercadorias, e de desalienação de bens do ativo fixo.

Na primeira informação fiscal, o autuante acolheu as provas apresentadas em relação às notas fiscais nº 22920, 23999, 29114, 39376 e 42219; na segunda informação fiscal as notas fiscais nº 6280, 9504, 11573, 14781, 14890, 15863, 19034, 20987, 21685, 21942, 22920, 22228, 22229, 23999, 27009, 27097, 27406, 28184, 28495, 33700, 35188 e 36418; na terceira informação fiscal as notas fiscais nº 28485, 28494 e 28510.

Vale ressaltar que o autuado em sua defesa diz que as provas acima citadas se tratam de uma amostragem, pelo que pediu uma diligência fiscal para confirmar o alegado. Com base no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos. Além disso, o autuado não justificou impossibilidade de trazer ao processo tais provas.

Portanto, em relação aos documentos acostados aos autos pelo autuado para comprovar que houve o retorno das mercadorias no prazo legal, o autuante concordou com as notas fiscais

acima especificadas, excetuando as notas fiscais nº 28304 e 28358, sob o entendimento de que não foram apresentadas as notas fiscais correspondentes.

Examinando os documentos fiscais acostados às fls.352 a 355 pelo autuado, realmente tem razão o autuante. O que foi apresentado para comprovar o alegado foi a cópia do livro de entradas de mercadorias, porém não foram apresentadas as notas fiscais de retorno das mercadorias. Correto a não exclusão destas notas fiscais no levantamento fiscal.

Para melhor visualizar as notas fiscais que foram excluídas do levantamento fiscal, elaborei o quadro abaixo, com a indicação do período de apuração, os valores iniciais apurados pelo autuante, as notas fiscais que foram acolhidas pelo autuante, os valores deduzidos, e por fim, os valores devidos a serem mantidos neste item da autuação.

PERÍODO	VL.INICIAIS	N. FISCAIS JUSTIFICADAS	VL.DEDUZIR	V.DEVIDOS
31/01/2011	78.783,83	6.280	5.644,80	73.139,03
28/02/2011	10.329,19			10.329,19
31/03/2011	2.853,78			2.853,78
30/04/2011	58.486,53	9.504	5.967,00	52.519,53
31/05/2011	54.093,58	11.573	34.807,50	19.286,08
30/06/2011	17.309,83			17.309,83
31/07/2011	35.665,31	14781 e 14890	2.626,08	33.039,23
31/08/2011	41.347,03	15.863	681,03	40.666,00
30/09/2011	42.513,10			42.513,10
31/10/2011	212.165,35	19.034	2.386,80	209.778,55
30/11/2011	30.872,04	20987/21685/21942	6.935,32	23.936,72
31/12/2011	136.590,72	22920/22228/22229	136.590,72	0,00
31/01/2012	46.113,12	23.999	45.158,40	954,72
28/02/2012	5.954,27			5.954,27
31/03/2012	69.755,99	27009/27097/27406/28184/28495/28485/28494/28510	40.813,59	28.942,40
30/04/2012	95.020,80	29.114	29.164,80	65.856,00
30/06/2012	6.968,81			6.968,81
31/07/2012	5.070,14	33700 e 35188	5.070,14	0,00
31/08/2012	3.710,51	36.418	3.054,14	656,37
30/09/2012	3.978,00			3.978,00
31/10/2011	31.314,00	39.376	19.890,00	11.424,00
31/12/2012	22.611,42	42.219	20.697,60	1.913,82
TOTAL	1.011.507,35		359.487,92	652.019,43

Item procedente em parte no valor de R\$652.019,43.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$1.495.809,21, ficando o demonstrativo de débito modificado conforme abaixo:

INFRAÇÃO	VL. INICIAIS	VL. JULGADOS
01 - 16.01.01	348.815,17	34.881,57
02 - 16.01.02	234.360,67	234.360,67
03 - 02.01.03	12.097,45	12.097,45
04 - 01.02.94	345.448,67	345.448,67
05 - 04.05.05	245.951,75	197.572,25
06 - 02.01.03	1.011.507,35	652.019,43
07 - 01.06.01	19.429,22	19.429,22
TOTAL	2.217.610,28	1.495.809,26

INFRAÇÃO 01 – 16.01.01

Data Ocor.	Data Vencto.	B. Cálculo	Multa (%)	Vr.do Débito	Multa 1%
31/01/2011	09/02/2011	109.410,50	10	10.941,05	1.094,11
28/02/2011	09/03/2011	108.998,90	10	10.899,89	1.089,99
31/03/2011	09/04/2011	74.078,10	10	7.407,81	740,78
30/04/2011	09/05/2011	113.517,10	10	11.351,71	1.135,17
31/05/2011	09/06/2011	83.415,60	10	8.341,56	834,16
30/06/2011	09/07/2011	246.559,60	10	24.655,96	2.465,60
31/07/2011	09/08/2011	169.599,60	10	16.959,96	1.696,00
31/08/2011	09/09/2011	200.542,60	10	20.054,26	2.005,43
30/09/2011	09/10/2011	409.885,50	10	40.988,55	4.098,86
31/10/2011	09/11/2011	238.906,40	10	23.890,64	2.389,06
30/11/2011	09/12/2011	534.979,30	10	53.497,93	5.349,79
31/12/2011	09/01/2012	334.955,10	10	33.495,51	3.349,55
31/01/2012	09/02/2012	55.659,70	10	5.565,97	556,60
29/02/2012	09/03/2012	171.840,60	10	17.184,06	1.718,41
31/03/2012	09/04/2012	247.721,90	10	24.772,19	2.477,22
30/04/2012	09/05/2012	27.746,30	10	2.774,63	277,46
31/05/2012	09/06/2012	89.100,70	10	8.910,07	891,01
30/06/2012	09/07/2012	22.567,60	10	2.256,76	225,68
31/07/2012	09/08/2012	60.356,50	10	6.035,65	603,57
31/08/2012	09/09/2012	21.259,80	10	2.125,98	212,60
30/09/2012	09/10/2012	6.696,70	10	669,67	66,97
31/10/2012	09/11/2012	14.825,60	10	1.482,56	148,26
30/11/2012	09/12/2012	70.199,50	10	7.019,95	702,00
31/12/2012	09/01/2013	75.328,50	10	7.532,85	753,29
TOTAL				348.815,17	34.881,57

INFRAÇÃO 05 - 04.05.05

Data Ocor.	Data Vencto.	B. Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/12/2012	09/01/2013	1.162.189,68	17,00	100,00	197.572,25
TOTAL					197.572,25

INFRAÇÃO 06 - 02.01.03

Data Ocor.	Data Vencto.	B. Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/01/2011	09/02/2012	430.229,59	17,00	60,00	73.139,03
28/02/2011	09/03/2012	60.759,94	17,00	60,00	10329,19
31/03/2011	09/04/2012	16.786,94	17,00	60,00	2853,78
30/04/2011	09/05/2012	308.938,41	17,00	60,00	52.519,53
31/05/2011	09/06/2012	113.447,53	17,00	60,00	19.286,08
30/06/2011	09/07/2012	101.822,53	17,00	60,00	17.309,83
31/07/2011	09/08/2012	194.348,41	17,00	60,00	33.039,23

31/08/2011	09/09/2012	239.211,76	17,00	60,00	40.666,00
30/09/2011	09/10/2012	250.077,06	17,00	60,00	42.513,10
31/10/2011	09/11/2012	1.233.991,47	17,00	60,00	209.778,55
30/11/2011	09/12/2012	140.804,24	17,00	60,00	23.936,72
31/12/2011	09/01/2013	-	17,00	60,00	0,00
31/01/2012	09/02/2013	5.616,00	17,00	60,00	954,72
28/02/2012	09/03/2013	35.025,12	17,00	60,00	5.954,27
31/03/2012	09/04/2013	170.249,41	17,00	60,00	28.942,40
30/04/2012	09/06/2013	387.388,24	17,00	60,00	65.856,00
30/06/2012	09/07/2013	40.993,00	17,00	60,00	6.968,81
31/07/2012	09/08/2013	-	17,00	60,00	0,00
31/08/2012	09/09/2013	3.861,00	17,00	60,00	656,37
30/09/2012	09/10/2013	23.400,00	17,00	60,00	3.978,00
31/10/2011	09/11/2013	67.200,00	17,00	60,00	11.424,00
31/12/2012	09/01/2013	11.257,76	17,00	60,00	1.913,82
TOTAL					652.019,43

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269194.0062/15-4**, lavrado contra **BAHIA SPECIALTY CELULOSE S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.226.567,02**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a”, e “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$269.242,24**, prevista nos incisos IX e XI do citado dispositivo legal.

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, 04 de agosto de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR