

A. I. Nº - 279196.3000/16-0
AUTUADO - ELEKEIROZ S/A
AUTUANTE - RICARDO TABCHOURY DE BARROS SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04.07.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0103-02/17

EMENTA: ICMS. 1. UTILIZOU INDEVIDAMENTE CRÉDITO FISCAL DE ICMS REFERENTE A AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Descabida alegação de cerceamento de defesa. Elidida a arguição de nulidade. Infração caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL DE ICMS REFERENTE A AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Infração reconhecida. Débito recolhido. 3. ENTRADA NO ESTABELECIMENTO DE MERCADORIA(S), BEM(NS) OU SERVIÇO(S) SUJEITO(S) A TRIBUTAÇÃO SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. Afastada arguição de nulidade e cerceamento de defesa. Provas do ilícito inquestionáveis. Incompetência da Junta para decidir sobre redução de multa. Infração caracterizada. 4. ENTRADA NO ESTABELECIMENTO DE MERCADORIA(S) NÃO TRIBUTÁVEL (S) SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. Afastada arguição de nulidade e cerceamento de defesa. Provas do ilícito inquestionáveis. Incompetência da Junta para decidir sobre redução de multa. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 28/09/2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de **R\$62.203,43**, bem como aplicação de multas nos percentuais de 60% e 1%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 — 01.02.02 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Contribuinte utilizou crédito nas aquisições de gás natural combustível consumido no flare com a função de combustão de emissões gasosas para evitar o envio de gases perigosos para a atmosfera e de combustão de produtos em excesso. A utilização do gás natural combustível se dá após a obtenção do produto acabado, o que caracteriza a substância como material de uso/consumo, e não insumo, como pretendeu a autuada.

Infração 02 — 01.02.02 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Contribuinte utilizou crédito nas aquisições de hipoclorito de sódio consumido no sistema de água de refrigeração. O hipoclorito de sódio tem apenas a função de aumentar a vida útil dos equipamentos de refrigeração. Sem a utilização do mesmo, o produto acabado seria obtido da mesma forma, o que caracteriza a substância como material de uso/consumo, e não insumo, como pretendeu a autuada. Conforme demonstrativo constante do anexo IV.

Infração 03 — 16.01.01 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. O contribuinte deixou de escriturar em sua EFD notas fiscais de entradas de mercadorias sujeitas à tributação, conforme demonstrativo constante do anexo I.

Infração 04 — 06.02.01 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. O contribuinte deixou de escriturar em sua EFD notas fiscais de entradas de mercadorias não sujeitas à tributação, conforme demonstrativo constante do anexo II.

O Contribuinte tomou ciência do feito em 28/09/2016, o que repercutiu como limite para apresentação da defesa o dia 28/11/2016. Constatou-se, conforme documento às fls. 39, que aos dias 01/11/2016, tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 70 a 88.

Inicialmente a defesa apresenta seus argumentos preliminares arguindo nulidade do auto de infração tendo em vista das infrações 01 e 02 cuja acusação fiscal refere-se utilização de crédito relativo a aquisições de bens para uso e consumo, não esta baseada em provas de que a Impugnante de fato utilizou tais produtos como material de uso e consumo.

Segundo a defesa, para que se considerasse o gás natural e o hipoclorito de sódio como produtos de uso e consumo, haveria que ter sido realizada uma inspeção e a demonstração fática de que, por não participarem do processo produtivo, seriam consumidos em outras áreas da empresa. Além dessa falta, aduz a defesa de que em nenhum momento a autoridade administrativa demonstrou a razão para considerar tais aquisições como bens de uso e consumo.

Complementa em seguida que “*Não obstante, quantificou em 1% (um por cento) a quantidade de gás natural combustível utilizado pela Recorrente consumido no flare com a função de combustão, porém, sob o argumento que esse percentual (1%) trata-se de índice técnico usualmente adotado para processos como o desenvolvido pela autuada, mas, sem sequer fazer prova, ficando claro que trata-se de mera premissa e suposição, o que denota uma autuação temerária, sem elementos suficientes para se determinar com segurança a infração.*”

Afirma a Impugnante que todo gás natural adquirido é utilizado em seu processo produtivo, e que por isso não há o menor cabimento na glosa de parte do gás natural (1%), o qual foi deduzido pelo Auditor Fiscal, sob alegação de tratar-se de índice técnico usualmente adotado em processos parecidos com o da autuada. Ainda assevera que não foi informada pelo Autuante a fonte de onde foi extraído este “*índice técnico usualmente adotado em processos parecidos com o da autuada*”, o que prejudica o seu direito de defesa.

Desta assertiva decorreram por parte da defesa as seguintes indagações: “*com qual segurança determinou o Auditor Fiscal que parte do gás natural, na quantidade de 1% (um por cento) foi utilizado no flare? Resposta: NENHUMA! E mais, qual seria esse processo produtivo parecido com o da Recorrente? qual o critério desse índice técnico apresentado pelo Auditor Fiscal utilizado em processo produtivo parecido com o da Recorrente?*” Grifos do autor.

Quanto às infrações nº 03 e 04 as quais versam acerca de infrações por descumprimento de obrigação acessória, vinculadas às multas do artigo 42, incisos IX e XI da Lei 7.014/96, aduz a Impugnante que a interpretação destes dispositivos vinculam a infração da multa por descumprimento de obrigação acessória a comprovação da ocorrência de um dos dois requisitos previstos no citado diploma legal: de que o bem ou mercadoria tenha entrado no estabelecimento do contribuinte ou por ele tenha sido utilizado sem o devido registro na escrita fiscal.

Assim sendo defende a Impugnante que não bastaria o Auditor Fiscal cruzar as informações para identificar a falta de registro de notas fiscais pelo contribuinte, seria necessário para determinar com segurança a infração cometida, a comprovação da entrada ou o uso das mercadorias no estabelecimento da Autuada. De outro modo, afirma a defesa, que seria “*simplesmente presumir que o contribuinte deu entrada em seu estabelecimento de mercadoria sem o registro fiscal, em razão da mera emissão de uma nota fiscal por terceira pessoa.*”

Acrescenta ainda que as supostas notas fiscais objeto da autuação devem ser notas fiscais emitidas indevidamente pelos fornecedores, “*o que também acarreta em infração cometidas por estes, sendo assim, imprescindível que o Auditor Fiscal identifique inclusive quem cometeu a infração, pois nestes casos, a infração deve ter sido cometida pelos emitentes e não pela Recorrente.*”

Assevera que a presunção da entrada da mercadoria, sem fazer qualquer tipo de provas, demonstra o cerceamento de defesa da Recorrente, inclusive por não ter qualquer interferência nos documentos objeto da autuação, os quais afirma terem sido emitidos por terceira pessoa.

Assim, propõe a defesa a seguinte indagação: “com qual segurança alega o Auditor Fiscal que a Recorrente **deu entrada de fato em seu estabelecimento em mercadorias sem a devida escrituração das notas fiscais de entrada em seu Livro de Entradas?** Resposta: NENHUMA!”.

Discorre em seguida sobre a doutrina acerca do lançamento tributário afirmando que na sua lavratura devem estar presentes os elementos constitutivos de qualquer lançamento citando como fundamento o artigo 142, caput, do CTN. E que a sua falta ofenderão os princípios da ampla defesa e contraditório, assegurados pela Constituição Federal em seu artigo 5º, LV, tanto para o processo judicial como para o processo administrativo.

Conclui em seguida que o lançamento em tela se deu “*em verdadeira afronta ao art. 142 do CTN, o que justifica o reconhecimento de sua nulidade, não podendo produzir qualquer efeito no mundo jurídico a fim de compelir a Impugnante a recolher aos cofres públicos os valores nele consignados.*” E evoca o art. 18, IV, “a” do RPAF que trata de nulidade do lançamento que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Ainda destaca que “os artigos 28, § 4º e 41, inciso I e II do RPAF¹, dispõem que o Auditor Fiscal que presidir tarefas de fiscalização, **far-se-á acompanhar dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante e das provas necessárias à demonstração do fato arguido.** (Grifou-se).”.

Assevera a defesa que o lançamento de ofício em tela não determina com segurança, quais as infrações cometidas pela Recorrente e nem faz às provas necessárias à demonstração do fato arguido, tratando-se de uma autuação temerária e eivada de suposições e incertezas ao invés de provas concretas.

Ressalta que o Auditor Fiscal se utilizou de suposições infundadas, sem determinar com segurança o infrator e a infração, pois as notas fiscais somente deveriam ser escrituradas se comprovada à existência da operação com as entradas dos produtos em seu estabelecimento, pois caso contrário, o infrator seria o emitente das notas fiscais e não a Recorrente.

Aduz que a falta de provas atinge diretamente a verdade material dos fatos, acarretando a inépcia do auto de infração com a consequente nulidade do mesmo, além de atingir o princípio da verdade material. E que por isso infringiu o princípio da ampla defesa, como também os princípios da não cumulatividade, da legalidade, da razoabilidade e da verdade material, concluindo que “*o auto de infração guerreado não deve prosperar e deve ser cancelado, pois a infração indevidamente imputada à Recorrente não está caracterizada e não há provas de que as mercadorias de fato ingressaram no estabelecimento da Recorrente, ou seja, a descrição dos fatos não condiz com a verdade real e o direito aplicável, como também, não contém este, elementos suficientes para se determinar, com segurança, se de fato houve a infração cometida pela Recorrente, fato este que o torna nulo de pleno direito.*”

Assevera ser este o entendimento reiterado do CONSEF, e cita e transcreve como paradigma a ementa e parte do voto da decisão proferida no Acórdão nº CJF 0263-02/13, tendo como autuada a própria Recorrente, a qual fica repetida neste relatório.

EMENTA: ICMS. 1. ZONA FRANCA. REMESSA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. NÃO COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DOS PRODUTOS PELA SUFRAMA. Defesa apresentou as declarações de ingressos, comprovando que as mercadorias ingressaram na área de exceção fiscal administrativa da SUFRAMA, estando aptas para usufruto do benefício fiscal. **Infração Improcedente. 2. NULIDADE. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS NÃO ESCRITURADAS. b) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 10% SOBRE O VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS NÃO ESCRITURADAS.** A exigência foi fundada em dados de documentos fiscais obtidos dos Sistemas e CFAMT/ SINTEGRA. Entretanto, a fiscalização não acostou aos autos todos os documentos fiscais, e também não apresentou outros elementos de provas capazes de demonstrar a aquisição, pelo autuado, das mercadorias constantes nos documentos, mesmo após solicitados em diligência fiscal. Infrações

parcialmente subsistentes. 3. **DESINCORPORAÇÃO DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** Defesa comprovou mediante nota fiscal, com natureza da operação “retorno de mercadoria para conserto”, e cópia do livro Registro de Entradas, que houve a devolução do bem enviado para conserto, não procedendo assim, a autuação imputada. Infração improcedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

PARTE DO VOTO

...

O entendimento reiterado do CONSEF, materializado em diversos julgados, apenas a título de exemplo CJF 0015-12/10, 0370-12/09, 0056-11/09, 0109-12/09, 0078-12/09, 0006-11/09, 0235-12/09, 0037-12/11, 0077-11/11, 0228-12/11, 0248-12/11, 0249-12/11, 0250-12/11, 0282-12/12 e 0245-12/11, todos das Câmaras de Julgamento Fiscal, tem sido no sentido de que a cópia das notas fiscais é elemento essencial de prova da circulação da mercadoria no território baiano, em se tratando do CFAMT, e no caso do SINTEGRA, além das cópias das notas fiscais é fundamental que sejam acostados outros elementos de provas, tais como: cópias dos pedidos das mercadorias caso existentes; cópias dos canchotos das notas fiscais com assinatura e identificação do recebedor das mercadorias; comprovantes de recebimento por parte do fornecedor dos valores referentes às vendas realizadas através das notas fiscais objeto do Auto de Infração em lide (boletos bancários, duplicatas, transferências bancárias etc.); cópias de conhecimentos de transporte ou quaisquer outros elementos que demonstrem a compra das mercadorias. A título de ilustração, trago à colação a Ementa do ACÓRDÃO CJF Nº 0245-12/11, exarado pelo Conselheiro Carlos Henrique Jorge Gantois: “2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0245-12/11 ESTADO DA BAHIA SECRETARIA DA FAZENDA CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF) ACÓRDÃO JF Nº 0263-02/13 9 EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Ausência nos autos de cópias das notas fiscais e de outros elementos que comprovem o cometimento da infração, relativos as listagens do CFAMT e do SINTEGRA, apesar da conversão do PAF em diligência, por duas oportunidades. Possibilidade de renovação da ação fiscal dentro do período decadencial. Representação à autoridade administrativa competente, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, no sentido do refazimento da verificação fiscal em relação à regularidade do cumprimento das obrigações acessórias e principal em nova ação fiscal a salvo de incorreções. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”

Afirma que a Administração Pública tem a obrigação de obedecer, dentre outros, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, finalidade, motivação, razoabilidade, eficiência, ampla defesa, do contraditório e da transparência, e destaca que alguns desses princípios não foram observados pelo Autuante.

Por fim pede a declaração de nulidade de todo o Auto de Infração, com base nos artigos 18, inciso IV, 28, § 4º e 41, inciso I e II do RPAF e eventualmente que seja DECLARADA A NULIDADE DE PARTE do auto de infração, precisamente, declarando a nulidade das infrações nº 01, 03 e 04 do guerreado auto de infração.

Quanto às infrações nº 03 e 04 as quais versam acerca de infrações por descumprimento de obrigação acessória, vinculadas às multas do artigo 42, incisos IX e XI da Lei 7.014/96, aduz a Impugnante que a interpretação destes dispositivos vinculam a infração da multa por descumprimento de obrigação acessória a comprovação da ocorrência de um dos dois requisitos previstos no citado diploma legal: de que o bem ou mercadoria tenha entrado no estabelecimento do contribuinte ou por ele tenha sido utilizado sem o devido registro na escrita fiscal.

Assim sendo defende a Impugnante que não bastaria o Auditor Fiscal cruzar as informações para identificar a falta de registro de notas fiscais pelo contribuinte, seria necessário para determinar com segurança a infração cometida, a comprovação da entrada ou o uso das mercadorias no estabelecimento da Autuada. De outro modo, afirma a defesa, que seria “simplesmente presumir que o contribuinte deu entrada em seu estabelecimento de mercadoria sem o registro fiscal, em razão da mera emissão de uma nota fiscal por terceira pessoa.”

Acrescenta ainda que as supostas notas fiscais objeto da autuação devem ser notas fiscais emitidas indevidamente pelos fornecedores, “o que também acarreta em infração cometidas por estes, sendo assim, imprescindível que o Auditor Fiscal identifique inclusive quem cometeu a infração, pois nestes casos, a infração deve ter sido cometida pelos emitentes e não pela Recorrente.”

Assevera que a presunção da entrada da mercadoria, sem fazer qualquer tipo de provas, demonstra o cerceamento de defesa da Recorrente, inclusive por não ter qualquer interferência nos documentos objeto da autuação, os quais afirma terem sido emitidos por terceira pessoa.

Assim, propõe a defesa a seguinte indagação: “com qual segurança alega o Auditor Fiscal que a

Recorrente **deu entrada de fato em seu estabelecimento em mercadorias sem a devida escrituração das notas fiscais de entrada em seu Livro de Entradas?** Resposta: NENHUMA!"

Discorre em seguida sobre a doutrina acerca do lançamento tributário afirmando que na sua lavratura devem estar presentes os elementos constitutivos de qualquer lançamento citando como fundamento o artigo 142, caput, do CTN. E que a sua falta ofenderão os princípios da ampla defesa e contraditório, assegurados pela Constituição Federal em seu artigo 5º, LV, tanto para o processo judicial como para o processo administrativo.

Conclui em seguida que o lançamento em tela se deu “*em verdadeira afronta ao art. 142 do CTN, o que justifica o reconhecimento de sua nulidade, não podendo produzir qualquer efeito no mundo jurídico a fim de compelir a Impugnante a recolher aos cofres públicos os valores nele consignados.*” E evoca o art. 18, IV, “a” do RPAF que trata de nulidade do lançamento que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Ainda destaca que “*os artigos 28, § 4º e 41, inciso I e II do RPAF², dispõem que o Auditor Fiscal que presidir tarefas de fiscalização, far-se-á acompanhar dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante e das provas necessárias à demonstração do fato arguido. (Grifou-se).*”

Assevera a defesa que o lançamento de ofício em tela não determina com segurança, quais as infrações cometidas pela Recorrente e nem faz às provas necessárias à demonstração do fato arguido, tratando-se de uma autuação temerária e eivada de suposições e incertezas ao invés de provas concretas.

Ressalta que o Auditor Fiscal se utilizou de suposições infundadas, sem determinar com segurança o infrator e a infração, pois as notas fiscais somente deveriam ser escrituradas se comprovada à existência da operação com as entradas dos produtos em seu estabelecimento, pois caso contrário, o infrator seria o emitente das notas fiscais e não a Recorrente.

Aduz que a falta de provas atinge diretamente a verdade material dos fatos, acarretando a inépcia do auto de infração com a consequente nulidade do mesmo, além de atingir o princípio da verdade material. E que por isso infringiu o princípio da ampla defesa, como também os princípios da não cumulatividade, da legalidade, da razoabilidade e da verdade material, concluindo que “*o auto de infração guerreado não deve prosperar e deve ser cancelado, pois a infração indevidamente imputada à Recorrente não está caracterizada e não há provas de que as mercadorias de fato ingressaram no estabelecimento da Recorrente, ou seja, a descrição dos fatos não condiz com a verdade real e o direito aplicável, como também, não contém este, elementos suficientes para se determinar, com segurança, se de fato houve a infração cometida pela Recorrente, fato este que o torna nulo de pleno direito.*”

Assevera ser este o entendimento reiterado do CONSEF, e cita e transcreve como paradigma a ementa e parte do voto da decisão proferida no Acórdão nº CJF 0263-02/13, tendo como autuada a própria Recorrente, a qual fica repetida neste relatório.

EMENTA: ICMS. 1. ZONA FRANCA. REMESSA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. NÃO COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DOS PRODUTOS PELA SUFRAMA. Defesa apresentou as declarações de ingressos, comprovando que as mercadorias ingressaram na área de exceção fiscal administrativa da SUFRAMA, estando aptas para usufruto do benefício fiscal. **Infração Improcedente. 2. NULIDADE. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS NÃO ESCRITURADAS. b) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 10% SOBRE O VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS NÃO ESCRITURADAS.** A exigência foi fundada em dados de documentos fiscais obtidos dos Sistemas e CFAMT/ SINTEGRA. Entretanto, a fiscalização não acostou aos autos todos os documentos fiscais, e também não apresentou outros elementos de provas capazes de demonstrar a aquisição, pelo autuado, das mercadorias constantes nos documentos, mesmo após solicitados em diligência fiscal. **Infrações parcialmente subsistentes. 3. DESINCORPORAÇÃO DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** Defesa comprovou mediante nota fiscal, com natureza da operação “retorno de mercadoria para conserto”, e cópia do livro Registro de Entradas, que houve a devolução do bem enviado para conserto, não procedendo assim, a autuação imputada. **Infração improcedente. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

PARTE DO VOTO

...

O entendimento reiterado do CONSEF, materializado em diversos julgados, apenas a título de exemplo CJP 0015-12/10, 0370-12/09, 0056-11/09, 0109-12/09, 0078-12/09, 0006-11/09, 0235-12/09, 0037-12/11, 0077-11/11, 0228-12/11, 0248-12/11, 0249-12/11, 0250-12/11, 0282-12/12 e 0245-12/11, todos das Câmaras de Julgamento Fiscal, tem sido no sentido de que a cópia das notas fiscais é elemento essencial de prova da circulação da mercadoria no território baiano, em se tratando do CFAMT, e no caso do SINTEGRA, além das cópias das notas fiscais é fundamental que sejam acostados outros elementos de provas, tais como: cópias dos pedidos das mercadorias caso existentes; cópias dos canhotos das notas fiscais com assinatura e identificação do recebedor das mercadorias; comprovantes de recebimento por parte do fornecedor dos valores referentes às vendas realizadas através das notas fiscais objeto do Auto de Infração em lide (boletos bancários, duplicatas, transferências bancárias etc.); cópias de conhecimentos de transporte ou quaisquer outros elementos que demonstrem a compra das mercadorias. A título de ilustração, trago à colação a Ementa do ACÓRDÃO CJP Nº 0245-12/11, exarado pelo Conselheiro Carlos Henrique Jorge Gantois: “2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJP Nº 0245-12/11 ESTADO DA BAHIA SECRETARIA DA FAZENDA CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF) ACÓRDÃO JJF Nº 0263-02/13 9 EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Ausência nos autos de cópias das notas fiscais e de outros elementos que comprovem o cometimento da infração, relativos as listagens do CFAMT e do SINTEGRA, apesar da conversão do PAF em diligência, por duas oportunidades. Possibilidade de renovação da ação fiscal dentro do período decadencial. Representação à autoridade administrativa competente, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, no sentido do refazimento da verificação fiscal em relação à regularidade do cumprimento das obrigações acessórias e principal em nova ação fiscal a salvo de incorreções. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”

Afirma que a Administração Pública tem a obrigação de obedecer, dentre outros, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, finalidade, motivação, razoabilidade, eficiência, ampla defesa, do contraditório e da transparência, e destaca que alguns desses princípios não foram observados pelo Autuante.

Por fim pede a declaração de nulidade de todo o Auto de Infração, com base nos artigos 18, inciso IV, 28, § 4º e 41, inciso I e II do RPAF e eventualmente que seja DECLARADA A NULIDADE DE PARTE do auto de infração, precisamente, declarando a nulidade das infrações nº 01, 03 e 04 do guerreado auto de infração.

Adentrando ao mérito da infração 01 informa que o estabelecimento autuado é uma filial da ELEKEIROZ, cuja atividade específica é a fabricação de GASES INDUSTRIAIS, tais como, HIDROGÊNIO (H₂), MONÓXIDO DE CARBONO (CO), GÁS DE SÍNTESE (Syngas ou H₂ + CO) e VAPOR (SM), e que o gás natural combustível, cujos créditos fiscais de ICMS foram glosados, trata-se de material intermediário, utilizado no processo produtivo da autuada, e, enquanto tal, o direito ao creditamento é inconteste.

Afirma que “o gás natural é utilizado pela autuada na fabricação de seus produtos (Hidrogênio, Monóxido de Carbono, Gás de Síntese e Vapor), sendo que uma parte ínfima desse gás combustível alimenta o sistema “flare” do processo industrial, fazendo o papel de combustível que “queima” os gases indesejáveis – subprodutos gerados nas reações químicas – que são para lá carregados, evitando o envio de gases perigosos para atmosfera, gerando substâncias menos nocivas ao meio ambiente. Porém, embora esse gás faça o papel de combustível para “queima dos gases indesejáveis”, é certo que não é somente essa a função do flare aceso diariamente em uma indústria fabricante de gases industriais, conforme veremos.”

Explica ainda que “De acordo com o Descrito de Processo Produtivo PDI-RT-026/2014 da Recorrente, anexo, é possível constatar que o flare é uma das etapas do processo produtivo com a função de combustão para atender situações de emergências (purgas emergenciais de alimentação, produtos e fluxos intermediários), purgas, vazamento de válvulas críticas. Desta forma, é possível constatar que o gás utilizado no flare atendem também inclusive questões de segurança do processo produtivo, pois sem o flare aceso diariamente, ocorreriam riscos inclusive de explosões, principalmente em casos de vazamentos dos gases fabricados.”

Menciona que o Auditor Fiscal, entendeu equivocadamente, que o gás natural combustível utilizado no flare com a finalidade de combustão de emissões gasosas, cumpre apenas a função de evitar o envio de gases perigosos para a atmosfera e a combustão de produtos em excesso.

Entretanto, esclarece que o flare aceso além de cumprir também essas duas funções, é necessário por questão de segurança da própria planta industrial para evitar explosões, conforme explanado acima, e assevera que o uso do flare no caso da Impugnante é essencial para a fabricação dos

gases industriais, e que é praticamente impossível fabricar gases sem o sistema do *flare* em uma das etapas do processo produtivo, com o consumo de gás natural combustível para efetuar as combustões “queimas” necessárias.

A defesa passa a descrever todo o processo produtivo para demonstrar que o gás combustível utilizado no *flare* é uma das inúmeras etapas do processo produtivo dos produtos manufaturados na planta industrial de gases da Impugnante e ressalta que todo o gás natural combustível utilizado em sua planta industrial é considerado insumo, inclusive o gás combustível utilizado no *flare* (material intermediário), fazendo parte do seu processo produtivo, conforme Descritivo de Processo PDI-RT – 026/2014, anexo.

Propõe a definição de insumos diferenciando-os dos bens de uso e consumo afirmando que estes últimos são aqueles não essenciais à atividade produtiva da empresa, enquanto os primeiros (insumos) são, justamente, aquisições necessárias ou obrigatórias para, no caso em questão, a fabricação de gases industriais.

Assevera que o art. 309, I, “b”, do RICMS/BA, cuja redação transcreve, admite como possibilidade de crédito fiscal as aquisições de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização,

Continua sua digressão citando e transcrevendo jurisprudência do STJ e o §1º do art. 20 da LC 87/96, o qual afirma haver alterado o critério para definição dos insumos, passando a ser reconhecido como insumo todo aquele produto relacionado à obtenção do objetivo final da empresa. E que, sendo assim, por este critério, deve ser reconhecido o caráter de insumo para todos os bens destinados à consecução das atividades que constituem o objeto social do estabelecimento empresarial da Impugnante, não mais sendo exigido que estes sejam consumidos ao final de cada processo produtivo ou que se integrem ao produto final na condição de elementos indispensáveis à sua produção.

Dessa forma, requer a nulidade da referida infração em razão dos fatos arguidos em preliminar e alternativamente, caso não seja aplicada a nulidade, seja mantido o direito ao crédito glosado pelo Auditor Fiscal, reconhecendo que o gás natural combustão utilizado no flare constituiu crédito de ICMS, com base no §1º do art. 20 da LC 87/96, artigo 309, I, b do RIMCMS e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

De parte da infração 02 relativamente ao uso indevido crédito fiscal de icms nas aquisições de hipoclorito de sódio consumido, informa que o lançamento deste crédito tributário não foram impugnados tendo sido liquidados com a redução da multa antes da apresentação da presente peça em discussão, conforme indica a cópia do DAE que diz estar anexo, no total de R\$2.703,09, recolhido em 14.11.2016.

Quanto as infrações nº 03 (16.01.01) e 04 (16.01.02), as quais informa versar sobre falta de registro na escrita fiscal de notas fiscais tributadas e não tributadas aduz que, conforme vastamente explorado em preliminar, a maior probabilidade é a de que o Auditor Fiscal tenha utilizado de informações colhidas em Banco de Dados da Secretaria da Fazenda Estadual e, posteriormente, confrontado com o livro de Entradas da Recorrente, fazendo apenas um comparativo entre notas emitidas por terceiras pessoas e não escrituradas pela Recorrente.

E afirma que neste contexto, a acusação sequer dispõe de provas de circularização das mercadorias, ou mesmo, provas das entradas físicas das referidas mercadorias no estabelecimento da Impugnante, e que fica evidente que o Autuante apenas se preocupou em cruzar as informações e pegar os números das notas fiscais que identificou como não escrituradas pela Autuada para efetuar a atuação.

Entende a defesa que esta falta de comprovação da entrada de mercadorias no estabelecimento denota insegurança para manter a afirmação que a operação de fato ocorreu ou mesmo para afiançar que de fato a Autuada teria recebido as mercadorias.

Pede ao final que, considerando que as infrações não foram praticadas com dolo, fraude ou

simulação e nem implicaram na falta de recolhimento de imposto, o cancelamento das multas pelos Eméritos Julgadores com base no artigo 42, § 7º do RPAF, caso não seja reconhecida a nulidade integral do auto de infração ou ainda, a nulidade das infrações 03 e 04.

Pede ainda:

- a) *“seja dado provimento à presente impugnação para declarar a improcedência do lançamento fiscal, com a consequente nulidade e cancelamento do auto de infração, ou ainda, declarar nulas as infrações 01, 03 e 04, com base nas alegações e fundamentos apresentado em preliminar de nulidade;*
- b) *alternativamente, caso não seja reconhecida a nulidade integral do auto de infração, ou ainda, a nulidade das infrações 01, 03 e 04, o que não espera a Recorrente, seja dado provimento à presente impugnação para cancelar as multas por descumprimento de obrigação acessória das infrações 03 e 04, bem como, para reconhecer o direito ao crédito do gás natural combustível tido como insumo (material intermediário) da infração 01, por todos os motivos de fatos e de direitos abordados na presente defesa.*
- c) *seja declarada insubsistente a multa de 60% indevidamente lançada contra a Recorrente na infração 01, por absoluta ausência de infração que justifique o seu lançamento;*
- d) *seja deferida diligência, com base no artigo 145 do RPAF, caso após toda demonstração e comprovação pela Recorrente, ainda assim, permaneçam dúvidas que somente possam ser sanadas através de diligência fiscal;*
- e) *seja deferida a juntada a qualquer tempo de documentos necessários no sentido de embasar o correto procedimento adotado pela Recorrente, tudo em homenagem à busca da verdade material, princípio que rege o processo administrativo tributário, por ser esta a melhor forma de se restabelecer a necessária e esperada JUSTIÇA FISCAL!!”*
- f) Os Autuantes, por sua vez, informam quanto a infração 01 que a autuada foi intimada a apresentar via e-mail o percentual de consumo do gás natural utilizada para alimentar o sistema "flare"/incinerador de gases do seu processo industrial, conforme cópia da missiva que transcrevem e que não houve resposta por parte da empresa.

E assim, diante da omissão das informações requeridas, valeram-se de dados técnicos colhidos em informações dos processos industriais de empresas, que atuam no Pólo Petroquímico de Camacari, similares aos da autuada relativamente à utilização do gás destinado à queima de resíduos no incinerador e no *flare*, o que resultou na adoção nos cálculos relativos ao levantamento fiscal em tela do percentual de 1% do valor das aquisições mensais de gás.

Informam ainda que as empresas pesquisadas que atuam no Pólo Petroquímico de Camacari, utilizam percentual de 3% para tal finalidade e como consideraram que a autuada possui uma capacidade produtiva menor que estas, foi admitida utilização, no caso em tela, do percentual de 1%.

Entendem os Autuantes que a despeito do alegado aproveitamento da energia térmica gerada pelo gás, também para gerar vapor, com o propósito de otimização de processo, este não é o propósito principal da utilização do produto em questão, e que em relação ao gás que vai para o flare para ser também "queimado", a própria autuada reconhece que serve apenas para garantir a segurança da planta industrial.

Afirmam que a despeito da importância para o meio ambiente em função da queima dos gases tóxicos e indesejáveis que resultam do processo industrial, o uso gás natural na operação de queima em questão o torna um típico material de uso e consumo tendo finalidade apenas de controle ambiental e/ou segurança industrial, e que a legislação estadual baiana não admite possibilidade de uso do crédito fiscal quando da aquisição deste produto, já que não é um produto intermediário.

E ressaltam ainda que todo o gás natural utilizado no incinerador e no *flare* é consumido depois do encerramento do processo produtivo, mais especificamente, depois da obtenção do produto acabado, demonstrando *“sua pequena relevância ou nenhuma na produção do produto final”*. E afirmam:

“Não podemos nos deixar levar pelas considerações incompatíveis da impugnante referentes a argumentação de que o gás natural nesta etapa do processo produtivo tem características de insumo, pois, como já foi relatado amiúde, nesta etapa do processo o produto final já foi obtido e portanto, demonstrando assim sua pequena ou quase nenhuma importância no processo produtivo em lide.”

Concluem a informação fiscal relativa à infração 01 afirmando ter restado comprovado o descabimento quanto ao enquadramento de insumo para o gás natural utilizado no sistema flare/incinerador, e pugnam pela procedência total da infração 01.

Quanto à infração 02, lembram que a Autuada não impugnou este item, o reconheceu e efetuou o respectivo recolhimento integral, e opinam pela procedência total da infração 02.

Relativamente às infrações 03 e 04 entendem que a autuada discorda destas infrações, mas não apresenta qualquer prova ou indício que refutem o compute de quaisquer das notas fiscais elencadas nos demonstrativos dos Anexos I e II. E por isso pugnam pela procedência total das infrações 03 e 04.

Quanto ao pedido de diligência afirmam seu descabimento em vista de entenderem que ficou provada sua insubsistência, pelos motivos apresentados em sua informação fiscal, não devendo a Administração aceitar práticas meramente procrastinatórias.

Concluem PELA PROCEDÊNCIA TOTAL DO AUTO DE INFRAÇÃO 279196.3000/16-0.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Inicialmente afasto os argumentos preliminares arguindo nulidade do auto de infração tendo em vista das infrações 01 e 02 cuja acusação fiscal refere-se utilização de crédito relativo a aquisições de bens para uso e consumo, não esta baseada em provas de que a Impugnante de fato utilizou tais produtos como material de uso e consumo.

De referência à infração 01 que questiona a utilização dos créditos fiscais relativo ao ICMS incidente nas aquisições de gás natural combustível consumido no flare com a função de combustão de emissões gasosas para evitar o envio de gases perigosos para a atmosfera, através da combustão de produtos em excesso, restou inequívoco que a utilização do gás natural combustível nesta situação fática, se dá após a obtenção do produto acabado, o que descaracteriza a sua utilização no processo industrial como produto intermediário, ficando claro tratar-se de produto utilizado como material de uso/consumo, e não insumo, como pretendeu caracterizar a autuada. Acrescento ainda que não é aceitável que a Impugnante se omita ou recuse em atender a intimação dos Autuantes, quanto ao percentual de gás consumido neste processo que visa a combustão de emissões gasosas para evitar o envio de gases perigosos para a atmosfera, e em sua defesa venha questionar, além de cerceamento de defesa, o percentual utilizado para fins do lançamento de crédito em tela, sem apresentar nenhuma contra prova que possa ao menos relativizar o percentual adotado. Descabe, portanto, neste sentido, o deferimento do pleito quanto à perícia reeindicada e por todo o exposto voto pela procedência integral da infração 01.

Relativamente a infração 02, devo registrar que a Autuada reconheceu o débito e efetuou o respectivo recolhimento.

Quanto às infrações 03 e 04, não observei elementos que possam culminar estas infrações de nulidade e quanto ao mérito, a despeito dos diversos princípios, jurisprudência e doutrinas colacionados em sua defesa, entendo que seus argumentos não foram suficientes para enfrentar os fatos trazidos aos autos, quais sejam as listas de documentos fiscais eletrônicos

onde estão discriminadas as respectivas chaves do documento fiscal, o que garante a prova efetiva de sua emissão e do destinatário, cabendo a Impugnante, antes mesmo de negar o recebimento, demonstrar ao menos que reagiu aos mesmos através de queixa policial contra os fornecedores emissores, pois a considerar suas alegações, estes incorreram em crime contra a Autuada.

Quanto ao pleito de redução ou cancelamento da multa registro que esta decisão não compete às Juntas de Julgamento, e por este motivo declino de opinar a respeito.

Destarte, diante dos fatos apresentados pelos Autantes e da omissão de reação contra aos fornecedores, ou de efetiva e inquestionável prova de não recebimento das mercadorias em tela, por parte da Impugnante, não me resta outra conduta que não votar pela procedência total das infrações 03 e 04.

Por fim, voto pela procedência deste Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279196.3000/16-0**, lavrado contra a empresa **ELEKEIROZ S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$57.093,66**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42 VII, “a” da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.109,75**, prevista no art.42 IX do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala de Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2017.

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR