

A. I. - 232903.0328/15-0
AUTUADO - CORCOVADO GRANITOS LTDA
AUTUANTE - CARLOS EDUARDO PAMPONET DANTAS
ORIGEM - INFAC TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 18/07/2018

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0085-03/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração 01 parcialmente subsistente e Infração 04 insubsistente. **b)** MERCADORIA NÃO ENTRADA NO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida. **c)** DOCUMENTOS EM DUPLICIDADE. Infração reconhecida. 2. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. Revisão fiscal efetuado por diligente estranho ao feito demonstra a insubsistência da autuação. Infração 05 insubsistente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. MATERIAL DE USO OU CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAIS PARA USO E CONSUMO. Infração 06 Autuado elide parcialmente a acusação fiscal. Infração 08 reconhecida. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE SAÍDA DE MERCADORIA. O Autuado não elide a autuação. Infração mantida. 4. DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NO CÁLCULO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. Após revisão efetuada por diligente estranho ao feito restou comprovado a redução da exigência. Infração parcialmente elidida. Indeferido pedido de perícia Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/03/2015, exige crédito tributário no valor histórico de R\$1.006.359,06, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - **01.02.02.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$150.442,12, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - **01.02.10.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado, no mês de maio de 2014. Exigido o valor de R\$530,10, acrescido da multa de 150%;

Infração 03 - **01.02.20.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade e no mês de maio de 2013 a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$530,10, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - **01.02.02.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro de 2013 a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$30.485,80, acrescido da multa de 60%;

Infração 05 - **02.01.02.** Falta de recolhimento no prazo regulamentar de ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$427.999,67, acrescido da multa de 100%;

Infração 06 - **06.02.01.** Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$198.337,09, acrescido da multa de 60%;

Infração 07 - **03.02.02.** Recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, abril e dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$18.189,84, acrescido da multa de 60%;

Infração 08 - **06.02.01.** Falta de recolhimentos de ICMS decorrente de diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de abril e junho a novembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$10.413,61, acrescido da multa de 60%;

Infração 09 - **03.08.04.** Recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e da Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$169.430,73, acrescido da multa de 60%.

Autuado apresenta impugnação, fls. 71 a 95, contestando o presente lançamento, aduzindo as razões de defesa a seguir resumidas.

Inicialmente argúi a nulidade parcial do Auto de Infração, uma vez que o Autuante ao enquadrar a Infração 01 e Infração 04 indica como suporte legal o RICMS-BA/97, entretanto, deixando de observar que o período autuado corresponde ao ano de 2013 e 2014, ou seja, a vigência da legislação supramencionada apenas operou até 31/12/2012.

Desta forma, destaca que o erro na capitulação das infrações em epígrafe viola o RPAF-BA/99, em seu art. 2º, art. 39, inciso V, e §3º e art. 18, inciso IV, que tratam sobre o procedimento fiscal estadual da Bahia, e estabelecem como o Auditor Fiscal deve proceder na lavratura do Auto de Infração.

Diz ser de fácil verificação, através da legislação ora suscitada, que a autoridade fiscal não indicou os dispositivos corretos, situação está que torna anulável o Auto de Infração.

Assevera que o ato administrativo para ter validade deve-se encontrar em sintonia com a definição do art. 142, do CTN, que se exige para verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação à determinação da matéria tributável, o cálculo do montante devido, e a identificação do sujeito passivo, contudo no caso em tela é facilmente detectado que faltou um desses pressupostos elencados.

Registra que o Autuante fundamenta a sua Notificação de Lançamento de forma errada, fica impedida de exercer a sua ampla defesa, conforme preceitua a CF/88, precisamente em seu art. 5º, inciso LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Arremata frisando restar demonstrado que a Infração 01 e a Infração 04 são nulas de pleno direito, pois está lastreado em artigos que impossibilitam a oportunidade de sua defesa.

Restando superada a preliminar suscitada, o que não é de se acreditar, também no mérito, não assiste à SEFAZ o direito pleiteado no presente Auto de Infração.

No que se refere à Infração 01 e a Infração 04, diz que foi autuado sob o argumento que utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, e a Infração 06 por ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas as aquisições de mercadorias de outras unidades da

federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, tais infrações não podem ser acolhidas, pois os materiais adquiridos são mercadorias para emprego em seu processo produtivo.

Registra que o exame da questão não entra na órbita da constitucionalidade de dispositivo regulamentar, matéria cujo conhecimento é vedado a este Conselho de Fazenda, *ex vi* do art. 167, inciso I, do RPAF-BA/99. Diz tratar-se apenas da aplicação do RICMS em consonância com os ditames impostos pela Constituição Federal, à qual estão todos, sem exceção, submetidos.

Afirma que se extrai dos autos que seu estabelecimento autuado é uma mineradora, possuindo como atividade principal a extração de granito (substância mineral não metálica), consoante cópia do contrato social constante em anexo.

Consigna que em se tratando de utilização de crédito de ICMS, referente a mercadorias que compõem o processo produtivo do granito, aplica-se ao caso em concreto o art. 28 e 29, §1, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 309, inciso VII, e §2º, do Dec. nº 13.780/12.

Informa a utilização dos materiais adquiridos neste caso, o fio diamantado, broca cônica e cone bit em seu processo produtivo:

O Fio Diamantado - sistema de corte formado por um cabo de aço que se desloca sobre polias. Corta a rocha por abrasão, por meio de pastilhas diamantadas inseridas no fio, vê-se que são produtos fundamentais para a escala de produção do granito.

A Broca Cônica trata-se de material percussivo utilizado para perfuração em rochas.

O ConeBit é uma ferramenta de perfuração e seu desempenho afeta diretamente na qualidade de perfuração, eficiência de perfuração, custos de perfuração e consequentemente na retirada da rocha.

Assevera que os materiais da cadeia produtiva que compõem as infrações em questão são exclusivamente utilizados na extração do mineral, estão diretamente vinculados ao processo produtivo e são elementos indispensáveis ao produto final extraído, assim como, óleo diesel e energia elétrica, portanto, classificados como insumos. Continua assinalando que estes insumos de produção, indispensáveis no processo de extração mineral, sofrem desgaste durante o processo produtivo, até o seu total consumo.

Observa que para que não pairem dúvidas, se faz necessário esclarecer como funciona o processo produtivo da extração do granito.

Revela que a lavra do maciço é conduzida a céu aberto, formando bancadas descendentes, sendo estas divididas em pranchas e o isolamento da porção “bancada” do maciço rochoso e realizado através da realização de cortes, com fio diamantado, nas faces verticais e horizontais na rocha.

Afirma que após a abertura do canal de acesso, é iniciada a lavra da rocha através do sistema de corte das bancadas, como se conhece tradicionalmente e que esse sistema favorece todos os serviços de lavra como o desmonte, seletividade do material, entre outros. Revela que mecanização é facilitada devido à grande extensão horizontal apresentada e essa flexibilidade facilita a movimentação de equipamentos (perfuratrizes, carregadeiras) e de blocos.

Informa que nessa fase de produção os equipamentos, máquinas de fio e perfuratrizes iniciam a primeira etapa produtiva e que os insumos utilizados para a extração do granito, nessa fase de produção, são: materiais de furação (brocas cônicas e conebits), materiais de corte (fio diamantado), energia elétrica e combustível (óleo diesel), que são consumidos pelos compressores e geradores.

Esclarece que através do ar-comprimido fornecido pelo compressor, as perfuratrizes pneumáticas são acionadas dando início ao trabalho de perfuração da rocha propriamente dita. Observa que às perfuratrizes são acopladas brocas cônicas, que tem em sua extremidade materiais de corte conhecidos como cone bits que se desgastam quando em contato com a rocha, pois, são responsáveis em exercer a perfuração da matéria-prima, granito.

Realizada a abertura da rampa, afirma que um novo corte é feito para isolar a primeira bancada do maciço rochoso, dando início ao primeiro piso onde será realizada a lavra nos vários sentidos do plano em formação. Prossegue assinalando que, conforme o avanço da lavra, novos pisos serão abertos com o mesmo procedimento, formando novos bancos de lavra. Apresenta, fl. 80, desenho esquemático dos cortes citados acima para uma melhor visualização dos procedimentos de corte.

Destaca que são realizados cortes, com fio diamantado, para o isolamento da bancada do maciço rochoso. A bancada tem as dimensões definidas em 12,0m de altura, 15,0m largura e 12,0m de profundidade, onde, após seu isolamento, será dividida em quatro pranchas com espessura de 3,0m cada.

Informa que todo processo de perfuração e corte para o isolamento da bancada é realizado sempre com a utilização de insumos, brocas cônicas, conebits e fio diamantado.

Observa que o fio diamantado empregado na extração é composto de um cabo de aço e anéis em rosário impregnados com diamante industrial, com peças com comprimento superior a 50 m, ao girar é consumido no processo de corte na rocha pelo sistema de abrasão, portanto, a ferramenta empregada é consumida diretamente no processo de extração em contato imediato com a rocha. Acrescenta que esta fase consiste em cortar a bancada em pranchas, esses cortes são realizados por corte a fio diamantado. Frisa que realizada a liberação da prancha do maciço rochoso parte para o processo de tombamento da prancha e seu desdobramento em blocos.

Explica que no processo de tombamento é utilizado um equipamento denominado macaco hidráulico, de alta capacidade e uma base, “cama”, constituída por terra e seixos de rocha, será feita forrando o piso com o objetivo de amortecer o impacto da queda da prancha, evitando trincas e fraturamentos. Acrescenta que tombada a prancha é feita uma verificação para determinar os possíveis defeitos estruturais e estéticos (ornamentais), que possam desqualificar o padrão homogêneo da rocha e em função dos defeitos estabelecidos, será definida a direção da furação que irá dar início às faces do bloco. Diz que o processo utilizado é o de furação em costura pelas perfuratrizes pneumáticas, com espaçamento médio entre os furos de 15 cm e diâmetros médios em 35 mm e após a operação de perfuração do plano pré-definido será realizada a ruptura deste por meio de cunhas de pressão.

Prossegue mencionando que as perfuratrizes pneumáticas podem ser manuais ou sobre trilhos, usando brocas cônicas e conebits com a função de dar movimento roto percussivo (giro e impacto) aos insumos de perfuração entram em contato físico com a rocha, que é a matéria-prima para a produção do produto final, bloco de granito. Apresenta fotos ilustrativas, fls. 82 a 84

Continua esclarecendo que o Fio Diamantado também é utilizado para esquadrejamento do granito para correção de defeitos ou imperfeições geométricas ocorridas na fase de subdivisão em blocos.

Revela que se pode atestar com segurança que brocas cônicas, conebits, e fios diamantados são materiais empregados diretamente na extração de substâncias minerais e fosseis, assegurando assim o seu crédito, conforme determina o art. 309 do RICMS-BA/12. Acrescenta que esses itens consumidos no processo de extração compõem o custo de produção através de métricas de consumo desses materiais em relação ao m³ extraído, e são contabilizados como custo de produção, enquanto os materiais de consumo são contabilizados como despesa. Remata assinalando que sendo assim, o RICMS-BA/12 no art. 309, inciso I, alínea “b”, disciplina o regime de conta corrente fiscal assegurando seu direito ao crédito.

Declara que a partir desses esclarecimentos é possível constatar que os materiais são utilizados “no processo produtivo”, ou “dentro do processo produtivo”, e por isso não há como negar o direito ao crédito do imposto.

Observa que em consonância com esse posicionamento, o CONSEF tem julgado em conformidade com o apresentado nesta lide, conforme ementa que colaciona.

Pondera que na hipótese de não serem acolhidas as argumentações acima, destaca ainda que no caso em tela deve ser aplicado o Princípio da não-cumulatividade.

Lembra que o princípio da não-cumulatividade é garantido em nossa Carta Magna, em seu art. 155, §2º, inciso I e legislação complementar. Observa que não se faz necessário citar julgados sobre a constitucionalidade e doutrinas sobre a Lei Complementar, assunto já pacificado nos Tribunais Pátrios.

Afirma que no caso em tela, todos os requisitos para a aplicação do princípio da não-cumulatividade estão presentes, haja vista que os produtos adquiridos foram aplicados direta e exclusivamente na extração, na condição de insumo, condição principal para geração dos créditos.

Diz que não admitir esse princípio seria lhe penalizar com o pagamento em dobro do imposto, ou seja, infringir um direito constitucional que garante a neutralidade do ICMS na cadeia produtiva, independentemente do número de operações.

Pondera que, admitindo a existência de crédito fiscal em seu favor, em decorrência das aquisições dos insumos de perfuração e corte, que são utilizados exclusivamente no processo de produção, não há o que se falar em cobrança de diferenças de alíquotas, conforme a Infração 06.

Registra que o Autuante fundamentou a Infração 06, com base no art. 4º, inciso XV da Lei 7.014/96 c/c art. 305, §4º, inciso III, alínea “a” do RICMS-BA/12. Afirma que a fundamentação legal evidencia o fato gerador dos impostos nas operações interestaduais, entretanto, explicitando a entrada ou consumo, nas operações interestaduais, de mercadorias ou bens que forem destinados a uso, consumo ou ao ativo permanente.

Observa que a legislação que serviu de base para fundamentação legal, em nenhum momento trata de insumos, logo, não há o que se falar em diferença de alíquota. Prossegue assinalando que reconheceu que se apropriou indevidamente crédito de ICMS, das Notas Fiscais nºs 2615, de 15/08/2013 e 3335 de 16/07/2013, conforme consta no Anexo1 - Demonstrativo de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente as aquisições de produtos para uso e consumo, da presente autuação fiscal, e por consequência deixou de recolher diferencial de alíquota conforme consta no Anexo 6 - Demonstrativo de Recolhimento a menor de ICMS diferença de alíquotas, nas aquisições de produtos para uso e consumo. Informa que efetuou o recolhimento espontâneo, conforme comprovante que diz anexar aos autos.

Com relação à Infração 02 e a Infração 03 em que foi autuado sob o argumento de utilizar indevidamente crédito do ICMS, por não haver entrado mercadoria no estabelecimento e devido a lançamento de documento fiscal em duplicidade, registra que não tem nada a se opor e por isso já recolheu os valores decorrentes das infrações supra mencionadas, conforme comprovantes em anexo.

No que tange a Infração 05, em que a autuação lhe imputa a falta de recolhimento no prazo regulamentar ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, sustenta que tal argumento não pode ser aceito, uma vez que se tratam de devoluções e não vendas de mercadorias, conforme autuado.

Observa que antes de adentrar ao mérito da infração, se faz necessário esclarecer que as mercadorias em questão são devoluções de blocos sem o transito da mercadoria, ou seja, foram devoluções que a mercadoria não retornou fisicamente, entretanto posteriormente houve a revenda.

Inicialmente, esclarece que 99% dos clientes que efetuaram a devolução das mercadorias, blocos de granito, estão localizados no Estado do Espírito Santo, provenientes da região sul do Estado, neste caso nas cidades de Cachoeiro do Itapemirim, Mimoso do Sul e adjacentes.

Observa que os blocos são transportados por carretas, sendo que a responsabilidade do frete é do próprio cliente, ou seja, vende seus produtos na modalidade de preço FOB pedreira.

Ressalta que a distância da pedreira, situada em Medeiros Netos (BA), até Cachoeiro do Itapemirim - ES é em torno de 550 km e até Mimoso do Sul - ES é em torno de 600 km.

Lembra que os blocos de granito pesam em média 34 toneladas, por isso o custo do frete acaba por ser um valor significativo o que torna inviável o retorno físico dos blocos devolvidos pelos clientes situados no Espírito Santo para a pedreira em Medeiros Neto (BA), pois tal situação incorreria em custos adicionais; carga e descarga, frete de retorno e frete de venda dos mesmos quando fossem revendidos.

Revela que os blocos devolvidos, na grande maioria, se encontram em Cachoeiro do Itapemirim (ES) e Mimoso do Sul (ES) e que tenta imediatamente, depois de efetivada a devolução, revender os mesmos para outros clientes naquela região, a fim de evitar maiores prejuízos.

Destaca que com o consentimento do cliente os blocos ficam estocados no endereço de entrega até que consiga revender o produto a outro cliente, tendo em vista todo o custo adicional que teria para retornar a mercadoria para a Pedreira.

Após esse esclarecimento, observa que o Autuante relata, nas observações do Anexo 5, que, mesmo o contribuinte apresentando diversas notas fiscais de revenda dos blocos devolvidos que não foi possível à fiscalização referendar as mesmas, em face das diversas inconsistências.

Afirma ser fácil entender o porquê da suposta divergência da mercadoria, posto que através da simples análise de e-mails encaminhados por clientes, em anexo, constatam-se todas as reclamações que motivaram a devolução e aceitação da mercadoria. Pontua que resta claro o porquê das inconsistências suscitadas, pois são decorrentes de defeitos dos produtos que o cliente detecta no momento da entrega.

Menciona que apesar de existir divergência de qualidade dos produtos devolvidos e posteriormente revendidos é fácil identificar que se tratam da mesma mercadoria, uma vez o Código do Produto, presente nas notas fiscais de venda e revenda, é único para cada bloco de granito vendido, vide notas fiscais em anexo. Sendo assim assevera ser possível realizar o rastreamento e a identificação do bloco vendido, devolvido e revendido.

Revela que o Autuante, também no Anexo 5, informa que os dados foram extraídos da EFD e NF-E enviadas pelo contribuinte e confrontados com a EFD - livro Registro de Entrada e livro Registro de Saída. Registra que nesse confronto, a fiscalização poderia ter rastreado as informações de venda, devolução e revenda, pelo Código do Produto, presentes na EFD e NF-E, portanto, sendo possível a sua rastreabilidade, independente das divergências apontadas.

Frisa que para melhor entendimento, acosta a planilha, fls. 177 a 180, que demonstra a rastreabilidade dos blocos pelo Código do Produto presente na NFE e EFD.

Diz ser de geral conhecimento que, pela prática comum de qualquer mercado consumidor, o novo adquirente de um produto dispensado, popularmente chamado de “refugo”, por outro adquirente, atribui todos os defeitos imagináveis e ainda exige um desconto para o produto refugado. Esclarece que, se o produto fosse tão bom tal como foi primeiramente vendido, não haveria recusa pelo primeiro comprador.

Explica que o ICMS foi destacado na NF de “revenda” e o imposto recolhido no prazo legal, não havendo, portanto, prejuízo algum (falta de recolhimento) aos cofres públicos, inexistindo motivo para autuação por falta de requisito legal.

Destaca também que a autuação considerou a aplicação da pauta fiscal nas devoluções a partir de 01/11/2013, contrariando, a alteração da legislação que somente enquadrou a empresa a seguir na pauta fiscal a partir de 01/01/2014, nos termos do art. 490-A, inciso VI, do RICMS que foi acrescentado pelo art. 2º, inciso VI, do Dec. nº 14.898, de 27/12/13, entretanto, a referida alteração somente teve vigência a partir de 01/01/2014, vide art. 19, do Dec. nº 14.898/13.

Diz anexar demonstrativo evidenciando o idêntico código do produto da nota fiscal de devolução e da nota fiscal de “revenda”, comprovando que as inconsistências relatadas pelo auditor são

ínfimas, provocadas por questões de mercado, e por isso não justificam as autuações imputadas nas notas indicadas pelo Autuante.

No que tange à autuação referente à Infração 07, neste caso que recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, a infração em epígrafe não deve prosperar.

Inicialmente esclarece que o Autuante justifica a sua autuação nos artigos 15, 16 e 16-A da Lei 7.014/96 sem, contudo, analisar primeiramente que o ICMS é um imposto que pode ser seletivo, em função da essencialidade da mercadoria na produção, e por isso o legislador estadual ressalvou isso no art. 15, inciso III da Lei nº 7.014/96

Prossegue observando que, além disso, deixou o Autuante também de analisar o Convenio ICMS 38/2013, que acaba por delimitar de forma mais objetiva o art. 15, inciso III da Lei 7.014/96.

Declara que de acordo com a legislação vigente, especialmente o Convênio na Cláusula Segunda e Terceira do ICMS 38/2013, cujo teor reproduz para revelar as premissas para a tributação do produto na alíquota de 4%. Revela que a Lista da CAMEX trata sobre Bens sem Similar Nacional com base na Resolução Camex nº 79, de 01/11/2012.

Prossegue explicando que a lista relativa ao inciso I, cuida de produtos sem similar Nacional, e que o fio diamantado (NCM 6804.21.90) não consta na lista, presume-se que o mesmo possui Similar Nacional e com isso deve ser tributado na alíquota de 4% determinada na legislação tributária estadual. Arremata frisando que o enquadramento do Autuante sobre o Fio Diamantado na alíquota de 17% foi totalmente ilegal e arbitrário.

No que se refere à Infração 08, em que a autuação lhe impõe a falta de recolhimento do ICMS decorrente de diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da federação e destinadas a consumo do estabelecimento, afirma que não tem nada a opor e já efetuou o recolhimento dos valores decorrentes das infrações supramencionadas, conforme guias em anexo.

Com relação à Infração 09, que determina a autuação por ter recolhido a menos o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e da Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve, nos termos do art. 37 e 38 da Lei 7.014/96 c/c art. 2º e 3º Dec. nº 8.205/02 e do art. 42, inciso II, alínea "f" da Lei 7.014/96, assevera que também não pode prosperar.

Revela que o Autuante ao proceder dessa forma está realizando a cobrança em duplicidade, uma vez que através da simples análise do anexo 9 e 9.1 é possível verificar que os valores que estão servindo de base para a cobrança da infração em epígrafe já estão sendo cobrados na Infração 01, Infração 02 e Infração 03 e Infração 04. Por isso, afirma que a infração não possui razão de existir.

Menciona que o Auditor traz como suporte legal para fundamentar a infração os artigos 2º e 3º do Dec. nº 8.205/02 que trata sobre o Desenvolve, entretanto desconsidera totalmente que sobre o valor apurado mensalmente apenas tem a obrigação de pagar o valor de 10% a título de antecipação e o saldo residual de 90% pode ser pago em até 72.

Diz que para não pairarem dúvidas quanto ao equívoco praticado pela Administração Pública, apresenta o comparativo, fls. 93 e 94, entre o entendimento do Autuante e a correta aplicação da legislação do Desenvolve, uma vez que está cobrando o valor correspondente a parcela dilatada, parcela esta que pode ser paga em até 72 meses, conforme Resolução nº 127/2011 do Programa Desenvolve. Ou seja, exige uma cobrança antecipada de uma obrigação não vencida.

Destaca que a partir da simples análise da planilha ora apresentada - no item Parcela Passível de Desenvolve, é possível verificar que o valor cobrado na planilha do Autuante corresponde a exatamente ao valor da parcela dilatada.

Frisa que o valor correspondente ao crédito indevido deve seguir a determinação do art. 3º, do Dec. 8.205/02 c/c Resolução 127/2011 do Desenvolve e sua cobrança de forma antecipada não procede.

Arremata assinalando ser inequívoco que o lançamento em questão é improcedente.

Requer a produção de todas as provas em Direito admitidas, especialmente a juntada dos documentos em anexo, bem como outros que vierem a ser necessários, nos casos pertinentes, nos termos acima requeridos.

Conclui frisando que em face do exposto, e considerando que já fartamente foi comprovada as irregularidades apontadas no Auto de Infração ora combatido, requer seja acolhida a preliminar suscitada declarando parcialmente nulo de pleno direito o Auto de Infração.

Caso superada a preliminar, pugna pela procedência da presente Impugnação, uma vez que o Auto de Infração está destituído de qualquer fundamento fático e/ou jurídico plausível.

O Autuante presta informação fiscal, fls. 363 a 392, depois de reproduzir o teor das razões de defesa, tece as considerações a seguir resumidas.

De inicio assinala não haver o que se falar em nulidade parcial, pela falta de indicação dos dispositivos da legislação em relação as Infração 01 e Infração 04.

Observa que diante das provas contidas nos autos, onde as infrações estão devidamente descritas, e com a indicação correta dos dispositivos infringidos, tendo sido entregues por essa fiscalização, quando da ciência do auto, todos os demonstrativos detalhados, contendo os elementos necessários à compreensão dos cálculos e do imposto apurado, a descrição dos fatos, além da multa aplicada. Assevera terem sido respeitados todos os princípios previstos na Legislação na autuação, observando, inclusive, que o Autuado reconhece às fls. 130, parte da Infração 01 e procede ao seu recolhimento.

Ao tratar do mérito em relação às Infrações 01, 04 e a 06, frisa que os materiais adquiridos e descritos no levantamento fiscal dessas infrações, refere-se aos produtos: Fio Diamantado, Broca Cônica e ConeBit, uma vez que os demais produtos foram reconhecidos como devido. Registra que a defesa tenta demonstrar que esses materiais estão diretamente vinculados ao processo produtivo e são elementos indispensáveis para a extração do produto final.

Esclarece que, apesar de os produtos acima indicados serem utilizado no processo produtivo de extração de granito, não integram ao produto final, ocorrendo apenas um desgaste ou consumo, havendo a necessidade de sua substituição periódica. Prossegue explicando que, tais produtos não são matéria prima e nem produtos intermediários, por não integrarem fisicamente ou fazerem parte da composição do “Bloco de Granito”, assim o imposto destacado em relação às aquisições desses, não podem ser aproveitados como créditos fiscais, por se tratarem de materiais de uso e/ou consumo, ou seja, são peças utilizadas na reposição e na manutenção, embora indispensáveis a atividade do Autuado, como bem descreve a defesa apresentando diversas etapas da sua extração.

Observa que produtos intermediários são aqueles que compõem ou integram a estrutura física do novo produto, em geral, sem sofrer qualquer alteração em sua estrutura intrínseca. Inclusive os produtos autuados vão se desgastando durante o seu tempo de vida útil, por isso não se revestem da característica de produto intermediário.

Explica que o entendimento dessa fiscalização, para considerar esses produtos como materiais de uso, além do descrito acima, estão ratificadas em diversas fiscalizações junto a empresas de extração mineral, inclusive ratificadas em diligências, as quais esclarecem que esses produtos participam do processo produtivo na qualidade de agentes de manutenção dos equipamentos ou peças de reposição, consoante reiteradas decisões do CONSEF, Acórdãos de nºs JJF nº 0106-02/12, 0262-02/13, 0248-03/14 e 0127-02/04; CJF nº 0171-11/07 e 0248-03/14, além do Parecer DITRI nº 07987/2012.

Destaca que as mercadorias de uso ou consumo poderão ser objeto de créditos de ICMS somente em janeiro de 2020.

Revela que o Autuado reconhece que se apropriou indevidamente crédito de ICMS, das Notas Fiscais de nºs 2615 e 3335, operações constantes das presentes infrações e reconhece a falta de pagamento de ICMS diferença de alíquotas nas aquisições de produtos para uso e consumo, fazendo o recolhimento dos mesmos.

Arremata frisando que mantém na integralidade as Infrações 01 e 04, pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, e da Infração 06, relativa à Diferença de Alíquota em relação aos mesmos produtos.

Quanto às Infrações 02 e 03, registra que o Autuado reconhece como devidas e informa que já recolheu os valores decorrentes das infrações.

No tocante à Infração 05, observa que a referida irregularidade teve como base a falta de pagamento do imposto devido, pela venda efetiva de mercadoria sem a emissão de nota fiscal, nas chamadas operações de revendas (denominação dada pelo autuado), em relação aos produtos constantes das diversas operações de devolução, que não retornaram ao estabelecimento do autuado.

Destaca que a autuação não teve como base a utilização de crédito, referente ao desfazimento das operações, através das devoluções ocorridas sem o trânsito da mercadoria, ou seja, sem o retorno físico ao estabelecimento autuado, sendo esses créditos considerados pela fiscalização.

Reafirma que a presente infração foi motivada pela falta de comprovação, das transferências de propriedade das mercadorias indicadas nas devoluções, sem a emissão de documento fiscal, portanto, sem que fosse recolhido o imposto devido dessas operações.

Esclarece que a comprovação do não retorno dos blocos de granito referente as operações de devoluções, foi identificada por essa fiscalização, apenas quando consultado o seu trânsito, através do Sistema de Trânsito de Mercadorias Nacional, e que só após essa constatação, o contribuinte confirmou esse fato, alegando que os mesmos foram revendidos.

Registra ter buscado a verdade material da suposta revenda, intimando o Autuado para comprovar a venda efetiva dos produtos não retornados a Bahia, sendo apresentado por este, diversas notas fiscais que supostamente referendaria a chamada “revenda”. Informa que diante dos documentos apresentados, essa fiscalização procedeu a uma análise minuciosa desses, confrontando a supostas revendas, com as vendas efetivas originárias (produtos constantes das devoluções documentais).

Dessa verificação, diz ter identificados que os documentos apresentados, não resguardava de diversas obrigatoriedades fiscais, além de outros elementos que se possibilita a sua comprovação, como sendo as mesmas operações, em relação a chamada “revenda” dos produtos não retornados ao autuado, conforme enumera:

- 1) - Tais documentos não apresentava a indicação do local de retirada do produto revendidos, seja em relação ao endereço, município ou mesmo o Estado da Federação, que pudesse comprovar o local que estes estavam supostamente armazenados (dados das empresas que realizou a devolução). Pelo contrário nas notas fiscais apresentadas, indicavam que tais produtos tinham a sua origem e seriam retirados do estabelecimento do autuado na Bahia;
- 2) - Valores totais das operações apresentam divergências - os valores unitários indicados nos documentos que supostamente foram revendidos, na quase totalidade das transações, eram inferiores aos valores das operações originárias que motivaram a devolução;
- 3) - Em relação as quantidades de produtos, destacados nos dados das operações dessas NFe, apresentavam divergências - Ex.:1) nas Notas Fiscais originárias de nºs 7124 e 7622 e na Nota Fiscal de devolução - código 01.0054259, constava a quantidade de 8,803 m³ e na suposta revenda Nota Fiscal nº 8152, o produto ampliou de medida passando para 8,963m³ - fls. 243 a

- 249 - Ex.: 2) Nota Fiscal origem e devolução código 01.0054563 a quantidade era de 10,051m³, já a revenda Nota Fiscal nº 8207, reduziu essa quantidade para 9,583m³ - fls. 256 a 260;
- 4) - Falta de indicação nas Notas Fiscais de devolução ou da “revenda”, o fato que motivou os desfazimentos das operações, ou a indicação de outros elementos (ex.: tipo de defeito) que pudesse comprovar, nos documentos apresentados, se tratarem das mesmas operações das notas fiscais originarias, inclusive na quase totalidade dessas operações a discriminação, código e letra do bloco não correspondem a Nota Fiscal originaria;
- 5) - Prazos entre as operações bastantes dilatadas - as datas de emissão das Notas Fiscais de devolução e as supostas vendas, apresentam prazos acima de 60 dias - Ex.: Nota Fiscal de devolução nº 2.189 de 17/02/14 valor de R\$1.090,00, suposta revenda Nota Fiscal nº18987 de 04/12/14 valor de R\$400,00;
- 6) - Descrições dos produtos não correspondentes com os indicados na venda originaria;
- 7) - Em diversas operações das supostas “revendas”, são realizadas com a indicação da natureza da operação, incompatível - ex.: Simples Faturamento de mercadoria não retornada, com a inclusão de outros produtos, que não fora objeto de devolução e que efetivamente saíram de seu estabelecimento - Ex.: 1) - o bloco da Nota Fiscal de devolução nº 3.246 de 06/01/14, referente a Nota Fiscal originaria nº 12284 no valor de R\$1.090,00 com o Código nº 01.0059370 e indicação das letras OZNAMEM, foi Lançada como simples faturamento em 29/01/14 através da Nota Fiscal nº 12681, com mais 3 outros blocos, agora no valor de R\$600,00, às fls. 616 à 620 - Ex.: 2) - o bloco da Nota Fiscal de devolução nº 2.190 de 17/02/14 referente à Nota Fiscal originaria nº 13016 de 14/02/14 com código 01.0053787, de simples faturamento Nota Fiscal nº 17962 de 15/10/14, com a comercialização conjuntamente com mais 11 blocos, e remetido através da Nota Fiscal nº 18502 de 12/11/14, com mais de 8 meses entre as operações, às fls. 657 à 661, dentre inúmeras outras;
- 8) - Operações das chamadas “revendas”, com Remessas para Industrialização por conta do adquirente, sem transitar pelo mesmo, Nota Fiscal nº 12924 de 11/02/14 com a indicação de produtos saídos da Bahia - da suposta Nota Fiscal de devolução nº 3.766 de 29/01/14. E da operação em relação à Nota Fiscal lançada no item 5), dentre inúmeras outras;
- 9) - Alega o autuado que as devoluções eram motivadas por defeitos ou problemas nos blocos (rachaduras, manchas), contudo várias operações foram “realizadas” com o mesmo valor originário, portanto, o argumento em relação a essas devoluções, que seriam em relação a problemas no Bloco de Granito, não condiz e/ou são contraditórias - Nota Fiscal de devolução nº 318 de 04/02/14 - referente a simples faturamento Nota Fiscal nº 11294 com mais 9 blocos e remessa Nota Fiscal nº 11586 de 16/11/13, foi revendida à mesmo preço de R\$400,00, às fls. 646 a 650, dentre inúmeras outras;
- 10) - Não indicação na nota da chamada “revenda”, dos supostos defeitos ou problemas apresentados no bloco de granito;
- 11) - Operações de devolução Nota Fiscal nº 2375, com valores inferiores ao das operações originarias Notas Fiscais nº's 7401 e 7493 - fls. 297 a 299.

Quanto à alegação apresentada na defesa de que as devoluções são decorrentes de defeitos dos produtos, e que o cliente detecta no momento da entrega, por isso os mesmos são revendidos a menores preços, assevera que tal afirmativa não traduz a realidade, existindo inúmeras operações com o mesmo valor da devolução, fls. 271 a 274 e 322 a 325, como também foi constatada quando da visita feita “*in loco*”, por essa fiscalização conjuntamente com o Supervisor e o Inspetor da Infaz da circunscrição do Autuado, que esse diagnóstico é feito previamente após extração do Bloco no próprio estabelecimento do Autuado.

Observa que na referida visita, os prepostos do Autuado apresentaram um documento, que seria um raio X de cada Bloco de Granito extraído, ou seja um espelho detalhado, que busca descrever:

medidas, quebras, esquadrejamento, rachaduras, coloração de veios da rocha, defeitos, etc., inclusive as fotografias tiradas e anexadas a defesa às fls. 137 a 175, retratam o descrito.

Diz que após as análises desses documentos, conforme explanado, há uma classificação dos blocos para a fixação do preço de venda. Menciona que tal avaliação também é feita pelo comprador, que na sua quase totalidade, são negociadas na própria Pedreira. Assevera que o produto tem seu preço, acordados e negociados após ambas as avaliações, por consequência os defeitos são vistos de imediato, e não na entrega, salve raras exceções. Pondera que diante do conhecimento dessa operacionalidade, estranhou o volume de devoluções realizadas, por isso, buscou-se confirmar e apurar tais operações.

Diante da afirmativa da defesa em relação ao preço das “revendas”, ser dado um desconto, por ser classificando como refugo pelo mercado, questiona se existe um produto classificado como de primeira qualidade, com preço acima da pauta, por ser um produto, com veios definidos, sem grandes defeito e mancha, ou seja, de alta qualidade (tipo exportação), ser revendido após devolução, com preço entre 30% à 60% do valor originário. Indaga se este seria o mesmo produto. Evidências como essa e as já destacadas acima, não possibilitou a aceitação das NFe apresentadas, como sendo o mesmo produto alegado pela defesa, para acobertar tais operações.

Quanto à afirmativa da defesa, de que a autuação considerou a aplicação da pauta fiscal nas devoluções a partir de 01/11/2013, assevera que essas não correspondem à realidade, conforme pode ser visto no Levantamento Fiscal - Anexo 5 da presente infração, sendo utilizado como base de cálculo, a pauta fiscal, apenas a partir da sua vigência, ou seja, a partir de 01/01/2014.

Salienta que não constam do levantamento fiscal que serviu de base para essa infração, as operações que foram devidamente comprovadas pelo Autuado, seja através de e-mail e/ou através de outros documentos que possibilitou a fiscalização referendar tais operações.

Quanto à alegação da defesa de que essas operações poderiam ser comprovadas através do Código do Produto, presente nas notas fiscais de venda e revenda, por ser único para cada bloco de granito vendido. E que estes poderiam ter sido rastreado por tais códigos, inclusive afirma que é prática de mercado, o novo adquirente classificar como “refugo”, por isso atribui um desconto para o produto refugado, afirma ainda que se o produto fosse tão bom tal como foi primeiramente vendido, não haveria recusa pelo primeiro comprador.

Pondera que contraditoriamente, com o que foi descrito nos parágrafos acima, e que podem ser comprovado nas notas fiscais das chamadas “revenda”, anexadas na defesa, que apesar de constar o mesmo código, essas operações não puderam ser consideradas por essa fiscalização, tendo em vista que nas revendas não havia a indicação da nota fiscal originária, esses códigos na grande totalidade não foi indicado na devolução, além das inconsistências já descritas nos itens 01 a 11 acima, como também nada impede que o Autuado utilizasse o mesmo código da operação anterior. Assevera que, por si só a indicação desse código não seria suficiente e serviria como único elemento para a comprovação das supostas operações de revendas.

Informa que todas as observações acima, podem ser constatadas no levantamento apresentado na defesa às fls.177 a 179, onde diz destacar para uma melhor compreensão.

Mantém na integralidade a infração tendo em vista que as supostas revendas apresentadas, tratam-se de outras operações, que inclusive tiveram o seu imposto destacado e recolhido, e que não fazem parte dessa autuação, já o apurado e indicado no levantamento fiscal, diante das evidências apresentadas, comprovam que as vendas desses, foram realizadas à contribuintes diversos, situado em outra unidade da federação, sem a emissão de documento fiscal, portanto sem o devido pagamento do imposto, inclusive a infração não pode ser fragilizada com as justificativas apresentadas pela defesa em função do não retorno das mercadorias.

Quanto à Infração 07, destaca que a defesa busca afirmar baseado, na interpretação equivocada quanto à tributação do produto listados na infração, como sendo tributados à alíquota de 4%, em

vez da aplicação correta da alíquota de 12%, como aplicada na presente infração, e não a 17%, como indica a defesa.

Ressalta que, para que a alíquota de 4% fosse aplicada nas operações interestaduais com bens e mercadorias importadas do exterior a obrigatoriedade seria que estas não tivessem similar nacional, e que de acordo com a Lista de Bens sem Similar Nacional com base na Resolução Camex nº 79, de 01/11/2012, só os bens que se enquadram na descrição específica na coluna “Descrição” serão considerados, como sem similar nacional. Assevera que os referidos produtos objeto da autuação, não constam dessa Lista, o que impõe que os mesmos possuem similar nacional, assim sendo, não poderiam ser tributados à alíquota de 4%.

Revela que Infração 08 foi reconhecida como devida pelo Impugnante que informa já ter efetuado o recolhimento dos valores decorrentes da infração, conforme guias que diz anexar aos autos.

Quanto à Infração 09, que apura o recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa Desenvolve, assevera não haver o que se falar em cobrança em duplicidade, pois os valores apurados no Anexo 9 e 9.1, refere-se ao montante dos créditos, utilizados indevidamente quando da apuração do imposto, levantados nas Infrações: 01, 02, 03 e 04, que pela sua utilização indevida, implicou um menor imposto apurado, conforme livro de apuração, resultado, portanto, em pagamento a menos da parcela apurada pelo Autuado, em relação ao benefício do Desenvolve da parcela devida, repercutindo também no valor pago pela antecipação em relação a dilação de prazo de 72 meses a que teria direito.

Explica que conforme pode ser visto nos Anexos 9 na coluna “E” que ajustou o imposto devido, face ao crédito indevido utilizado pelo Autuado, devidamente demonstradas nas infrações acima. Menciona que quando abatido esses valores, os montantes devidos na apuração são maiores que o apurado pelo contribuinte, na apuração normal, demonstrado na coluna “C”, que aplicado o percentual de redução de 90%, coluna “G”, é maior que o apurado pelo autuado na coluna “F”, sendo essa diferença indicada na coluna “H”. Explica que em função dos valores apurados através dessa infração, o contribuinte passa a não gozar do benefício de dilação de prazo, por conseguinte não tem direito ao benefício de redução pela antecipação.

Conclui destacando que diante das provas contidas no Auto de Infração e esclarecidas nessa informação fiscal, mantém na integralidade a presente autuação, em relação a todas as infrações.

Cientificado acerca do teor da informação fiscal, o Impugnante apresenta manifestação, fls. 1009 a 1016, contra arrazoando nos termos que segue.

Inicialmente, destaca que o Autuante não enfrentou devidamente a preliminar suscitada em relação às Infrações 01 e 04, que foram enquadradas legalmente com base no RICMS-BA/97, não mais vigente por ocasião da ocorrência dos fatos geradores.

Já no mérito, diz verificar no que tange às Infrações 05, 07 e 09, as alegações do Autuante é confusa e demonstra que o mesmo não se debruçou nos documentos apresentados na defesa.

Primeiramente questiona as alegações aduzidas pelo Autuante referente a Infração 05, pois a legislação é omissa quanto a determinação de indicação de local de retirada de produto quando esses forem originados de uma devolução normal.

Quanto ao argumento da fiscalização em aduzir que os valores unitários da revenda possuem valores inferiores da nota fiscal de devolução, observa que tal fato foi devidamente esclarecido na defesa administrativa, ou seja, o Autuante deixou de considerar que se o bloco foi devolvido por problemas de qualidade fica evidente que na maioria das vezes o setor comercial encontra dificuldades de revender o bloco pelo mesmo preço da nota de devolução, entretanto, isso não quer dizer que em algumas situações o bloco não possa ser revendido pelo mesmo preço.

Acrescenta que existem vários outros fatores que foram descritos na defesa que justificam a devolução do produto, a exemplo da necessidade do cliente, padrão de exigência do seu mercado

consumidor, percepção de defeitos e tantos outros mais, situações estas que demonstram o porquê da comercialização muitas vezes inferior ou igual a da nota fiscal objeto da devolução.

Destaca que o Autuante generaliza a ocorrência de diferenças de medidas encontradas nas notas fiscais de devolução e revenda de blocos. Observa que no total de 247 blocos devolvidos, conforme levantamento realizado pelo Auditor, Anexo 5 da autuação fiscal, somente 14 blocos apresentam diferenças de medidas se comparado a Nota Fiscal de devolução com a Nota Fiscal de revenda, esse levantamento encontra-se na defesa fiscal.

Colaciona a relação dos 14 blocos com diferenças de medida dentro de um montante de 247, que representa 5,67 % das operações com devolução de blocos. Observa que existem 04 blocos, dos 14, com diferença de apenas 0,001 m³, ou seja irrelevante, bem como os demais, fl. 1010.

Aduz que além desse percentual ínfimo, vale ratificar a informação da defesa fiscal, que as diferenças de medidas podem ocorrer por defeitos, tais como quebras no transporte ou no carregamento, ou por defeitos detectados pelo cliente no momento da entrega. Afirma que isso é facilmente comprovado pelos e-mails apresentados na defesa fiscal.

Ressalta também que algumas vezes os blocos revendidos podem ter medidas superiores a medida de devolução, tendo em vista que as diferenças podem ser provocadas até por erro de medição. Observa que o Autuante deixa de considerar que os blocos não são uma figura geométrica perfeita.

Esclarece que não existe na legislação obrigatoriedade em informar nas notas fiscais de “revenda”, o fato que motivou o desfazimento das operações, ora, essa é uma operação subsequente, de venda normal.

Explica que, no caso das devoluções, essa falha, quando ocorrer, é do emissor da nota fiscal e não da defendant, além disso, na instauração de perícia, poderá se constatar que o Autuante comete vários equívocos, dentre eles, generalizar que as informações de código e letra do bloco não correspondem com a nota fiscal originária.

Com relação à diliação de prazo, sustenta ser justificada pelo seu esforço em revender o material devido às dificuldades enfrentadas no mercado, fato esse que corrobora as alegações de valores de revenda inferiores aos valores das notas fiscais de devolução. Continua assinalando que o Autuante se baseia em exceções para justificar a autuação de inúmeras outras operações. Afirma com segurança que isso ocorreu em poucos casos e, mesmo assim, provocados por questões comerciais de apresentação do material ao segundo comprador.

Frisa que o Autuante deixa de considerar que a “revenda” do bloco, em uma nova negociação, o que nada mais é do que uma nova venda. Prossegue destacando que, mais uma vez se faz necessário salientar que a “revenda” é uma operação de venda normal e não cabe a recorrente, evidenciar no documento fiscal, os motivos que justificaram o desfazimento da devolução de uma operação anterior, além do que a legislação do Estado da Bahia é omissa quanto a exigir do emissor essa obrigação acessória, não cabendo ao Auditor Fiscal imputar essa responsabilidade.

Destaca também que a legislação do Espírito Santo, principal destino dos blocos comercializados pela defendant (cerca de 95%), a partir de 2014 exigiu que nas entradas de blocos de outras unidades da Federação o adquirente deve exigir do emissor da nota fiscal, proveniente de outro Estado, que no campo descrição dos produtos conste os defeitos aparentes, se houver, e assim são emitidos os documentos fiscais, cujo teor do dispositivo reproduz.

Em que pese o código do produto, observa que o próprio fiscal reconhece que essa identificação é um elemento válido para rastrear o bloco, entretanto, atribui um grau de importância mínimo quando expressa que esse código não é suficiente para tal fim.

Como cada bloco de granito tem um código específico e imutável, indaga porque não se pode utilizar esse dado para rastreabilidade. Acrescenta que, além do código, as notas fiscais de devolução do comprador fazem menção a nota fiscal originária do vendedor, o que implica dizer

que o bloco pode ser facilmente rastreado, informações estas que foram desconsideradas pelo Auditor Fiscal.

Quanto aos procedimentos de venda no que diz respeito a presença do comprador em sua pedreira e a verificação dos defeitos, assinala não assistir razão ao Autuante, pois existem vendas efetuadas por telefone, e-mails e outros.

Ademais, o volume de devolução não é representativo conforme informa o Autuante a ponto de lhe causar estranheza, pois as devoluções representaram 3,56% no período de 2013 e 2,52% no período de 2014, considerando que comercializou produtos naturais, esses percentuais são mais do que justificáveis e aceitáveis.

Em se tratando da aplicação da pauta fiscal antes de sua vigência, referente a 2013, o fiscal expressa que não aplicou o valor de pauta para as devoluções a partir de 01/11/2013. Diz haver mais uma vez um equívoco por parte do Autuante, pois em sua planilha, anexo 05 da infração fiscal, o fiscal considera sim a pauta fiscal para as devoluções ocorridas a partir de 01/11/2013, para evidenciação, em anexo a página do auto que considera pauta nos meses de novembro e dezembro de 2013.

Observa que em relação à Infração 05, a superficial análise realizada pelo Autuante, viola o que preceitua o art. 127, §6º, do RPAF-BA/99: “A informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação”.

Já com relação à Infração 07, afirma que o Autuante está confundindo a legislação. Observam que as mercadorias que não possuam similar nacional devem ser tributadas nas operações interestaduais à alíquota normal de 12%, entretanto as mercadorias importadas, sem a exceção citada é que devem ser tributadas a 4%, ou seja, o Autuante está realizando a interpretação da legislação de forma inversa.

No que tange à Infração 09, sustenta que o fisco deve escolher se procede com a cobrança do crédito indevido (como fez na Infração 01), ou recompõe a conta corrente fiscal retirando o efeito deste crédito lançado indevidamente, recompondo o saldo devedor que ficará aumentado exatamente no valor do crédito glosado (como quer fazer na Infração 09), ou seja, ao cobrar os dois, o Autuante está cobrando em duplicidade o imposto em epígrafe.

Revela que na informação fiscal, o Autuante esclarece que o que está sendo cobrado é o recolhimento antecipado da parcela dilatada, feito a menos.

Assim sendo, pondera que, esclarecidas quaisquer dúvida, o fisco está cobrando é a diferença entre a parcela dilatada devida e a recolhida (com suas reduções legais), em função do aumento ocorrido no saldo devedor mensal em função da exclusão de créditos indevidos.

Sendo assim, afirma ser autuação totalmente improcedente porque segundo a Resolução que concede o incentivo fiscal o valor da parcela incentivada tem seu recolhimento dilatado em 72 meses, ou seja, 6 anos.

Ressalta que a primeira das parcelas lançadas na autuação é referente a 31/12/2013, cujo vencimento ocorrerá em 20/01/2020. Continua frisando que se foi recolhida a menos, tem o contribuinte até aquele prazo para quitar o valor devido.

Observa que a legislação não lhe impõe antecipar o pagamento do valor total devido, pois é uma opção da empresa efetuar antecipações dos valores dilatados, nos 72 meses de prazo que lhes é concedido para pagamento, nos valores que lhe convier, ou seja, somente após o vencimento pode o fisco levantar pagamento a menos.

Afirma que o Autuante quer antecipar coercitivamente e não por opção, conforme faculta a legislação, a antecipação do pagamento de parcelas não vencidas, sem sequer, observar o vencimento no 20º dia do mês subsequente, conforme preceitua a legislação (Dec 8.205/02), antecipando-o para o 9º dia, conforme disposto no Demonstrativo da Infração.

Revela que, não satisfeito, o Autuante aduz que em função dos valores apurados através da infração, o Contribuinte passa a não gozar do benefício de dilação de prazo e, por consequência, não teria direito ao benefício de redução pela antecipação. Contudo, assevera que através da simples leitura da Infração 09 e do enquadramento realizado fica evidente que a respectiva infração não traz essa conotação.

Observa que em momento algum na infração autuada é informado que os valores imputados são decorrentes da retirada do benefício de dilação de prazo (Desenvolve), situação esta que confirma a sua tese defensiva.

Sustenta restar evidenciado que não existe razão para a manutenção do Auto de Infração, pois seu direito encontra-se em pleno vigor e em condições de ser regularmente exercido, não havendo, pois, qualquer norma legal em que se possa estribar a tese da fiscalização.

Conclui asseverando ser inequívoco que o lançamento correspondente ao Auto de Infração é improcedente, posto que o Autuante desconsiderou as provas e informações prestadas que seriam de fundamental importância para a anulação das infrações.

Em pauta suplementar essa 3ª JJF, fl. 1031, decidiu por baixar o feito em diligência com vista a que o Autuante, em relação às Infrações 01, 04 e 06, elaborassem novos demonstrativos de débito excluindo dos produtos, Broca Cônica, Conibit Argus e Fio Diamantado e no tocante à Infração 09, também fosse refeito o demonstrativo considerando as exclusões promovidas nas Infrações 01 e 04. No que diz respeito à Infração 05, foi solicitado a intimação do Autuado a apresentar demonstrativo acompanhado da documentação comprobatória de todas as etapas das alegações da defesa em relação às operações arroladas no levantamento fiscal constante do Anexo 5, fls. 33 a 39.

O Autuante presta informação fiscal, fls. 1034 e 1035, apresentando suas convicções sobre as irregularidades cometidas pelo Autuado e não atendeu às solicitações indicadas no pedido de diligência, asseverando ao final que mantém a autuação.

Às fls. 1041 a 1044, o Impugnante se manifesta observando que, tendo em vista o não atendimento da diligência pelo Autuante elaborou novos demonstrativos das Infrações 01, 04 e 06 excluindo os produtos, Broca Cônica, Cone Bit Argon e Fio Diamantado, que acosta às fls. 1040, 1041 e 1050, nos quais resultam a redução dos débitos atinentes a esses itens da autuação, respectivamente para, R\$467,03, R\$0,00 e R\$395,85.

Em relação à Infração 09, informa que o refazimento do demonstrativo considerando as exclusões efetuadas nas Infrações 01 e 04 resultou na redução do débito para R\$7.664,47, conforme demonstrativo acostado à fl. 1052.

Quanto à Infração 05, destaca que acosta aos autos a documentação comprobatória nos mesmos moldes e seqüência das notas fiscais de devolução constante do Anexo 5, conforme solicitado na Diligência.

Informa também que foram indicados os 34 blocos que não foram vendidos, dos quais 31 blocos que não foram transportados para os clientes, por terem desistido da compra. Frisou que na época para cancelar a operação de venda a título de simples faturamento - CFOP 6.922, emitiu nota fiscal de Remessa - Entrega Futura - CFOP 6.116, para posterior emissão pelo cliente da Nota Fiscal de Devolução - CFOP 6.201. Diz anexar comprovação através de cópias de nota fiscal, e-mail, dos blocos que não foram revendidos e se encontram a disposição na pedreira. Conclui destacando que, caso não sejam acolhidas suas alegações quanto aos blocos não vendidos, apresenta demonstrativos dos blocos não revendidos com o valor devido de R\$62.785,24, fls. 1051. Conclui ratificando todos os termos de sua defesa anexando à fl. 1043, demonstrativo de débito com os ajustes nas Infrações 01, 04, 05, 06 e 09.

Em pauta suplementar essa 3ª JJF, decidiu converter os autos em nova diligência, fl. 2617, para que, Auditor estranho ao feito designado atendesse ao pedido de diligência formulado à fl. 1031.

A Auditora designada apresenta o resultado da diligência, fls. 2620 a 2622, acostando novos demonstrativos elaborados às fls. 2623 a 2632. Esclarece que procedeu a exclusão dos produtos indicados à fl. 1031, e elaborou novos demonstrativos das Infrações 01, 04, 06 e 09 que resultou na redução das exigências para os valores, respectivamente, R\$467,03, R\$0,00, R\$626,71 e R\$8.618,65, consoante demonstrativos que acosta às fls. 2623, 2624, 2625, 2627 e 2628.

Em relação à Infração 05, depois discorrer sobre os procedimentos adotados na venda de blocos de granito que resultaram na autuação desse item, informações obtidas em conversa que teve com o Autuado, explica que, depois de examinar a documentação apresentada pelo Impugnante no atendimento da intimação e constatar a desistência das compras pelos clientes, excluiu as notas fiscais de devolução da planilha de apuração que resultou na inexistência de débito para a Infração 05.

Às fls. 2638 e 2639, o Autuante presta informação fiscal reiterando seu entendimento externado na informação prestada anteriormente e por ocasião da diligência solicitada por essa 3ª JJF.

O Autuado intimado a tomar ciência do resultado da Diligência realizada pela Auditora designada, fl. 4049, não se manifestou nos autos.

Constam extratos do Sistema de Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT de pagamento efetuado pelo sujeito passivo de parte da exigência originalmente lançada de ofício.

VOTO

Inicialmente, refuto a preliminar de nulidade suscitada pelo Autuado em relação às Infrações 01 e 04, pelo fato de constarem no enquadramento legal desses dois itens da autuação capitulação atinente ao RICMS-BA/97, tendo em vista que os fatos geradores das irregularidades cometidas ocorreram sob a égide do RICMS-BA/12. É patente que a exigência fiscal objeto desses dois itens da autuação, utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material para uso e consumo, é preconizada no art. xx da Lei 7.014/96 que alicerça originariamente a regulação tanto no RICMS-BA/97, como no RICMS-BA/12. Portanto, por se tratar de falha na citação de enquadramento no RICMS e a exigência fora lastreada pela Lei 7.014/96, o próprio RPAF-BA/99 em seu art.xx, ressalva esses equívocos de nulidade. Ademais, a clara descrição dos fatos, a indicação da multa aplicada, bem como os demonstrativos acostados aos autos, propiciaram ao Autuado exercer sobremaneira e plenamente seu direito à ampla defesa, como de fato exerceu. Tanto é assim, que abordou com desenvoltura, ao expor suas razões de defesa em sua impugnação acerca dessas duas infrações.

Constatou também, depois de compulsar os elementos que integram os autos, que constam do PAF todos os requisitos formais preconizados pela legislação de regência.

Quanto ao pedido de perícia solicitado pelo Impugnante, fica indeferido com base na alínea “b”, do inciso II, do art. 147, do RPAF-BA/99, haja vista que os elementos já constantes dos autos são suficientes para a formação do juízo de valor acerca da matéria, ora em lide, pelos julgadores.

No mérito, quantos às Infrações 02, 03 e 08, constato que o Autuado reconheceu o cometimento desses itens da autuação. Logo, ante a inexistência de lide ficam mantidas.

As Infrações 01 e 04 imputam ao Impugnante o cometimento da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

Em sede defesa o Impugnante questionou a classificação as mercadorias Broca Cônic, ConeBit Argon e Fio Diamantado arroladas no levantamento fiscal como sendo material de uso e consumo, asseverando que são utilizadas em seu processo produtivo como mineradora na extração de granito e são diretamente consumidas na produção e são contabilizadas como custo, e não como despesa, que é o caso dos materiais de uso e consumo.

Por verificar já ser assente neste CONSEF, consoante reiteradas decisões prolatadas pela 2ª Instância, que nas mineradoras de pedras ornamentais como o granito as aquisições das mercadorias Broca Cônic, Cone Bit Argon e Fio Diamantado dão direito a crédito, a exemplo

dos Acórdãos CJF de nºs 0056-11/15 e 0208-11/16, essa 3ª JJF deliberou por converter os autos em diligência para a exclusão desses itens do levantamento fiscal.

Em diligência atendida por Auditora estranha ao feito, tendo em vista que na primeira tentativa não se obteve êxito na diligência solicitada ao Autuante, a diligente procedeu à exclusão nos demonstrativos de apuração dos itens supra referidos que acostou às fls. 2623 a 2624. Essa intervenção resultou na redução do débito da Infração 01 para R\$467,03, e zerou a exigência relativa à Infração 04.

Depois de examinar os novos demonstrativos elaborados pela Auditora estranha ao feito designada, verifico que as operações atinentes aos itens Broca Cônica, Cone Bit Argon e Fio Diamantado foram devidamente expurgadas, e por isso, acolho os novos demonstrativos e concluo pela subsistência parcial da Infração 01 e pela insubsistência da Infração 04.

Do mesmo modo, a Infração 06 que apura a falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, com o cumprimento do pedido de diligência pela Auditora designada, realizado o expurgo dos itens Broca Cônica, ConeBit Argon e Fio Diamantado, o débito remanescente discriminado no novo demonstrativo de débito acostado à fl. 2625 é de R\$395,85, que apesar de constar o valor de R\$626,71, o montante correto decorre do somatório das parcelas R\$230,85 + R\$165,00, portanto, o valor remanescente correto corresponde, efetivamente, a R\$395,85.

Assim, fica mantida parcialmente a Infração 06 no valor de R\$395,85.

A Infração 09 trata de recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e da Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve.

Com a exclusão das mercadorias Broca Cônica, ConeBit Argon e Fio Diamantado, das infrações anteriores, teve também repercussão nesse item da autuação. A diligente designada elaborou novo demonstrativo de débito da Infração 09 contemplando a exclusão das citadas mercadorias que acostou às fls. 2627 e 2628, onde é discriminada a redução do débito para R\$8.618,66.

Logo, pelo mesmo motivo também acolho o novo demonstrativo elaborado pela Auditora designada e concluir pela subsistência parcial da Infração 09.

A Infração 05 cuida da falta de recolhimento no prazo regulamentar de ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

A exigência fiscal decorreu da falta de comprovação das transferências de propriedade das mercadorias arroladas no levantamento fiscal e indicadas nas devoluções, sem a emissão de documento fiscal, ou seja, sem o recolhimento do imposto devido nessas operações

Acolho o resultado da diligência realizada pela Auditora designada que depois de examinar a documentação apresentada pelo Autuado apurou que foi comprovada a emissão das correspondentes notas fiscais de devolução relativa às notas fiscais de simples remessa e de simples faturamento com a indicação dos blocos de granito não comercializados. A comprovação resultou na inexistência do débito inicialmente apurado.

Concluo pela improcedência da Infração 05.

A Infração 07 cuida do recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O Impugnante, em suas razões de defesa, alegou que o Autuante não observou a ressalva contida no inciso III, do art. 15 da Lei 7.014/96, bem como não analisou o Convênio ICMS 38/13. Sustentou que, como na lista da Resolução Camex não consta a mercadoria Fio Diamantado - NCM 6804.21.90, presume-se que o mesmo possui similar nacional e com isso deve ser tributado na alíquota de 4% e não na alíquota de 17%, como procedera o Autuante na apuração do débito.

Ao prestar informação fiscal, o Autuante esclareceu que aplicou corretamente a alíquota de 12%. Explicou também que para a aplicação da alíquota de 4% nas operações interestaduais de bens é obrigatório que estas não tenham similar nacional, e que de acordo com a lista de bens, sem Similar Nacional com base na Resolução CAMEX nº 79/12, só os bens que se enquadram na descrição específica na coluna “Descrição” serão considerados como em similar nacional.

Depois de examinar os elementos que constituem o contraditório acerca desse item da autuação, constato que não assiste razão ao Autuado, uma vez que não é aplicável a alíquota de 4%, nas operações com Fio Diamantado, pois, de acordo com a lista de bens sem similar nacional, o referido item possui similar nacional.

Logo, não merece reparo a aplicação da alíquota de 12% adotada pelo Autuante, na apuração do débito exigido nesse item da autuação.

Assim, concluo pela subsistência da Infração 07.

Nos termos supra expostos, concluo pela subsistência parcial da autuação na forma abaixo discriminada:

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO DE DÉBITO				
Infração	Auto de Infração	Julgamento	Multa	
01	150.442,12	467,03	60%	Proc.em Parte
02	530,10	530,10	150%	Procedente
03	530,10	530,10	60%	Procedente
04	30.485,80	0,00	60%	Improcedente
05	427.999,67	0,00	100%	Improcedente
06	198.337,09	395,85	60%	Proc.em Parte
07	18.189,84	18.189,84	60%	Procedente
08	10.413,61	10.413,61	60%	Procedente
09	169.430,73	8.618,66	60%	Proc.em Parte
TOTAIS	1.006.359,06	39.145,19		

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 232903.0328/15-0, lavrado contra CORCOVADO GRANITOS LTDA., devendo ser intimado o Autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$39.145,19, acrescido das multas de 60% sobre R\$38.615,09, e de 150%, sobre R\$530,10, previstas respectivamente no inciso VII, alíneas “a” e “b”, inciso II, alíneas “f” e “a”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR