

A. I. Nº - 279696.0001/17-4
AUTUADO - CIA. DE FERRO LIGAS DA BAHIA - FERBASA
AUTUANTE - ANGERSON MENEZES FREIRE
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 11/10/2018

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0143-01/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal de ICMS relativo a materiais de uso e consumo do próprio estabelecimento. Comprovado que parte dos produtos arrolados na autuação se refere a bens vinculados à manutenção de equipamentos ou peças de reposição de maquinários. Refeitos os cálculos com a exclusão dos produtos que são efetivamente utilizados no processo produtivo do autuado. Mantida a glosa quanto aos materiais que têm a característica de uso/consumo. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. **b)** DOCUMENTO FALSO OU INIDÔNEO. Infração caracterizada. **c)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração caracterizada. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO INTERNA DE SAÍDA DE MERCADORIA COMO SE FOSSE INTERESTADUAL. Infração caracterizada. 3. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/ OU SERVIÇOS. FALTA DE LANÇAMENTO DE DOCUMENTO FISCAL. Autuado elide a autuação ao comprovar que não houve operação de saída de mercadorias, conforme a acusação fiscal, mas sim estorno de crédito fiscal. Infração insubstancial. 4. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. MATERIAIS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. É devido o pagamento do imposto referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias destinadas ao uso e consumo do próprio estabelecimento. Excluídos deste item da autuação os mesmos itens que foram objeto de exclusão na infração 1. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 5. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE REGISTRO DAS ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Infração subsistente. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração subsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/03/2017, formaliza a exigência de crédito tributário no valor total histórico de R\$1.743.201,13,em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS, imputadas ao autuado:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de

- 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$349.428,14, acrescido da multa de 60%;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento fiscal falso ou inidôneo, no mês de abril de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$134,75, acrescido da multa de 100%;
 3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro, março, maio a agosto e novembro de 2013, maio, julho e dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.924,29, acrescido da multa de 60%;
 4. Utilizou alíquota indevida (interestadual) em operações cuja entrega efetiva das mercadorias ocorreu em estabelecimento localizado dentro do Estado da Bahia, nos meses de março a junho de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.714,30, acrescido da multa de 60%;
 5. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, nos meses de fevereiro de 2013 e abril de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$502.080,55, acrescido da multa de 100%;
 6. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$471.455,39, acrescido da multa de 60%;
 7. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$19.169,68, correspondente a 1% do valor comercial da mercadoria;
 8. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$395.294,03, correspondente a 1% do valor comercial da mercadoria.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 181 a 208). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Argui, em caráter preliminar, a nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa.

Alega que teve seu direito de defesa consideravelmente cerceado, por não ter recebido em meio magnético os anexos, demonstrativos ou listas de notas fiscais, o que limita sobremaneira a sua possibilidade de verificar se os lançamentos estão fidedignos à realidade.

Sustenta que o Auto de Infração é inteiramente ilegítimo, pois, por amostragem, já detectou várias inconsistências na autuação, conforme será detalhado no mérito.

Diz que pelo fato de não ter recebido nenhum CD ou DVD, não teve ciência de quais arquivos magnéticos da Escrituração Fiscal Digital foram utilizados no trabalho fiscal. Indaga o que garante que os dados extraídos para lavratura do Auto de Infração foram colhidos de forma correta, na EFD correta.

Conclusivamente, requer que seja declara a nulidade do Auto de Infração, de acordo com o art. 18, II do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 7629/99.

Reporta-se sobre o mérito da autuação atinente à infração 5.

Alega que se trata de Notas Fiscais de baixa na conta contábil, apenas, do ICMS CIAP, em razão da não utilização integral do crédito do ICMS, em face do percentual aplicado na parcela provável de crédito [valor original do crédito dividido por 48 parcelas], não atingir 100%.

Observa que tal procedimento, tem fundamento no § 5º do artigo 20 da Lei Complementar nº 87/1996, em especial no inciso VII, cujo teor transcreve.

Assevera que da análise dos detalhes destas Notas Fiscais, mostra-se claramente que o autuante incorreu em equívoco, haja vista que não há nenhuma mercadoria nestas Notas Fiscais, mas

apenas a informação que se trata de estorno de valor residual do ICMS referente ao CIAP. Ressalta que isso se observa claramente nos DANFEs colacionados (Doc 03), referentes às Notas Fiscais nºs 151809, 115047 e 114992.

Ressalta que referidas notas fiscais foram emitidas apenas por excesso de zelo por parte da empresa, apenas por questão de baixa contábil, de forma a que o seu sistema gerencial não induza à ocorrência de falhas de avaliações gerenciais.

Afirma no tocante ao livro CIAP, que normalmente efetuou as baixas correspondentes, conforme se verifica de exemplos de extratos do CIAP, extraídos do próprio Programa Validador da EFD, e que colacionou, por amostragem, ao PAF.

Acrescenta que neles se verifica vários produtos com o tipo de movimentação denominado “**BA - Baixa do Saldo de ICMS - Fim do período de apropriação**”. Assevera que é exatamente esta baixa que gera a emissão de nota fiscal que, de forma indevida, foi arrolada na autuação.

Assinala que no intuito de facilitar a localização, nos arquivos PDF que anexou em relação ao CIAP, destacou, em amarelo, essas citadas baixas. Acrescenta que no arquivo “EFD_CIAP_2013_02”, a primeira baixa se encontra na página 590 do arquivo. Esclarece que além desta há várias outras ao longo do registro CIAP. Registra que nos demais meses, sob a mesma denominação, encontram-se as devidas baixas. Diz que essa baixa também obedece ao inciso VI do art. 230 do RICMS/12/BA, cujo teor transcreve.

Conclusivamente, sustenta que resta inteiramente indevida esta infração.

Rechaça conjuntamente as infrações 1 e 6.

Afirma que de forma completamente vedada pela legislação, sem qualquer prova de suposto ilícito tributário, o autuante presumiu que os materiais que a empresa utiliza para consecução de seu processo produtivo eram, na verdade, adquiridos para uso e consumo.

Observa que nas infrações 1 e 6, por simples averiguação de notas fiscais - as quais foram relacionadas em planilhas que detêm tão somente o nome dos produtos e dados numéricos (data, número da nota, quantidade, base de cálculo do ICMS, crédito indevido e diferencial de alíquota) -, a Fiscalização, sem trazer aos autos qualquer prova de suas assertivas, concluiu que produtos ali listados, são de uso e consumo da empresa.

Diz ser surpreendente que a Fiscalização, sem se dar ao trabalho de conhecer o processo produtivo da empresa, simplesmente afirme que essa quantidade de produtos é consumida pela empresa fora de seu processo produtivo.

Alega que não foi colacionada pelo autuante qualquer prova que ateste que os produtos adquiridos pela empresa são, de fato, para uso e consumo, de forma que a autuação se revelou mera pressuposição, sem qualquer documento que corrobore suas razões.

Frisa que todas as mercadorias apontadas no Auto de Infração são utilizadas no processo produtivo da empresa e, desta forma, por um lado, geram direito a crédito e, por outro, não implicam no recolhimento do imposto referente à diferença de alíquotas.

Assevera que nesse sentido, o artigo 18, II do RPAF/BA/99, estabelece que são nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa, pois nos documentos que compõe o Auto de Infração não é possível verificar se, de fato, tais mercadorias não são utilizadas no processo produtivo da empresa, inexistindo laudo ou análise do processo produtivo da empresa que fundamente a conclusão a que chegou a Fiscalização.

Acrescenta que também não foi consignado no Auto de Infração nenhum fundamento fático/legal que justificasse o entendimento adotado pelo autuante, sendo patente, então, o cerceamento do direito de defesa.

Consigna que da leitura do disposto no artigo 18 do RPAF são nulos os atos praticados com preterição do direito de defesa (inciso II) e, ainda, o lançamento de ofício que não contém elementos suficientes para se determinar com segurança a infração cometida (inciso IV, alínea a), tal como ocorreu com o presente Auto de Infração.

Aduz que do mesmo modo, a mera afirmação da fiscalização de que os produtos descritos na listagem anexada ao lançamento constituem bens para uso e consumo é violação ao disposto no art. 130 da Lei nº 3.956/191 (Código Tributário do Estado da Bahia), e não só torna inexigível a obrigação tributária como faz com que este item do Auto de Infração possa, desde logo, ser declarado nulo. Reproduz o referido dispositivo legal.

Alega que desse modo, para que fossem tratados como materiais de uso e consumo, haveria que ter sido realizada pelo autuante a inspeção de tais produtos e a demonstração de que, por não participarem do processo produtivo, seriam consumidos em outras áreas da empresa. Acrescenta que além de tal inspeção não ter sido realizada, em nenhum momento o autuante demonstrou a razão para considerar tais aquisições como bens de uso e consumo e não como insumos ou produtos intermediários. Afirma que as razões das pressuposições fazendária jamais foram colacionadas no Auto de Infração, o que o torna totalmente nulo conforme art. 18 do RPAF e 130 do COTEB.

No mérito, observa que o cerne da questão diz respeito ao aproveitamento de créditos de ICMS cobrados na aquisição de bens intermediários essenciais, utilizados no processo de fabricação, embora nesse não sejam consumidos e nem integrem o produto final, que tem como razão de ser o princípio da não-cumulatividade contido no artigo 155, § 2º, I da CF.

Observa que pela regra constitucional anterior, no caso, art. 23, II da E.C. 1/69, a não-cumulatividade dependia de intermediação legislativa, diferente da Constituição de 88, que não delegou ao legislador ordinário traçar o perfil da não-cumulatividade. Acrescenta que pela atual regra constitucional, nem a lei complementar, nem a lei ordinária, tampouco regulamento, convênio ou ato administrativo pode dispor livremente sobre o instituto da não cumulatividade, intervindo no conteúdo ou no alcance da regra, nem impor limites temporais ao seu desfrute, podendo apenas fixar o mecanismo, o método ou a forma com que se implementa, CF, artigo 155, § 2º, XII, “c”.

Salienta que o direito ao creditamento, que decorre do princípio geral da não-cumulatividade, se impõe a todos, salvo as hipóteses de isenção e de não incidência, exceções constitucionais, conforme o art. 155, § 2º, II, “a” da CF, que por isso devem ser interpretadas restritivamente, segundo lição de Carlos Maximiliano (Hermenêutica e Aplicação do Direito – pág. 313 – Forense – nona edição).

Aduz que por isso, se negado, o contribuinte pode, com base exclusivamente na Constituição, fazer valer seu direito constitucional à não-cumulatividade.

Salienta que se não bastasse a previsão constitucional, a Lei Complementar nº 87/96 também dispõe no mesmo sentido, conforme os dispositivos legais que transcreve.

Observa que o art. 20 da Lei Complementar nº 87/1996, apenas veio corroborar a tese: “fere a Constituição a legislação que, de qualquer modo, impede o contribuinte de creditar-se do ICMS que incidiu sobre mercadorias, bens ou serviços, inclusive sobre os bens adquiridos para uso, consumo ou ativo permanente de seu estabelecimento.” (ICMS – Malheiros – décima terceira edição – págs.400/403).

Consigna que no caso em apreço, como a empresa exerce atividade de extração mineral, a matéria é regulada pelo art. 93, I, “e” do RICMS/97. Reproduz o referido dispositivo regulamentar.

Assinala que a partir da entrada em vigor do Regulamento de 2012, com eficácia na maior parte das ocorrências fiscalizadas no procedimento em enfoque, o direito ao passou a ser regido pelo art. 309, I, “b”, tendo-se em vista a nova norma regulamentar.

Salienta que nas infrações em exame, o Estado da Bahia afirma que a empresa utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de bens destinados para uso e consumo do estabelecimento, entretanto, se analisado detidamente o processo produtivo, chega-se à conclusão que, todos os insumos glosados pelo autuante são integralmente utilizados na extração objeto da empresa.

Esclarece que a utilização detalhada de cada insumo está descrita no Laudo Técnico a ser

anexado durante a instrução do presente PAF, diferente da conduta da fiscalização que jamais trouxe aos autos qualquer elemento que comprovasse suas presunções, demonstrando que tais insumos participam, incontestavelmente, do processo produtivo, e que, sem eles, o seu produto final não seria obtido.

Alega que se todas as aquisições são insumos imprescindíveis para a obtenção do produto final, não há que se falar em glosa de crédito, em estrita observância ao disposto no art. 309, I, “b”, do RICMS/BA.

Diz que o mencionado artigo é expresso ao determinar que constitui crédito fiscal o valor do ICMS relativo à matérias primas e produtos intermediários empregados no processo industrial, de forma que no presente caso, provado que as aquisições são, de fato, de materiais utilizados no processo industrial, outra não é a constatação senão a da absoluta improcedência da autuação fiscal.

Afirma que se caracteriza a essencialidade de aplicação dos citados materiais ao processo de fabricação, atributo esse que é facilmente perceptível pela iniludível relação de dependência entre o produto fabricado e o processo de fabricação, cuja ausência do material (produto), dada sua imprescindibilidade, causará a descontinuidade do processo de fabricação.

Assevera que não obstante, caracterizam-se os produtos intermediários como aqueles que não se incorporando ao produto final – eventualmente apenas seus resquícios e de modo indesejado – participam do processo produtivo de maneira intrínseca e essencial, nele se consumindo a cada participação. Por outro lado, não se confundem com os materiais de uso e consumo pela não participação intrínseca desses no processo produtivo.

Aduz que tal conceituação extraiu da leitura do inciso I do artigo 93, c/c a alínea “b” do inciso V do RICMS-BA, cujo texto reproduz.

Observa que no presente caso, o autuante glosou entre outros aditivos, bits, brocas, lâminas mandíbulas telas, peneiras, chapas perfuradas, claramente produtos intermediários, conforme jurisprudência do próprio CONSEF, conforme o Acórdão CJF N° 0208-11/16, Acórdão da CJF N° 0011-13/14. Acrescenta que no mesmo julgado o impugnante, que exerce a mesma atividade exercida pela empresa, no seu Recurso Voluntário, colacionou trecho extraído do Acórdão CS n° 0015-21/02 da Câmara Superior deste CONSEF, cujo teor transcreve.

Registra que em sede de jurisprudência, o próprio Supremo Tribunal Federal tem entendido de forma clara o conceito de “consumo no processo industrial”. Assim, a sua Segunda Turma entendeu que “peças que se desgastam no processo de produção, equiparam-se ao material consumível, para efeitos de aplicação do benefício da não cumulatividade” (RE 107.110-SP, julgado em 25 de fevereiro de 1986). Reproduz excertos do voto do relator, Ministro Carlos Madeira.

Assevera que se não há, assim, dúvidas quanto à participação dos materiais glosados pelo autuante no processo produtivo da empresa, a única conclusão possível é que se tratam de insumos e, em razão de tal, o direito ao creditamento é inquestionável, conforme já se manifestou, em inúmeras situações fáticas, a Secretaria Fazendária deste Estado, devendo a infração 1 ser julgada totalmente improcedente.

Diz que de forma correlata ao exposto, a infração 6 acusa que a empresa deixou de recolher a diferença entre as alíquotas interna e interestadual de ICMS decorrente de aquisição de materiais para uso e consumo, os quais, conforme acima demonstrado, são produtos intermediários utilizados integralmente no seu processo produtivo.

Afirma que não se tratando de materiais adquiridos para uso e consumo, mas sim de produtos intermediários que participam integralmente do processo produtivo, é indevido o recolhimento do ICMS diferencial de alíquota, já que o art. 155, § 2º, VII, da CF estabelece que apenas quando o adquirente se caracterizar como “consumidor final” de uma operação interestadual é que a unidade federativa de destino tem competência para lhe exigir o imposto. Diz que não sendo este o caso dos autos, não há diferencial de alíquota devido pela empresa.

Consigna que se ainda pairarem dúvidas, com o fito de garantia da ampla defesa e do contraditório, requer a realização de perícia fiscal para aferição da utilização dos materiais intermediários listados no Auto de Infração, com fulcro no art. 145 do RPAF/99, para comprovação da improcedência da glosa dos créditos oriundos destes materiais, conforme objeto da infração 1 e 6.

Registra que sendo deferida a perícia fiscal, indica os seguintes quesitos iniciais, sem prejuízo da oferta de quesitos suplementares quando da de sua realização: 1 - *Os materiais autuados são utilizados em que momento do processo produtivo?* 2 - *Encontram-se conectados direta ou indiretamente à linha de produção da Impugnante?* 3 - *Os produtos mantêm contato com os insumos dentro do processo produtivo?* 4 - *É possível a obtenção do produto final sem a utilização dos produtos autuados?*

Diz que diante do exposto, devem ser julgadas nulas as infrações impugnadas ou, no mérito, improcedentes.

Continuando, registra que já obteve êxito em Ação Anulatória com Transito em Julgado após sentença favorável à empresa, que anexou cópia em Doc. 04, em relação à cobrança do mesmo tema, no Auto de Infração nº 206910.0004/06-5, lavrado em 2006 pela Secretaria da Fazenda, cujo teor foi o mesmo do presente lançamento, inclusive com a glosa dos mesmos materiais tratados no presente Auto de Infração.

Ressalta que após o encerramento do Processo Administrativo Fiscal, ajuizou e obteve êxito na Ação Anulatória de Débito Fiscal, que em síntese questiona a participação dos materiais glosados no processo produtivo como produtos intermediários e consequentemente com direito ao crédito de ICMS, e por via de consequência, a inexigibilidade do diferencial de alíquota.

Registra que para robustecer ainda mais tudo já exposto acima, ajuizou a AO nº 0162769-30.2006.805.0001 que tramitou na 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, que teve por objeto a declaração de relação jurídica-tributária para garantir a empresa o direito a proceder ao creditamento, em sua escrita fiscal, do ICMS incidente nas aquisições, pretéritas e futuras, dos bens listados em seu anexo, bem como a inexigibilidade do diferencial de alíquota quando tais aquisições forem interestaduais, determinando que a Ré-Fazenda Estadual se abstenha de lhe autuar (Doc. 05).

Assinala que decorridos os trâmites legais, a referida ação foi julgada procedente anulando o Auto de Infração que fora objeto da mesma e reconhecendo o direito a proceder ao creditamento, em sua escrita fiscal, do ICMS incidente nas aquisições, pretéritas e futuras, dos bens listados em seu anexo, bem como a inexigibilidade do diferencial de alíquota quando tais aquisições forem interestaduais. (Doc. 06).

Registra que a brilhante sentença foi mantida integralmente pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (Doc. 07) e confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça. (Doc. 08), transitando em julgado.

Ressalta que na mesma ação, foram realizadas Perícia Judicial, inteiramente favorável a empresa (Docs. 09 e 10).

Diz que desse modo, está mais do evidenciado que o autuante, desrespeitou uma decisão judicial transitada em julgado, ou seja, uma literal ofensa a coisa julgada, trazendo um verdadeiro transtorno para a empresa que teve que contratar profissionais para defender de um Auto de Infração que carece de fundamentação legal.

Afirma que resta claro que não pode prosperar o alegado débito, haja vista tratar-se de crédito tributário ilíquido, incerto e inexigível, uma vez que viola o manto da coisa julgada, assegurado pela Constituição Federal.

Conclusivamente, requer que sejam julgadas improcedentes as infrações questionadas 1 e 6.

Reporta-se, conjuntamente, sobre as infrações 7 e 8. Argui a nulidade da autuação, principalmente, por não ter recebido nenhum anexo, demonstrativo, lista ou planilha, em meio magnético. Alega que não recebeu nenhum CD ou DVD, o que é normal nas fiscalizações

realizadas pela Secretaria da Fazenda da Bahia, e necessário para permitir que a mesma se utilize de informações constantes em sistema gerencial de forma a conseguir cumprir o seu exercício ao direito de defesa dentro do prazo estabelecido na legislação em relação à tempestividade.

Afirma que da forma apenas em papel que lhe foi entregue, inviável se torna a executar sua devida defesa, haja vista que somente consultando nota a nota para poder identificar realmente se o documento foi registrado ou não.

Salienta que procurou identificar situações que impactam na alegação de falta de registro, por parte da Fiscalização.

Esclarece que nesse sentido, levantou que várias notas fiscais recebidas estão registradas no exercício seguinte, por conta de o registro ser efetuado quando da entrada no estabelecimento, quando da entrada em seu estoque. Alega que 724 notas fiscais emitidas em 2013 foram registradas em 2014, e 767 notas emitidas em 2014 foram registradas em 2015.

Alega, ainda, que detectou a existência de notas fiscais que tiveram suas mercadorias devolvidas mediante emissões de notas fiscais de retorno pelo próprio remetente, desfazendo a operação, não tendo a empresa que registrar a nota de venda original, nem emitir nenhum documento. Acrescenta que no caso, foram 168 notas fiscais em 2013 e 93 em 2014.

Assevera, também, que identificou que várias notas fiscais foram registradas com divergências apenas no modelo do documento fiscal, mas pelo CNPJ do remetente e valor, bem com data de emissão, observa-se que as notas fiscais foram devidamente registradas, sendo 3.587 notas fiscais em 2013 e 1.104 em 2014.

Registra que para comprovar essas alegações, anexou CD (Doc 11) com as seguintes planilhas, com todos os detalhes necessários para identificação:

- NOTAS LANÇADAS COM DIVERGENCIAS MODELO_SERIE OU CHAVE_2013
- NOTAS LANÇADAS COM DIVERGENCIAS MODELO_SERIE OU CHAVE_2014
- NOTAS LANÇADAS COM DIVERGENCIAS MODELO_SERIE OU CHAVE_2013
- NOTAS LANÇADAS COM DIVERGENCIAS MODELO_SERIE OU CHAVE_2014
- OPERAÇÕES DEVOLVIDAS PELO REMETENTE_2013
- OPERAÇÕES DEVOLVIDAS PELO REMETENTE_2014

Alega que várias notas fiscais foram identificadas dentro do Auto de Infração, contudo, como não lhe foi fornecida planilha, não houve a possibilidade de identificar todas. Em face disso, solicita a realização de diligência para identificação das notas fiscais em sua totalidade.

Consigna, adicionalmente, que não houve dolo, fraude ou simulação em qualquer falta de registro, não sendo devido num imposto pela entrada, bem como que não gerou imperfeição no recolhimento do ICMS devido, razão pela qual requer seja cancelada a multa imposta. Neste sentido, invoca e reproduz o art. 158 do RPAF/99.

Continuando, argui a inconstitucionalidade das multas impostas, por ofensa ao princípio constitucional proibitivo da instituição de tributos com efeitos confiscatórios.

Consigna que não obstante a plena comprovação de que o autuante pretendeu atuar na estrita proteção dos interesses da Fazenda Estadual, as multas aplicadas por dolo de 60% e 100% do tributo exigido, atingem elevado percentual do faturamento interno e externo da empresa e afiguram-se inconstitucionais, por afrontar aos Princípios Constitucionais da Razoabilidade, Proporcionalidade e de Proibição de Tributação com efeito de confisco.

Sustenta que as multas aplicadas encontram-se eivadas de grave vício de inconstitucionalidade, haja vista que contrariam o princípio constitucional que proíbe a tributação com fins confiscatórios, positivado no art. 150, IV, da CF/88, cujo teor reproduz. Assinala que unânime é a posição da mais abalizada doutrina e da jurisprudência consolidada dos Tribunais Pátrios, ao admitir esta interpretação, conforme se vê dos ensinamentos de Leonardo e Silva de Almendra Freitas, citando Heron Arzua, cujo teor transcreve. Registra que no mesmo sentido das lições acima aduzidas se coloca a jurisprudência, em especial a construída pelo Supremo Tribunal Federal, que no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551-1/RJ (j. 24/10/2002), cuja relatoria foi incumbida ao Eminente Ministro Ilmar Galvão, reconheceu a proibição da

utilização das multas tributárias com efeito confiscatório. Reproduz a referida decisão.

Sustenta que se afigura perfeitamente claro o caráter confiscatório das multas em tela eis que fixadas em montantes exagerados, desproporcionais e que equivalem, no somatório dos itens do Auto de Infração, valor maior que aquele eventualmente devido a título de imposto.

Diz que, além disso, a constatação de que multas nestes patamares ferem o princípio de vedação ao confisco, tal fixação vai ainda de encontro aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

Menciona que na seara tributária, a aplicação concreta de tais princípios nas questões sancionatórias tem sido feita por meio da limitação aos abusos/excessos perpetrados pelos administradores, conforme se depreende das conclusões tiradas pelo Procurador do Município do Rio de Janeiro Rogério Leite Loba partir do estudo das obras dos Grandes Mestres que já se debruçaram sobre o tema, conforme transcrição que apresenta.

Aduz que além de ser confiscatória, a aplicação de multas nesses patamares, inviabiliza plenamente suas atividades, ensejando a sua redução, sob pena de ferimento dos princípios constitucionais da vedação ao confisco, proporcionalidade e razoabilidade.

Acrescenta que neste sentido, visando coibir as inconstitucionalidades acima delineadas materializadas na imposição de multas fixadas em patamares elevadíssimos, tais quais as verificadas no presente Auto de Infração o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 81.550/MG, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, interveio para reduzi-la, conforme excertos da decisão que reproduz. No mesmo sentido, invoca e reproduz decisões proferidas pelos TRF da 1^a e 5^a Regiões, em que as multas impostas são reduzidas ao patamar de 30%, ante o reconhecimento do caráter confiscatório que permeiam multas em percentuais de 60%, respectivamente.

Em conclusão pugna pelo reenquadramento das multas impostas em todos os itens do Auto de Infração, principalmente aqueles imputados com dolo, eis que aplicadas de forma impessoal e sem qualquer prova de tais circunstâncias, com o correspondente cancelamento das multas infligidas e subsidiariamente, pleiteia a redução das multas a patamares aceitáveis, quais sejam mínimos estabelecidos em lei.

Ressalta que ainda que não fosse aceito esse argumento, que é claro, invoca o que preceitua o artigo 158 do RPAF/99, pois não incorreu em nenhum dolo, fraude ou simulação, bem como não impediu a realização de nenhuma etapa da Fiscalização, nem deu causa que a obrigação tributária principal fosse prejudicada, pedindo que seja cancelada a presente multa. Reproduz o referido dispositivo regulamentar processual.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração. Protesta, ainda, provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, tais como a juntada de outros documentos, a inquirição da empresa, na pessoa do seu representante legal, de testemunhas e a realização de perícia, o que se fizer necessário.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.381 a 389). Discorre sobre as alegações defensivas e apresenta as suas razões. Observa que o impugnante alega que foi compelido a recolher aos cofres públicos o valor histórico de R\$3.204.037,36, quando o valor histórico exigido no presente Auto de Infração é de R\$1.743.201,13.

Contesta a nulidade do lançamento arguida pelo impugnante. Sustenta que não ocorreu o cerceamento de defesa alegado. Observa que consta à fl. 6 dos autos a aposição da data da ciência e assinatura pelo autuado, acusando o recebimento de cópia dos demonstrativos e da 2^a via do Auto de Infração.

Afirma o autuante que foram entregues cópias de todos os Anexos do Auto de Infração, inclusive cópias dos relatórios que elaborou e do Parecer DITRI/GECOT, acostado às fls. 16 a 28.

Acrescenta que quando da ciência, em 05/04/17, o representante do autuado foi questionado se precisava de mais alguma cópia ou arquivo dos trabalhos, sendo dito pelo referido representante que não, pois já tinha o suficiente.

Esclarece que durante a realização da fiscalização, embora sem a obrigatoriedade, justamente para permitir a ampla defesa e evitar ou minorar as contestações das autuações, enviou arquivos por *e-mail* ou entregou cópia dos “papéis”/planilhas ou demonstrativos dos trabalhos, para o Contribuinte avaliar e se pronunciar, antes da possível lavratura do Auto de Infração.

Diz que foi justamente o que foi feito, ou seja, foram enviadas cópias das planilhas de trabalho, em Excel, por *e-mail*, para que o Contribuinte verificasse, e ao final dos trabalhos enviadas as planilhas anexas do Auto de Infração.

Salienta que não foi entregue em meio físico, “pen drive” ou CD, no momento da ciência, como já dito e por ser entendido, o que também foi admitido por ele, desnecessário.

Registra que cópias dos principais *e-mails* de envio dos arquivos para o Contribuinte se encontram acostadas às fls. 390 a 407, nos endereços e datas que identifica.

Assevera que desse modo, não houve cerceamento de defesa.

Quanto à alegação defensiva atinente a EFD, sobre quais arquivos foram utilizados, esclarece que os arquivos da EFD utilizados no trabalho fiscal foram os recebidos pelo sistema de envio de “pacotes” para fiscalização da SEFAZ, certamente os últimos (mais atualizados), até porque após o início da ação fiscal o Contribuinte não pode retificar nenhum arquivo sem autorização da Fiscalização.

Diz que dessa forma, toda a alegação defensiva perde o sentido.

No tocante à infração 5, observa que diz respeito à exigência de ICMS destacado nas Notas Fiscais de nºs 114.992 e 115.047, de 2013; e Nota Fiscal nº 151.809, de 2014, conforme demonstrativos e cópia das notas, acostados às fls. 168 e 172.

Afirma que referidas notas fiscais não estão lançadas/escrituradas no Registro de Saídas, nem no Registro de Apuração, nos campos de “ajustes” de débitos. Acrescenta que não encontrou também nenhum valor relacionado com os Registros do CIAP, Controle de crédito de ICMS de Ativos Permanentes.

Explica que como durante a ação fiscal não foi entendida a emissão da nota fiscal nem a sua falta de escrituração, questionou o Contribuinte. Acrescenta que as notas fiscais constam nas planilhas “SAÍDAS.2013.NAO.LANCADAS.POJUCA” e também na planilha de 2014, enviadas para esclarecimento do Contribuinte. Assevera que não obteve resposta satisfatória.

Diz que não encontrou justificativa, bem como não entendeu o motivo da emissão e da não escrituração. Afirma que não vê previsão legal para as justificativas do impugnante, assim como não entendeu a descrição e os valores constantes nas notas fiscais.

Registra que em 30/06/17, para poder fundamentar a Informação Fiscal, acatando ou não a alegação defensiva, encaminhou *e-mail* ao Contribuinte solicitando justificativa, conforme Intimação de fl. 411, para que enviasse demonstrativos/memórias de cálculos referentes aos valores e justificativa para a não escrituração das notas fiscais, fls. 410 a 419. Acrescenta que a resposta do Contribuinte, fls.418 e 419, foi insuficiente para o entendimento da questão.

Ressalta que considerou os seguintes aspectos objetivos:

- Existem notas fiscais de saídas com base de cálculo e ICMS destacados – pressuposto de débito de ICMS;
- As descrições referem-se a estorno de CIAP = Estorno de Crédito = DÉBITO.
- As notas fiscais não estão lançadas nos livros fiscais;
- Os valores das notas fiscais (base de cálculo/ICMS) não correspondem a valores do CIAP; as descrições referem-se a “valores residuais”, também não esclarecidos.
- No DOC 03 apresentado na defesa pelo autuado (fl. 226 deste processo) – constam apenas cópias dos DANFES das notas fiscais: nº 114.992 (fl. 227); nº 151.809 (fl. 228) e nº 115.047 (fl. 229). Apenas isso. Nenhum documento foi anexado como informado no final da fl. 184. Ou seja, o contribuinte ALEGA, mas NÃO COMPROVA.

Observa que as notas fiscais já foram anexadas às fls. 168 a 172 dos autos, juntamente com os demonstrativos dos débitos reclamados.

Diz que assim sendo, pela falta de esclarecimento, não pode acatar as alegações defensivas, e considerando os aspectos objetivos citados acima, mantém esta infração.

Contesta as alegações defensivas atinentes às infrações 1 e 6.

No tocante à infração 1, diz que o RICMS/BA/12 recepcionou, tacitamente, pela falta de previsão, como expressa pela Lei Complementar nº 138/2010, que posterga efeitos de lei anterior. Reproduz o art. 33 da Lei Complementar nº 87/96, com as alterações.

Consigna que essa citação é necessária para reforçar e tornar mais clara a necessidade de atendimento ao RICMS/BA/12.

Aduz que o que ocorre é que por natural interesse na utilização dos créditos pelos Contribuintes, há uma tendência de se mudar a terminologia ou até a aplicação ou o seu nome, dos materiais nos processos produtivos.

Alega que para que seja evitado o termo “material de uso e consumo”, para substituí-lo cria-se então termos como: produtos intermediários (que são outra coisa), insumos (que são demasiadamente genéricos), materiais diretos (normalmente devem ser bem específicos e definíveis, como as matérias primas), etc. Acrescenta que não se confundem com a maioria dos materiais de uso e consumo, certamente não sendo um assunto pacífico.

Frisa que alguns enquadramentos/considerações dependem dos “processos produtivos”. Acrescenta que há materiais facilmente classificáveis e definíveis. Diz que não é todo material necessário à produção (que é um grande universo de materiais) que pode gerar crédito, deixando de ser de uso e consumo. Aduz que por lei isso poderá mudar em 2020 com a LC 138.

Assinala, como exemplo, que “açúcar” é material de **uso e consumo** para uma metalúrgica, para adoçar alimentos dos seus funcionários, contudo, é **matéria prima** numa fábrica de doces.

Aduz que a mandíbula, fixa ou móvel, para britadores é peça de reposição (se desgasta pelo uso) de Ativo Permanente, não podendo ser produto intermediário.

Salienta que há definições para “uso e consumo” como sendo apenas os materiais consumidos em atividades administrativas. Observa que a definição do perito na fl. 361, no quarto parágrafo, é excelente exemplo. Diz que isso não é verdadeiro.

Esclarece que durante a fiscalização fez uma reunião na IFEP NORTE com representantes da área contábil da empresa e, depois, outra reunião na fábrica em Pojuca, para dirimir algumas dúvidas, com representantes de diversas áreas de produção e de materiais.

Diz que das reuniões e de diversos estudos, pesquisas e consultas, resultaram:

- o **RELATÓRIO DE AUDITORIA** – fls. 16 a 19.

Contém no item 1) e seus subitens com as aplicações, os materiais com CRÉDITOS DEVIDOS. E contém no seu item 2) e seus subitens os materiais com CRÉDITOS INDEVIDOS.

- o **ANEXO DO RELATÓRIO** – fls. 20 a 26, contém uma lista, com os materiais de uso e consumo, com os valores das bases de cálculo e do crédito indevido utilizado, por item e por exercício – 2013 e 2014.

- o conhecimento do **PARECER da DITRI/GECOT** – fls. 27 e 28, para uma consulta sobre Crédito Fiscal e que define muito bem sobre o assunto e dá completo suporte técnico para o item 2.4 do **RELATÓRIO DE AUDITORIA**.

Ainda com relação a peças de reposição de ativos indaga se pode haver crédito integral, (e de uma só vez), na aquisição de uma peça de reposição de um Ativo Permanente, quando a peça substituída pode estar, como acessória original utilizando o crédito (parte/um percentual) sobre o Ativo, conforme CIAP, do qual ela era parte.

Ressalta que peça de reposição normalmente é material de uso e consumo, componente de Ativo, ou pode ser tratada como ativo, se adquirida em um projeto como Investimento, atendidos os requisitos e formalidades. Sendo “ativada” quando colocada em condições de uso. E dessa forma, é possível que para aquisições especiais (valores, construções especiais, quantidades significativas, por ex.) peças de reposição possam ser tratadas como projetos para revitalizações ou recuperações significativas de equipamentos, estruturas ou instalações, desde que

contabilmente assim consideradas.

Relativamente à infração 6, diz que está relacionada com a infração 1. Esclarece que é cobrado para os itens da infração 1, com origem em outras unidades da Federação, sendo que o seu demonstrativo de débito está na mesma planilha de fls. 29 a 46. Explica que os débitos da infração 1 estão na penúltima coluna da planilha e os débitos da infração 6 na última coluna da planilha.

Diz que os argumentos defensivos para essas infrações estão consequentemente desconsiderados, inexistindo previsão legal para utilização de créditos para materiais de uso e consumo.

Com relação aos documentos colacionados pelo impugnante, diz que são peças jurídicas, processuais, não relacionadas com o presente processo e que não requerem o seu pronunciamento ou informação. Quanto à cópia de um parecer pericial contábil elaborado pelo perito assistente técnico da empresa, diz que de forma geral discorda do conteúdo dos dois pareceres, especificamente de diversos conceitos e definições neles contidos. Solicita que seja considerado o Relatório, o Anexo e o Parecer de fls. 16 a 28.

Conclusivamente, mantém as infrações 1 e 6.

No respeitante às infrações 7 e 8, reitera que não procede a nulidade arguida pelo impugnante, pelas mesmas razões contestatórias aduzidas anteriormente.

Quanto à alegação defensiva referente à existência de notas fiscais lançadas no exercício seguinte, notas fiscais devolvidas, notas com divergências no modelo ou número de chave, conforme planilha conforme planilhas apresentadas com essas notas fiscais, afirma o autuante que referidas notas fiscais não constam do seu levantamento de notas fiscais não lançadas no registro de entradas. Esclarece que já foram consideradas e excluídas dos levantamentos durante a realização dos trabalhos. Sustenta não haver qualquer relação com os levantamentos e as multas impostas.

Reafirma que no CD apresentado pelo impugnante as planilhas que elaborou nada têm a ver com as notas fiscais não escrituradas objeto dessas infrações.

Assevera que o autuado alega, mas não prova o alegado, bem como não mostra nenhuma evidência ou evento, por amostragem, conforme aduzido anteriormente:

Diz que o impugnante alega a existência de várias inconsistências, porém, não apresentou amostragem nenhuma, ou inconsistência nenhuma, não indicando nenhuma nota fiscal com multa cobrada que esteja lançada no seu livro Registro de Entradas.

Conclusivamente, diz que desse modo, mantém as infrações 7 e 8.

Quanto à inconstitucionalidade arguida pelo impugnante, diz que dispensam comentários ou Informação Fiscal.

Conclusivamente, consigna que:

- infração 1 - foi impugnada pelo autuado e estão sendo apresentadas informações e confirmações na Informação Fiscal, juntamente com a infração 6. Incluiu na Informação Fiscal, CD (Compact Disk) com planilhas em Excel;
- infração 2 - não foi impugnada pelo autuado.
- infração 3 - não foi impugnada pelo autuado.
- infração 4 - não foi impugnada pelo autuado.
- infração 5 - foi impugnada pelo autuado e estão sendo apresentadas informações e confirmações na Informação Fiscal. Incluiu na Informação Fiscal, CD (Compact Disk) com planilhas em Excel. No Auto de Infração consta cópia de planilha em PDF;
- infração 6 - foi impugnada pelo autuado e estão sendo apresentadas informações e confirmações na Informação Fiscal, juntamente com a infração 1. Incluiu na Informação Fiscal CD (Compact Disk) com planilhas em Excel. No Auto de Infração consta cópia de planilha em PDF;
- infrações 7 e 8 - foram impugnadas conjuntamente pelo autuado e estão sendo apresentadas

informações e confirmações na Informação Fiscal, também conjuntamente. Incluiu na Informação Fiscal, CD (Compact Disk) com planilhas em Excel. No Auto de Infração constam cópias de planilhas em PDF.

Ressalta o autuante que todas as infrações e planilhas permanecem como originalmente elaboradas na lavratura do Auto de Infração, nada sendo modificado. Registra que na Informação Fiscal apenas anexou as planilhas para as infrações impugnadas em Excel (xls).

Assinala que considerando a alegação defensiva de não recebimento dos arquivos, estará sendo entregue ao autuado cópia do CD (Compact Disk), com os referidos arquivos, devendo ser reaberto o prazo para sua impugnação.

Finaliza a peça informativa mantendo na integralidade o Auto de Infração.

O autuado cientificado da Informação Fiscal se manifestou (fls.425 a 437). De início, solicita que seja renovado o prazo da Manifestação para 60 dias, mesmo prazo dado legalmente à Defesa inicial, haja vista que nesse momento é que teve acesso aos demonstrativos e anexos do Auto de Infração em meio magnético.

Afirma que a alegação do autuante atinente às mensagens de correio eletrônico, enviadas ao longo da ação fiscal, para setores da empresa, não devem ser consideradas como parte do processo, nem como esclarecimentos de dúvidas dos lançamentos efetuados no Auto de Infração.

No mérito, em relação à infração 5, reitera que o autuante simplesmente desconsidera as questões apresentadas na impugnação. Diz que já restou esclarecido que se trata de notas fiscais de baixa na conta contábil, apenas, do ICMS CIAP, em razão da não utilização integral do crédito fiscal.

No tocante às infrações 1 e 6, diz que vale reiterar que na Informação Fiscal o autuante não traz nenhum esclarecimento e nenhum embasamento legal para simplesmente classificar o destino das mercadorias. Afirma que inexiste qualquer prova de ilícito tributário. Repete o que dissera na Defesa vestibular.

Conclusivamente, roga que sejam julgadas improcedentes as infrações 1 e 6, bem como reitera todos os argumentos apresentados na Defesa inicial com relação a todos os pontos questionados.

Requer que seja concedido prazo de 60 dias para apresentar a Manifestação, pois o prazo de 10 dias concedido mostra-se visivelmente insuficiente.

Finaliza requerendo que o Auto de Infração seja julgado nulo ou, no mérito, que as infrações impugnadas sejam julgadas improcedentes.

O autuante, cientificado da Informação Fiscal, se pronunciou (fl.441). Consigna que em relação ao prazo de 60 dias, aduzido pelo impugnante, já havia se pronunciado na Informação Fiscal. Quanto às demais alegações defensivas, solicita que sejam desconsideradas, pois o que não é repetição da sua primeira impugnação é mera alegação.

A 1^a Junta de Julgamento Fiscal, considerando que o órgão competente da repartição fazendária ao cientificar o autuado (fls. 422/423) da Informação Fiscal e para recebimento do CD aduzido pelo autuante, concedeu o prazo de 10 dias para que o autuado se manifestasse, sendo que na Manifestação apresentada (fls.425 a 437) o impugnante reiterou o pedido de que fosse concedido o prazo de 60 dias, sob a alegação de que somente nesse momento é que teve acesso aos demonstrativos e anexos do Auto de Infração em meio magnético, converteu o feito em diligência à IFEP NORTE (fl.443), a fim de que intimasse o autuado, entregando-lhe no ato, mediante recibo específico, cópia de todos os elementos elaborados pelo autuante que compõem o presente processo - planilha, demonstrativo, Informação Fiscal, etc., inclusive mediante mídia eletrônica - e do termo de diligência, bem como o informasse da reabertura do prazo de defesa de 60 (sessenta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação, conforme previsto no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

O autuado se manifestou (fls. 459 a 470). Tece amplo comentário sobre o princípio da não cumulatividade. Apresenta um breve histórico sobre a Constituição anterior a de 1988. Observa que a sistemática era a mesma da Constituição atual e não havia qualquer tipo de restrição com relação ao crédito fiscal do Contribuinte. Registra que a Emenda nº 23/83 definiu que a “isenção

ou não incidência não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes”, exceto no caso de existência de lei dispondo o contrário.

Salienta que toda alteração surgida com a Emenda n. 23/83 relacionada com o ICMS foi mantida na Constituição atual, conforme estabelecido pelo seu art. 155, II, cuja redação transcreve.

Afirma que nesse sentido, inexiste qualquer dúvida com relação à impossibilidade do aproveitamento do crédito do ICMS no caso de isenção e não incidência, em face da vedação expressa na própria Constituição Federal, que deixou uma possível reversão por parte do próprio Estado, mediante lei específica, o que nunca aconteceu.

Observa que à Lei Complementar cabe apenas operacionalizar a sistemática da não cumulatividade, não podendo de forma alguma fazer qualquer tipo de restrição que venha conflitar com a Constituição Federal. Neste sentido, invoca e reproduz lição de Ives Gandra da Silva Martins.

Sustenta que por tudo que explanado, não resta dúvida que sob o prisma da Constituição Federal é legítimo o seu direito em se aproveitar do crédito fiscal apurado referente aos insumos empregados no processo produtivo da empresa.

Consigna que a Lei Complementar nº 87/96 entrou em vigência a partir de julho de 1966 e entre os diversos dispositivos destacam-se os artigos 19, 20 e 21, cujo teor reproduz.

Assevera que se constata que o crédito fiscal é legítimo, uma vez que tanto a Constituição Federal como a Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir) assim dispõem.

Assinala que em respeito à Constituição Federal e à Lei Complementar nº 87/96, o Estado da Bahia internalizou em sua legislação o artigo 309 do RICMS que admite expressamente o creditamento pleiteado, ratificando os seus dispositivos.

Alega, no entanto, que em flagrante ofensa ao texto constitucional e toda a legislação vigente, a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, por meio dos seus fiscais, vem entendendo pela impossibilidade da utilização do crédito fiscal do valor do ICMS destacado em documento fiscal referente à aquisição de insumos empregados no processo produtivo da empresa.

Ressalta que os créditos fiscais estornados pelo autuante não são relacionados com a compra de materiais de uso e consumo, este sabidamente vedado pela legislação vigente.

Salienta que impugna é a exigência de estorno de crédito fiscal de ICMS sobre insumo, ou seja, materiais que são utilizados no processo produtivo do material fabricado, que, no caso em tela, se consomem com a fabricação da mercadoria.

Registra que o STJ, órgão responsável pela uniformização da jurisprudência pátria, já se pronunciou sobre a possibilidade de creditamento dos insumos relativos a produtos intermediários que são utilizados no processo produtivo, conforme ementas cujo teor transcreve.

Assinala o posicionamento da Ministra Eliana Calmon, no acórdão proferido no REsp 1.090.156/SC, no sentido de que, não se pode definir de forma objetiva as mercadorias e serviços considerados insumos para fins de vedação ou autorização de crédito de ICMS, pois a definição de insumo dependerá do objeto social de cada Contribuinte.

Diz que dessa forma, é pacífico no âmbito do C.Superior Tribunal de Justiça o reconhecimento que a Lei Complementar nº 87/96 ampliou as hipóteses de creditamento de ICMS, condicionando o aproveitamento apenas à comprovação de que os produtos são utilizados para a consecução das atividades que constituem a finalidade da empresa constante em seu objeto social.

Observa que os produtos intermediários caracterizam-se como aqueles que não se incorporando ao produto final, salvo eventualmente apenas seus resquícios e de modo indesejado, participam do processo produtivo de maneira intrínseca e essencial, nele se consumindo a cada participação, portanto, não se confunde com os materiais de uso e consumo pela não participação intrínseca desses no processo produtivo.

Consigna que já obteve êxito em Ação Anulatória com Transito em Julgado após sentença favorável à empresa, que anexou cópia em Doc. 04, em relação à cobrança do mesmo tema, no

Auto de Infração nº 206910.0004/06-5, lavrado em 2006 pela Secretaria da Fazenda, cujo teor foi o mesmo do presente lançamento, inclusive com a glosa dos mesmos materiais no Auto de Infração em lide.

Registra que para robustecer ainda mais tudo já exposto acima, ajuizou a AO nº 0162769-30.2006.805.0001 que tramitou na 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, que teve por objeto a declaração de relação jurídica-tributária para lhe garantir o direito a proceder ao creditamento, em sua escrita fiscal, do ICMS incidente nas aquisições, pretéritas e futuras, dos bens listados em seu anexo, bem como a inexigibilidade do diferencial de alíquota quando tais aquisições forem interestaduais, determinando que a Ré-Fazenda Estadual se abstinha de lhe autuar, conforme Doc. 05 da defesa.

Diz que decorridos os trâmites legais, a referida ação foi julgada procedente anulando o Auto de Infração que fora objeto da mesma e reconhecendo o direito ao creditamento, em sua escrita fiscal, do ICMS incidente nas aquisições, pretéritas e futuras, dos bens listados em seu anexo, bem como a inexigibilidade do diferencial de alíquota quando tais aquisições forem interestaduais, conforme Doc. 06 da defesa.

Salienta que a brilhante sentença foi mantida integralmente pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme Doc. 07 da defesa, e confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme Doc. 08 da defesa.

Acrescenta que analisando minuciosamente a função de cada item no seu processo produtivo conclui-se tratar-se de produtos intermediários que, não se incorporando ao produto final, eventualmente apenas seus resquícios e de modo indesejado, participam do processo produtivo de maneira intrínseca e essencial, nele se consumindo a cada participação, de acordo lista exemplificativa anexada (Doc.03), onde percebe-se claramente que a cobrança atual, considerando-os como uso e consumo, é descabida. Afirma que deste anexo comprova-se que se trata de insumos.

Alega que insistir em cobrar imposto sabidamente ilegal, no mínimo é desdenhar dos recursos públicos já que a manutenção do lançamento nos moldes originais irá acarretar um dispêndio vultoso ao Erário Estadual, inclusive com a condenação dos honorários de sucumbência. Neste sentido, invoca e reproduz o art. 10, X da Lei de Improbidade Administrativa.

Afirma que caso o CONSEF entenda pela remota possibilidade da procedência total ou parcial da infração 6, fato que não espera e confia, devem ser excluídos os materiais classificados como ativo permanente, em virtude da existência do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

Alega que é beneficiário do Programa DESENVOLVE, por meio da Resolução 147/2005, cujo art. 1º, I, reproduz.

Diz que desse modo, nas aquisições oriundas de outros Estados de ativo imobilizado, não incidirá diferencial de alíquotas, com fulcro no inciso I do art. 1º da Resolução 147/2005, até o momento da sua desincorporação.

Assevera que conforme declarado pelo próprio autuante em seu Relatório de Auditoria, este classifica no item 2.4 ativos imobilizados que são objeto de lançamento do diferencial de alíquota na infração 6, contrariando o benefício fiscal concedido pela Resolução 147/2005.

Salienta que nesse sentido, e em conformidade com o item 2.4 do Relatório de Auditoria elaborado pelo autuante, foram glosados os créditos das aquisições abaixo descritas, classificadas como ativo imobilizado pelo próprio autuante:

- bucha de descarga, calha da contra cunha, chapas, correias, cunha de fixação, cunha lateral, mandíbulas, martelo, molde, palheta, peneira, pino de roda, placa de contato, pressostato de alta pressão, revestimentos, rolamentos, roletes, rotor, telas, tintas e válvulas.

Diz que desse modo, devem ser excluídos da autuação os ativos imobilizados que tiveram os créditos glosados, em virtude da existência de deferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas importações e nas aquisições neste Estado e noutras unidades da Federação,

relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação, em conformidade com a Resolução 147/2005.

Finaliza requerendo a nulidade do Auto de Infração.

O autuante se pronunciou (fls.489/490). Relativamente à Manifestação do autuado, diz que ao examinar o CD apresentado pelo contribuinte, como contendo cópia da defesa, no envelope de fl. 458, verificou que o mesmo apresenta uma fratura/trinca na sua região central, o que impossibilitou o exame do seu conteúdo. Contudo, diz que em princípio, isso não causa nenhum impacto no processo, pois foi apresentada cópia impressa da manifestação, que foi considerada. Acrescenta que apenas registrou o fato.

Afirma que o impugnante incorre em equívoco e apresenta lista de itens informando erroneamente que o autuante os classificou como ativo immobilizado no item 2.4 do relatório. Explica que no referido item 2.4 (fls. 18/ 19, volume I) subitem do item 2, fl. 17, constam “MATERIAIS/PARTES/PEÇAS DE REPOSIÇÃO” de ativos immobilizados, porém, que são, de fato, “MATERIAIS DE USO E CONSUMO”, com utilização de créditos indevidos.

Observa que o “Doc. 03”, contém planilha/lista de materiais, todos eles constantes e já considerados no item 2, e seus subitens, fls. 17 a 19, materiais com créditos indevidos, do Relatório que apresentou de fls. 16 a 26, volume I.

Em resumo, diz que não há praticamente nada de novo ou que modifique a essência do que já era conhecido e estava considerado.

Conclusivamente, diz que dessa forma, conforme já se pronunciara na Informação Fiscal II, fl. 441, volume I, solicita que seja considerada a Informação Fiscal inicial de fls. 381 a 389, excluídos os aspectos da alegação defensiva de não recebimento dos arquivos em meio magnético, já incontestavelmente superados, após o cumprimento da diligência de fl. 443. Solicita também que sejam considerados os anexos do Auto de Infração, especialmente das fls. 16 a 28, com o Parecer da DITRI.

Finaliza mantendo na integralidade o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame, sobre o cometimento de oito infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.

Inicialmente, cabe apreciar a nulidade arguida por cerceamento do direito de defesa.

Alega o impugnante que teve seu direito de defesa consideravelmente cerceado, por não ter recebido em meio magnético os anexos, demonstrativos ou listas de notas fiscais, o que limita sobremaneira a sua possibilidade de verificar se os lançamentos estão fidedignos à realidade.

Certamente que a alegação defensiva implicaria em cerceamento do direito à ampla defesa e ao contraditório, caso não lhe fossem entregues os elementos elaborados pelo autuante - demonstrativos, planilhas, etc. em meio magnético, conforme inclusive manda o § 3º, do art. 8º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, abaixo reproduzido:

Art. 8º As petições deverão conter:

[...]

§ 3º As peças processuais como defesa, informação fiscal, diligências, perícias, recursos, parecer da Procuradoria Geral do Estado e outras manifestações do contribuinte e do autuante, bem como os demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, autuado e diligentes ou peritos, referentes a processo administrativo fiscal, deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, em arquivo em formato texto ou tabela, conforme o caso, onde conste cópia exata da peça apresentada.

De fato, a alegação defensiva de que não recebera os elementos acima aduzidos em meio magnético restou comprovada, o que, conforme consignado, implicaria em cerceamento de defesa e, consequentemente, em nulidade do lançamento.

Ocorre que esta Junta de Julgamento Fiscal, em face da alegação defensiva, converteu o feito em

diligência à Inspetoria Fazendária de origem, a fim de que fossem entregues ao autuado, mediante recibo, todos os elementos elaborados pelo autuante atinente ao presente processo em disco de armazenamento, inclusive com a reabertura do prazo de defesa de 60 dias. A diligência foi cumprida. O autuado recebeu os aduzidos elementos em disco de armazenamento magnético, assim como foi cientificado da reabertura do prazo de 60 (sessenta) para apresentar sua defesa.

Relativamente à alegação defensiva referente à EFD, por certo que não pode prosperar, haja vista que, conforme esclarecido pelo autuante, foram utilizados no trabalho fiscal os arquivos enviados pela empresa à SEFAZ/BA, portanto, de pleno conhecimento da empresa e de sua posse.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

Constatou que entre as oito infrações que lhe foram imputadas, o autuado impugnou expressamente as infrações 1, 5, 6, 7 e 8, e silenciou no tocante às infrações 2, 3 e 4.

Por certo que o silêncio do autuado, no tocante às infrações 2, 3 e 4, permite aplicar as disposições do artigo 140 do RPAF/99, no sentido de que, *o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*

Assim sendo, considerando que os elementos comprobatórios das condutas infracionais imputadas ao autuado de que cuidam as infrações 2, 3 e 4 confirmam o acerto da autuação, referidos itens são procedentes.

Seguindo a mesma ordem adotada pelo autuado na condução da impugnação, passo ao exame da infração 5.

Este item da autuação - *Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios* - diz respeito exclusivamente a três notas fiscais emitidas pelo autuado, no caso, as Notas Fiscais nºs 114992, 115047 e 151809, conforme se verifica nos Demonstrativos e cópias dos referidos documentos fiscais, acostados pelo autuante às fls. 168 a 172 dos autos.

O impugnante alega que se trata de Notas Fiscais de baixa na conta contábil, apenas do ICMS CIAP, em razão da não utilização integral do crédito do ICMS, em face do percentual aplicado na parcela provável de crédito [valor original do crédito dividido por 48 parcelas], não atingir 100%.

Sustenta que tal procedimento tem fundamento no inciso VII, do § 5º, do artigo 20 da Lei Complementar nº 87/1996. Assevera que da análise dessas Notas Fiscais, mostra-se claramente que o autuante incorreu em equívoco, haja vista que não há nenhuma mercadoria discriminada, mas apenas a informação de que se trata de estorno de valor residual do ICMS, referente ao CIAP.

A meu sentir, assiste razão ao impugnante. De fato, a análise das Notas Fiscais nºs 114992, 115047 e 151809, permite constatar que na descrição consta se tratar de “estorno do CIAP”, ou seja, estorno de crédito fiscal e não de *saídas de mercadorias*.

Certamente que a acusação fiscal de que houve omissão de saídas de mercadorias decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios não se sustenta. No presente caso, os documentos fiscais arrolados na autuação - independentemente de não terem sido escriturados -, não dizem respeito à saída de mercadorias, sendo, desse modo, improcedente a infração 5.

Cabe observar que, tratando-se de estorno de crédito ao qual o Contribuinte estava obrigado a efetuar, cabe verificar se de fato o estorno foi efetivado, mas não exigir-se o imposto por “omissão de saídas de mercadorias”, conforme a autuação.

No que tange à infração 1, inicialmente, não acolho a nulidade arguida. Conforme consignado acima, os elementos elaborados pelo autuante foram entregues em disco de armazenamento, permitindo plenamente o exercício ao direito de defesa e ao contraditório.

Do mesmo modo, com fulcro no artigo 147, II, “a” e “b” do RPAF/99, indefiro o pedido de realização de perícia, haja vista que as provas dos fatos não dependem do conhecimento especial

de técnicos, sendo totalmente desnecessária em vista das provas produzidas.

No mérito, observo que o impugnante, em síntese, diz que o Estado da Bahia afirma que a empresa utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de bens destinados para uso e consumo do estabelecimento, entretanto, se analisado detidamente o processo produtivo, chega-se à conclusão que todos os insumos glosados pelo autuante, são integralmente utilizados na extração objeto da empresa.

Frisa que no presente caso, o autuante glosou entre outros aditivos, bits, brocas, lâminas mandíbulas, telas, peneiras, chapas perfuradas, que, segundo alega, claramente são produtos intermediários, conforme jurisprudência do próprio CONSEF, conforme o Acórdão CJF N° 0208-11/16, Acórdão CJF 0011-13/14. Acrescenta que no mesmo julgado, o impugnante, que exerce a mesma atividade exercida pela empresa, no seu Recurso Voluntário, colacionou trecho extraído do Acórdão CS n° 0015-21/02, da Câmara Superior deste CONSEF.

Diz que se não há dúvidas quanto à participação dos materiais glosados pelo autuante no processo produtivo da empresa, a única conclusão possível é que se trata de insumos e, em razão disso, o direito ao creditamento é inquestionável, conforme já se manifestou em inúmeras situações fáticas a Secretaria Fazendária deste Estado, devendo a infração 1 ser julgada totalmente improcedente.

Conforme as planilhas elaboradas pelo autuante, os produtos cujos créditos fiscais respectivos foram glosados no período objeto da autuação - 2013 e 2014 -, são os seguintes:

ACETILENO (CILINDRO COM 9 OU 7.2KG) / CODIGO: 40038423 WHITE
ACIDO BORICO P.A. TEOR 99.5%
ACIDO CLORIDRICO HCL 37% MINIMO
ACIDO PERCLORICO
ACIDO SULFURICO CONCENTRADO P.A. 95-97%
ADESIVO EM VINIL NA COR BRANCA COM 100MM DE LARGURA E 24.000
AGAMIX 20 MISTURA 80% ARGONIO. 20% DIOXIDO DE CARBONO STARGO
AMIDO SOLUVEL P.A PARA IODOMETRIA
AR COMPRIMIDO MEDICINAL (CILINDRO DE 6.60 OU 7.500M3) / CODI
ARAME PARA SOLDA POR PROCESSO MIG/MAG COM SUPORTE. AWS ER70S
ARGONIO ALTA PUREZA - PUREZA = 99.997% (4.7) - UMIDADE = 3 P
ARGONIO LIQUIDO / CODIGO 40019054 WHITE MARTINS
BISSULFITO DE SODIO P/A
BUCHA DE DESCARGA INFERIOR (SPIGOT) CODIGO KG402501
CABO DE ACO COM ALMA DE ACO INDEPENDENTE (AACI). WARRINGTON-CADINHO DE FERRO CAPACIDADE 50 ML ESPESSURA DA PAREDE: 1.9MM
CADINHO DE NIQUEL 50 ML
CADINHO DE PORCELANA FORMA ALTA CAPACIDADE 50 ML
CALHA DA CONTRA CUNHA PARA BRITADOR MAROBRAS CH-9060
CALHA DO QUEIXO PARA BRITADOR BRITERPA BM-2035. CONFORME DES
CARBONATO DE SODIO ANIDRO PA. FABRICANTE MERK
CHAPA ACO CARBONO SAE-1045 PERFORADA ESPESS 1/4 FUROS REDON
CHAPA DE ACO SAE-1020 (199.20KG/M2)
CHAPA DESGASTE EM NI-HARD IV E GS45. MODELO AB-2288. PARA BR
CHAPA PERFORADA ACO SAE 1045. FUROS REDONDOS 80MM. COM ESPES
CHAPA PERFORADA ACO SAE 1045. FUROS REDONDOS 82.6 MM. ESP: 1
CHAPA PERFORADA ACO SAE 1045. FUROS REDONDOS COM 19MM DE DIA
CHAPA PERFORADA ACO SAE-1045. FUROS REDONDOS DE 44.4MM ESPES
CHAPA PERFORADA DE ACO SAE 1045. FUROS REDONDOS Ø 1". ESPESS
CHAPA PERFORADA DE ACO SAE 1045. FUROS REDONDOS Ø 3/8. ESPE
CHAPA PERFORADA EM ACO 1045. FUROS REDONDOS Ø 55 MM. ESP: 3/
CHAPA PERFORADA EM ACO SAE 1045. FUROS REDONDOS Ø 20MM. ESPE
CHAPA PERFORADA EM ACO SAE 1045. FUROS REDONDOS Ø 30MM. ESP:
CHAPA PERFORADA EM ACO SAE 1045. FUROS REDONDOS Ø 50MM. ESP:
CHAPA PERFORADA EM ACO SAE-1020. DIMENSOES 2000 X 1000MM. ES
CHAPA PRETA PERFORADA # 3/8 C/FUROS 1.1/2" - 2.00 X 1.00M
CHAPA PRETA PERFORADA 1/2
CHAPA PRETA PERFORADA ACO SAE 1045. FUROS REDONDOS 1 ESPESS
CHAPA PRETA PERFORADA EM ACO SAE-1045. ESPESSURA DE 3/8 COM
CHAPA PRETA PERFORADA ESPESSURA DE 3/8 COM FUROS REDONDOS
CINTO DE SEGURANCA PARA-QUEDISTA TIPO ALPINISTA. TRAVA DUPLA
CLORETO DE AMONIA P.A
CLORETO DE ESTANHO II

CLORETO DE MERCURIO (EMBALAGEM COM 500GR)
CLORETO DE SODIO
COAGULANTE KURITA (EMBALAGEM COM 1380 KG)
COMBUSTIVEL E LUBRIFICANTES
CONJUNTO FEMININO COM ESMALTES EM ALUMINIO. COMPOSTO DE 02 E
CONJUNTO SQUEEZE E CANECA EM ACO INOX (2PCS) 600/410ML MODEL
CORREIA TRANSPORTADORA 3 LONAS 24" MP3500 PL 3/16 X 1/16"
CORREIA TRANSPORTADORA 3 LONAS 24" MP3500 PL 3/16" X 1/16"
CORREIA TRANSPORTADORA PLYLON 140 2-LONAS TIPO "B"
CORREIA TRANSPORTADORA PLYLON 140 2-LONAS TIPO "B"
DISPERSANTE. FABRICANTE KURITA. KURIZET (CONTAINER DE 1000 K
DISPERSANTE. FABRICANTE KURITA. KURIZET (CONTAINER DE 1000 K
EIXO. BUCHAS E ARRUELA EM ACO SAE-4340 E SAE-1020 CONFORME P
ELETRODO AWS E-7018 OK-4804 OU CONARCO 18 ESAB (LATA COM 25K
ESCORIA DE COBRE BENEFICIADA PARA JATEAMENTO (COPPER SLAG)-
EXPELIDOR EM BORRACHA LADO ACIONAMENTO PARA BOMBA 6X6X14"- D
EXPELIDOR LADO SUCCAO EM BORRACHA NATURAL PARA BOMBA 4 X 3 X
FERRAMENTA PARA FORNEIRO TIPO RODO
FERRAMENTA PARA FORNEIRO TIPO SOQUETE
FLOCULANTE KURIFLOCK KURITA (EMBALAGEM COM 25KG)
INIBIDOR DE CORROSAO. FABRICANTE KURITA. KURIZET (CONTAINER
IODETO DE POTASSIO
LECOSORB PART NO. 502-174. 20-30 MESH (EMBALAGEM COM 500G)
MAGNESIUM PERCHLORATE. LECO PART NO.501-171
MARTELO (FERRAMENTA) DO BREAKER PNEUMATICO FURUKAWA (GIANT B
MASSA DE SOCAR PARA CANAL DE CORRIDA
MOCHILA CINZA E PRETA CONFECCIONADA EM POLYESTER 300D. PERSO
MOLDE PARA CASTING MACHINE EM FERRO FUNDIDO CINZENTO. CONFOR
MOLIBIDATO DE AMONIO MERCK
NECESSAIRE PRETA EM POLYESTER 600F. ALCA DE MAO 04 DIVISOES
NITROGENIO COMERCIAL (CILINDRO COM 9 OU 10M3)
OLEO LUBRIFICANTE AUTOMOTIVO PETROBRAS LUBRAX EXTRA TURBO TB
OLEO LUBRIFICANTE PETROBRAS PR-100 CODIGO BR: 1.001.149 / TE
OXIGENIO (CILINDRO COM 10.00 M3) / CODIGO: 40025532 WHITE M
OXIGENIO SUPER SECO (CILINDRO COM 8.000 OU 10M3) / CODIGO: 4
PALHETA DIREITA PARA LAVADOR DE ROSCA FACO LD-24 DESENHO ORZ
PENDENTE CIRCULAR EM ACRILICO PARA LAMPADA DE ATE 25W, DIMEN SOES: 60cm DE DIAMETRO x 30cm DE ALTURA FABRICANTE NEW LINE
PENDENTE NODULO CURVO NA COR BRANCO, DIMENSOES: 80cm X 30cm X 20cm, FABRICANTE QUARTO CRESCENTE
PENDENTE PLISSADO RETO NA COR BRANCO, DIMENSOES: 2m X 20cm X 30cm FABRICANTE QUARTO CRESCENTE
PENEIRA REDONDA CAIXILHO EM ACO INOX DE 8 X 1 ABERTURA DE
PEROXIDO DE HIDROGENIO 30% MERCK
PEROXIDO DE SODIO GRANULADO
PINO DA RODA DA VAGONETA. CONFORME POS. 4 DO DESENHO
PLACA DE CONTATO PARA ELETRODO Ø 800MM. FORNO 2 CONFORME DES
ROLAMENTO AUTOCOMPENSADOR DE ROLOS. FABRICANTE SKF (NAO SIMI
ROLETE DE CARGA
ROLETE DE CARGA PARA TC-36
ROLETE DE IMPACTO
ROLETE DE RETORNO 4-14200700 X 102MM
ROTOR EM BORRACHA NATURAL PARA BOMBA 4 X 3 X 9 SRC. RUBBERP
SEDE REFRATARIA ALUMINOSA PRE-MOLDADA. CURADA. COM CONCRETO
SODA CAUSTICA PARA CONTROLE DE PH. (EMBALAGEM CONTAINER 1500)
SULFATO DE HIDRAZINA P.A 99% MINIMO (EMBALAGEM 100 GRAMAS)
SULFATO FERROSO AMONIACAL HEXAHIDRATADO P.A. 99% MINIMO
TINTA REFRATARIA PARA PINTURA DE CANAL DE CORRIDA (BALDE COM
TISSOULFATO DE SODIO PENTAHIDRATADO. FABRICANTE MERCK
TONER PARA IMPRESSORA HP LASERJET 600 M602
VALVULA GAVETA BRONZE COM HASTE ASCENDENTE 200 LBS. EXTREMID
VALVULA GAVETA FERRO FUNDIDO HASTE INTERNA NAO ASCENDENTE 12

A glosa de crédito fiscal de que cuida este item da autuação, diz respeito à matéria recorrente no âmbito deste CONSEF, sendo que a jurisprudência predominante aponta no sentido de que, entre os itens acima elencados, descreve a exigência fiscal no tocante aos produtos abaixo indicados, haja vista que, de fato, se caracterizam como insumos do processo produtivo da empresa, portanto, havendo admissibilidade do crédito fiscal utilizado pelo autuado.

Diante disso, procedo a exclusão dos valores exigidos quanto aos referidos produtos, conforme demonstrativo abaixo:

MÊS/ANO	PRODUTOS				TOTAL/MÊS EXCLUSÃO
	CUNHA	MANDIBULA	REVESTIMENTOS	TELA DE AÇO	
jan/13	0,00	1.424,33	0,00	305,36	1.729,69
fev/13	93,70	579,89	0,00	370,73	1.044,32
mar/13	0,00	1.563,74	0,00	744,75	2.308,49
abr/13	0,00	3.055,58	0,00	499,18	3.554,76
mai/13	0,00	0,00	0,00	613,06	613,06
jun/13	0,00	1.255,52	0,00	966,56	2.222,08
jul/13	0,00	387,87	0,00	614,96	1.002,83
ago/13	0,00	1.553,73	0,00	796,65	2.350,38
set/13	0,00	1.316,93	0,00	657,80	1.974,73
out/13	0,00	700,71	0,00	933,62	1.634,33
nov/13	0,00	1.014,86	0,00	248,30	1.263,16
dez/13	0,00	1.655,20	0,00	730,51	2.385,71
TOTAL/2013	93,70	14.508,36	0,00	7.481,48	22.083,54
jan/14	0,00	1.257,79	0,00	1.517,23	2.775,02
fev/14	0,00	2.627,05	0,00	80,06	2.707,11
mar/14	56,92	2.229,37	16,45	2.911,63	5.214,37
abr/14	72,80	6.705,01	0,00	400,17	7.177,98
mai/14	0,00	689,92	0,00	943,48	1.633,40
jun/14	0,00	0,00	0,00	726,96	726,96
jul/14	0,00	1.716,94	0,00	2.512,86	4.229,80
ago/14	0,00	652,87	0,00	901,81	1.554,68
set/14	0,00	578,68	0,00	1.606,24	2.184,92
out/14	0,00	2.106,94	75,95	626,92	2.809,81
nov/14	79,35	1.777,75	28,52	1.827,02	3.712,64
dez/14	0,00	5.191,56	0,00	1.423,61	6.615,17
TOTAL/2014	209,07	25.533,88	120,92	15.477,99	41.341,86
TOTAL GERAL	302,77	40.042,24	120,92	22.959,47	63.425,40

Entretanto, no que concerne aos demais produtos arrolados na autuação, a glosa do crédito fiscal se apresenta correta, haja vista que se trata de bens de uso e consumo, portanto, não participando diretamente do processo produtivo da empresa.

Assim sendo, a infração 1 é parcialmente subsistente, no valor de R\$286.002,74, conforme demonstrativo de débito abaixo e planilhas acostadas aos autos em disco de armazenamento (fls. 496 a 510):

MÊS /ANO	TOTAL/MÊS EXCLUSÃO	VALOR LANÇADO	VALOR REMANESCENTE
jan/13	1.729,69	19.978,98	18.249,29
fev/13	1.044,32	6.425,62	5.381,30
mar/13	2.308,49	7.141,39	4.832,90
abr/13	3.554,76	11.229,18	7.674,42
mai/13	613,06	6.367,32	5.754,26
jun/13	2.222,08	6.088,52	3.866,44
jul/13	1.002,83	7.267,61	6.264,78
ago/13	2.350,38	19.345,11	16.994,73
set/13	1.974,73	10.233,81	8.259,08
out/13	1.634,33	9.117,53	7.483,20
nov/13	1.263,16	10.863,85	9.600,69
dez/13	2.385,71	16.540,16	14.154,45
TOTAL/2013	22.083,54	130.599,08	108.515,54
jan/14	2.775,02	10.386,98	7.611,96
fev/14	2.707,11	20.506,71	17.799,60
mar/14	5.214,37	29.545,95	24.331,58
abr/14	7.177,98	19.459,83	12.281,85
mai/14	1.633,40	15.295,53	13.662,13

jun/14	726,96	8.144,08	7.417,12
jul/14	4.229,80	16.335,79	12.105,99
ago/14	1.554,68	9.994,83	8.440,15
set/14	2.184,92	23.126,04	20.941,12
out/14	2.809,81	25.241,51	22.431,70
nov/14	3.712,64	13.671,57	9.958,93
dez/14	6.615,17	27.120,24	20.505,07
TOTAL/2014	41.341,86	218.829,06	177.487,20
TOTAL GERAL	63.425,40	349.428,14	286.002,74

No respeitante à infração 6 - *Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento* -, observo que está vinculada diretamente à infração 1. O autuado sustenta que descabe a exigência do ICMS referente à diferença de alíquotas, pois não se trata de aquisição de materiais para uso e consumo, mas sim de produtos intermediários utilizados integralmente no seu processo produtivo, conforme demonstrado na infração 1.

Do mesmo modo como consignado no exame da infração 1, com fulcro no artigo 147, II, “a” e “b” do RPAF/99, indefiro o pedido de realização de perícia, haja vista que as provas dos fatos não dependem do conhecimento especial de técnicos, sendo totalmente desnecessária, em vista das provas produzidas.

Na realidade, o imposto atinente à diferença de alíquotas exigido neste item da autuação, é cabível com relação àqueles mesmos produtos mantidos na infração 1, adquiridos fora do Estado da Bahia, haja vista que se trata de bens de uso e consumo do estabelecimento.

Por outro lado, descabe a exigência quanto aos produtos excluídos da infração 1, por se tratar de insumos do processo produtivo do autuado, portanto, não se tratando de bens de uso e consumo do estabelecimento. Assim sendo, os valores e produtos a serem excluídos são os seguintes:

MÊS /ANO	PRODUTOS				TOTAL/MÊS EXCLUSÃO
	CUNHA	MANDIBULA	REVESTIMENTOS	TELA DE AÇO	
jan/13	0,00	2.034,74	0,00	436,23	2.470,97
fev/13	133,86	982,50	0,00	529,62	1.645,98
mar/13	0,00	2.079,83	0,00	1.063,93	3.143,76
abr/13	0,00	4.365,12	0,00	713,11	5.078,23
mai/13	0,00	0,00	0,00	875,80	875,80
jun/13	0,00	1.793,60	0,00	1.380,80	3.174,40
jul/13	0,00	554,10	0,00	1.012,83	1.566,93
ago/13	0,00	2.219,61	0,00	1.138,06	3.357,67
set/13	0,00	1.881,33	0,00	1.108,21	2.989,54
out/13	0,00	1.001,02	0,00	1.681,88	2.682,90
nov/13	0,00	1.449,80	0,00	354,72	1.804,52
dez/13	0,00	2.364,56	0,00	1.043,58	3.408,14
TOTAL/2013	133,86	20.726,21	0,00	11.338,77	32.198,84
jan/14	0,00	1.796,84	0,00	2.167,46	3.964,30
fev/14	0,00	3.753,04	0,00	259,88	4.012,92
mar/14	81,32	3.185,47	23,50	4.194,55	7.484,84
abr/14	104,00	9.578,59	0,00	571,66	10.254,25
mai/14	0,00	985,60	0,00	1.566,40	2.552,00
jun/14	0,00	0,00	0,00	1.085,08	1.085,08
jul/14	0,00	3.655,91	0,00	3.748,58	7.404,49
ago/14	0,00	932,68	0,00	1.288,30	2.220,98
set/14	0,00	826,67	0,00	2.350,54	3.177,21
out/14	0,00	3.118,15	108,50	895,60	4.122,25
nov/14	230,00	2.554,83	40,74	2.610,03	5.435,60
dez/14	0,00	7.445,95	0,00	2.033,73	9.479,68
TOTAL/2014	415,32	37.833,73	172,74	22.771,81	61.193,60
TOTAL GERAL	549,18	58.559,94	172,74	34.110,58	93.392,44

O impugnante alega que caso se entenda pela remota possibilidade da procedência total ou parcial da infração 6, fato que não espera e confia, devem ser excluídos os materiais classificados como ativo permanente, em virtude da existência do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

Sustenta que é beneficiário do Programa DESENVOLVE, por meio da Resolução 147/2005 e, desse modo, nas aquisições oriundas de outros Estados de ativo imobilizado, não incidirá diferencial de alíquotas, com fulcro no inciso I, do art. 1º da Resolução 147/2005, até o momento da sua desincorporação.

Assevera que conforme declarado pelo próprio autuante em seu Relatório de Auditoria, este classifica no item 2.4, ativos imobilizados, que são objeto de lançamento do diferencial de alíquotas na infração 6, contrariando o benefício fiscal concedido pela Resolução 147/2005.

Salienta que nesse sentido, e em conformidade com o item 2.4 do Relatório de Auditoria elaborado pelo autuante, foram glosados os créditos das aquisições abaixo descritas, classificadas como ativo imobilizado pelo próprio autuante: bucha de descarga, calha da contra cunha, chapas, correias, cunha de fixação, cunha lateral, mandíbulas, martelo, molde, palheta, peneira, pino de roda, placa de contato, pressostato de alta pressão, revestimentos, rolamentos, roletes, rotor, telas, tintas e válvulas.

Diz que desse modo, devem ser excluídos da autuação os ativos imobilizados que tiveram os créditos glosados, em virtude da existência de diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas importações e nas aquisições neste Estado e noutras unidades da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação.

Observo que o autuante contesta a alegação defensiva, afirmando que o impugnante incorre em equívoco, haja vista que no referido item 2.4 (fls. 18/19, volume I), subitem do item 2, fl. 17, consta “MATERIAIS/PARTES/PEÇAS DE REPOSIÇÃO” de ativos imobilizados, porém, que são, de fato, “MATERIAIS DE USO E CONSUMO”, com utilização de créditos indevidos.

Constatou que assiste razão ao autuante. Na realidade, este não indicou se tratar de “ativos imobilizados”, mas sim de materiais/partes e peças de reposição referentes a bens do ativo imobilizado, classificando-os como materiais de uso e consumo.

A meu sentir, a pretensão defensiva de aplicação do benefício do Programa DESENVOLVE não se aplica ao caso, considerando que os itens mantidos nesta infração efetivamente têm a natureza de materiais de uso e consumo, e não de ativo imobilizado.

Desse modo, com a exclusão dos itens acima aduzidos, a infração 6 é parcialmente procedente no valor de R\$378.062,95, conforme demonstrativo de débito abaixo, e planilhas constantes no disco de armazenamento acostado aos autos (fls. 496/510).

MÊS /ANO	TOTAL/MÊS EXCLUSÃO	VALOR LANÇADO	VELOR REMANESCENTE
jan/13	2.470,97	27.158,12	24.687,15
fev/13	1.645,98	6.799,24	5.153,26
mar/13	3.143,76	8.381,99	5.238,23
abr/13	5.078,23	15.666,07	10.587,84
mai/13	875,80	6.067,84	5.192,04
jun/13	3.174,40	6.620,12	3.445,72
jul/13	1.566,93	11.105,96	9.539,03
ago/13	3.357,67	24.935,03	21.577,36
set/13	2.989,54	12.862,75	9.873,21
out/13	2.682,90	10.583,63	7.900,73
nov/13	1.804,52	20.506,33	18.701,81
dez/13	3.408,14	21.187,17	17.779,03
TOTAL/2013	32.198,84	171.874,25	139.675,41
jan/14	3.964,30	14.690,23	10.725,93
fev/14	4.012,92	26.360,02	22.347,10

mar/14	7.484,84	45.286,97	37.802,13
abr/14	10.254,25	27.569,39	17.315,14
mai/14	2.552,00	20.137,65	17.585,65
jun/14	1.085,08	12.539,18	11.454,10
jul/14	7.404,49	21.617,58	14.213,09
ago/14	2.220,98	14.204,26	11.983,28
set/14	3.177,21	27.346,18	24.168,97
out/14	4.122,25	32.313,03	28.190,78
nov/14	5.435,60	18.189,73	12.754,13
dez/14	9.479,68	39.326,92	29.847,24
TOTAL/2014	61.193,60	299.581,14	238.387,54
TOTAL GERAL	93.392,44	471.455,39	378.062,95

Quanto às infrações 7 e 8 - impugnadas conjuntamente pelo autuado -, a nulidade arguida por não ter recebido nenhum anexo, demonstrativo, lista ou planilha em meio magnético, resta ultrapassada, em face da análise feita linhas acima.

O impugnante alega que apurou que várias notas fiscais recebidas estão registradas no exercício seguinte, por conta de o registro ser efetuado quando da entrada no estabelecimento, quando da entrada em seu estoque. Alega que 724 notas fiscais emitidas em 2013 foram registradas em 2014, e 767 notas emitidas em 2014, foram registradas em 2015.

Alega, ainda, que detectou a existência de notas fiscais que tiveram suas mercadorias devolvidas mediante emissões de notas fiscais de retorno pelo próprio remetente, desfazendo a operação, não tendo a empresa que registrar a nota de venda original, nem emitir nenhum documento. Acrescenta que no caso, foram 168 notas fiscais em 2013 e 93 em 2014.

Assevera, também, que identificou que várias notas fiscais foram registradas com divergências apenas no modelo do documento fiscal, mas pelo CNPJ do remetente e valor, bem como data de emissão, observa-se que as notas fiscais foram devidamente registradas, sendo 3.587 notas fiscais em 2013 e 1.104 em 2014.

Registra que para comprovar essas alegações, anexou CD (Doc. 11) com as seguintes planilhas, com todos os detalhes necessários para identificação:

- NOTAS LANÇADAS COM DIVERGENCIAS MODELO_SERIE OU CHAVE_2013
- NOTAS LANÇADAS COM DIVERGENCIAS MODELO_SERIE OU CHAVE_2014
- NOTAS LANÇADAS COM DIVERGENCIAS MODELO_SERIE OU CHAVE_2013
- NOTAS LANÇADAS COM DIVERGENCIAS MODELO_SERIE OU CHAVE_2014
- OPERAÇÕES DEVOLVIDAS PELO REMETENTE_2013
- OPERAÇÕES DEVOLVIDAS PELO REMETENTE_2014

Consigna, adicionalmente, que não houve dolo, fraude ou simulação ou qualquer falta de registro, não sendo devido imposto pela entrada, bem como que não gerou imperfeição no recolhimento do ICMS devido, razão pela qual requer seja cancelada a multa imposta. Neste sentido, invoca o art. 158 do RPAF/99.

Vejo que o autuante contesta as alegações defensivas. Afirma que a alegação defensiva referente à existência de notas fiscais lançadas no exercício seguinte, notas fiscais devolvidas, notas com divergências no modelo ou número de chave, conforme planilhas apresentadas com essas notas fiscais, não procedem, haja vista que referidas notas fiscais não constam do seu levantamento de notas fiscais não lançadas no registro de entradas. Assevera que foram consideradas e excluídas dos levantamentos, durante a realização dos trabalhos de auditoria, inexistindo qualquer relação com os levantamentos e as multas impostas.

Reafirma que no CD apresentado pelo impugnante e as planilhas que elaborou, nada tem a ver com as notas fiscais não escrituradas, objeto dessas infrações.

Assevera que o autuado alega, mas não prova o alegado, bem como não mostra nenhuma evidência ou evento, por amostragem, conforme aduzido anteriormente:

Diz que o impugnante alega a existência de várias inconsistências, porém, não apresentou amostragem nenhuma, ou inconsistência nenhuma, não indicando nenhuma nota fiscal com

multa cobrada que esteja lançada.

Efetivamente, apesar das alegações defensivas, não vislumbro nos documentos aduzidos pelo impugnante as suas alegações.

Observa-se claramente que não existe qualquer relação entre as alegações defensivas e os documentos aduzidos referentes a estas infrações.

Diante disso, as infrações 7 e 8 são procedentes.

No tocante ao pedido de dispensa ou redução da multa, não vislumbro nos autos qualquer justificativa plausível suscitada pelo impugnante, para não escrituração das notas fiscais arroladas na autuação em período tão longo, ou seja, nos exercícios de 2013 e 2014.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme o demonstrativo abaixo:

INF	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO	MULTA	RESULTADO
01	349.428,14	286.002,74	60%	PROCEDENTE EM PARTE
02	134,75	134,75	100%	PROCEDENTE
03	3.924,29	3.924,29	60%	PROCEDENTE
04	1.714,30	1.714,30	60%	PROCEDENTE
05	502.080,55	0,00	100%	IMPROCEDENTE
06	471.455,39	378.062,95	60%	PROCEDENTE EM PARTE
07	19.169,68	19.169,68	-----	PROCEDENTE
08	395.294,03	395.294,03	-----	PROCEDENTE
Total	1.743.201,13	1.084.302,74		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279696.0001/17-4, lavrado contra **CIA. DE FERRO LIGAS DA BAHIA – FERBASA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$669.839,03**, acrescido das multas de 60% sobre R\$669.704,28 e 100% sobre R\$134,75, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$414.463,71**, previstas nos incisos XI e IX, reduzida a multa em obediência à Lei nº 13.461/2015, c/c art. 106, II, “c” da Lei nº 5.172/66 (CTN), do mesmo artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a”, do RPAF-BA/99 aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR