

A. I. N° - 206986.0011/15-0
AUTUADO - BRASKEM S.A.
AUTUANTE - LUIZ CARLOS PRATES SANTOS e ANTONIO TORRES DE BARROS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 30.08.2019

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0139-02/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO INDEVIDO. MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Considera-se material de uso e consumo às aquisições de mercadorias que não serão integradas ou consumidas no processo de industrialização, com espeque no inciso II do Art. 21 da Lei Complementar 87/96 e inciso I do §4º do Art. 29 da Lei 7.014/96. Não restou comprovado que as mercadorias objeto da autuação se tratavam de matéria prima ou material intermediário ou secundário. Infração subsistente. ICMS. 2. DIFERENÇA ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Comprovado não serem integradas ou consumidas ao processo de industrialização. Infração subsistente. ICMS. 3. MATERIAL DE USO OU CONSUMO. DIFERENÇA ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERESTADUAIS. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. A Lei Complementar 87/96, determina a incidência do aludido imposto nas citadas transferências interestaduais, uma vez que os estabelecimentos são considerados autônomos com fundamento no art. 11, §3º, II da LC 87/96. A Súmula 166 do STJ, não pode impor seus efeitos em relação a Lei Complementar 87/96 e a Lei Estadual 7.014/96, posto que estas últimas ingressaram no ordenamento jurídico pátrio em momento posterior a edição da referida súmula. Infração subsistente. ICMS. 4. FALTA DE COMPROVAÇÃO RETORNO AO ESTABELECIMENTO DE ORIGEM. MERCADORIA OU BEM ENVIADO PARA CONERTO. Comprovado retorno em parte das mercadorias e bens. Infração subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 29/09/2015 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de **R\$1.131.097,39**, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 16.01.02 – *Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(is) sem o devido registro na escrita fiscal.* No valor de **R\$ 199.894,67**, referente ao período de janeiro de 2012 a dezembro 2013;

COMPLEMENTO: “*A partir de cruzamento de dados digitais nos nossos Sistemas de Fiscalização – Circularização com Fornecedores e Remetentes Diversos, juntamente com a captação de notas fiscais nos Postos Fiscais, detectamos que Fornecedores e Remetentes diversos enviaram mercadorias para este contribuinte ora autuado e as mesmas não foram lançadas na Escrita Fiscal – EFD (livros fiscais próprios). Conforme Demonstrativo anexo – INFRAÇÃO 01*”.

Infração 02 - 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. No valor de R\$ 409.047,71, referente ao período de janeiro, março, maio, junho, agosto a dezembro de 2012; janeiro a abril, julho a dezembro de 2013;

COMPLEMENTO: “A partir de cruzamento de dados digitais nos nossos Sistemas de Fiscalização – Circularização com Fornecedores e Remetentes Diversos, juntamente com a captação de notas fiscais nos Postos Fiscais, detectamos que Fornecedores e Remetentes diversos enviaram mercadorias para este contribuinte ora autuado e as mesmas não foram lançadas na Escrita Fiscal – EFD (livros fiscais próprios). Conforme Demonstrativo anexo – INFRAÇÃO 02”.

Infração 03 - 01.02.02 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. No valor de R\$ 25.471,53, referente ao período de janeiro de 2012 a dezembro de 2013;

COMPLEMENTO: “Creditou-se indevidamente de mercadorias destinadas a uso e consumo. A maior parte dos materiais listados no Demonstrativo anexo são usados como inibidor de corrosão, dispersantes, biocidas e anti corrosivos no tratamento de água de refrigeração. Quanto ao gás natural, autuado apenas os 15% destinado à queima do flare. Conforme Demonstrativo anexo – INFRAÇÃO 03”.

Infração 04 - 06.02.01 – “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. No valor de R\$ 10.254,65, referente ao período de janeiro de 2012 a novembro de 2013;

COMPLEMENTO: “Esta Infração decorre da anterior, infração 03 – 01.02.02, pois se referem aos mesmos produtos elencados nas mesmas notas fiscais, relativamente as entradas interestaduais. Conforme Demonstrativo anexo – INFRAÇÃO 04”.

Infração 05 - 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. No valor de R\$ 9.058,62, referente ao período de junho, novembro e dezembro de 2013;

COMPLEMENTO: O Contribuinte não recolheu o ICMS nas Transferências de Mercadorias Tributáveis. Conforme Demonstrativo anexo – INFRAÇÃO 05.

Infração 06 - 06.02.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. No valor de R\$1.271,28, referente ao período de janeiro, março, abril, junho, julho, agosto e dezembro de 2012;

COMPLEMENTO: “Ressalvamos que após Intimado, o Contribuinte em 19/09/2015, informou não ter localizado as notas fiscais referentes a esta Infração, na planilha do cálculo da Diferencial de Alíquota elaborada pela Empresa. Conforme Demonstrativo anexo – INFRAÇÃO 06”.

Infração 07 - 02.01.02 – Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. No valor de R\$25.920,00, referente ao período de agosto de 2012;

COMPLEMENTO: “O Contribuinte deixou de escriturar no Livro Fiscal de Saída de Mercadorias – EFD notas fiscais de saída tributadas ATIVAS, conforme constatamos consultando o Portal Nacional da Nota Fiscal Eletrônica e site da Sefaz-BA. Conforme Demonstrativo anexo – INFRAÇÃO 07”.

Infração 08 - 01.02.42 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. No valor de R\$110.439,84, referente ao período de janeiro de 2012;

COMPLEMENTO: “Crédito indevido referente a NF cancelada pelo emitente e creditada por esta empresa no Livro de Reg. Entrada. O cancelamento desta NF-e comprovado através de consulta ao Portal Nacional da Nota Fiscal Eletrônica e site da Sefaz/Ba, consoante documento anexo. Conforme Demonstrativo anexo – INFRAÇÃO 08”

Infração 09 - 01.06.01 – *Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. No valor de R\$4.159,09, referente ao período de janeiro de 2013;*

COMPLEMENTO: “*Estorno de débito indevido, no valor de R\$ 4.159,09, lançado no Apuração do mês de janeiro/13, de ICMS destacado nas NFS de saída 30.118 e 30.132, respectivamente nos valores do imposto de R\$2.059,09 e R\$2.100,00, sob o argumento improcedente de que o destinatário, situado em São Paulo, não se creditou, por estar enquadrado no Simples Nacional. Conforme documentos comprobatórios anexos*”;

Infração 10 - 02.01.26 – *Deixou de recolher o ICMS de mercadorias enviadas para Industrialização – conserto ou operações similares – sem o devido retorno ao estabelecimento de origem. No valor de R\$ 335.580,00, referente ao período de janeiro, maio e dezembro de 2012; março, setembro, outubro e dezembro de 2013.*

COMPLEMENTO: “*Promoveu a saída de bens destinados para conserto e os citados bens não retornaram. Ressalvamos que em 20/07/2005, expedimos a 3ª Intimação, portanto há mais de 2 meses e o contribuinte comprovou o retorno parcial de alguns bens, entretanto até a presente, no encerramento desta auditoria, não tinha apresentado as NFS de retorno relativas as NFS listadas no Demonstrativo anexo, e consoante o art. 279 § único do RICMS-BA vigente, a Empresa fica sujeita ao pagamento do imposto. Conforme Demonstrativo anexo – INFRAÇÃO 10*”.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 89 a 131, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir:

A defesa inicia a peça defensiva discorrendo sobre o título “*I. DOS FATOS*”, quando relatou que a Impugnante é pessoa jurídica de direito privado, dedicada à industrialização e comercialização de produtos petroquímicos, e contribuinte do ICMS, tendo sido alvo de atividade fiscalizadora, que teve por objetivo averiguar a lisura dos procedimentos fiscais por ela adotados nos anos de 2012 e 2013.

Após reproduzir as acusações fiscais disse que ao analisar detidamente cada uma das infrações reconhece a procedência parcial da autuação fiscal em apreço, especificamente no que tange aos ITENS 08 e 09, pelo que se compromete a trazer aos autos os respectivos comprovantes de quitação o mais breve possível.

Adentrando ao título “*2. DA SUPOSTA FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS (ITENS 01 E 02 DO AUTO DE INFRAÇÃO)*”, disse que a peça acusatória, consistentes no suposto descumprimento de obrigações acessórias, cominaram em seu total multas que perfazem R\$ 608.942,38, e que estas multas correspondem a 10% (dez por cento) e 1% (um por cento), respectivamente, do valor das mercadorias, que tenham entrado no estabelecimento sem o respectivo registro na escrita fiscal.

Ressaltou que no tange à infração 01, a fiscalização arguiu que a Impugnante *deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal*, relacionando, no Anexo 01, os documentos fiscais que, a princípio, deram ensejo à cobrança de multa equivalente a 1% do valor das operações por estes acobertadas.

E que em relação à infração 02, os prepostos fazendários exigiram a aludida multa sob a justificativa de que a ora Impugnante *deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal*; tendo elaborado planilha (Anexo 01) listando as notas fiscais que, supostamente, deram azo à presente autuação e aplicando sobre o valor das operações consignado em tais documentos multa de 10%.

Assevera que as referidas multas não devem subsistir, tendo em vista:

- “a) a grande maioria das notas fiscais tidas como não escrituradas nos Livros Registro de Entradas foram devidamente registradas;*
- “b) a situação vertente se amolda às circunstâncias previstas no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/1996, que autorizam o seu cancelamento, o que revela medida consentânea com os*

princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; e, finalmente,

c) em razão de o levantamento fiscal que deu ensejo à imposição das penalidades combatidas basear-se em meros indícios; ofendendo os princípios da verdade material, da segurança jurídica e do contraditório”.

Passando a discorrer sobre o sub título “A) DO EFETIVO REGISTRO DAS NOTAS FISCAIS LISTADAS NOS DEMONSTRATIVOS ANEXOS AO AUTO DE INFRAÇÃO”, disse que as multas são exorbitantes e que diante disso a Impugnante realizou um trabalho que consistiu em localizar a escrituração de cada nota fiscal listada nos demonstrativo fiscais anexos ao auto de infração, ora combatido, nos seus Livros Registros de Entradas, vindo a perceber que diversas notas fiscais listadas pela fiscalização encontravam-se devidamente escrituradas nos seus Livros Registro de Entradas de Mercadorias, contrariamente ao quanto afirmado pelos Srs. Fiscais Autuantes, conseguindo identificar o devido registro das notas fiscais relacionadas na planilha que disse haver anexado à presente peça (**doc. 03**), fls. 151 e 152 em cotejo com as cópias dos “Registros Fiscais dos Documentos de Entradas de Mercadorias e Aquisição de Serviços”, gerado pelo Sistema Público de Escrituração Digital (Sped) (**doc. 04**) fls. 153 a 169.

Todavia, em relação às demais notas fiscais, disse que a Impugnante ainda não deu por concluídos seus trabalhos de busca, de modo que continuará empenhando incansáveis esforços para identificar os motivos pelos quais a Fiscalização não identificou a escrituração destes documentos fiscais nos livros fiscais próprios. Asseverou não haver sentido que uma empresa do porte da Impugnante, que é objeto de auditorias independentes ano a ano, cometa tão acintosa falha em seus controles fiscais.

Discorrendo sobre o sub título “B) DA NECESSIDADE DO CANCELAMENTO DAS MULTAS IMPOSTAS COMO FORMA DE REALIZAR OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE” disse que conforme pontuado na presente impugnação, por meio dos itens 01 e 02, a fiscalização estadual pretende exigir da Impugnante o pagamento das multas, capituladas no art. 42, IX e XI, da Lei n.º 7.014/96, correspondente, respectivamente, a 10% (dez por cento) e 1% (um por cento), do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação, que tenha entrado no estabelecimento sem o registro na escrita fiscal.

Aduziu ser cediço que a aplicação da sanção tributária deve sempre guardar um vínculo com o objetivo da sua imposição, posicionando-se de forma proporcional entre o *quantum* da multa e o valor do tributo, bem como se atrelando ao grau de culpabilidade do agente, trazendo doutrina como fundamento.

Afirmou que em razão disso que o legislador concedeu, no § 7º, do art. 42, da Lei n.º 7.014/96, reproduzido pelo art. 158, do Decreto n.º 7.629/99, que instituiu o RPAF, (que reproduziu) ao órgão julgador o poder de dosar a penalidade aplicável ao contribuinte infrator em função do grau da sua culpabilidade e dos prejuízos causados ao Erário.

Diz que a referida legislação permite que o cancelamento da multa pelo órgão julgador esteja condicionado ao atendimento de alguns requisitos, quais sejam: “(i) a penalidade deve decorrer do descumprimento de obrigação acessória; (ii) a conduta infratora não pode ter sido praticada com dolo, fraude ou simulação; e (iii) a infração não pode ter implicado na falta de recolhimento do imposto.” Concluindo que tais premissas aplicam-se perfeitamente ao caso concreto.

Afirmou que a ausência de escrituração das notas fiscais não se deu de maneira dolosa, fraudulenta ou dissimulada, e que se fosse o caso caberia ao Fisco comprovar, de forma incontestável, a ocorrência de dolo, fraude ou simulação no caso em apreço.

Acrescentou que o Erário baiano não deixou de arrecadar o imposto estadual, já que o que a fiscalização exige é tão somente multa e não o tributo devido nessas operações. O que entende confirmar que no caso sob análise ocorreu simplesmente o não cumprimento de uma obrigação acessória atinente ao ICMS, por uma questão meramente operacional e que esta não foi praticada com dolo, fraude ou simulação; mas sim, decorreu de falha cometida pelos prepostos da

Impugnante, que, por um lapso, deixaram de escriturar nos Registros de Entradas algumas das notas fiscais referentes a entradas ocorridas no período fiscalizado.

Pontuou que tal fato trouxe malefícios apenas à própria Impugnante, que não se creditou do imposto destacado nos referidos documentos fiscais, não implicando em dano ao Estado da Bahia que, em momento algum, deixou de arrecadar os impostos estaduais, quando efetivamente devidos.

Perguntou: a) *“existiria alguma razão para a Impugnante agir de forma dolosa, fraudulenta ou dissimulada, ao não registrar as entradas de mercadorias, se isso não lhe oneraria em nada, pelo contrário, geraria o risco de, eventualmente, vir a ser apenada pelo descumprimento de obrigação acessória?”.*

b): *“existiria alguma razão para a Impugnante agir de forma dolosa, fraudulenta ou dissimulada, ao não escriturar as entradas de mercadorias sujeitas à tributação, já que estas, em regra, geravam, por consequência, direito ao aproveitamento do crédito do imposto?”.*

Concluindo em seguida: *“A resposta para tais questionamentos certamente é NÃO!”.*

Registrhou que a situação aqui descrita se amoldaria perfeitamente ao núcleo do §7º, art. 42, da Lei n.º 7.014/96, já que estamos diante de hipótese a que alude tal norma, de descumprimento de obrigação acessória, sem dolo, fraude ou simulação, e que não tenha implicado em dano ao erário estadual.

Rematou que todos os requisitos autorizadores do cancelamento da multa, impostos pelo §7º, art. 42, da Lei n.º 7.014/96 foram devidamente atendidos, pelo que, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, cabe a esta I. Junta de Julgamento cancelar a multa consubstanciada nos itens do auto de infração em comento. Em seguida alinhou algumas decisões deste consef (ACÓRDÃO CJF Nº 0037-11/10, ACÓRDÃO CJF Nº 0433-13/13, ACÓRDÃO CJF Nº 0250-11/10, ACÓRDÃO CJF Nº 0025-11/10, reproduzindo excertos, que disse no sentido que defende, e pedindo ao final o cancelamento das multas combinadas, previstas nos incisos IX e XI, do art. 42, da Lei n.º 7.014/96.

Abordando acerca do sub título “C) DA IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO BASEADO EM MEROS INDÍCIOS” afirmou que com vistas a verificar o cumprimento, por parte da Impugnante, das obrigações acessórias a que esta se encontra adstrita, a fiscalização teria apenas cotejado as Notas Fiscais Eletrônicas com a Escrituração Fiscal Digital (EFD) do estabelecimento autuado. Mas que de tal cotejo resultou que, não tendo identificado o registro de algumas notas fiscais no referido programa, a fiscalização lançou as multas decorrentes da falta de escrituração dos documentos fiscais, à razão de 10% do valor das operações tributáveis, e à proporção de 1% do valor das operações não tributadas.

Ressaltou que tal procedimento mostrou-se raso, superficial, na medida em que estaria supostamente lastreado em dados oriundos de programas eletrônicos que, muito embora devam espelhar com fidedignidade as operações realizadas pelas pessoas jurídicas, podem estar maculados de erros em seu preenchimento, que invalidem as informações deles extraídas.

Disse que caberia à fiscalização investigar, *in loco*, no estabelecimento da Impugnante, o cumprimento dos seus deveres instrumentais, mediante o exame apurado dos arquivos, documentos e sistemas.

Mas disse que não foi isto que fez a fiscalização, que esta teria se limitado a observar as informações lançadas na EFD, tendo deixado de examinar os demais meios de prova, concluindo o levantamento de modo apressado e incompleto, equivalendo a tributar com base em meros indícios, já que não foram exauridos todos os artifícios a que a fiscalização tinha acesso para verificar se a lisura da conduta da Impugnante.

Afirmou que a fiscalização, de posse apenas dos indícios que extraiu dos dados constantes da EFD, presumiu o não cumprimento da obrigação acessória a que a Impugnante está jungida.

Perguntou: *“É admissível, caros julgadores, atribuir a Impugnante uma infração, se nem sequer*

foi realizada uma investigação profunda pela fiscalização, que lhe permitisse concluir pelo real descumprimento de obrigação acessória?".

Concluiu que a resposta seria não e juntou diversos julgados oriundos de tribunais administrativos de outros Estados da Federação, reproduzindo excertos de suas ementas.

Asseverou que compete ao Fisco exaurir todos os meios de prova capazes de respaldar a ocorrência da infração que imputa ao sujeito passivo, reproduzindo doutrina nesse sentido.

Perguntou ainda: *"Se, de fato, foi com base nas informações obtidas na EFD que a fiscalização alcançou as conclusões que deram azo ao lançamento, onde estão as provas das acusações?"*.

Acusou que não foram sequer disponibilizados à Impugnante os relatórios ou extratos da EFD de onde teriam, supostamente, partido os dados aproveitados pela fiscalização, que lhe permitissem visualizar, ao menos, como foi identificado o cometimento de infração à legislação tributária.

O que afirmou ter dificultado a defesa da Impugnante, a quem competiria provar o contrário do quanto é alegado na peça acusatória, sem que disponha de qualquer elemento que demonstrem a ocorrência da acusação que lhe foi perpetrada.

Aduziu que o procedimento adotado pela fiscalização ofendeu o princípio do contraditório e da ampla defesa, albergado pela Constituição Federal, em seu art. 5º, que reproduziu.

Requer que seja julgada improcedente a acusação fiscal neste particular, cancelando-se, como consequência as multas lançadas.

E eventualmente, considerando a hipótese de não serem aceitos os argumentos que os autos sejam baixados em diligência, para que seja atestada, por auditor fiscal estranho ao feito, as falhas que permeiam o levantamento que originou o lançamento combatido.

Discorrendo sobre o tópico *"3. DO ALEGADO CREDITAMENTO INDEVIDO REFERENTE ÀS AQUISIÇÕES DE SUPOSTOS MATERIAIS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO DA IMPUGNANTE E DO CONSEQUENTE NÃO RECOLHIMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS (ITENS 03 e 04)"* começou relatando que tendo em vista a íntima relação estabelecida entre as exações consubstanciadas nos itens 03 e 04 do auto de infração, a Impugnante se reserva o direito de combatê-los simultaneamente, defendendo o direito ao crédito fiscal relativo aos materiais supostamente adquiridos para seu uso e consumo, direito este que, uma vez reconhecido, implica no imediato afastamento da exigência do diferencial de alíquotas correspondente.

Disse que para o regular exercício das suas atividades, a Impugnante adquire diversos produtos, tais como Dispersantes Inorgânicos e Inibidores de Corrosão utilizados no tratamento do sistema de refrigeração, Gás Natural e Água Potável, dentre muitos outros, todos consumidos no processo produtivo desenvolvido em seu estabelecimento, os quais se afiguram indispensáveis à consecução deste; razão pela qual se apropria dos créditos fiscais correspondentes, tal como autorizado pela legislação em vigor.

Explicou que através dos itens 03 e 04 do auto de infração ora combatido, o Fisco Estadual pretende impor o estorno dos créditos fiscais decorrentes das aquisições dos produtos acima mencionados, dentre outros, e o consequente recolhimento do diferencial de alíquotas, sob a alegação de que estes se tratariam de bens de uso e consumo do estabelecimento, mas que, contudo, os procedimentos adotados pela Impugnante, relativamente às aquisições em comento, guardaram estreita pertinência com o quanto disposto na legislação de regência da matéria, consoante disse que restará demonstrado.

Passando a tratar do sub tópico *"A) DO DIREITO AO CRÉDITO FISCAL DECORRENTE DAS AQUISIÇÕES DE INSUMOS EQUIVOCADAMENTE ENQUADRADOS, PELA FISCALIZAÇÃO, COMO MATERIAL DE USO E CONSUMO (ITEM 03 DO AUTO DE INFRAÇÃO)."* disse que com relação a este, tratando-se de processo industrial, as legislações complementar e estadual garantem o direito ao crédito não só do ICMS incidente sobre a matéria-prima aplicada na produção, mas também daquele incidente sobre o material de embalagem e produto secundário ou intermediário utilizado no processo industrial.

Explicou que por matéria-prima deve-se entender toda substância corpórea, procedente da

natureza, utilizada para, pela transformação, produzir outro artigo ou outro produto, isto é, uma espécie nova, que, portanto, o que caracteriza a matéria-prima é o fato de que ela, depois de transformada, se constitui num novo artigo ou produto, integrando-o.

E quanto ao material secundário disse que sua clara distinção da matéria-prima, como ambos são substâncias corpóreas procedentes da natureza, o que os distingue é o fato de que, no processo de industrialização de determinado produto, o material secundário não o integra, apesar de que, como a matéria-prima, participe do processo de produção e seja essencial para que este se realize. O que se exige é que esse bem tenha uma aplicação tal na produção, que, sem ele, o produto não possa ser produzido.

Esclarece que não há qualquer limitação no que tange à utilização dos créditos oriundos da aquisição de matéria-prima e também de material secundário, exigindo-se, apenas, que estes façam parte do processo industrial. Em seguida reproduziu os arts. 93, 97 do RICMS/97, que regulam esses temas.

Acrescentou que também o RICMS/BA aprovado pelo Decreto n.º 13.780/2012 autorizou, em seu art. 309, o creditamento fiscal sempre que mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e materiais de embalagem sejam empregados em processo de industrialização, e desde que não sejam utilizados em fins alheios às atividades do estabelecimento; ratificando exatamente o que já dispunham a Lei Complementar nº 87/96 e a Lei Estadual nº 7.014/96.

Afirmou que diante das prescrições legais e regulamentares acima transcritas, percebe-se que a legislação claramente delimitou quais os pressupostos para a utilização de crédito do ICMS decorrente da aquisição de insumos, dizendo poder-se inferir que a definição geral de insumo (do qual produto intermediário é espécie), erigida pela legislação, é a de mercadoria que, não sendo alheia à atividade do estabelecimento, é adquirida para emprego no processo de industrialização e é nele consumida.

Pontuou que, a palavra “consumida” não significa “incorporada”, mas se refere ao fato de que as qualidades imanentes àquele produto foram gastas no processo industrial, de tal forma que o que dele sobrou não terá mais nenhuma função, será mero rebotalho; e mais, o seu potencial gasto foi agregado ao valor do produto produzido, já que a ele é indispensável.

Valendo-se das informações contidas no Parecer Técnico 20.677/301, elaborado pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas (doc. 05) fls. 170 a 215, passou a demonstrar a afetação dos mesmos na consecução do seu objeto social, qual seja, industrialização e comercialização de produtos petroquímicos de primeira geração.

Salientou que o referido Parecer Técnico foi elaborado por técnicos e engenheiros integrantes do referido Instituto, a partir de visitas às unidades fabris da Impugnante, com a verificação dos processos produtivos ali desenvolvidos e da aplicação dos bens sobre estes.

Disse que por meio do referido parecer o IPT analisou todos os bens cujos créditos foram glosados, atestando, de forma inequívoca, a importância de tais insumos, e comprovando efetivamente a vinculação destes ao processo produtivo.

Tratando do título “*INSUMOS UTILIZADOS NO SISTEMA DE ÁGUA DE RESFRIAMENTO*” explicou que alguns dos insumos glosados pela fiscalização foram utilizados pela Impugnante no Sistema de Água de Resfriamento que tem a função de resfriar correntes intermediárias de processo, de forma a deixá-las em condições de serem processadas até a sua transformação em produto final.

Explicou que a água utilizada no sistema de troca de energia térmica é a chamada água clarificada, e a sua aplicação revela-se essencial posto que a água que resfria as correntes do processo produtivo torna-se aquecida, podendo alcançar altas temperaturas. Disse que nessa condição, os sais presentes na água comum tornar-seiam insolúveis, depositando-se nas paredes dos tubos dos trocadores de calor. Estes depósitos, com o tempo, provocariam a corrosão do metal dos tubos, podendo ocasionar o vazamento da água de resfriamento para a corrente de processo, contaminando-a e comprometendo todo o processo de produção, podendo levar à

parada da planta.

Rematou que para evitar todo esse processo de corrosão e obstrução, devem ser adicionados à água de resfriamento produtos específicos para inibir a corrosão, para evitar a proliferação de microorganismos, evitar a incrustação de sais e controlar ph. E que para tanto, a Impugnante utiliza, dentre outros insumos, Dispersantes Inorgânicos (Nalco e Trasar) e Inibidores de Corrosão (Nalco e Trasar), que são integralmente absorvidos pela água em que aplicados, sem os quais as torres de resfriamento perdem a sua função. O resfriamento, todavia, é indispensável ao processo produtivo da Impugnante, já que as correntes intermediárias de processo não podem ser processadas se estiverem em altas temperaturas.

Passando a discorrer sobre o produto “GÁS NATURAL”, disse que os Autuantes estão exigindo débitos de ICMS em virtude de utilização supostamente indevida de créditos fiscais de ICMS referentes às entradas de 15% (quinze por cento) do **Gás Natural**.

Destaca que para isso a fiscalização se pautou em uma informação prestada por preposto da Impugnante sem a devida contextualização fática e detalhada do emprego do gás natural no processo produtivo da planta de PE-2, concluindo de modo precipitado que 15% do volume do Gás Industrial/Natural adquirido pela Impugnante seria material de uso e consumo, vez que se destina a manter acesa a chama do *flare* para a queima de gases indesejáveis.

Afirmou que, caso em testilha, não houve investigação com profundidade acerca de qual é a função exercida pelo incinerador no processo produtivo, e explicou que a queima dos gases no sistema de incinerador tem como objetivo principal a geração de vapor, importante insumo necessário para as diversas etapas da planta de produção de Polietileno.

Apontou que o vapor é gerado a partir do aproveitamento de energia da queima dos gases no sistema de incinerador. Estando a câmara de combustão desse sistema projetada para operar a uma temperatura de 1.000°C. Esta temperatura é obtida pela queima das correntes orgânicas incineradas, com **adição do gás natural**, que é combustível do sistema.

Acrescentou que não bastasse a importância do Gás Natural ao emprego energético da planta, a queima dos gases, **também**, contribui para a eliminação da toxicidade dos resíduos gasosos das áreas industriais. Porém, pontuou que essa não é a única função do sistema de incineradores, conforme acima delineado, e que a referida função ambiental da queima dos gases não tem o condão de desnaturar a sua íntima vinculação ao processo, já que prevalece o caráter de insumo do vapor gerado a partir do gás natural.

Explicou também que o *flare* é um importante equipamento que compõe o conjunto industrial do estabelecimento autuado e que, além de garantir a segurança da planta, viabiliza, através da queima de parte do Gás Natural adquirido pela Impugnante, a manutenção de níveis normais de pressão nas linhas e equipamentos, permitindo a eficiência e rendimento do processo.

Concluindo haver demonstrado a intrínseca relação do consumo do Gás Natural com o processo produtivo, sem o qual não seria possível atingir a produção de polietileno, sendo imperativo o reconhecimento integral do crédito apurado pela Impugnante, tendo em vista que grande parte do volume glosado é utilizado na produção do vapor utilizado, conforme elucidado linhas acima.

Em relação ao produto “ÁGUA POTÁVEL”, disse que é também usada na área industrial nos lava-olhos e chuveiros de emergência utilizados em caso de contaminação com produtos químicos. Sendo essencial à segurança dos técnicos envolvidos nos processos fabris, e exigida por força de norma de segurança.

Acrescentou que é utilizada ainda nos laboratórios para limpeza dos equipamentos empregados nas análises físico-químicas empreendidas sobre as correntes do processo e sobre os produtos finais. Pois, sem tal limpeza, não seria possível realizar as análises laboratoriais essenciais aos testes de qualidade realizados ao longo do ciclo de produção, necessários à verificação do atendimento dos insumos e produtos finais às normas técnicas.

Concluindo dever ser reconhecido o direito a crédito sobre a Água Potável adquirida, já que esta é imprescindível à segurança, bem como à qualidade dos produtos finais.

Adentrando ao sub título “*B) DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA (ITEM 04 DO AUTO DE INFRAÇÃO)*” disse que através desse item é exigido o pagamento do diferencial de alíquotas referentes às aquisições interestaduais de produtos supostamente utilizados para consumo do estabelecimento da Impugnante.

Ressaltou que no que diz respeito à falta de recolhimento da complementação de alíquota, verifica-se que tal item é uma consequência direta e imediata da questão discutida no subitem “A” precedente, ou seja, do direito à compensação dos créditos de ICMS decorrentes da aquisição de produtos intermediários reputados equivocadamente pela fiscalização como bens de uso e consumo.

Deste modo, restando evidenciado o direito ao aproveitamento do crédito decorrente da aquisição dos produtos em pauta, indispensáveis ao processo produtivo da Impugnante, a exigência do diferencial de alíquota perde completamente o sentido e, consequentemente, pelas mesmas razões, a “infração 02” também deve ser julgada totalmente improcedente.

Com vistas a comprovar tudo o quanto aqui defendido, a Impugnante pugna pela realização de diligência fiscal, nos termos dos artigos 123, §3º e 145 do Decreto nº 7.629/99, com o que será enfim confirmada a total improcedência dos itens 01 e 02 do auto de infração.

Adentrando ao título “*4. DA SUPOSTA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SOBRE OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA AUTUADA E DO NÃO RECOLHIMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS (ITENS 05 e 06)*” descreveu às infrações 05 e 06 dizendo que a primeira está exigindo o recolhimento de supostos débitos devidos a título de ICMS em virtude da Impugnante *ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas*, conforme demonstrativo (Anexo 05) listando as notas fiscais (CFOP 5152) que, supostamente, deram ensejo à autuação em comento. E que a segunda, está exigindo diferencial de alíquotas sob a justificativa de que a ora Impugnante “*deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento*”; tendo elaborado planilha (Anexo 06) elencando as notas fiscais (CFOP 2557) que, supostamente, deram azo à presente autuação.

Frisou que os procedimentos adotados pela Impugnante, relativamente às transferências em comento, guardaram estreita pertinência com o quanto disposto na legislação de regência da matéria, consoante disse que seria demonstrado adiante.

Tratando do sub título “*A) DA INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO ICMS*” disse que as operações objeto dos itens ora impugnados correspondem a entradas e saídas de produtos em transferência para estabelecimentos da mesma pessoa jurídica.

Ressaltou que a Constituição Federal de 1988, determinou que os fatos jurídicos tributários capazes de ensejar a cobrança do ICMS incluem as operações relativas à circulação de mercadorias, mas que, porém, a expressão “operações relativas à circulação de mercadorias” contida no texto constitucional traduziria a realização de um negócio jurídico, pressupondo a transferência de propriedade de mercadorias entre pessoas distintas, ou seja, a mudança de titularidade do objeto negociado, ou seja a circulação jurídica da mercadoria, fato gerador do ICMS, pressupõe a efetiva mudança de sua titularidade em razão da prática de um negócio jurídico. E dizendo no mesmo sentido, apresentou excertos de doutrinas.

Rematou que, conforme estabelece a Constituição Federal, a hipótese de incidência do ICMS só ocorre com a implementação de um negócio jurídico mercantil, com intuito nitidamente lucrativo, através do qual se transmite a propriedade de uma mercadoria a um terceiro, mediante a cobrança de um determinado preço, concluindo que a simples remessa de um bem de um estabelecimento para outro, pertencente ao mesmo titular, ainda que situados em Estados diversos, não configura circulação jurídica, mas mero transporte (deslocamento), posto que: “(i)

inexiste transferência de titularidade dos direitos de disposição sobre o bem móvel; (ii) o ato de deslocamento do bem entre unidades da mesma pessoa jurídica não possui caráter mercantil e, ainda; (iii) o bem transportado/deslocado não pode ser considerado mercadoria.” Apresentou jurisprudência emanada do Supremo Tribunal Federal – STF e também do Superior Tribunal de Justiça – STJ que disse corroboram a tese patrocinada (AI 618947 AgR/MG, AI 693714 AgR/RJ), citando e reproduzindo também a SÚMULA Nº 166/STJ.

E M E N T A: ICMS - MERO DESLOCAMENTO FÍSICO DO BEM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE - INOCORRÊNCIA DE CIRCULAÇÃO JURÍDICA, EIS QUE AUSENTE QUALQUER TRANSFERÊNCIA DOMINIAL - NÃO-INCIDÊNCIA DE REFERIDO TRIBUTO ESTADUAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

Decisão

Negado provimento. Votação unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau.

(AI 618947 AgR/MG, Relator, Min. Celso de Mello, julgamento 02/03/2010, 2ª Turma, Dje 25/03/2010)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÍDA FÍSICA DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DE MESMA TITULARIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. PRECEDENTES DA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO.

I - A jurisprudência da Corte é no sentido de que o mero deslocamento físico de bens entre estabelecimentos, sem que haja transferência efetiva de titularidade, não caracteriza operação de circulação de mercadorias sujeita à incidência do ICMS.

II - Recurso protelatório. Aplicação de multa.

III - Agravo regimental improvido.

(AI 693714 AgR/RJ, Min. Ricardo Lewandowski, julgamento 30/06/2009, Dje 20/08/2009)

4.18. Da mesma forma, a mais alta Corte infraconstitucional do País, o Superior Tribunal de Justiça – STJ definiu o seu posicionamento a respeito da matéria:

TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE BENS. FATO GERADOR.

1. O deslocamento de bens de um estabelecimento para outro, pertencente ao mesmo titular, ainda que situado em estado diverso, não gera hipótese de incidência do ICMS, isto porque para que ocorra o fato gerador do mesmo, é imprescindível que haja a venda da mercadoria.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ICMS. CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA EFETUADA POR ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA. SÚMULA Nº 166/STJ.

1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento.

2. O acórdão a quo entendeu que a mera circulação de mercadoria de um estabelecimento para outro, de uma mesma empresa, não constitui fato gerador para incidência do ICMS.

3. Estabelece a Súmula nº 166/STJ: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”

4. É o caso, em perfeita similitude, dos presentes autos.

5. Agravo regimental não-provido. (grifamos)

Diante do exposto, disse não poder subsistir a pretensão do Fisco Estadual de exigir da Impugnante quaisquer diferenças de ICMS sobre transferência de mercadoria entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo contribuinte, tendo em vista que tais operações sequer caracterizam a ocorrência de fato gerador do imposto, devendo ser a infração em tela julgada totalmente improcedente, considerando que a exigência do Fisco Baiano se encontra fora dos limites que envolvem a hipótese de incidência do ICMS.

Adentrando ao sub título “B) DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA” que se refere à infração 06, a qual exige o pagamento do suposto diferencial de alíquotas referente às aquisições interestaduais de produtos utilizados para consumo do estabelecimento da Impugnante. Afirmou que tal item corresponde a consequência direta e imediata da questão discutida no subitem “A” precedente, ou seja, da inocorrência do fato gerador do ICMS concernente às operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, ainda que em Estados distintos.

Explicou que as operações em referência não correspondem à efetiva circulação jurídica dos produtos destinados ao consumo do estabelecimento da Impugnante, mas sim, a simples remessa de um bem de um estabelecimento para outro, sem efetiva mudança de titularidade e, portanto, ausente o intuito mercantil, conforme disse ter sobejamente demonstrado.

Com estes argumentos acreditou haver restado evidenciada a inocorrência do fato gerador do ICMS em relação às operações de transferências interestaduais em pauta, entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, e que sendo assim, a exigência do diferencial de alíquota perde completamente o sentido e, consequentemente, pelas mesmas razões, concluiu que a infração 06 também deve ser julgada totalmente improcedente.

Pugnou pela realização de diligência fiscal, nos termos dos artigos 123, §3º e 145 do Decreto nº 7.629/99, com o que será enfim confirmada a total improcedência dos itens 05 e 06 do auto de infração.

Passando a abordagem do título “5. DA ALEGADA FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS EM DECORRÊNCIA DA SUPOSTA AUSÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS (ITEM 07 DO AUTO DE INFRAÇÃO)”, que se refere à infração 07, disse que foi exigido da Impugnante o pagamento de ICMS em virtude de suposta omissão de saídas de mercadorias tributáveis, em decorrência de falta de escrituração, no Livro Fiscal de Saída de Mercadorias – EFD, de Notas Fiscais de saídas tributadas “Ativas”.

Afirmou inicialmente que as referidas vendas relativas às notas fiscais objeto da infração 07 não chegaram a se concretizar, pois foram canceladas antes mesmo da circulação das mercadorias.

Explicou que os Autuantes consideraram a suposta falta de escrituração, pura e simplesmente, por meio de insuficiente consulta ao Portal Nacional da Nota Fiscal Eletrônica e ao site da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, sistemas nos quais as referidas notas constam como “ATIVAS”, em cotejo com o mencionado Livro Fiscal de Saída de Mercadorias – EFD.

Asseverou que o fato de a Nota Fiscal constar como “ATIVA” nos aludidos sistemas não configura argumento capaz de, por si só, sustentar que a operação descrita no referido documento fiscal tenha sido efetivamente concretizada e, menos ainda, que seja devido o respectivo recolhimento do ICMS, tal como defendem os prepostos fazendários.

Disse que a Autuada comprovou, compulsando os demonstrativos anexos ao auto de infração, que todas as notas fiscais listadas pela fiscalização encontram-se devidamente escrituradas nos seus Registros Fiscais, contrariamente ao quanto afirmado pelos Srs. Fiscais Autuantes.

Nessa esteira, com vistas a comprovar o efetivo cancelamento dos documentos fiscais objeto da autuação, disse ter trazido aos autos os “Registros Fiscais dos Documentos de Saídas de Mercadorias e Prestação de Serviços” da sua Escrituração Fiscal Digital (EFD) (**doc. 06**) fl. 216, no qual as Notas Fiscais em análise se encontram com a Situação 02 – Canceladas.

Pedi que fosse observado que no LRS colacionados todas as Notas Fiscais constam com a situação 02 que, conforme demonstrado pela tela que reproduziu, referente à **NF nº 32223**, corresponde à circunstância de cancelamento do documento fiscal.

A Impugnante anexa, ainda, telas do sistema de Escrituração Fiscal Digital (**doc. 07**) fl. 217 a 224, atestando que todas as notas (e não somente a retro mencionada) foram devidamente canceladas pela emitente.

Registrhou que os documentos colacionados foram extraídos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) da Autuada, cujos dados foram regularmente transmitidos para a Secretaria de Fazenda.

Por todo o exposto, afirmou que não assiste razão à Fiscalização, ao imputar à ora Impugnante o pagamento de ICMS em decorrência de operações que não se concretizaram, tendo sido devidamente cancelados os documentos fiscais; devendo, portanto, a vergastada autuação ser julgada integralmente improcedente.

Ao tratar do título “6. DA SUPOSTA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS INCIDENTE NA REMESSA DE BENS PARA CONSENTO, SEM O DEVIDO RETORNO. (ITEM 10 DO AUTO DE INFRAÇÃO)” se referindo à infração 10, disse que esta acusação se refere a supostos débitos devidos a título de ICMS incidentes na remessa interna de bens para conserto, sem a comprovação do devido retorno e que as conclusões alcançadas pelos prepostos fiscais encontram-se totalmente equivocadas, visto que os procedimentos adotados pela Impugnante, relativamente às aquisições em comento, guardaram estreita pertinência com o quanto disposto na legislação de regência da matéria.

Passando ao sub título “A) DO EFETIVO RETORNO DAS MERCADORIAS REMETIDAS PARA CONSENTO” afirmou que a Impugnante está convicta de que não violou a legislação de regência do imposto, pois certa está de que adotou os escorreitos procedimentos, com o regresso dos bens ao seu estabelecimento depois de reparados, dentro do prazo de 180 dias, no qual permanece suspensa a incidência do imposto, conforme previsto no inciso I do art. 341 e §3º do art. 627 do RICMS/BA (Decreto nº 6.284/97), que reproduziu.

RICMS/BA (Decreto nº 6.284/97)

Art. 341. É suspensa a incidência do ICMS:

I - nas saídas internas, interestaduais e para o exterior, de mercadorias ou bens destinados a industrialização, conserto ou operações similares, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos, ressalvada a incidência do imposto quanto ao valor adicionado, observadas as seguintes disposições regulamentares:

Art. 627. É suspensa a incidência do ICMS nas remessas internas e interestaduais para conserto, restauração, recondicionamento, manutenção, revisão, lubrificação ou limpeza, desde que devam retornar ao estabelecimento de origem.

(...)

§ 3º A suspensão prevista neste artigo é condicionada a que as mercadorias ou bens retornem real ou simbolicamente ao estabelecimento de origem, dentro de 180 dias, contados da data da saída, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade, sendo que esse prazo poderá ser prorrogado duas vezes, por igual período, em face de requerimento escrito do interessado, dirigido à repartição fiscal a que estiver vinculado. (grifos nossos).

Observou que, de acordo com os art. 341, inciso I, e art. 627, § 3º do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, é suspensa a incidência do ICMS nas saídas de mercadorias para conserto, sendo isenta a operação de retorno das mesmas e devido o ICMS tão somente sobre o valor eventualmente acrescido, e, desde que o retorno real ou simbólico ao estabelecimento de origem, ocorra em até 180 (cento e oitenta) dias, contados da data da saída do estabelecimento remetente.

Explicou que de acordo com a legislação vigente, só há incidência do ICMS sobre o acréscimo de valor da mercadoria, no seu retorno, em razão do emprego e agregação de novas peças, partes e componentes ao maquinário, ou ainda, quando o retorno dessas mercadorias ou bens ao estabelecimento de origem se dê em prazo superior a 180 dias.

Afirmou que a infração imputada pelos prepostos fiscais não pode prosperar, tendo em vista que os bens encaminhados para conserto pela Impugnante retornaram sim ao seu estabelecimento e, ainda, em prazo assaz inferior ao estabelecido pela legislação.

Dizendo para comprovar o quanto alegou, a Impugnante disse ter colacionado aos autos cópias de algumas das notas fiscais de remessa dos bens para conserto e respectivas NFs de retorno (doc. 08) fls. 220 a 223, bem como cópias de outras notas fiscais de retorno das mercadorias relacionadas (doc. 09) **fl. 224**, obtidas junto aos prestadores de serviços, tal como disposto no

demonstrativo abaixo:

Nota Fiscal de Remessa	Nota Fiscal de Retorno	ICMS
39359	7018	13.600,00
39570	692	119.000,00
39747	2562 / 3254	12.480,00
40786	23376	12.000,00
Total		157.080,00

Acreditando ter comprovado que as operações realizadas pela Impugnante estão em perfeita consonância com a legislação que regula a matéria, requer seja revisto o lançamento nesse particular, diante da improcedência da autuação.

Disse que em relação às demais notas fiscais, a Impugnante ainda não deu por concluídos seus trabalhos de busca, pelo que pugna, desde já, pela juntada posterior de documentos, a fim de elidir, em sua totalidade, a exação consubstanciada no item 10 do auto de infração em comento.

Adentrando a abordagem do sub título “B) DA NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS NAS OPERAÇÕES DE SAÍDA DE BENS DO ATIVO FIXO” buscou demonstrar que na remota hipótese de que os bens objeto das NFs que compõem o levantamento fiscal não tivessem regressado para o estabelecimento do Autuada, conforme faz crer a fiscalização, não se deve olvidar que, tratando-se de bens integrantes do ativo fixo do contribuinte – como é o caso em apreço - não há incidência do ICMS quando da desincorporação destes, reproduzindo o inciso VIII do art. 6º do RICMS.

Art. 6º O ICMS não incide nas seguintes situações:

(...)

VIII - saída de bem integrado ao ativo permanente, desde que tenha sido objeto de uso, no próprio estabelecimento, por mais de um ano, antes da desincorporação;

Explicou que se tratando de operações de saídas de bens do ativo permanente do contribuinte, não há que se falar em incidência do ICMS na hipótese de desincorporação deste após um ano de uso no próprio estabelecimento.

Ponderou que em se considerando que as operações autuadas se tratam de remessas para conserto de guindaste, compressor, mancal, válvulas, integrantes do seu ativo, não se afigura desarrozoado concluir que tais bens foram utilizados por mais de 01 (hum) ano antes da sua remessa para conserto / reparo.

Disse que o art. 179 da Lei nº 6.404/76, ao dispor sobre a classificação das contas do balanço patrimonial, define os bens do ativo imobilizado da seguinte forma:

Art 179. As contas serão classificadas do seguinte modo:

IV - no ativo imobilizado: os direitos que tenham por objeto bens destinados à manutenção das atividades: da companhia e da empresa, ou exercidos com essa finalidade, inclusive os de propriedade industrial ou comercial;

Buscando definir de forma mais específica o que seja um bem do ativo imobilizado, reproduziu o conceito contido no Manual de Contabilidade Tributária, ao comentar o posicionamento do Instituto Brasileiro de Contadores - IBRACON, a este respeito.

Por sua vez, o Instituto Brasileiro de Contadores (IBRACON), em seu pronunciamento nº 7, definiu que devem ser classificados no imobilizado os direitos representados por bens tangíveis ou intangíveis utilizados ou a serem utilizados na manutenção e na operação de atividades das entidades, cuja vida útil econômica, em praticamente todos os casos, seja igual ou superior a um ano e que não estejam destinados à venda ou à transformação em recursos financeiros. (grifamos).

Partindo dos textos acima transcritos, resumiu que para um bem ser considerado como parte

integrante do ativo imobilizado de uma empresa é necessário que: 1) possua vida útil igual ou superior a um ano; 2) sejam aplicados na manutenção da atividade da empresa adquirente; e 3) não estejam destinados à venda.

Apontou que analisando a descrição dos bens objeto da atuação – dentre eles: guindastes, compressores, válvulas, etc. – verifica-se que tais bens se enquadram, perfeitamente, no conceito de ativo imobilizado acima delineado, tal como devidamente registrado pela Autuada em sua contabilidade, conforme se infere das telas, que demonstrou no texto defensivo, do seu sistema, ora apresentadas a título meramente exemplificativo, referentes aos seguintes bens, respectivamente: guindaste, compressor e válvula.

Rematou que, ainda que as operações objeto da autuação se tratem de saídas de produtos tributadas como presume a fiscalização, não se deve olvidar que, conforme acima demonstrado, não há que se falar em incidência do ICMS no caso vertente, já que se tratariam, em verdade, de operações de saída de bens do ativo fixo da Autuada após mais de 01 (hum) ano de uso no próprio estabelecimento.

A Impugnante requer, desde já, na hipótese de não serem acolhidas as razões defensivas em voga, a realização de diligência fiscal, nos termos dos artigos 123, §3º e 145 do Decreto nº 7.629/99, com o que será enfim confirmada a total improcedência da autuação neste particular.

Ao final requer a Impugnante seja julgado PARCIALMENTE IMPROCEDENTE o guerreado Auto de Infração, para que reste totalmente afastada a parcela impugnada, pelas razões expostas nos itens precedentes, e ainda a juntada posterior de documentos, bem como a realização de diligências fiscais para a constatação dos fatos aqui alegados e análise dos documentos colacionados, caso assim entenda necessário essa Junta de Julgamento.

Os Autuantes se pronunciam às fls. 227 a 234, em relação ao título “(I) INFRAÇÕES RECONHECIDAS E TOTALMENTE PAGAS PELO AUTUADO” descrevem às infrações 08 e 09, sendo a “INFRAÇÃO 08 – 01.02.42 – Crédito Reclamado , valor histórico, R\$110.439,84” e a “INFRAÇÃO 09 – 01.06.01 – Crédito Reclamado , valor histórico, R\$4.159,09”, resultando no “Total reconhecido e pago, em valor histórico, da Infração 08 R\$ 110.439,84, e da Infração 09 R\$4.159,09”. Rematou que o pagamento foi efetuado em 16/12/2015, e confirmado por pelos Autuantes conforme documento anexo emitido pelo Sistema Darc - Geief, vide fls. 235 a 237.

Em relação ao título “(II) INFRAÇÕES TOTALMENTE DEFENDIDAS, SEM QUALQUER PAGAMENTO E PEQUENA PARTE RECONHECIDAS PELA FISCALIZAÇÃO”, de início passaram a discorrer sobre os sub títulos “INFRAÇÃO 01 – 16.01.02 – Crédito Reclamado, valor histórico, R\$199.894,67”, reafirma que se trata de entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, apurada a partir de cruzamento de dados digitais nos Sistemas de Fiscalização - Circularização com Fornecedores e Remetentes Diversos, juntamente com a captação de notas fiscais nos Postos Fiscais, quando detectaram que Fornecedores e Remetentes diversos enviaram mercadorias para a Impugnante, e as mesmas não foram lançadas na Escrita Fiscal Digital - EFD.

Tratando da “INFRAÇÃO 02 – 16.01.01 – Crédito Reclamado, valor histórico, R\$ 409.047,71” que se refere a acusação da ocorrência de entrada de mercadorias no estabelecimento, sujeitas a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, afirmado ter sido apurada a partir de cruzamento de dados digitais dos Sistemas de Fiscalização e Circularização com Fornecedores e Remetentes Diversos, juntamente com a captação de notas fiscais nos Postos Fiscais , tendo detectado que Fornecedores e Remetentes diversos enviaram mercadorias para a Impugnante e as mesmas não foram lançadas na Escrita Fiscal Digital - EFD.

Em seguida discriminou as razões defensivas relativas à infração 02:

- “1- Que a maioria das notas fiscais autuadas foram registradas.
- 2- Que a fiscalização baseou-se em indícios e que a mesma não entregou ao autuado os relatórios e extratos da EFD que serviram de base para autuação;
- 3-Que a multa aplicada ferem os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pedindo o

cancelamento da mesma”.

Disse que todas as alegações defensivas são improcedentes, pois do total de cerca de 660 NFs autuadas, a Impugnante só comprovou o registro de apenas 39 notas fiscais, as quais considerou pertinente e disseram que serão deduzidas do valor autuado.

Frisam que as citadas 39 notas foram arroladas no Auto porque o Contribuinte só as lançou em 2014, lembrando que esta Auditoria englobou apenas os exercícios de 2012 e 2013.

Salientam que em relação a Infração 02, o valor total, R\$ 7.656,98, da multa excluída pelo Fisco é um pouco maior que o valor calculado pela Defesa, R\$6.989,28, vide folha 152.

Afirmaram que se basearam nos valores das notas fiscais lançadas no Livro de Entrada – EFD, ressalvando que em 15/07/2015, expediram a 2^a Intimação-NFs Não Registradas, fl.19, destacando que a empresa teve quase 80 dias para fazer suas verificações.

Explicaram que a auditoria foi executada com base nos arquivos EFD-Escrivaturação Fiscal Digital, elaborada e enviada a Sefaz pelo próprio contribuinte junto com todas as notas fiscais eletrônicas emitidas e destinadas para a Empresa autuada.

Quanto ao pedido de cancelamento da multa, afirmaram que descabe, pois as obrigações acessórias são de fundamental importância para a Administração Tributária visando o controle da Obrigações Principais, e que o descumprimento das mesmas ensejam em sanções escalonadas de acordo com a gravidade.

Asseveraram que a infração cometida pelo contribuinte “não registro das notas fiscais”, é gravíssima pois, independentemente da destinação das mercadorias, seja, insumo, revenda, uso e consumo, serviço de transporte etc., elas tem que ser lançadas no Registro de Entradas, para controle do fisco incluindo as possíveis auditorias de estoque, além das informações do contribuinte, por meio do CFOP, das suas destinações.

Pontuaram que o não cumprimento das obrigações acessórias de uma forma geral, seja o não registro das NFs na escrita fiscal ou não envio da DMA, arquivos digitais do Sintegra, SPED Fiscal e Contábil etc., comprometem a eficiência fiscal, e por isso reiteram que o contribuinte deve ser penalizado.

Concluíram ter ficado provado que o autuado realmente deixou de registrar várias notas fiscais de entrada.

Adentrando ao título “INFRAÇÃO 10 – 02.01.26 – Crédito Reclamado, valor histórico, R\$335.580,00”, que se refere a não recolhimento do ICMS de mercadorias enviadas para industrialização – conserto ou operações similares – sem o devido retorno ao estabelecimento de origem. Ressalvaram que em “20/07/2005”, expediram a 3^a Intimação, portanto há mais de 2 meses e o contribuinte comprovou o retorno parcial de alguns bens, entretanto até o encerramento da auditoria, a Impugnante não teria apresentado as NFs de retorno relativas as NFs listadas no Demonstrativo anexo, e por isso, consoante o art. 279, § único do RICMS-BA vigente, a Empresa ficaria sujeita ao pagamento do imposto.

Lembraram que a defesa alegou que todos os bens retornaram, mas que, porém, contradizendo-se, disse que não localizou todas as notas fiscais de regresso, e ainda que se tratavam de bens do ativo e que por isso não haveria incidência do ICMS quando dá desincorporação destes.

Afirmaram que quanto as notas fiscais de retorno apresentadas, após exame, concordaram e deduziram do valor total o valor de R\$ 157.080,00, do débito que é de R\$335.580,00, ficando com o saldo de R\$178.500,00.

Deduzem que tacitamente a Defesa reconheceu a Infração das notas fiscais remanescente, pois alegou que são bens do ativo que não há incidência do ICMS na desincorporação.

Afirmaram que este argumento não procede, pois conflita com disposto no Art. 279, Parágrafo Único do RICMS-Ba, que reproduziram.

“Art. 279. Constitui condição da suspensão da incidência o retorno da mercadoria ao estabelecimento de

origem, em prazo fixado pela legislação, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade.

Parágrafo único. Caso o retorno da mercadoria ao estabelecimento de origem não ocorra no prazo fixado pela legislação, será exigido o imposto a partir da data da saída efetuada com suspensão, hipótese em que, o recolhimento estará sujeito aos acréscimos moratórios”.

Passando a abordar sobre o título “(*III*) INFRAÇÕES TOTALMENTE DEFENDIDAS E TOTALMENTE MANTIDAS”, iniciam pelo sub título “INFRAÇÃO 03 – 01.02.02 – Crédito Reclamado , valor histórico, R\$25.471,53”, dizendo tratar-se de uso indevido de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

Explicaram que a Impugnante se creditou indevidamente de mercadorias destinadas a uso e consumo, referente aos materiais listados no Demonstrativo anexo, que eram utilizados como inibidor de corrosão, dispersantes, biocidas e anti corrosivos no tratamento de água de refrigeração. Quanto ao gás natural, disseram que foi autuado apenas os 15% destinado à queima do flare.

Se referindo ao título “*INFRAÇÃO 04 – 06.02.01 – Crédito Reclamado , valor histórico, R\$10.254,65*” que se refere a acusação de que a Impugnante deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas destinadas a consumo do estabelecimento, disseram que esta infração decorreu da anterior, infração 03 – 01.02.02, pois se referem aos mesmos produtos elencados nas mesmas notas fiscais, relativamente às entradas interestaduais.

Consideraram a fundamentação da defesa improcedente por tentar classificar todas as mercadorias autuadas como insumos com direito a crédito. Todavia, explicaram dizendo conforme entendimento amplamente consagrado no âmbito da Fiscalização da Sefaz/Ba., o que segue abaixo:

“*Sobre Produtos utilizados no Tratamento de Água de Refrigeração*”, informaram que se basearam no Parecer PROFI 01/81 como principal parâmetro de referência a respeito, nele constando de que os produtos intermediários seriam 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 consumido a cada participação.

Pontuaram que a própria denominação de “intermediário” – que nada tem a ver com o conceito contábil que descreve os produtos gerados no decorrer de um determinado ciclo produtivo, diferenciando-os dos bens finais – buscando situá-los entre as matérias-primas e os materiais de uso e consumo. E dessa contraposição retiraram os elementos que o caracterizem.

Sintetizaram que o **produto intermediário** tem ‘vida’ de matéria-prima – **participação intrínseca ao processo, nele se consumindo**. Já os materiais de uso e consumo, “*ainda que venham a se consumir a cada participação serão assim classificados se não tiverem função intrínseca ao processo – ex. sabão usado na lavagem interna/externado maquinário; ou ao contrário, se tiverem participação intrínseca, mas não forem consumidos a cada ciclo produtivo – ex. elementos filtrantes utilizados na filtragem dos insumos/produtos*”.

Consideram que os “*Produtos utilizados no Tratamento de Água de Refrigeração*” conhecidos pelos nomes comerciais dos seus fabricantes NALCO, KURIZET, DEARBORN, AQUATEC, etc , utilizados como **inibidores de corrosão, dispersantes ou anti-incrustantes, biocidas**, devem ser enquadradas como materiais de uso e consumo, porque não participam do processo produtivo de forma direta, servem apenas para conservar os equipamentos expostos a água de refrigeração. Têm uma função similar à das tintas que também servem para proteger os equipamentos das intempéries, **sendo inclusive dispensáveis nos sistemas de refrigeração abertos**, onde a água é captada em rios, lagos ou mares e devolvida para os mesmos sem nenhum tratamento. Logo as funções desses produtos são de conservação e preservação dos equipamentos, não são afetados ao processo produtivo, e nem tampouco são elementos indispensáveis à composição do produto final. **Do que concluíram que estes produtos são materiais de uso e consumo.**

“*Sobre o Gás Natural utilizado na Queima do Flare*” ressaltaram que a própria autuada aduz

em sua defesa não ter direito ao crédito quanto a este item apenas em relação a parcela deste material destinado à queima de resíduos no incinerador e no flare. Disseram que esta parte do gás natural é realmente utilizada para alimentar o sistema “flare”/incinerador de gases do processo industrial. Ele é um combustível que “queima” os gases indesejáveis – sub produtos gerados nas reações químicas – ajudando a manter acesa a chama do “flare” para que aqueles produtos indesejáveis resultantes do processo produtivo que para lá são carreados, sejam “queimados” antes do despejo para a atmosfera, reduzindo assim o impacto ambiental.

Ponderaram que se há, como afirma a autuada, uma produção de vapor a partir da queima desses gases no incinerador, esta produção é secundária, significando justamente o oposto do que tenta incutir a autuada.

E que a produção do vapor poderia derivar do aproveitamento da energia térmica existente nesta corrente de gases que emanam do incinerador em direção à atmosfera, que, antes de lá chegarem, trocariam calor com alguma corrente de água, gerando assim vapor.

Pontuaram se tratar apenas de suposição, já que o fato não foi demonstrado adequadamente pela autuada. Além de precisar ser evidenciado de que existe, precisariam saber também a partir de quando este sistema de aproveitamento de energia térmica estaria em operação.

Porém, concluíram que por uma lógica de controle de processo industrial, o sentido e o objetivo de se “queimar” gases provenientes do processo e não mais nele desejáveis não seria jamais com o intento de produção de vapor.

E complementaram dizendo que esses gases, antes de serem despejados na atmosfera precisam dessa “queima” para serem transformados em produtos menos tóxicos, menos agressivos ao meio ambiente. E que desta forma essa produção de vapor, caso realmente aconteça, é meramente uma decorrência dessa situação, nunca um fim.

Concluíram também que o importante é que esses gases indesejáveis ao processo precisam ser dele retirados e enviados aos incineradores. Se assim não ocorresse, a planta correria sérios riscos à sua integridade e para atender à legislação ambiental, porém, pra deixar claro mais uma vez, afirmam que este não seria o propósito principal.

Concluem que o gás natural é um típico material de uso e consumo tendo finalidade APENAS de controle ambiental e/ou segurança industrial, não havendo, pela análise da legislação estadual baiana, possibilidade de uso do crédito fiscal quando de sua aquisição, já que não é um produto intermediário.

“Sobre Água Potável” afirmaram que a defesa informou que ela é utilizada nos lava-olhos, chuveiros de emergência e na limpeza dos equipamentos dos laboratórios. E que analisando tais usos fica patente que não são essenciais ao processo produtivo e dele não participam intrinsecamente. Assim sendo, concluíram que a água potável não dá direito a crédito.

Em relação ao título “*INFRAÇÃO 05 – 02.01.03 – Crédito Reclamado , valor histórico, R\$9.058,62*”, que disseram dizer respeito a acusação de haver a Impugnante deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, explicaram que o fato foi que a Contribuinte não recolheu o ICMS nas Transferências de Mercadorias Tributáveis.

Lembraram que o argumento da Defesa foi baseado em princípios Constitucionais e Doutrinários de que não haveria incidência do ICMS nas transferências internas e interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa.

Contra argumentaram dizendo que a Lei 7.014/96 estatuiu o contrário, ou seja, deve haver incidência do imposto em tais operações, conforme prescrito no artigo 4º, inciso I, que reproduziu.

“Do Momento da Ocorrência do Fato Gerador

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do

mesmo titular”.

Em relação ao título “INFRAÇÃO 06 – 06.02.01 – Crédito Reclamado , valor histórico, R\$1.271,28” tendo em vista a apuração de que a Impugnante deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, ressalvaram que após Intimado, o Contribuinte em 19/09/2015, informou não ter localizado as notas fiscais referentes a esta infração, na planilha do cálculo da Diferencial de Alíquota elaborada pela Empresa.

Lembraram também que a Defesa arguiu para esta infração a mesma tese exposta na Infração 05, que é baseada em princípios Constitucionais e Doutrinários de que não haveria incidência do ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias destinadas a uso e consumo, e consequentemente não haveria débito relativo a Diferença de Alíquota-Difal.

Afirmaram que descabe a alegação, pois a Lei 7.014/96 estatuiu o contrário, ou seja, que deve haver incidência do imposto em tais operações, conforme prescrito no artigo 2º, inciso IV.

Ressalvaram inclusive que as filiais remetentes situadas em Alagoas e Rio Grande do Sul, ao emitirem as notas fiscais de saída de transferência de mercadorias de uso e consumo, procederam de forma correta, ou seja, destacaram o imposto devido. A título de exemplo, indicaram os Danfes das notas fiscais 27996, 294320 e 340791, folhas 249 a 251.

“Art. 2º O ICMS incide sobre:

...

IV- a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes”.

Concluíram que não restaram nenhuma dúvida que o Estabelecimento Autuado errou em não pagar a Difal sobre estas operações.

Tratando do título “INFRAÇÃO 07 – 02.01.02 – Crédito Reclamado, valor histórico, R\$25.920,00”, se referindo a acusação de que a Impugnante deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Explicando que a Contribuinte deixou de escriturar no Livro Fiscal de Saída de Mercadorias-EFD notas de fiscais de saída tributadas, ATIVAS, conforme afirmam haverem constatado consultando o Portal Nacional da Nota Fiscal Eletrônica e site da Sefaz-BA.

Em relação ao argumento de que as notas fiscais de saídas tributadas foram canceladas pelo Autuado, disseram não concordarem porque tais notas fiscais não foram canceladas, conforme consultado o Portal Nacional da Nota Fiscal Eletrônica e site da Sefaz-BA., vide folhas 68 a 70.

Ressalvaram que as notas estão ativas e tributadas, e que consequentemente ensejam créditos aos destinatários, assim o Autuado teria que lançar no Livro de Saída – EFD, e recolher o imposto sobre estas operações.

Finalizaram com o título “(IV)CONCLUSÃO”, apresentando o resumo final do lançamento do crédito tributário em tela, reproduzido a seguir:

<i>“ICMS total reclamado originalmente</i>	<i>R\$ 1.131.097,39</i>
<i>(-) ICMS reconhecida e pago pelo autuado – Infração 08</i>	<i>R\$ 110.439,84</i>
<i>(-) ICMS reconhecida e pago pelo autuado – Infração 09</i>	<i>R\$ 4.159,09</i>
<i>(-)Defendida e parcialmente reconhecida Fisco – Inf. 01</i>	<i>R\$ 27.203,71</i>
<i>(-)Defendida e parcialmente reconhecida Fisco – Inf. 02</i>	<i>R\$ 7.656,98</i>
<i>(-)Defendida e parcialmente reconhecida Fisco – Inf. 10</i>	<i>R\$ 157.080,00</i>
<i>(=) ICMS total mantido pelo os autuantes :</i>	<i>R\$ 824.557,77</i>

Isto posto, do total autuado resta o valor de R\$ 824.557,77, de ICMS a pagar.

A deliberação final ficará a cargo do sábio CONSEF”.

Às fls 255 a Impugnante junta termo de transação firmado em relação às infrações 08 e 09, reconhecendo às mesmas nos termos da Lei 13.449/2015.

A defesa volta a se pronunciar às fls. 275 e 276, disse que aderiu ao Programa Concilia Bahia instituído pela Lei 13.449/2015, vindo a desistir da demanda em relação às infrações 08 e 09, conforme termo de transação já acostado à fl. 255.

Às fls. 301 a 304 consta uma diligência requerida pelo Colegiado da 1^a JJF,

“À ASTEC

Primeira parte: fiscal revisor

Justificação da diligência *Este processo foi pautado para julgamento na sessão do dia 19.5.16. Na sessão de julgamento, o defensor do autuado, ao fazer a sustentação oral, além de várias questões suscitadas, reclamou que não havia tomado ciência da informação fiscal. Em face disso, o processo foi retirado de pauta.*

Itens 3º e 4º: *Esses itens têm estreita correlação entre si: o item 3º diz respeito a crédito fiscal de bens que o fisco considera material de uso e consumo, e o item 4º cuida da exigência do pagamento da diferença de alíquotas daqueles mesmos bens.*

A análise do que seja ou não seja material de consumo não pode ser feita apenas a partir de conceitos abstratos — é preciso saber, em relação a cada bem, de que forma é empregado pelo estabelecimento. No caso de indústria, é preciso analisar cada bem considerado em função do processo produtivo, de modo a saber se o bem é utilizado “no processo produtivo” ou “fora dele”.

No caso em exame, o contribuinte, na defesa, descreveu, segundo a sua versão, de que modo os bens são empregados no seu processo produtivo. A defesa baseou-se num Laudo elaborado pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT) no Parecer Técnico 20.677/301.

Muitos dos materiais objeto dos itens 3º e 4º do presente Auto de Infração foram também objeto dos itens 1º e 2º do Auto de Infração nº 281076.0033/15-2, lavrado contra essa mesma empresa, recentemente julgado por esta Junta, mediante o Acórdão JJF 0210-01/15. Aquele julgamento, por sua vez, baseou-se numa decisão igualmente recente, da 2^a Câmara deste Conselho, proferida pelo Acórdão CJF 0282-12/15, que teve como relator o ilustre Conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo, também relativo a Auto de Infração lavrado contra essa mesma empresa (AI nº 281076.0021/12-0). Como os três Autos de Infração tiveram como alvo a mesma empresa, é razoável que se mantenha coerência na apreciação dos fatos de natureza semelhante.

Solicitação - ASTEC

Esta Junta solicita que se proceda à revisão do lançamento dos itens 3º e 4º deste Auto levando em conta os critérios adotados nas decisões supracitadas, a saber, o Acórdão JJF 0210-01/15 e o Acórdão CJF 0282-12/15.

Ainda em relação aos itens 3º e 4º: no presente Auto, de novidade, há o gás natural, cujos créditos foram glosados porque — segundo a fiscalização — parte do gás (15%) é destinado à queima do “flare”, utilizado para alimentar o sistema do incinerador de gases indesejáveis no processo industrial.

Precisa ficar claro qual o percentual do gás que faz parte do processo produtivo e qual o percentual que não faz parte do processo.

A defesa reclama que os fiscais não investigaram com profundidade qual a função exercida pelo incinerador no processo produtivo, pois, se tivessem se aprofundado, concluiriam que a queima dos gases no sistema de incineração tem como objetivo principal a geração de vapor, importante insumo necessário para as diversas etapas da

planta de produção de polietileno. A defesa alega que o vapor é gerado a partir do aproveitamento da energia oriunda da queima dos gases no sistema de incinerador. Explica que a câmara de combustão do sistema está projetada para operar à temperatura de 1.000° C, e essa temperatura é obtida pela queima das correntes orgânicas incineradas, com adição do gás natural, alimentado como combustível no sistema. Segundo a defesa, essa é a função principal do gás natural, havendo outras, como eliminação da toxicidade dos resíduos gasosos das áreas industriais, segurança da planta industrial e manutenção de níveis normais de pressão nas linhas e equipamentos, permitindo a eficiência e rendimento do processo.

Os fiscais, na informação, depois de comentarem o emprego do referido gás natural como combustível na queima os gases indesejáveis gerados nas reações químicas, ajudando a manter acesa a chama do “flare”, terminam admitindo que na queima dos gases no incinerador há uma produção de vapor, como alega a defesa, porém consideram que, se de fato há uma produção de vapor na queima dos gases no incinerador, esta produção é secundária, não sendo o objetivo principal.

Em suma, precisa ser observado, inclusive mediante visita “in loco”, se na queima dos gases no sistema de incineração, além da eliminação dos gases indesejáveis, a energia térmica de tal queima é também utilizada para geração de vapor, que é insumo necessário para as diversas etapas de produção de polietileno. Ou seja, se na queima dos gases indesejáveis no sistema de incineração o gás natural queimado produz valor empregado na produção de polietileno.

Solicitação - ASTEC

Tendo-se notícia, na sessão de julgamento, por informação do representante do autuado, de que questão semelhante ocorreu no Auto de Infração nº 269132.0006/14-2, lavrado contra essa mesma empresa, e que naquele caso houve diligência para depuração do fato, o que foi objeto do Parecer ASTEC nº 001/2016, esta Junta solicita que sejam adotadas as seguintes providências:

a) verificar o processo produtivo do estabelecimento autuado, no intuito de esclarecer se o percentual de 15% de gás natural adquirido é utilizado na queima de gases residuais reduzindo, com isso, a toxicidade dos mesmos antes de serem expurgados na atmosfera, conforme a acusação fiscal, ou se procede a alegação defensiva de que 12% do gás natural constituem insumo indispensável ao processo de incineração de gases, que gera o vapor necessário para se alcançar o produto final com as especificações técnicas desejadas;

b) caso reste comprovada a alegação defensiva de que 12% do gás natural constituem insumo do processo produtivo, deverá ser feita a revisão do lançamento, mantendo exclusivamente os valores atinentes ao gás natural correspondente ao percentual não caracterizado como insumo do processo produtivo, elaborando, se for o caso, novos demonstrativos.

Item 7º: este item acusa falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, de ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

Na sustentação oral, o patrono do autuado afirmou que as Notas Fiscais tinham sido canceladas e que, apesar de continuarem “ativas” no sistema do Portal, a empresa tem como provar que as operações não se perfizeram.

Solicitação - ASTEC

Deverá ser solicitado ao contribuinte que apresente as provas de que as operações não se perfizeram, conforme alega o defensor.

Item 10: este item diz respeito à falta de recolhimento de ICMS de mercadorias enviadas para “industrialização — conserto ou operações similares” [sic], sem o devido retorno.

Na sustentação oral, o defensor do autuado explicou que se trata de falta de retorno de bens remetidos para conserto, porém os bens têm mais de um ano de uso e a legislação prevê a não incidência de ICMS na desincorporação de bens com mais de um ano de uso no estabelecimento. Foi observado que essa mesma empresa foi objeto do Auto de Infração nº 269194.0058/15-7, e em relação ao referido Auto houve diligência para depuração desse aspecto.

Solicitação – ASTEC

Deverá o fiscal diligente:

- a) *solicitar ao autuado e anexar aos autos documentação comprobatória do tempo de uso dos bens do ativo imobilizado objeto da autuação;*
- b) *se for o caso, refazer o demonstrativo de débito, lançando imposto apenas em relação aos bens do ativo imobilizado com menos de um ano de uso no estabelecimento do autuado, e observando a redução da base de cálculo prevista no inciso I do art. 83 do RICMS/97.*

Segunda parte: IFEP INDÚSTRIA

Após o atendimento das solicitações supra, deverá o processo ser encaminhado à IFEP/INDÚSTRIA, para ser dada ciência do resultado desta diligência ao sujeito passivo, fornecendo-lhe, no ato da intimação, mediante recibo:

- a) *cópia do presente despacho de diligência;*
- b) *cópia do resultado da diligência, inclusive planilhas, demonstrativos e outros elementos porventura acostados aos autos pelo diligenciador.*

Na intimação do sujeito passivo deverá ser declarado de forma expressa que ele terá o prazo de 10 (dez) dias para manifestar-se, caso pretenda.

Dê-se também ciência aos fiscais autuantes”.

A defesa voltou a se pronunciar às fl. 308, mais uma vez em função de adesão ao Programa Concilia Bahia, desta feita pretendendo renúncia parcial da defesa em relação a integralidade das infrações 01 e 02, respectivamente em valores de R\$ R\$199.894,67 e R\$409.047,71, que totalizam R\$608.942,38 conforme planilhas anexadas pela defesa às fls. 310 e 311.

Às fls. 351 a 361 consta o resultado da Diligência requerida pelo Colegiado da 1ª JJF, conforme solicitado às fls. 301 a 304, onde resultou:

Em atendimento à diligência em relação às infrações 03 e 04, para adequação do feito às decisões proferidas nos acórdãos Acórdão JJF 0210-01/15 e o Acórdão CJF 0282-12/15, conforme planilhas elaboradas constantes das fls. 352 a 358, a diligente apurou os seguintes resultados: Infração 03 foi reduzida de R\$25.471,53 para R\$20.936,92 e a infração 04 de R\$10.254,65, para R\$3.776,71, conforme novos demonstrativos de débito às fls. 360 e 361. Tendo apresentado o seguinte fundamento:

“2.2.1.1. “verificar o processo produtivo do estabelecimento autuado no intuito de esclarecer se o percentual de 15% de gás natural adquirido é utilizado na queima de gases residuais reduzindo, com isso, a toxicidade dos mesmos antes dos mesmos serem expurgados na atmosfera, conforme a acusação fiscal, ou se procede a alegação defensiva de que 12% do gás natural constituem insumo indispensável ao processo de gases, que gera o vapor necessário para se alcançar o produto final com as especificações técnicas desejáveis”

“Conforme se verifica na Manifestação apresentada, à fl. 368, apesar da prorrogação do prazo da Intimação Fiscal de 10 (DEZ) para 30 (TRINTA) o autuado não comprovou o percentual de 12% alegado na defesa”.

“2.2.1.2. Caso reste comprovada a alegação defensiva de que 12% do gás natural constituem insumo do processo produtivo, deverá ser feita a revisão do lançamento, mantendo exclusivamente os valores atinentes ao gás natural correspondente ao

percentual não caracterizado como insumo do processo produtivo, elaborando, se for o caso, novos demonstrativos”.

“Considerando que não foi comprovado o percentual alegado pela defesa, não foi feita a revisão solicitada do lançamento e, consequentemente, o novo demonstrativo de débito corresponde ao apurado no item 2.2, nos valores de R\$ 20.936,92 e R\$3.776,71, referente às infrações 03 e 04”.

Em relação à infração 07, o diligente apresentou o seguinte resultado:

“2.3. Em relação ao Item 7º - “Deverá ser solicitado ao autuado que apresente as provas de que as operações não se perfizeram, como alega o defensor.””

“Conforme se verifica na Manifestação apresentada, à fl. 369, o autuado não comprovou que as notas fiscais foram efetivamente canceladas, apenas informou que o Registro no Livro Fiscal das Notas Fiscais as Notas Fiscais números 32223,32193,32192, foram escrituradas na Situação 02 — Canceladas (fls.368/371).”

Em relação à infração 10, concluiu:

“2.4. Em relação ao Item 10º - Deverá o diligente:

2.4.1. solicitar e anexar os autos documentação comprobatória do tempo de uso dos bens do ativo imobilizado objeto da autuação;

2.4.2. se for o caso, refazer o demonstrativo de débito, lançando imposto apenas em relação aos bens do ativo imobilizado com menos de um ano de uso no estabelecimento do autuado, e observando a redução da base de cálculo prevista no Inciso 1 do artigo 83 do RICMS/97”.

“Em atendimento à Intimação Fiscal (Doc. Fls. 362/365), o autuado apresentou na Manifestação (11.371), um demonstrativo informando as Notas Fiscais de Retorno de Bens para Conserto nºs. 7018, 692, 2562/3254, 2142, 23376, no valor total de R\$ 174.080,00 e anexou, às fls. 382/389, as Notas Fiscais de Remessas dos Bens para Conserto de nºs.39359, 39570, 39747, 39808, 40786”.

“Ocorre que ao analisar e confrontar os dados das notas fiscais acima apresentadas com os dados da Informação Fiscal, às fls.228/229 e 248, referentes A revisão fiscal dos números das notas fiscais acima apresentadas, indicando que as mesmas já haviam sido excluídas na revisão fiscal , haja vista a redução do valor da Infração 10 de R\$335.580,00 para R\$ 178.500,00, conforme se verifica no Demonstrativo à fl. 24”.

“Deste modo, remanesce o valor de R\$ 178.500,00, conforme demonstrativo à fl. 248 da Informação Fisca.”.

A defesa voltou a se pronunciar às fls. 366 a 374, resume o teor das infrações objeto da diligência (3^a, 4^a, 7^a e 10^a), repetindo o arrazoado defensivo de sua peça vestibular e informou não ter conseguido atender a intimação para apresentação do laudo técnico comprobatório de que o percentual do gás natural utilizado no processo produtivo seria de 12%, tendo justificado que isso ocorreu em função da complexidade para a coleta dos dados necessários para a referida comprovação técnica, se prontificando a juntá-lo aos autos assim que restar concluído.

Passando a abordar acerca do título “DA COMPROVAÇÃO DO CANCELAMENTO DAS OPERAÇÕES OBJETO DO ITEM 07 DO AUTO DE INFRAÇÃO”, repetiu os argumentos defensivos originais e disse comprovar as suas alegações a partir dde cópias da EFD (doc. 02) fls. 378 a 381 onde diz demonstrar que as notas fiscais em questão encontram-se na situação 02- canceladas.

Ao tratar do título “DA COMPROVAÇÃO DO RETORNO DAS MERCADORIAS REMETIDAS PARA CONSENTO PELA AUTUADA” repetiu os argumentos de sua peça defensiva vestibular.

Às fls. 411 e 412 a autuada foi intimada a tomar conhecimento do resultado da diligência.

Em manifestação acerca da diligência empreendida pela ASTEC a defesa apresenta seu arrazoado às fls. 414 a 427, dito para tratar dos termos do aludido Parecer ASTEC nº 057/2017, da lavra do Auditor

Fiscal Sr.^a Maria do Socorro Fonseca de Aguiar.

Inicialmente sob o título “*1. DA SÍNTSE DOS FATOS E DA DILIGÊNCIA FISCAL*” fez um breve relato sobre o Auto de Infração objeto do presente PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL-PAF, e sintetiza também que a diligência em questão se restringiu às infrações 03, 04, 07 e 10, reproduzindo excerto.

Em seguida passou a discorrer sobre o título “*2. DO ALEGADO CREDITAMENTO INDEVIDO REFERENTE ÀS AQUISIÇÕES DE SUPOSTOS MATERIAIS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO DA AUTUADA E DO CONSEQUENTE NÃO RECOLHIMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. (ITENS 03 E 04)*” em relação aos quais frisou que o Fisco Estadual pretende impor o estorno dos créditos fiscais decorrentes das aquisições diversos produtos consumidos no processo produtivo desenvolvido no estabelecimento autuado, tais como Dispersantes Inorgânicos e Inibidores de Corrosão utilizados no tratamento do sistema de refrigeração, Gás Natural e Água Potável, e o consequente recolhimento do diferencial de alíquotas, sob a alegação de que estes se tratariam de bens de uso e consumo do estabelecimento.

Explicou que na impugnação apresentada, a Autuada demonstrou a insubstância da autuação fiscal, tendo em vista que em consonância com o princípio da não-cumulatividade, insculpido no art. 155, § 2º, da CF/88 e com a legislação estadual de regência da matéria, possui o direito ao crédito não apenas do ICMS incidente sobre a matéria-prima aplicada na produção, mas também daquele incidente sobre o material de embalagem e produto intermediário utilizado no processo industrial. Que tomou por base para a defesa o Parecer Técnico lavrado pelo IPT e nos fartos precedentes deste E. Conselho.

Ressaltou que em vistas dos robustos argumentos expendidos pela Autuada, o colegiado da 1^a JJF solicitou à ASTEC que procedesse a revisão do lançamento dos itens 3º e 4º deste Auto segundo os critérios adotados nas decisões supracitadas, a saber, o Acórdão JFF 0210-01/15 e o Acórdão CJF 028212/15. Resultando que a preposta fiscal diligente refez os demonstrativos das Infrações 03 e 04 (fls. 352 a 358), supostamente retirando aqueles produtos cujos créditos foram reconhecidos nos citados acórdãos.

Entretanto, ressaltou que, analisando com a devida acuidade os demonstrativos refeitos na diligência fiscal, a Impugnante constatou que a Auditora Fiscal diligente retirou da autuação apenas os valores relativos ao Dispersante Inorgânico, alcançando, ao final, os valores de R\$20.936,92 (Infração 03) e R\$ 3.776,71 (Infração 04).

Entretanto, asseverou que este procedimento não pode prosperar, visto que, no Acórdão JFF n.º 0210-01/15, citado por esta d. Junta de Julgamento, foram também reconhecidos os créditos apurados sobre as aquisições de todos os produtos utilizados pela Autuada no sistema de água de resfriamento, conforme se extrai do trecho extraído do referido acórdão, que reproduziu, abaixo transcrito:

Acórdão JFF n.º 0210-01/15

Porém noto que o fiscal autuante manteve a autuação relativamente a mercadorias que sem dúvida se consomem direta e imediatamente no processo produtivo, conforme decisões deste Conselho em julgados anteriores envolvendo esta mesma empresa. A 2^a Câmara, no julgamento de Auto de Infração lavrado contra esta mesma empresa, mediante o Acórdão CJF 0282-12/15, decidiu que sílica gel sintética, sílica gel branca, composto sílica, óleo de selagem Agitadores, solvente isoparafínico inodoro, cola para borracha, solução Limp Willet e solução diluente Willet são materiais consumidos em função e como resultado de sua participação direta no processo de fabricação do produto final dessa empresa e, em consequência, são produtos intermediários. Na mesma decisão, a Câmara concluiu que óleo de lubrificação Compressores LP-15, óleo Sonneborn, Bat Ácida e VTL 12100A são materiais de consumo, e não produtos intermediários.

Além disso, está demonstrado nos autos que os materiais empregados no controle da temperatura do sistema, quer para baixar, quer para aumentar a temperatura, têm tudo a

ver com o processo produtivo, em face dos critérios fixados pelo § 1º do art. 93 do RICMS/97, tais como o hipoclorito de sódio, os dispersantes inorgânicos, o ácido sulfúrico, os biodispersantes, os sequestrantes de oxigênio, as aminas neutralizantes, os polímeros, etc., o mesmo ocorrendo com o ar de serviço e o gás freon, empregados na etapa de granulação (peletização), armazenagem e embalagem do polietileno, bem como o fluido térmico, empregado na etapa de destilação (separação do solvente e dos monômeros).

Relembrou que a Impugnante, logrou demonstrar que utiliza Dispersantes Inorgânicos (Nalco e Trasar) e Inibidores de Corrosão (Nalco e Trasar) no tratamento da água que percorre os trocadores de calor, com a função de resfriar correntes intermediárias de processo, indicando o tópico 3.28 de sua peça defensiva inicial, que reproduziu.

“INSUMOS UTILIZADOS NO SISTEMA DE ÁGUA DE RESFRIAMENTO”

3.28. *Alguns dos insumos glosados pela fiscalização foram utilizados pela Impugnante no Sistema de Água de Resfriamento.*

3.29. *O sistema de água de resfriamento tem a função de resfriar correntes intermediárias de processo, de forma a deixá-las em condições de serem processadas até a sua transformação em produto final. O processo consiste, pois, na transferência de calor de um fluido mais quente (corrente de processo) para outro mais frio (água de resfriamento) através de ação exercida em equipamentos denominados trocadores de calor.*

3.30. *A água utilizada no sistema de troca de energia térmica é a chamada água clarificada, e a sua aplicação revela-se essencial posto que a água que resfria as correntes do processo produtivo torna-se aquecida, podendo alcançar altas temperaturas. Nessa condição, os sais presentes na água comum tornar-se-iam insolúveis, depositando-se nas paredes dos tubos dos trocadores de calor. Estes depósitos, com o tempo, provocariam a corrosão do metal dos tubos, podendo ocasionar o vazamento da água de resfriamento para a corrente de processo, contaminando-a e comprometendo todo o processo de produção, podendo levar à parada da planta.*

3.31. *Além disso, como essa água circula em todo o processo, percorrendo dezenas de trocadores de calor, os microorganismos presentes na mesma se multiplicam, vindo a obstruir os trocadores, reduzindo a eficiência de troca de calor, comprometendo todo o processo produtivo e podendo provocar a parada da planta.*

3.32. *Para evitar todo esse processo de corrosão e obstrução, devem ser adicionados à água de resfriamento produtos específicos para inibir a corrosão, para evitar a proliferação de microorganismos, evitar a incrustação de sais e controlar ph.*

3.33. *Para tanto, a Impugnante utiliza, dentre outros insumos, Dispersantes Inorgânicos (Nalco e Trasar) e Inibidores de Corrosão (Nalco e Trasar), integralmente absorvidos pela água em que aplicados, sem os quais as torres de resfriamento perdem a sua função. O resfriamento, todavia, é indispensável ao processo produtivo da Impugnante, já que as correntes intermediárias de processo não podem ser processadas se estiverem em altas temperaturas.*

3.34. *Como se pode ver, os produtos acima descritos, cujos créditos foram glosados pelos Srs. Fiscais Autuantes, têm, cada qual, função bastante específica no processo industrial da Impugnante, de modo que a falta de qualquer um deles certamente inviabilizaria a produção ou, no mínimo, geraria um produto completamente imprestável ao fim a que se destina.*

3.35. *Por tais razões, é evidente que os propalados produtos se configuram em insumos, cujas aquisições são passíveis de gerar o creditamento do ICMS; não se justificando, portanto, o estorno de crédito efetuado pela autuação fiscal.”*

Acrescentou que apesar de ter pretendido retirar da autuação os valores atinentes ao **Dispersante**

Inorgânico, a preposta fiscal diligente manteve 01 Nota Fiscal (n.º 128330) relativa a este produto no demonstrativo resultante da diligência fiscal, tendo plotado parte da planilha que se refere em seu texto defensivo.

27/11/12	128330	SP	DISPERSANTE INORG NALCO 7385.11R - 30 KG DISPERSANTE INORG TRASAR 3DT	1.606,80	1.606,80	7	112,48	160,68
27/11/12	128330	SP	102.11-24KG INIBIDOR CORROSÃO NALCO	1.899,36	1.899,36	7	132,94	189,94
27/11/12	128330	SP	7384.11L - 45KG INIBIDOR CORROSÃO TRASAR 3DT	629,10	629,10	7	44,04	62,91
27/11/12	128330	SP	185.11 40KG	490,00	490,00	7	34,30	49,00

Afirmou que diante dos equívocos que apontou, a Impugnante refez os demonstrativos das Infrações 03 e 04, que apresenta devidamente ajustado (doc. 02) fl. 446 a 451, que diz estar em consonância com o Acórdão JJF n.º 0210-01/15, tal como requisitado por aquela 1ª JJF.

Rematou que em relação aos demais produtos objeto destes itens, reitera a Impugnação apresentada que demonstra a completa improcedência da combatida autuação fiscal.

Passando a abordar sobre o título “3. DA ALEGADA FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS EM DECORRÊNCIA DA SUPosta AUSÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS. (ITEM 07 DO AUTO DE INFRAÇÃO)”, disse que foi por meio da infração 07 que foi exigido da Autuada o pagamento de ICMS em virtude de suposta omissão de saídas de mercadorias tributáveis, em decorrência de falta de escrituração, no Livro Fiscal de Saída de Mercadorias – EFD, de Notas Fiscais de saídas tributadas “Ativas”.

Disse que a Impugnante já demonstrou que a presente autuação não merece prosperar, tendo em vista que não é devido o ICMS sobre as operações objeto da autuação, já que estas, a bem da verdade, não chegaram a se concretizar, tendo sido canceladas antes mesmo da circulação das mercadorias.

Explicou que a 1ª Junta de Julgamento Fiscal deliberado pela conversão do julgamento do presente PAF em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF – ASTEC/CONSEF, para que a Autuada apresentasse as provas de que as operações não se perfizeram. E que a Autuada trouxe aos autos os “Registros Fiscais dos Documentos de Saídas de Mercadorias e Prestação de Serviços” da sua Escrituração Fiscal Digital (EFD) que ora reapresenta (doc. 03) fl. 452, nos quais as Notas Fiscais em análise se encontram com a Situação 02 – Canceladas!

Pede que se observe que nos LRS ora colacionados todas as Notas Fiscais constam com a situação 02 que, conforme demonstrado pela tela abaixo reproduzida a título exemplificativo, referente à NF nº 32223, corresponde à circunstância de cancelamento do documento fiscal.

Disse ainda que a Autuada anexou, ainda, telas do sistema de Escrituração Fiscal Digital (doc. 04), fls. 453 a 455 mais uma vez colacionadas - cujos dados foram regularmente transmitidos para a Secretaria de Fazenda, registe-se - atestando que todas as notas (e não somente a retro mencionada) foram devidamente canceladas pela emitente, bem como telas do seu sistema informatizado “SAP” indicando o estorno do registro fiscal e contábil de todas as NF’s objeto da autuação.

Ressaltou que em vistas de tais documentos, a preposta fiscal diligente concluiu que a Manifestante *apenas informou que o Registro no Livro Fiscal das Notas Fiscais as Notas Fiscais números 32223, 32193, 32192 foram escrituradas na Situação 02 – Canceladas.*

Rematou ser inconteste que todos os documentos já apresentados pela Autuada apenas corroboram com a assertiva de que as notas fiscais objeto da autuação foram canceladas antes mesmo da circulação das mercadorias constantes destes documentos fiscais.

Insistiu que isso foi demonstrado, inclusive, mediante a apresentação de documentos/registros fiscais retirados da sua Escrituração Fiscal Digital regularmente transmitida ao Fisco e em relação ao qual não foi levantada nenhuma controvérsia!

Nesse sentido apontou que a FASAPEL FÁBRICA DE SACOS DE PAPEL E PLÁSTICOS LTDA, que

seria destinatária das mercadorias constantes das NF's 32192 e 32193, encaminhou a anexa Declaração (doc. 05) fls. 456 a 466, por meio da qual assegura que não recebeu, em seu estabelecimento, as mercadorias relativas às referidas notas fiscais.

Ao discorrer sobre o título “4. DA SUPOSTA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS INCIDENTE NA REMESSA DE BENS PARA CONSENTO, SEM O DEVIDO RETORNO. (ITEM 10 DO AUTO DE INFRAÇÃO)”, lembrou que esta infração está a exigir o recolhimento de supostos débitos devidos a título de ICMS incidentes na remessa interna de bens para conserto, sem a comprovação do devido retorno, e que quanto a esta acusação a Autuada já demonstrou que não há que se falar em remessa de bens para conserto sem o devido retorno, conforme evidenciam as cópias das NFs de retorno trazidas aos autos, por amostragem, naquela oportunidade.

Disse também que a Autuada evidenciou que algumas das Notas Fiscais objeto da autuação correspondem a bens integrantes do ativo fixo do contribuinte e em relação aos quais não há que se falar em incidência do ICMS quando da desincorporação destes.

E ainda que a 1ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do julgamento do presente PAF em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF – ASTEC/CONSEF, para que a Autuada apresentasse *documentação comprobatória do tempo de uso dos bens do ativo imobilizado objeto da autuação*, e, ainda, que se refizesse o demonstrativo de débito, lançando imposto apenas em relação aos bens do ativo imobilizado com menos de um ano de uso no estabelecimento do autuado, e observando a redução da base de Cálculo prevista no Inciso I do artigo 83 do RICMS/97.

Informou que em face ao quanto requisitado pela d. 1ª JJF, a Autuada apresentou à Fiscal Diligente cópias de algumas das notas fiscais de remessa dos bens para conserto e respectivas NFs de retorno, bem como cópias de outras notas fiscais de retorno das mercadorias relacionadas, obtidas junto aos prestadores de serviços, tal como disposto no demonstrativo a seguir:

Nota Fiscal de Remessa	Nota Fiscal de Retorno	ICMS
39359	7018	13.600,00
39570	692	119.000,00
39747	2562 / 3254	12.480,00
39808	2142	17.000,00
40786	23376	12.000,00
Total		174.080,00

Disse que na ocasião, ressaltou que, com exceção da **Nota Fiscal de Retorno n.º 2142** (que por sua vez, relaciona-se à **Nota Fiscal de Remessa n.º 39808**), todas as demais NF's já haviam sido colacionadas pela Autuada por ocasião da apresentação da impugnação.

Lembrou que a Autuada já havia comprovado o retorno das notas fiscais elencadas no quadro acima, **COM EXCEÇÃO** da **Nota Fiscal de Remessa n.º 39808** (que por sua vez, relaciona-se à Nota Fiscal de Retorno n.º 2142). E disse que à época da apresentação da Impugnação, a Manifestante havia colacionado as seguintes NF's, que totalizavam **R\$ 157.080,00** (e não os R\$ 174.080,00 alegados pela fiscal diligente) e que foram acatadas pelos prepostos fiscais autuantes:

Nota Fiscal de Remessa	Nota Fiscal de Retorno	ICMS
39359	7018	13.600,00
39570	692	119.000,00
39747	2562 / 3254	12.480,00
40786	23376	12.000,00
Total		157.080,00

Assim, afirmou que ainda há que ser feito o ajuste relativo à NF n.º 39808 (R\$ 17.000,00 – doc. 06) fl. 467, que não foi alvo de avaliação pelos prepostos fiscais autuantes e que foi desprezada pela fiscal diligente.

Disse que em relação às demais notas fiscais de aquisição, a Autuada ainda não deu por concluídos seus trabalhos de busca, de modo que continuará empenhando incansáveis esforços para identificá-las e colacioná-las aos autos, pelo que pugna, desde já, pela juntada posterior de documentos.

Em relação à comprovação do tempo de uso dos bens ativo fixo objeto das NFs que compõem o levantamento fiscal, a Autuada esclareceu, mais uma vez, que NF nº 30317 se refere a remessa para conserto de um GUINDASTE GALION, incorporado ao seu ativo imobilizado em 1988, conforme diz atestar telas de seu sistema informatizado de controle.

Reclamou que a preposta fiscal diligente não teceu nenhum comentário acerca do quanto demonstrado pela ora Manifestante.

Acrescentando que a Autuada elaborou o demonstrativo ajustado, novamente anexado aos autos (doc. 07) fl. 469, refeito de acordo com a redução de base de cálculo prevista no inciso I do artigo 83 do RICMS/97, aplicável para as saídas de bens do ativo imobilizado utilizados por menos de um ano no estabelecimento autuado, em relação ao qual a Auditora Fiscal Diligente não se pronunciou.

Asseverou ser lógico que o procedimento, incompleto como se encontra, não pode ser mantido, pois deixou de efetuar a análise requerida pela própria JJF com vistas a subsidiar aquele órgão das melhores informações de que necessita para julgamento do feito.

Por fim, em vista do que expôs, na eventualidade de não se entender pela completa exoneração dos débitos relativos à demais NF's relacionadas a bens do ativo imobilizado constantes do levantamento fiscal, a Autuada pugna para que, no mínimo, seja acatado o demonstrativo ajustado ora anexado, elaborado de acordo com a redução de base de cálculo prevista no inciso I do artigo 83 do RICMS/97, aplicável para as saídas de bens do ativo imobilizado utilizados por menos de um ano no estabelecimento autuado, tal como requisitado por essa pela fiscal diligente e requer seja julgado PARCIALMENTE IMPROCEDENTE o Auto de Infração, para que reste totalmente afastada a parcela impugnada.

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

Os Autuantes se pronunciam à fl. 472 afirmam que a defesa nada acrescentou de novo em sua última manifestação.

A Impugnante comunica à fl. 475 ter aderido ao programa Concilia Bahia (Lei 14.016/2018) e renunciou às infrações 03, no valor de R\$7.685,55; às infrações 05 e 07 totalmente;

Na assentada para julgamento, no dia 25/07/2019, o representante da defesa informou que a parcela paga em relação à infração 03 se refere a totalidade do débito referente ao produto GÁS NATURAL.

É o relatório.

VOTO

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

Preliminarmente registro que foram reconhecidas integralmente pela Autuada as infrações 01, 02,

05,07,08, 09, as quais foram objeto de pagamento integral por ter a Impugnante aderido ao Programa Concilia Bahia instituído pela Lei 13.449/2015, estando, portanto, afastadas da presente demanda, de modo que o presente voto será direcionado às infrações 03, 04, 06 e 10.

Passando a tratar da infração 03 devo circunscrever que esta acusação fiscal se refere a apuração de ter a Impugnante utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, tendo os Autuantes explicado que a maior parte dos materiais objeto da infração 03 estariam sendo usados como inibidor de corrosão, dispersantes, biocidas e ante corrosivos no tratamento de água de refrigeração. Porém, quanto ao gás natural, foi objeto da autuação apenas os 15%, por ser este percentual destinado à queima do flare.

Inicialmente concordo que as infrações 03 e 04 têm muita afinidade e devem ser analisadas conjuntamente, pois decorrem das mesmas operações e a cognição aplicada a primeira resultará como consequência imediata na segunda.

Desta forma, para circunscrevê-las devo esclarecer que a infração 03 diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, a qual se confirmada determinará a ratificação da infração 04 que aponta para falta de recolhimento do ICMS referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições a que se refere à infração anterior, caso se confirmem tratarem-se de aquisições interestaduais a serem destinadas a uso e consumo do estabelecimento.

Segundo se extrai dos autos, sobretudo, a partir das declarações defensivas, a celeuma instigada pelas infrações 03 e 04 diz respeito ao direito ao crédito em relação às aquisições dos produtos destinados: a **INSUMOS DO SISTEMA DE ÁGUA DE RESFRIAMENTO** – como “Dispersantes Inorgânicos” e “Inibidores de Corrosão” utilizados no tratamento do sistema de refrigeração, produtos utilizados para manter os dutos deste sistema livres de corrosão e incrustações; **ÁGUA POTÁVEL** – utilizada na área industrial para os lava-olhos e chuveiros de emergência utilizados em caso de contaminação com produtos químicos, nos laboratórios para limpeza dos equipamentos empregados nas análises físico-químicas e **GÁS NATURAL** – utilizados para no sistema de incinerador com o objetivo principal de geração de vapor, insumo necessário para as diversas etapas da planta de produção de Polietileno, porém destacando que a controvérsia sobre este item diz respeito apenas 15% das aquisições deste produto que seria utilizado para a queima dos gases tóxicos no flare, sendo esta parte também já reconhecida e paga pela Impugnante, o que também afasta a menção à diligência realizada em relação a este produto.

O centro das questões acerca do direito em relação aos créditos das aquisições dos produtos referidos acima diz respeito a verificação se os mesmos se tratam de matéria prima ou de produto intermediários que garantiriam esse direito, ou de material para uso e consumo que impediriam a apropriação dos créditos e por conseguinte exigiria o recolhimento ao cofres públicos do ICMS devido a título de diferença de alíquota, para os casos em que se originaram de fornecedores instalados em outras Unidades da Federação.

Verifico que em cumprimento à diligência, para a adequação do levantamento fiscal em relação às infrações 03 e 04 às decisões proferidas nos acórdãos JJF 0210-01/15 e CJF 0282-12/15, conforme planilhas elaboradas pelo revisor constantes das fls. 352 a 358, este excluiu do levantamento fiscal as mercadorias que se destinavam ao *“controle da temperatura do sistema, quer para baixar, quer para aumentar a temperatura”*, certamente em obediência ao que interpretou da orientação extraída das decisões apontadas na diligência em questão, especificamente no Acórdão JJF 0210-01/15, pois não verifiquei a reiteração desse entendimento no Acórdão CJF 0282-12/15, tendo verificado que nas planilhas apresentadas em função da diligência que foram excluídas as mercadorias utilizadas como **INSUMOS DO SISTEMA DE ÁGUA DE RESFRIAMENTO** – como “Dispersantes Inorgânicos” e “Inibidores de Corrosão” utilizados no tratamento do sistema de refrigeração, produtos utilizados para manter os dutos deste sistema livres de corrosão e incrustações, e apontou para novos valores apurados de R\$20.936,92 e R\$3.776,71, referentes às infrações 03 e 04 respectivamente.

Todavia, os paradigmas indicados (acórdãos JJF 0210-01/15 e CJF 0282-12/15) na diligência em questão, para o fim de se apurar o valor escorreito dos créditos lançados pelas infrações 03 e 04, apresentam algumas inconsistências que passo a enumerar:

Em primeiro identifico que a decisão decorrente do JJF 0210-01/15, se refere a voto do próprio julgador solicitante da diligência e representa decisão de primeira instância, e por isso mesmo inadequada como paradigma, pois não se trata de decisão definitiva, tendo em vista a probabilidade de sua reforma em instância superior;

Em segundo, esta decisão foi, de fato, reformada pela decisão da 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL no ACÓRDÃO CJF N° 0279-11/17, quando a decisão adotada como paradigma para a diligência em tela fora reformada, confirmando a sua imprestabilidade para o desiderato recomendado, veja-se excerto da decisão em referência:

ACÓRDÃO CJF N° 0279-11/17, fl. 17.

“(...)

Conforme fundamentado na Decisão ora recorrida, o parâmetro para definir se o bem é destinado a uso/consumo ou produto intermediário, deve ser observado que o produto esteja vinculado à industrialização; b) consumido no processo, ou c) integre o produto final.

Na situação presente, os produtos adquiridos são utilizados, para resfriamento, limpeza de equipamentos, inibição de corrosão, antincrustantes, dispersantes, lubrificação, bactericida, purga etc., bem como água potável utilizada para consumo do estabelecimento, ou seja, conforme fundamentado na Decisão ora recorrida, os produtos são utilizados no tratamento de água de refrigeração que não participam do processo produtivo de forma direta; utilizados na conservação de equipamentos e tubulações; para evitar o crescimento de micro organismos causadores de corrosão bacteriana e não são afetados no processo produtivo, o que caracteriza, como produtos destinados a uso e consumo, ficando vedado o direito de utilização do crédito fiscal correspondente nos termos do art. 309, I, “b” do RICMS/2012

(...)"

Em terceiro, ocorre que o segundo paradigma recomendado pela citada diligência, o acórdão de segunda instância n.º CJF 0282-12/15, em verdade decidiu contra a tese do primeiro relator deste processo e solicitante da diligência, conforme demonstro também a seguir:

Excerto do voto constante do CJF 0282-12/15, às fls. 11 e 12:

“Em relação às infrações 1 e 2, os itens: Sílica Gel Sintética BP-2, Sílica Gel Branca, Composto Sílica BP-2 a 30%, Óleo de Selagem Agitadores, M-47-Solvente Isoparafínico Inodoro, Cola para Borracha, Solução Limp Willet, Solução Diluente Willet, são consumidos em função e como resultado de sua participação direta no processo de fabricação do produto final da empresa e, em consequência, enquadrados como produto intermediário, cuja condição foi reconhecida pelo próprio autuante, quando da sua informação fiscal, ou de ofício pela decisão de piso, cujas considerações me alinho, ensejando o direito ao crédito fiscal nas suas aquisições e não sendo possível exigir diferencial de alíquotas, quanto aos aludidos itens, o que ensejou na desoneração parcial das infrações 1 e 2.

(...)

Da análise das razões do Recurso Voluntário, quanto às duas primeiras infrações, verifico que as alegações recursais são insuficientes para a reforma do Acórdão recorrido, visto que, em primeiro plano, alguns itens que mantém em sua peça recursal como produto intermediário do seu processo produtivo, a exemplo de: Óleo de Selagem Agitadores, Sílica Sintética BP-2, Sílica Gel Branca, Composto Sílica BP-2 a 30%, Cola para Borracha e Solvente Isoparafínico, já haviam sido excluídos das exigências fiscais, inexistindo objeto

o seu pedido.

Quanto aos demais itens: Óleo de Lubrificação Compressores LP-15 e Óleo Sonneborn (que servem para eliminar os efeitos da oxidação e corrosão dos equipamentos), Bat Ácida e VTL 12100A (utilizados para estabilização da corrente elétrica), objeto do Recurso Voluntário, suas aplicações comprovam tratarem de materiais de consumo e não de produtos intermediários, pois, ambos são desgastados pelo estabelecimento industrial, porém o que importa para a sua caracterização legal é onde e como o desgaste acontece: se o bem é desgastado em função e como resultado de sua participação direta no processo de fabricação do produto da empresa, então há que se denomina-lo de produto intermediário. Caso contrário, deve ser definido como material de consumo.

Assim, materiais inibidores de corrosão e de estabilização de corrente elétrica são materiais de consumo, pois não se integram ao produto fabricado pelo sujeito passivo e geralmente se desgastam antes ou pós o processo produtivo, de modo a estabilizar a corrente elétrica ou a recuperar os danos e resíduos contaminadores da produção ou de proceder à limpeza, preparação e aumentar a vida útil dos equipamentos produtivos, não estando vinculados diretamente e simultaneamente a este processo produtivo, logo, são considerados materiais de uso e consumo do estabelecimento, cabendo as exigências de crédito indevido e diferencial de alíquotas atinentes a tais materiais.

Destarte, me alinhando com as decisões da Câmara deste CONSEF, sobretudo nos Acórdãos CJF 0282-12/1 e CJF Nº 0279-11/17, demonstradas acima, por se referirem a mesma empresa e por observarem os mesmo produtos objeto da presente demanda, passo a fundamentar e declarar o meu voto quanto ao deslinde das infrações 03 e 04.

A jurisprudência deste CONSEF é no sentido de considerar material de uso e consumo às aquisições de mercadorias que não serão integradas ou consumidas ao processo de industrialização, com espeque no inciso II do Art. 21 da Lei Complementar 87/96 e inciso I do §4º do Art. 29 da Lei 7.014/96. Entendido o processo de industrialização segundo a legislação do IPI, de acordo com o art. 4º do RIPI/2010, **DECRETO Nº 7.212, DE 15 DE JUNHO DE 2010, in verbis:**

RIPI/2010

“Art. 4º Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoamento para consumo, tal como (Lei nº 5.172, de 1966, art. 46, parágrafo único, e Lei nº 4.502, de 1964, art. 3º, parágrafo único):

I - a que, exercida sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova (transformação);

II - a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento);

III - a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (montagem);

IV - a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento); ou

V - a que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização (renovação ou recondicionamento).

Parágrafo único. São irrelevantes, para caracterizar a operação como industrialização, o processo utilizado para obtenção do produto e a localização e condições das instalações ou equipamentos empregados.”

Impende concluir que do dispositivo acima, pode-se inferir tratar-se de industrialização a operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoamento para consumo, tal como determina a (Lei nº 5.172, de 1966, art. 46, parágrafo único, e Lei nº 4.502, de 1964, art. 3º, parágrafo único). Ou seja:

É a operação que exercida diretamente sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova através de sua transformação, aperfeiçoamento, alteração do funcionamento, da utilização, do acabamento ou a aparência do produto, sobre o qual recair o

processo industrial, não importando o tipo de processo utilizado para este desiderato.

Decorre também, da orientação da legislação federal evocada, portanto, que o processo de industrialização é aquele que guarda íntima relação com a matéria prima ou com o produto intermediário, os quais seguindo a conceituação clássica, respectivamente se tratam do material de maior preponderância no produto final e de menor preponderância no produto final, mas todos com absoluta intimidade com o resultado final do produto.

Exemplificando: no processo industrial de confecção de uma cadeira de madeira, seria considerada matéria prima a madeira, enquanto os materiais intermediários seriam os pregos, a cola, a lixa, o verniz, a tinta, o pincel, o estofado, o grampo, etc.

Portanto, por certo, neste exemplo, não faria parte do processo de industrialização, o sistema de refrigeração do galpão onde se fabricaria a eventual cadeira, pois este objetiva o conforto térmico dos funcionários, e por isso não guardaria relação direta com o processo de fabricação, a despeito de sua inegável importância para a produtividade e até mesmo qualidade do produto final.

Entretanto, não seria errôneo concluir que um sistema de calefação para acelerar a secagem do verniz, da cola, ou da tinta, certamente faria parte do processo industrial, não como matéria prima, mas como produto intermediário, pois para o aquecimento se usaria alguma forma de obter essa energia calórica (seja elétrica, gás, etc.), que sendo tributada pelo ICMS geraria, sem dúvida alguma, direito ao crédito.

O exemplo acima certamente esclareceu o critério de identificação do que sejam matéria prima e produto intermediário, os quais são dotados de pertinência para gerar o direito ao crédito em decorrência de participarem do processo de industrialização.

Nessa esteira, sendo o processo industrial consistente em um conjunto sistematizado de procedimentos envolvendo passos químicos ou mecânicos de produção, usando máquinas, energia e trabalho humano, objetivando transformar e combinar as matérias-primas para produzir uma mercadoria nova, foi sedimentado neste CONSEF o entendimento de que só permitiriam o aproveitamento do crédito do ICMS as aquisições de mercadorias que forem utilizadas diretamente no processo produtivo, assim entendidas aquelas mercadorias identificáveis diretamente em cada unidade produzida por compor o produto final em maior preponderância e importância (matéria prima), ou relacionadas a este quando, ainda que não identificáveis no produto final, concorrerem diretamente para sua modificação física ou química (material intermediário).

Desta forma, as mercadorias que tiverem sua utilização indireta no processo industrial, como suporte térmico não aplicado sobre a matéria prima ou produto intermediário, como os ante incrustante, ante bactericida, ante corrosivo, ainda que reconhecidamente serem importantes para a infraestrutura da planta industrial, não podem ser classificados como um produto que tenha por finalidade compor o produto final, ou relacionar-se diretamente a estes quando, ainda que não identificáveis no produto final, concorressem diretamente para sua modificação física ou química.

Os materiais utilizados na planta industrial que não se enquadram nos parâmetros acima, são considerados pelas decisões hegemônicas do CONSEF como aquisições destinadas ao uso e consumo do estabelecimento industrial, pois sua utilização é periférica ao processo de industrialização, pois a despeito de necessária a manutenção e operacionalidade da planta industrial, tratam-se de mercadorias, indiscutivelmente, apenas utilizadas no entorno do processo fabril e não diretamente neste.

Iniciando a análise do mérito em relação aos produtos destinados para tratamento de água de refrigeração, tem-se que são utilizados para as funções de (i) Biocidas—para impedir a proliferação bacteriológica, e evitar a formação de colônias e entupimento da tubulação; (ii) Dispersantes/anti espumantes – evitam que as colônias que venham a se depositar, incrustem, ou seja, fiquem aderidas a tubulação; (iii) anti-corrosivos – evitam ou retardam o processo de

corrosão das tubulações. Já o objetivo geral do processo de água de refrigeração tem por motivação proporcionar uma troca térmica adequada entre os fluidos do processo principal e ela própria.

Quanto a estes produtos considero que a conclusão a *prima facie*, de clareza solar, com espeque na descrição da defesa da funcionalidade de cada um, é a de que são utilizados na periferia do processo produtivo, por não comporem o produto final e nem mesmo concorrerem para a sua modificação física ou química atuando diretamente em seu processo de produção industrial.

Esta é a conclusão inexorável quando se interpreta a explicação da defesa de que são produtos que atuam no tratamento da água de refrigeração, pois nem mesmo essa atua diretamente no processo industrial, posto que é utilizada nos dutos do sistema de refrigeração dos equipamentos da planta, afastada pelo menos em dois níveis do processo físico/químico que atua diretamente para transformação da matéria prima. De modo que, opto por aplicar a cognição sobre o caso que afasta a pretensão defensiva e mantém integralmente a imposição fiscal acerca dos produtos utilizados no tratamento do sistema de água de refrigeração.

Melhor sorte não tem a ÁGUA POTÁVEL, a qual conforme se extrai do arrazoado defensivo, nenhuma intimidade demonstra ter com o processo de fabricação desenvolvido pela Impugnante, pois sua utilidade está direcionada para os lava-olhos e chuveiros de emergência utilizados em caso de contaminação com produtos químicos, nos laboratórios para limpeza dos equipamentos empregados nas análises físico-químicas. Sendo assim, denota-se que a água potável, da mesma forma que os anteriores analisados, também não participam da composição do produto final nem concorre diretamente para sua modificação física ou química, portanto considero acertada a glosa dos créditos fiscais imposta aos créditos relacionados às aquisições de água potável.

Por fim, apesar do excelente trabalho profissional realizado pela Auditora Fiscal da ASTEC em relação à revisão solicitada na multicitada diligência, a qual foi resultado de plena vinculação ao quanto solicitado, afasto as conclusões e planilhas de revisão apresentadas por esta, em relação às infrações 03 e 04, e também, por conseguinte o pedido de correção feito pela defesa em relação a alegação de ter a diligência olvidado de excluir os valores atinentes ao “Dispersante Inorgânico” utilizado no sistema de refrigeração/água clarificada, por ter a diligente mantido a respectiva Nota Fiscal (nº 128330) no demonstrativo resultante da diligência fiscal, pois pelos motivos já expostos, a planilha objeto deste pedido de correção foi descartada e voto pela subsistência integral das referidas infrações. Ou seja, mantendo os valores originais, Infração 03 R\$25.471,53 e infração 04 R\$10.254,65.

Em relação à infração 06, verifico que a acusação se refere a ter o Autuante apurado que a Impugnante deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, incidente nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Ressalto, entretanto, que estas aquisições não se confundem com as infrações 03 e 04, posto que não houve controvérsia quanto a se prestaram a uso em ambiente de produção da planta.

De início enfrento a abordagem defensiva quando disse ter estranhado a constância do CFOP 2557 - Transferência de material p/ uso ou consumo, entre as operações que foram objeto da autuação, entendendo que estas, dizendo respeito às transferências, não justificariam a cobrança do ICMS requerida, pois a exigência estaria desconexa com um negócio jurídico por não repercutir em mudança de titularidade, buscando apoio na jurisprudência e inclusive na SUMULA 166 do STJ.

De fato, devo concordar que a jurisprudência hodierna provocou uma relativização em relação a exigência do ICMS em operações de mera transferência de mercadorias entre os estabelecimentos pertencentes a uma mesma empresa, contudo essa relativização alcança apenas as operações internas de cada Estado, posto que desta forma não afetaria competências tributárias, com repercussão quanto o pacto federativo e sobretudo ao princípio da não cumulatividade, este em detrimento do sujeito ativo do contribuinte emissor das mercadorias, posto que apenas este arcaria com o crédito das transferências interestaduais sujeitas à tributação.

Ou seja, sem dúvidas isso prejudicaria a sistemática de tributação do ICMS, pois em se consentindo com uma transferência interestadual de mercadorias sem a incidência do ICMS, imporíamos ao Estado emissor destas o ônus de arcar com o respectivo crédito de direito da empresa emitente sem que esse Estado se beneficiasse com o respectivo débito, e por conseguinte o efeito contrário beneficiaria o Estado de destino. Por isso, a jurisprudência vem sendo aplicada apenas para as transferências internas porque esta não repercute como a outra.

Já quanto a Súmula 166 do STJ, me filio a opinião de que esta não pode impor seus efeitos em relação as regras impostas pela Lei Complementar 87/96 e Lei Estadual 7.014/96, posto que estas últimas ingressaram no ordenamento jurídico pátrio em momento posterior a edição da referida súmula, repercutindo em fato superveniente à mesma e por isso não podem estas serem contrapostas pela primeira.

Em sentido complementar, se faz *mister* apresentar opinativo da PGE/PROFIS referenciado e reproduzido no ACÓRDÃO CJF Nº 0282-12/15, da 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, a seguir reproduzido:

“Quanto à alegada não incidência do ICMS nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, a PGE/PROFIS diz que não merece prosperar porquanto a legislação do Estado da Bahia (art. 44º, I, da Lei 7.014/96 e art. 2º, I, do RICMS), em harmonia com as prescrições da Lei Complementar 87/96, determina a incidência do aludido imposto nas citadas transferências interestaduais, uma vez que os estabelecimentos são considerados autônomos com fundamento no art. 11, §3º, II, da LC 87/96. Assim, comunga da opinião que a sólida jurisprudência transcrita pela recorrente e a Súmula 166 do STJ não são dotadas de caráter vinculante perante as decisões administrativas proferidas no âmbito do CONSEF, salvo, no caso de decisão judicial em que o autuado seja parte ou através de ação de efeitos “erga omnes”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da legislação que fundamenta o presente lançamento de ofício. Ademais, frisa que todas as transferências foram realizadas com destaque de ICMS e com valores de preços, na sua grande maioria, muito próximos ao custo de produção.”

Cabe destacar que me causou espécie verificar que, a despeito deste argumento defensivo ter denotado expressar um procedimento de praxe da empresa como um todo, restou evidenciado pelo Autuante se tratar do contrário, visto que a Impugnante faz uso da sistemática que defende ao seu alvedrio, aplicando o procedimento conforme lhe interessa, de modo a que em algumas transferências, em função do Estado emitente das notas fiscais, procede ou não o destaque do ICMS, conforme comprovou o Autuante em sua informação fiscal quando denunciou quanto a este procedimento defendido, que as filiais remetentes situadas em Alagoas e Rio Grande do Sul, ao emitirem as notas fiscais de saída de transferência de mercadorias de uso e consumo, procederam de forma correta, ou seja, destacaram o imposto devido. A título de exemplo, apontou os Danfes das notas fiscais 27996, 294320 e 340791, folhas 249 a 251.

Inclusive, esta infração foi objeto de pedido de diligência, porém fora indeferida pela 1º JJF, pois não constou dos pedidos de exame perpetrado na requisição de diligência elaborada por aquela junta de julgamento, conforme se depreende das fls. 301 a 304, pois este item não consta da diligência requerida pelo Colegiado da 1ª JJF. Da mesma forma, afasto o pedido de diligência por entender que os elementos constantes dos autos são suficientes para emitir o juízo sobre o feito. Voto pela subsistência integral desta infração 06.

Adentrando ao exame da infração 10, que acusa à Contribuinte de não haver recolhido o ICMS relativo a mercadorias enviadas para Industrialização – conserto sem o devido retorno ao estabelecimento de origem, em primeiro lugar examino a questão em relação à comprovação do tempo de uso dos bens ativo fixo objeto das NFs que compõem o levantamento fiscal, que recai sobre a NF n.º 30317, que se refere a remessa para conserto de um “GUINDASTE GALION”, sobre o qual disse a defesa ter sido incorporado ao ativo imobilizado em 1988.

E quanto a esse assunto, apesar de aceitar que a narrativa defensiva desconstituiria o lançamento em relação a este bem, reputo que as provas não acompanham o argumento, pois as telas de seu sistema informatizado de controle apresentadas não substituem os documentos fiscais próprios de remessa e de retorno, em socorro de sua pretensão. Assim, mantengo a exigência que decorre da nota fiscal 30317 no rol original da exigência fiscal relativa à infração 10.

Quanto aos demais itens objeto da infração 10, verifico que a defesa insiste em sua narrativa de que não violou a legislação, pois afirmou ter adotado todos os procedimentos exigidos, tendo realizado documentalmente o regresso dos bens ao seu estabelecimento depois de reparados, e dentro do prazo de 180 dias, no qual permaneceu suspensa a incidência do imposto, conforme previsto no inciso I do art. 341 e §3º do art. 627 do RICMS/BA (Decreto nº 6.284/97).

De modo que, esta controvérsia por não ter sido esclarecida a contento no curso da instrução que se deu quando o presente processo estava a cargo da 1ªJJF, a mesma acrescentou ao bojo da diligência, constante das fls. fls. 301 a 304, a incumbência, ao eventual preposto fazendário a cargo de sua realização, de proceder a seguinte verificação:

Parecer ASTEC nº 001/2016,

“Solicitação – ASTEC

Deverá o fiscal diligente:

- a) *solicitar ao autuado e anexar aos autos documentação comprobatória do tempo de uso dos bens do ativo immobilizado objeto da autuação;*
- b) *se for o caso, refazer o demonstrativo de débito, lançando imposto apenas em relação aos bens do ativo immobilizado com menos de um ano de uso no estabelecimento do autuado, e observando a redução da base de cálculo prevista no inciso I do art. 83 do RICMS/97.”*

Levada a cabo a diligência, em relação à infração 10, a Auditora Fiscal diligente concluiu:

“Em atendimento à Intimação Fiscal (Doc. Fls. 362/365), o autuado apresentou na Manifestação (fl.371), um demonstrativo informando as Notas Fiscais de Retorno de Bens para Conserto nºs. 7018, 692, 2562, 3254, 2142, 23376, no valor total de R\$174.080,00 e anexou, às fls. 382/389, as Notas Fiscais de Remessa dos Bens para Conserto de nºs.39359, 39570, 39747, 39808, 40786.”

“Ocorre que ao analisar e confrontar os dados das notas fiscais acima apresentadas com os dados da Informação Fiscal, às fls.228/229 e 248, referentes a revisão fiscal dos números das notas fiscais acima apresentadas, indicando que as mesmas já haviam sido excluídas na revisão fiscal , haja vista a redução do valor da Infração 10 de R\$ 335.580,00 para R\$ 178.500,00, conforme se verifica no Demonstrativo à fl. 248.”

“Deste modo, remanesce o valor de R\$ 178.500,00, conforme demonstrativo à fl. 248 da Informação Fiscal.”

Verifiquei, portanto, que a diligente acompanhou a opinião dos Autuantes, chegando a cognição de que revisando os cálculos a partir dos documentos apresentados pela defesa apurou que o valor exigido deveria ser reduzido de R\$157.080,00, no que resultaria que o valor originalmente lançado passaria de R\$335.580,00, para R\$178.500,00.

Todavia, apurando a pertinência da alegação defensiva, quando se manifestou acerca do resultado da diligência, de que *“há que ser feito o ajuste relativo à NF n.º 39808 (R\$ 17.000,00 – doc. 06), que não foi alvo de avaliação pelos prepostos fiscais autuantes e que foi desprezada pela fiscal diligente”*, pude concluir que, de fato, por ocasião da realização da diligência, deixou-se de verificar que a Impugnante apresentou o documento que comprova o retorno da remessa para conserto acobertado pela nota fiscal 39808 (fl. 467), realizado pelo documento fiscal n.º 2142 (fl. 468).

Deste modo, concluo assistir razão a defesa em exigir que o documento fiscal 39808, que representa o valor exigido de R\$17.000,00, seja excluído da exigência fiscal representada pela

infração 10, resultando que o rol de documentos apartados em função da comprovação de retorno das remessas para conserto, somam em verdade R\$174.080,00 como resumem-se abaixo:

Nota Fiscal de Remessa	Nota Fiscal de Retorno	ICMS
39359	7018	13.600,00
39570	692	119.000,00
39747	2562 / 3254	12.480,00
39808	2142	17.000,00
40786	23376	12.000,00
Total		174.080,00

Feitas estas correções, impende concluir que o valor devido em relação à infração 10, deve ser reduzido de R\$335.580,00 para R\$174.080,00. Assim, voto pela subsistência parcial da infração 10.

Destarte voto pela procedência parcial deste Auto de Infração repercutindo na redução do valor original lançado de R\$1.131.097,39, para R\$9969.597,39, conforme discriminado a seguir:

INFRAÇÃO	VALOR	
	LANÇADO	JULGADO
INFRAÇÃO - 01	199.894,67	199.894,67
INFRAÇÃO - 02	409.047,71	409.047,71
INFRAÇÃO - 03	25.471,53	25.471,53
INFRAÇÃO - 04	10.254,65	10.254,65
INFRAÇÃO - 05	9.058,62	9.058,62
INFRAÇÃO - 06	1.271,28	1.271,28
INFRAÇÃO - 07	25.920,00	25.920,00
INFRAÇÃO - 08	110.439,84	110.439,84
INFRAÇÃO - 09	4.159,09	4.159,09
INFRAÇÃO - 10	335.580,00	174.080,00
TOTAIS	1.131.097,39	9969.597,39

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206986.0011/15-0, lavrado contra a empresa **BRASKEM S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$360.655,01**, acrescido das multas de 60% sobre R\$334.735,01 e de 100% sobre R\$25.920,00 previstas no art. 42, incisos VII “a”; II “f”; II “a” e III da nº 7014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$608.942,38**, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a 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 art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala de Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2019

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR