

PROCESSO - A. I. Nº 279757.0083/15-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TIMAC AGRO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FERTILIZANTES LTDA.
RECORRIDOS - TIMAC AGRO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FERTILIZANTES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0060-01/18
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/03/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0002-11/20

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOR. NÃO INCLUSÃO DE CRÉDITO FISCAL NA COMPENSAÇÃO DA APURAÇÃO DO IMPOSTO PASSÍVEL DE INCENTIVO PELO DESENVOLVE. Crédito fiscal vinculado ao projeto incentivado não foi compensado na apuração do saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE. Redução do valor exigido após revisão feita pela ASTEC retificando a apuração usando a metodologia prevista na Instrução Normativa nº 27/09. Mantida a decisão de piso. 2. BASE DE CÁLCULO. TRANSFERÊNCIA COM PREÇO INFERIOR AO DE CUSTO. Demonstrada a realização de operação de saída de mercadoria adquirida de terceiro com preço inferior ao de entrada. Parte do período atingido pela decadência. Mantida a decisão de piso. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. 3.1 - BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Parte do período atingido pela decadência. Mantida a decisão de piso. 3.2 – RECOLHIMENTO ANTES DA SAÍDA, MAS SEM A COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO. Parte do período atingido pela decadência. Mantida a decisão de piso. 3.3 - OPERAÇÕES AMPARADAS PELA ISENÇÃO DO IMPOSTO. Parte do período atingido pela decadência. Houve evidente prejuízo experimentado pelo Contribuinte, em face da descrição inadequada da conduta infratora, devendo ser anulada a infração para permitir que sejam produzidas provas com vistas a elidir a acusação. Reformada a decisão de piso. Infração 05 Nula. 3.4 - OPERAÇÕES AMPARADAS PELA ISENÇÃO DO IMPOSTO. Todo o período de autuação foi atingido pela decadência. Mantida a decisão de piso. 3.5 – MATERIAL DE USO E CONSUMO. Parte do período atingido pela decadência. Mantida a decisão de piso. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Todo o período de autuação foi atingido pela decadência. Mantida a decisão de piso. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Decisão unânime. Recurso Voluntário PROVIDO EM PARTE. Decisão por maioria em relação à infração 8 e, por unanimidade quanto às demais infrações.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 1ª JJF, respectivamente em razão do Acórdão 1ª JJF Nº 0060-01/18, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 14/12/2015, para exigir ICMS no valor histórico de R\$1.309.245,15, relativos a oito infrações distintas, todas objeto dos presentes recursos, a seguir especificadas.

Infração 01 (03.08.04) – (RO e RV) - recolheu a menor ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, nos anos de 2011 e 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$202.332,65, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 (05.02.02) – (RO e RV) - efetuou saídas em transferências de MAP, fertiactyl, KSC, corona máster, humato de sódio e embalagens, nos anos de 2011, 2012 e 2013, com preço inferior ao custo de produção, sendo exigido ICMS no valor de R\$11.645,30, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 (01.02.23) – (RO e RV) - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS nas aquisições interestaduais de calcário em concha, cloreto de potássio, turfa preta fibrosa, amônia anidra, cal hidratada, gesso calcinado, ureia, micro boro e varredura, com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior a estabelecida no Convênio ICMS 100/97, nos anos de 2010, 2011 e 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$161.341,44, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 (01.02.41) – (RO e RV) - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal referente às aquisições de resíduo de madeira cavaco, madeira para uso na fôrnilha a cavaco, moinha de carvão, para uso como combustível em estabelecimento industrial, com ICMS diferido na forma do art. 343, inciso XXIII, do RICMS/97, nos anos de 2010, 2011 e 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$639.330,03, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 (01.02.03) – (RO e RV) - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de fertilizantes, recebidas em transferências de filiais localizadas em outras unidades da Federação, cuja saída subsequente na Bahia ocorreu com benefício de isenção previsto no art. 104 do RICMS/97, nos anos de 2010, 2011 e 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$138.922,86, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 (01.02.03) – (RO) - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de ureia e amônia, adquiridas em operações internas junto a PETROBRÁS S/A, para utilização como insumo na produção de fertilizantes, no ano de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$148.135,23, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 07 (06.02.01) – (RO) - deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais nas aquisições de anti-espumante NFA QGS, oriundo de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, utilizados para tratamento de efluentes, no ano de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$127,10, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 08 (01.02.02) – (RO e RV) - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, aquisição de anti-espumante NFA QGS GLP utilizados para tratamento de efluentes, nos anos de 2010, 2011 e 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$7.410,54, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 27/04/2018 (fls. 368 a 378) e decidiu pela Procedência em Parte, em decisão unânime, nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

O autuado alegou a decadência do direito da Fazenda Pública em reclamar de ofício o ICMS referente a período anterior a dezembro de 2010, haja vista que a ciência do presente Auto de Infração somente ocorreu em 17/12/2015.

A PROCURADORIA GERAL DO ESTADO (PGE/PROFIS), através do Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0 firmou entendimento de que conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações e prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento do imposto em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

No caso concreto, o lançamento de ofício apresenta nas infrações 02, 03, 04, 05, 06, 07 e 08 falta de pagamento da diferença de alíquotas, exigência de ICMS recolhido a menos em razão de erro na determinação da base de cálculo ou por utilização indevida de crédito fiscal referentes a fatos geradores ocorridos em períodos

anteriores a dezembro de 2010.

Desse modo, verifico que a situação se enquadra perfeitamente na regra contida no § 4º, do art. 150 do CTN, ou seja, trata-se de hipótese de lançamento por homologação que somente ocorre nos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de “antecipar” o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sujeitando-se a posterior homologação, expressa ou tácita, por aquela autoridade. Assim, a contagem do prazo decadencial tem início a partir da data de ocorrência dos correspondentes fatos geradores.

Diante do exposto, concluo que os fatos geradores das citadas infrações, ocorridos em períodos anteriores a dezembro de 2010, foram atingidos pela decadência, de forma que os créditos tributários reclamados naqueles períodos ficam extintos, incidindo a regra do art. 156, inc. V, do CTN, que considera extinto o crédito tributário com a decadência.

Em relação à infração 01, a exigência se originou em decorrência de verificação pelo autuante de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo, prevista pelo Programa DESENVOLVE.

O autuado reconheceu a ocorrência de erros e apresentou novo demonstrativo onde o valor devido foi reduzido para R\$63.401,26. O demonstrativo produzido pelo autuado trouxe inversões na alocação de rubricas que foram lançadas pelo autuante como não estando vinculadas ao projeto incentivado, sem, contudo, apresentar provas que justificassem tal inversão.

A ASTEC emitiu parecer, em atendimento à solicitação feita pela 1ª JF, onde refez o cálculo do saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE, partindo dos comandos estabelecidos pela Instrução Normativa nº 27/09 e considerando como piso o valor de R\$122.188,37, a partir de 01/06/2011, e de R\$127.396,40, a partir de 01/06/2012, diferentemente do adotado pelo autuante. Destacou que utilizou os mesmos valores das rubricas levantadas pelo autuante, sem inversão da sua alocação, resultando em elaboração de novo demonstrativo com redução do valor do imposto a pagar para R\$70.057,74.

Os valores dos pisos considerados pelo diligenciador da ASTEC estão corretos, pois foram os estabelecidos pela Resolução nº 81/11, retificando o piso anteriormente estabelecido pela Resolução nº 193/10.

Desse modo, tendo observado que a metodologia de apuração do saldo devedor passível de incentivo utilizada pela ASTEC foi diferente das adotadas pelos autuantes e pelo autuado, mas cumpriu fielmente o estabelecido pela legislação, reconheço como procedente em parte a infração 01, nos termos definidos pela ASTEC no demonstrativo à fl. 302, ficando reduzida a exigência fiscal para R\$70.057,74.

Em relação à infração 02, conforme já comentado, considero atingido pela decadência a cobrança relativa aos períodos de fevereiro a outubro de 2010. A reclamação de ofício decorre da realização de saídas em transferências de MAP, fertiactyl, KSC, corona máster, humato de sódio e embalagens, com preço inferior ao custo.

A defesa alegou que na elaboração do preço médio nas saídas não foi considerado a redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 100/97. Os autuantes reconheceram o equívoco e refizeram os cálculos, resultando em majoração do imposto inicialmente reclamado, sem, contudo, apresentar os demonstrativos analíticos.

Não obstante a impossibilidade de elevação do imposto reclamado em uma infração após revisão ocorrida na informação fiscal, não encontramos defeito no demonstrativo da infração 02, anexado às fls. 37 e 38. O preço médio na saída foi levado em conta retirando o valor do imposto destacado no documento fiscal emitido pelo autuado, não importando se a aplicação da redução foi adotada corretamente ou não. O preço médio das saídas foi calculado com a retirada total do imposto incidente de fato e depois comparado com o custo médio também calculado com a retirada total do imposto incidente.

Desse modo, concluo pela procedência em parte da infração 02, mantendo a exigência referente aos meses de janeiro de 2011 a outubro de 2012, remanescendo a exigência fiscal no valor de R\$6.610,83.

Na infração 03, foi detectado que o autuado utilizou como crédito fiscal valor destacado em documento fiscal de aquisição de mercadoria com tributação acima da estabelecida na legislação. Impedir o uso indevido de crédito fiscal, objeto do presente auto de infração, não se caracteriza como afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade. A compensação do imposto devido em operações sujeitas ao ICMS com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado é garantia constitucional. Mas para que se tenha direito à utilização do imposto cobrado nas operações anteriores é necessário que o imposto cobrado não ultrapasse o estabelecido como devido pela legislação.

A majoração indevida da base de cálculo do imposto não garante ao destinatário o direito de utilização do imposto destacado a mais como crédito fiscal. A cobrança que excede a devida não pode ser admitida pelo Estado de destino como crédito fiscal para o destinatário. O princípio da não-cumulatividade não está sendo ferido, pois ao remetente permanece o direito de requerer a restituição do respectivo indébito.

Considerando que a exigência fiscal relativa ao período de janeiro a novembro de 2010 foi atingida pela decadência, concluo que a Infração 03 é procedente em parte, ficando reduzida a sua exigência para R\$154.817,57, referente ao período de dezembro de 2010 a dezembro de 2012.

A infração 04 exige imposto em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal nas aquisições de mercadorias que estavam incluídas no regime de diferimento enviadas para o autuado com destaque do imposto (madeira, carvão vegetal e resíduo de madeira).

O autuado não possuía habilitação para operar no regime de diferimento nas aquisições de mercadorias. Nessas circunstâncias, no período de dezembro de 2010 a março de 2012, o remetente deveria efetuar a saída da mercadoria com tributação, anexando o comprovante de recolhimento do imposto ao documento fiscal antes da saída da mercadoria, conforme alínea “a” do inciso I do § 1º do art. 348 do RICMS/97. Nesse período, as saídas efetuadas pela empresa INDEX – Indústria, Comércio e Exportação de Madeiras LTDA estavam dispensadas do recolhimento antes das saídas mercadorias (fl. 248). Já a empresa RC Serviços Florestais LTDA obteve autorização para não recolher o imposto antes das saídas a partir de 16/06/2011 (fl. 249) e a empresa Alagoinhas Produtos Vegetais LTDA a partir de 21/11/2011, com base em autorização dada por meio do Parecer nº 24.704/2011. As saídas efetuadas por empresas optantes pelo Simples Nacional também estavam obrigadas a recolher o imposto antes da saída pelo regime normal.

Com a edição do RICMS/12, a exigência de recolhimento do imposto antes das saídas das mercadorias não estavam mais atreladas ao fato de estarem incluídas no regime de diferimento, mas em função de comando contido no inciso V do art. 332 do RICMS, que elencou as situações e as mercadorias em que seria exigido o pagamento.

Destaco que a concessão de prazo para pagamento, concedidos ainda quando a obrigação estava atrelada a existência de hipótese de diferimento, não invalida a continuidade de sua fruição quando o RICMS continuou com a exigência de recolhimento antes da saída, mas sob o comando do inciso V do art. 332 do RICMS/12.

De acordo com os argumentos trazidos no início do voto, ficam atingidos pela decadência os fatos geradores ocorridos de janeiro a novembro de 2010. Após esse período, apenas as saídas realizadas pela empresa INDEX – Indústria, Comércio e Exportação de Madeiras LTDA, pela empresa RC Serviços Florestais LTDA, a partir de 16/06/2011, e pela empresa Alagoinhas Produtos Vegetais LTDA, a partir de 21/11/2011, estavam dispensadas do recolhimento antes das saídas das mercadorias, por estarem autorizadas a recolherem no dia 09 do mês subsequente pelo regime de conta corrente. Assim, o autuado poderia se apropriar do crédito fiscal nas aquisições desses remetentes sem comprovação do efetivo recolhimento.

Com a retirada das empresas que possuíam autorização para recolhimento no mês seguinte ao da realização das saídas, a exigência de recolhimento antes da saída se limitou a madeira e resíduo de madeira que estavam prevista na legislação da seguinte forma:

1 – resíduo de madeira: no RICMS/97, incluído em hipótese de diferimento no inciso XXIII do art. 343; no RICMS/12, a exigência está vinculada às saídas realizadas por serrarias prevista na alínea “f” do inciso V do art. 332;

2 – madeira: no RICMS/12, na alínea “g” do inciso V do art. 332.

Dessa forma, considerando que a exigência referente ao período de janeiro a novembro de 2010 foi atingida pela decadência e após a exclusão da exigência nas remessas efetuadas pelas empresas anteriormente identificadas, voto pela procedência em parte da infração 04, nos termos da planilha anexada em mídia CD à fl. 591, ficando reduzida a exigência fiscal para R\$218.977,29.

Em relação à infração 05, destaco que não houve argumentação de defesa pelo autuado. Pela inexistência de lide e considerando que os elementos que compõem este item da autuação confirmam o acerto da autuação, a infração é procedente em parte relativamente a exigência fiscal de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, já que o período de janeiro a novembro de 2011 foi atingido pela decadência, ficando reduzida a exigência fiscal para R\$126.601,89.

A infração 06 refere-se a exigência de ICMS relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente ao recebimento de ureia e amônia, adquiridas em operações internas junto a PETROBRÁS S/A, para utilização como insumo na produção de fertilizantes, ocorrida nos meses de janeiro e fevereiro de 2010. Conforme argumentos trazidos no início do voto, a presente exigência fiscal foi atingida pela decadência, sendo, por conseguinte, improcedente a infração.

As infrações 07 e 08 giram em torno de aquisições de antiespumante NFA QGS. A infração 07 foi atingida pela decadência em razão dos fatos geradores terem ocorrido em julho e setembro de 2010, sendo, portanto, improcedente.

A infração 08 reclama ICMS em função do uso indevido de crédito fiscal destacado nas notas fiscais de aquisições de antiespumante NFA QGS. De acordo com relatório técnico apresentado pelo autuado (fl. 267), o antiespumante evita que a água transborde no equipamento denominado “lavador de gases”, responsável pela remoção do fluxo de gases poluentes provenientes do processo industrial. Este produto previne ou reduz a formação de espuma da água utilizada na lavagem de gases do processo de fabricação de fertilizantes. Os lavadores de gases processam gases provenientes de processos químicos ou físico-químicos. A espuma é gerada quando a demanda de lavagem é minimizada. O antiespumante evita que a água transborde no tanque e contamine as canaletas e piscinas coletoras e, conseqüentemente, o solo.

De acordo com decisão da Câmara Superior, proferida no Acórdão CS Nº 0030-21/09, “para que um produto seja considerado intermediário para fins de utilização do crédito fiscal, ele precisa ser indispensável ao processo produtivo e desgastar-se em decorrência de sua participação na elaboração do produto final, exigindo-se, via de regra, que o produto intermediário entre em contato com o produto final, não se integrando a ele por não se tratar de insumo”.

No referido acórdão, onde o autuado era produtor de celulose, o antiespumante foi considerado produto intermediário porque o processo produtivo da empresa exigia uma água com nível elevado de pureza e que recebesse o devido tratamento para não contaminar a celulose e, ainda, para preservar as máquinas e equipamentos que fazem a industrialização da madeira para transformá-la no produto final.

No processo produtivo da empresa autuada, o antiespumante não é utilizado diretamente no processo produtivo. A sua utilização ocorre justamente quando o equipamento “lavador de gases” não está sendo demandado no processo produtivo. Neste momento, em que a água não está sendo utilizada na lavagem de gases do processo de fabricação de fertilizantes, é gerada a espuma e aplicado o antiespumante apenas para evitar que a água transborde no tanque e contamine o solo. Assim, concluo que o antiespumante, na fabricação de fertilizantes, está à margem do processo produtivo e deve ser considerado como material de uso e consumo.

Desse modo, considerando que a exigência referente aos meses de julho e setembro de 2010 foram atingidos pela decadência, voto pela procedência em parte da infração 08, relativamente aos meses de junho de 2011 a dezembro de 2012, reduzindo a exigência fiscal para R\$7.321,56.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando reduzido o valor histórico para R\$584.386,88.”

A 1ª JF interpôs Recurso de Ofício de sua decisão.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 388 a 410, mediante o qual ataca a decisão de piso naquilo que se refere às infrações 01, 02, 03, 04, 05 e 08, aduzindo as seguintes alegações.

Quanto à Infração 01, explica que a Decisão recorrida determinou a retificação dos cálculos que acompanhavam o Auto de Infração ora combatido, vindo a apurar o valor devido de R\$70.057,74, enquanto que o expediente fiscal exigia o valor original de R\$202.332,65. Afirma que o valor de R\$70.057,74, porém, ainda que possa ser considerado um tanto inferior ao valor de R\$202.332,65, exigido pelo Auto de Infração, é maior do que o valor de R\$63.401,27, apurado pela Recorrente, que considerou devido parte do valor exigido pelo Auto, e, assim, calculou o montante que entende ser correto. Explica que o novo cálculo apresentado pela decisão de primeira instância, referente ao Parecer ASTEC nº 091/2017 – Planilha de Cálculo Desenvolve – 2012, utilizou os valores levantados e utilizados pelos fiscais que procederam a autuação, para a confecção dos novos demonstrativos do valor que seria devido.

Alega, todavia, que, embora o Parecer ASTEC tenha utilizado a forma correta de apuração do benefício do DESENVOLVE, deixou de considerar os valores corretos pertinentes à base de cálculo do benefício, sem levar em consideração os (corretos) códigos CFOP referidos nas planilhas apresentadas em sede de impugnação. No caso, o novo cálculo apresentado por meio do Parecer ASTEC nº 091/2017 não deveria se limitar à utilização da fórmula correta de apuração do Desenvolve, mas deveria, também, rever a base de cálculo do benefício em conformidade com as planilhas apresentadas pela Recorrente, que apresentam, de forma clara, a metodologia utilizada para fins de apuração do imposto efetivamente devido.

Assim, e no que se refere à Infração 01, entende ser a presente para requerer a reforma da decisão de primeira instância, para que seja considerado no cálculo do benefício a que tem direito a Recorrente (o Desenvolve), os valores constantes nas planilhas anexadas como documento nº 03 da impugnação apresentada.

Quanto à Infração 02, explica que foi diminuída em razão da decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário objeto de lançamento. No que se refere ao mérito da exigência fiscal, explica que a exigência fiscal é decorrente da realização de saídas em transferências de MAP, fertiactyl, KSC, comina máster, humato de sódio e embalagens, com preço inferior ao custo. Explica, ainda, que, na defesa apresentada, aduziu que o cálculo elaborado pela Fiscalização deixou de considerar os termos do Convênio ICMS 100/1997, e a Decisão recorrida, por seu turno,

aduziu que: “não encontramos defeito no demonstrativo da infração 02”, anexado às fls. 37 e 38. Afirma que o preço médio na saída foi levado em conta retirando o valor do imposto destacado no documento fiscal emitido pelo autuado, não importando se a aplicação da redução foi adotada corretamente ou não, tendo sido calculado com a retirada total do imposto incidente de fato e depois comparado com o custo médio também calculado com a retirada total do imposto incidente.

Alega que não merece prosperar o método de cálculo utilizado no Auto de Infração e cancelado pela Decisão recorrida, pois o Convênio ICMS nº 100/1997, conforme é referido em seu preâmbulo, reduz a base de cálculo do ICMS nas saídas dos insumos agropecuários que especifica, e dá outras providências. Transcreve o texto da cláusula segunda, inciso III do convênio citado, para concluir não restar dúvidas de que, para se efetivar o cálculo do saldo exigido no expediente fiscal – excluído o valor atingido pela decadência – faz-se necessário apurar o desconto correspondente a aplicação dos termos do Convênio ICMS 100/1997, o que desde já se requer.

Quanto à Infração 03, explica que se refere à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem. Explica que esta utilização de crédito fiscal seria superior àquela estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolo, e teria origem em entradas oriundas dos Estados de RS, SC, SE, SP, PE e AL, de Calcário em Conchas, Cloreto de Potássio, Turfa preta fibrosa, Amônia anidra, Cal hidratada, Gesso calcinado, Uréia, Micro Boro, varredura, e cujas reduções estariam em desacordo com o Convênio ICMS 100/97.

Transcreve trecho da Decisão recorrida para concluir que não deve prosperar, pois entende que tem direito de aproveitar a integralidade do imposto destacado nos documentos fiscais relativos as mercadorias por si adquiridas, forte nas disposições do princípio da não-cumulatividade, que a si garante esse direito. Transcreve o texto do art. 155, § 2º, inciso I da CF/88, bem como o art. 19 da LC 87/96 e o art. 114 do RICMS/BA, para concluir que a legislação de regência prevê, de forma clara, o aproveitamento dos créditos decorrentes de bens adquiridos, devendo ser salientado que no caso ora analisado, o ICMS apurado com a utilização da alíquota interestadual (7% ou 12%), foi devidamente destacado nos documentos fiscais emitidos pelos fornecedores da Recorrente.

Alega que a vedação ou limitação ao crédito do ICMS pelo Fisco do Estado da Bahia não subsiste, eis que, no caso em apreço, conforme já referido, o imposto foi devidamente destacado no documento fiscal. Argumenta que tal vedação contraria a técnica da não-cumulatividade, que foi minuciosa e rigidamente tratada na Constituição Federal de 1988, encerrando todas as hipóteses de exceções ao direito de crédito do contribuinte, sendo inadmissível eventual vedação ao direito do contribuinte compensar o imposto devido com o montante cobrado nas operações anteriores. Transcreve a doutrina de ROQUE ANTONIO CARRAZA.

Conclui, assim, que se verifica a existência de argumentos suficientes para sustentar que a vedação ao crédito do ICMS pelo Estado da Bahia é inconstitucional, caracterizando flagrante violação do princípio da não-cumulatividade, rigidamente previsto na Constituição Federal de 1988 (artigo 155, parágrafo 2º, incisos I e II). Cuida-se, portanto, de direito que deve ser garantido à Recorrente, reitere-se, conforme denota a leitura dos dispositivos legais acima transcritos, todos atualmente vigentes, e a melhor doutrina aplicável ao caso ora analisado.

Informa que, no caso específico do produto TURFA, com origem no Estado de Santa Catarina, tem-se que o remetente dessas mercadorias utilizou uma redução de base de cálculo no percentual de 30% (trinta por cento), conforme denota a leitura das notas fiscais que foram anexadas quando da apresentação da defesa, em seu documento nº 04. Situação semelhante ocorreu no que se refere à remessa dos produtos dos Estados de Sergipe e do Rio Grande do Sul, cujas notas fiscais também foram anexadas pela Recorrente em sede de defesa, também no referido documento nº 04. Reitera o reconhecimento de que a base de cálculo reduzida que efetivamente deveria ter sido aplicada ao caso ora analisado é de 60% (sessenta por cento), todavia, uma vez utilizada a base de cálculo reduzida no percentual de 30% (trinta por cento), e recolhido o imposto considerando tão somente esta última redução, dúvidas não restam sobre o direito de se utilizar a integralidade do crédito tributário, com base principalmente no princípio

da não-cumulatividade do ICMS, conforme já salientado à exaustão em sede de impugnação e no presente recurso. Com efeito, o princípio da não cumulatividade proíbe que a Fiscalização efetive a glosa dos créditos aproveitados pela Recorrente, relativos a aquisições originadas em outros estados que não aquele onde a mesma se encontra estabelecida, e que possuem suporte em documentos fiscais regulares, ainda que, eventualmente, tenha sido utilizada uma base de cálculo reduzida em desconformidade com as orientações do Convênio ICMS 100/1997.

Dessa forma, entende não restarem dúvidas de que a Decisão recorrida deve ser reformada para que se afaste a integralidade da exigência fiscal objeto da referida infração 03, o que desde já se requer.

Quanto à Infração 04, parcialmente chancelada pela decisão recorrida, cuida de exigência de imposto em razão de suposta utilização indevida de crédito fiscal na aquisição de mercadorias que estavam incluídas no regime de diferimento, mas que foram enviadas para a Recorrente com destaque do imposto, tais como madeira, carvão vegetal e resíduo de madeira. Transcreve trecho da Decisão recorrida para afirmar que não deve prosperar, pois, analisando o seu conteúdo, nota-se que restaram mantidas as glosas referentes ao aproveitamento de créditos das empresas fornecedoras optantes pelo SIMPLES nacional, onde, conforme já referido em sede de impugnação, o aproveitamento dos créditos de ICMS é garantido pelo artigo 96, inciso XXVIII, do Regulamento do ICMS/BA, dispositivo cujo texto transcreve.

Após apontar os seus fornecedores, optantes pelo SIMPLES nacional, explica que as notas fiscais, por eles emitidas, não havia o destaque do ICMS, o que, todavia, não impedia o aproveitamento do crédito deste imposto no percentual de 12% (doze por cento), conforme autoriza o artigo 96, inciso XXVIII, do RICMS/BA, transcrito. Explica já ter salientado que as próprias planilhas entregues pela Fiscalização evidenciavam estas alíquotas e ainda diferenciavam as mesmas das alíquotas aplicadas no que se refere às compras dos demais fornecedores da Recorrente que não se caracterizavam como empresas optantes pelo SIMPLES (RC Florestal e INDEX), cujas glosas pelo (suposto) aproveitamento indevido dos créditos do ICMS se deram pelo percentual de 17% (dezessete por cento).

Por fim, pede vênias para reiterar que, quanto à empresa PINEX Serraria Ltda., CNPJ nº 07.094.018/0001-49, deve aqui ser referido que a mesma nunca efetivou o pagamento do ICMS, e, da mesma forma, não possuía regime especial, tanto que restou autuada pela Fiscalização da SEFAZ/BA, que está lhe exigindo o imposto estadual no mesmo período da presente autuação. Verifica-se então que a Fiscalização da SEFAZ/BA está a exigir o imposto em duplicidade, eis que busca o mesmo tanto da Recorrente quanto do seu fornecedor, a empresa PINEX Serraria Ltda., que também foi autuada.

Alega que, no caso, havendo também a autuação da empresa PINEX Serraria Ltda., não restam dúvidas de que primeiro deveriam se esgotar as possibilidades de cobrança da mesma, para somente após, em caso de negativa de sucesso quanto a exigência, vir o imposto a ser cobrado da Recorrente. Assim, não restam dúvidas de que deverá ser mantido o direito de crédito referente as aquisições de empresas optantes pelo SIMPLES Nacional, conforme autorizado pelo artigo 96, inciso XXVIII, do RICMS/BA, devendo ser reformada a decisão de primeira instância, para que este direito seja garantido à Recorrente.

Reitera, ainda, quanto à Infração 04, a necessidade de se considerar a autuação, pela SEFAZ/BA, da empresa PINEX Serraria Ltda., para fins de afastar a dupla cobrança do ICMS exigido.

Quanto à Infração 05, entende que não merece prosperar quando veda o crédito na forma como apontada, ou seja, com base nos artigos 20 e 104 do RICMS/1997, dispositivos legais que se referem a adubos.

Argumenta que o artigo 104 do RICMS/1997, em seu inciso VI, garante o direito ao não estorno do crédito fiscal referente às entradas de produto de uso agropecuário em geral (aí incluídos os adubos e fertilizantes), e não só as matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem utilizados na fabricação desses produtos. Alega que tal fato, por si só, já garantiria o direito da Recorrente aproveitar o crédito glosado pelo Auto de Infração ora contestado. Com

efeito, em recente decisão, a 4ª Junta de Julgamentos Fiscais do CONSEF, no Acórdão JIF nº 0050-01/18, afastou a glosa de créditos de adubos e fertilizantes, ou seja, de produtos de uso agropecuário, que entraram no estabelecimento da Recorrente neste Estado da Bahia para posterior revenda, no mercado interno ou em operações interestaduais. Transcreve trecho da decisão citada, em apoio aos seus argumentos.

Destaca que, da mesma forma como no período referido no Acórdão JIF nº 0050-01/18, também no período objeto da glosa havida na Infração 05 do Auto de Infração ora contestado estava vigente o direito de manutenção do aproveitamento do crédito nas aquisições de adubos e fertilizantes, ainda que a saída posterior viesse a ocorrer ao abrigo da isenção, pois é o que refere de forma clara o artigo 104, inciso VI do RICMS/1997, acima transcrito, norma vigente na época da autuação da Recorrente.

Salienta, ainda, que, da mesma forma como referido na decisão acima transcrita, a Recorrente efetivou operações interestaduais com parte das mercadorias objeto da Infração 05, operações estas que, por não se tratar de saídas internas, ainda que restasse afastado o direito de crédito garantido pelo artigo 104, inciso VI, do RICMS/1997, hipótese aqui suscitada apenas para fins de argumentação, garantem o direito de crédito do ICMS proporcional às saídas objeto de operações interestaduais. Nesse sentido, transcreve o teor do artigo 93 do RICMS/97.

Assim, conclui não restarem dúvidas de que a exigência de glosa do crédito tributário objeto da Infração 05 do Auto de Infração ora combatido deve ser afastada em sua integralidade, pelo fato do artigo 104, inciso VI do RICMS/1997, garantir o direito de crédito aproveitado pela Recorrente. Ainda assim, prossegue, entende que deverá ser afastada, aí parcialmente, a glosa dos créditos referentes às operações interestaduais levadas a efeito pela Recorrente, as quais, ao contrário das operações efetivadas dentro do Estado da Bahia, foram tributadas e assim garantem a manutenção proporcional dos créditos de ICMS havidos nas operações de entrada.

Quanto à Infração 08, explica tratar-se de crédito indevido de (supostos) bens de uso e/ou consumo do estabelecimento da Recorrente, representado, no caso da infração ora debatida, pelo produto denominado antiespumante NFA QGS, utilizado para o tratamento de efluentes. Explica que, na defesa apresentada, descreveu o processo de utilização do produto antiespumante, demonstrando de forma clara que o mesmo é essencial ao seu processo produtivo, que não se ultima sem o necessário tratamento de efluentes, que inclusive constitui uma obrigação frente à legislação ambiental atualmente vigente.

Após transcrever o conteúdo da decisão de piso, assegura que não deve prosperar, pois, no que se refere à tomada de crédito do produto antiespumante NFA QGS, é essencial ao seu processo produtivo, pois não se trata de mercadoria destinada ao uso e consumo do estabelecimento, e, sim, de verdadeiro insumo, utilizado na cadeia produtiva da Recorrente. Isso ocorre porque o antiespumante é uma substância que previne ou reduz a formação de espuma da água que é utilizada na lavagem de gases do processo de fabricação dos fertilizantes.

Explica que a unidade da Recorrente possui um equipamento que é denominado “lavador de gases”, e que é utilizado no controle de poluição do ar, com a finalidade de remover o material particulado de um fluxo de gás, pela colisão destas partículas com gotas de um meio de lavagem (geralmente água). Os lavadores de gases utilizam a água como meio principal para remover do fluxo de gases os poluentes provenientes dos mais diversos tipos de processos industriais e/ou comerciais, sendo indicados para processar gases provenientes de processos químicos ou físico-químicos em todas as faixas granulométricas. No caso, a água utilizada para remoção do particulado com a utilização do lavador de gases é armazenada em um tanque e reutilizada no processo em circuito fechado, sendo que, quando a demanda do processo de lavagem é minimizada, ocorre a geração de espuma, sendo necessária, aí, a utilização do antiespumante, com a finalidade de evitar que a água transborde e contamine as canaletas e piscina coletoras e, consequentemente, o solo do entorno da planta da Recorrente.

Conclui, dessa forma, que o antiespumante, ao fim e ao cabo, é um insumo, ainda que secundário, necessário ao processo produtivo da Recorrente, não podendo vir a ser considerado,

portanto, material de uso e consumo do seu estabelecimento. Assim, dúvidas não restam sobre a necessidade de reforma da Decisão recorrida quanto ao ponto ora analisado, para fins de afastar, em sua integralidade, a glosa dos créditos relativos ao produto antiespumante NFA QGS, que foi aproveitado pela Recorrente em razão deste produto ser parte integrante do seu processo produtivo.

Pede, ainda, que seja negado provimento ao Recurso de Ofício.

Face ao todo exposto, requer a reforma da Decisão recorrida, para que seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração ora combatido, negando-se provimento, ainda, ao Recurso de Ofício apresentado.

Termos em que, pede deferimento.

VOTO

No pertinente ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 1ª JJF (Acórdão JJF Nº 0060-01/18) desonerou parcialmente o sujeito passivo, reduzindo o débito lançado de R\$1.309.245,15 para o montante de R\$584.386,88, em valores históricos, o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, a redução do valor lançado decorreu da decretação da Improcedência das infrações 06 e 07, bem como da Procedência Parcial das infrações 01, 02, 03, 04, 05 e 08, senda esta a extensão cognitiva do presente recurso.

Na Infração 01, a conduta autuada foi descrita como “*recolheu a menor ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, ...*”. Embora admita que incorreu em erros, o Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, contestando os números apresentados pela fiscalização. Apresentou um recálculo dos valores, admitindo, parcialmente, a infração no montante de R\$63.401,26.

Após conversão do feito em diligência, preposto da ASTEC refez o levantamento fiscal e apresentou demonstrativo de débito em que reduz o valor lançado para R\$70.057,74 (folha 302).

A 1ª JJF acolheu o parecer ASTEC e julgou a Infração 01 Procedente em Parte, no montante indicado.

Entendo que não merece reparo a decisão de piso, pois se amparou no exame da escrita fiscal, realizado pelo fiscal diligente.

Quanto à Infração 02, a conduta autuada foi descrita como “*efetuou saídas em transferências de MAP, fertiactyl, KSC, corona máster, humato de sódio e embalagens, nos anos de 2010, 2011, 2012 e 2013, com preço inferior ao custo de produção, ...*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando, dentre outras coisas, que se operou o fenômeno da decadência do direito de o Estado lançar os valores relativos aos meses anteriores a dezembro de 2010.

A JJF acolheu a alegação de decadência e excluiu os valores relativos aos meses de fevereiro a outubro de 2010, o que resultou na redução do montante lançado para R\$6.610,83.

Examinando os autos, é possível notar que o Contribuinte somente foi cientificado do presente lançamento no dia 17/12/2015, conforme consta à folha 07 do processo. Ora, considerando que o tipo infracional reporta a conduta como uma espécie de recolhimento a menor, impõe-se a incidência da regra prevista no art. 150, § 4º do CTN, abaixo reproduzido.

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

...

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento

e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Considerando, ainda, que os valores relativos aos fatos geradores anteriores a dezembro de 2010 não mais podiam ser exigidos em dezembro de 2015, é forçoso reconhecer a exclusão, por força da decadência, dos valores relativos aos meses de fevereiro, março, abril, maio, junho, setembro e outubro de 2010, em face do que se revelou correta a decisão de piso, não merecendo reparo neste ponto.

Quanto à Infração 03, a conduta autuada foi descrita como *“utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS nas aquisições interestaduais de calcário em concha, cloreto de potássio, turfa preta fibrosa, amônia anidra, cal hidratada, gesso calcinado, ureia, micro boro e varredura, com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior a estabelecida no Convênio ICMS 100/97, ...”*. Aqui também, a JJF acolheu a alegação de decadência e exclui os valores relativos aos meses anteriores a dezembro de 2010, reduzindo o valor lançado para R\$154.817,57.

Considerando que o creditamento indevido repercute no conta-corrente do Contribuinte, resultando na insuficiência do valor recolhido, é de se reconhecer que incide, também nesse caso, a regra prevista no art. 150, § 4º do CTN, já reproduzida.

Dessa forma, entendo que restou acertada a decisão de piso, pois não era mais possível exigir, em 17/12/2015, valores relativos aos meses de janeiro a novembro de 2010, montantes estes que devem ser, efetivamente, excluídos.

Quanto à Infração 04, a conduta autuada foi descrita como *“utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal referente às aquisições de resíduo de madeira cavaco, madeira para uso na fornalha a cavaco, moinha de carvão, para uso como combustível em estabelecimento industrial, com ICMS diferido na forma do art. 343, inciso XXIII, do RICMS/97, nos anos de 2010, 2011 e 2012, ...”*. Trata-se de aquisições de mercadorias submetidas ao regime tributário do diferimento, em relação às quais a circulação deveria vir acompanhada do comprovante do recolhimento do tributo estadual, elemento essencial à comprovação do direito ao crédito, conforme dispõe o art. 348, § 1º, inciso I, alínea “a”, abaixo transcrito.

“Art. 348. O contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer qualquer das situações previstas no artigo anterior efetuará o recolhimento do imposto por ele lançado, inclusive o correspondente às operações anteriores, na condição de responsável por substituição.

§ 1º O ICMS será pago:

I - no momento da saída das mercadorias enquadradas no regime de diferimento, ainda que beneficiadas, nas situações em que não for possível a adoção do diferimento, observado o seguinte:

a) o documento fiscal será emitido com destaque do imposto, devendo a ele ser anexado, para acobertar o transporte das mercadorias, o correspondente documento de arrecadação;
...”

O Sujeito Passivo se opôs, alegando, dentre outras coisas, que se operou a decadência relativamente aos valores anteriores a dezembro de 2010. Alegou também que não se aplicava o regime do diferimento relativamente a determinadas empresas remetentes, que possuíam regime especial por meio do qual possuíam prazo para recolher o ICMS, não necessitando, por conseguinte, transitar com o comprovante respectivo.

Aqui também, a JJF acolheu a alegação de decadência. Além disso, acolheu, parcialmente, as alegações recursais e excluiu as operações originadas de três empresas distintas, ao fundamento de que possuíam prazo para recolher o tributo. Trata-se da empresa INDEX – Indústria, Comércio e Exportação de Madeiras LTDA., que estava dispensada do recolhimento antes das saídas mercadorias. Da empresa RC Serviços Florestais LTDA., que também foi excluída porque obteve autorização para não recolher o imposto antes das saídas, a partir de 16/06/2011. Já a empresa Alagoinhas Produtos Vegetais LTDA. foi excluída, a partir de 21/11/2011, com base em autorização dada por meio do Parecer nº 24.704/2011, emitido pelo Inspetor Fazendário de Alagoinhas, o qual concedeu prazo para o recolhimento. Assim, reduziu o valor lançado para R\$218.977,29.

Quanto ao reconhecimento da decadência, agiu acertadamente a JJF, pois se trata de crédito

indevido, cuja efetivação resulta em recolhimento a menor, atraindo a incidência da regra prevista no art. 150, § 4º do CTN, já referida.

Quanto à exclusão das empresas INDEX – Indústria, Comércio e Exportação de Madeiras LTDA., RC Serviços Florestais LTDA. e Alagoinhas Produtos Vegetais LTDA., o exame dos autos (folhas 248, 249 e 250) revela que, efetivamente, tais contribuintes possuíam regime especial com concessão de prazo para recolhimento do ICMS diferido. Mantida a decisão de piso neste ponto.

Quanto à Infração 05, a conduta autuada foi descrita como “*utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de fertilizantes, recebidas em transferências de filiais localizadas em outras unidades da Federação, cuja saída subsequente na Bahia ocorreu com benefício de isenção previsto no art. 104 do RICMS/97, sem previsão de manutenção do imposto, nos anos de 2010, 2011 e 2012, ...*”. A diminuição do valor lançado decorreu, aqui, somente do acolhimento da decadência, o que reduziu o crédito tributário para R\$126.601,89.

Tratando-se de creditamento indevido do ICMS, aplica-se, igualmente, a regra decadencial prevista no art. 150, § 4º do CTN, já citada. Mantida a decisão de piso.

Quanto à Infração 06, a conduta autuada foi descrita como “*utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de ureia e amônia, adquiridas em operações internas junto a PETROBRÁS S/A, para utilização como insumo na produção de fertilizantes, no ano de 2010, ...*”. Esta infração foi julgada totalmente improcedente por conta do acolhimento da alegação de decadência, pois os fatos articulados ocorreram nos meses de janeiro e fevereiro de 2010.

Não há reparo a ser feito à Decisão recorrida, pois se trata, mais uma vez, de creditamento indevido do ICMS, aplicando-se, igualmente, a regra decadencial prevista no art. 150, § 4º do CTN. Mantida a decisão de piso.

Quanto à Infração 07, a conduta autuada foi descrita como “*deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de anti-espumante NFA QGS, oriundo de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, utilizados para tratamento de efluentes, no ano de 2010, ...*”. Esta infração também foi julgada totalmente improcedente por conta do acolhimento da alegação de decadência, já que os fatos articulados ocorreram nos meses de julho e setembro de 2010.

Embora o tipo infracional tenha sido descrito como “*deixou de recolher ICMS ...*”, é sabido que o ICMS diferencial de alíquotas não é objeto de recolhimento separadamente, salvo no caso de empresas optantes pelo Simples Nacional, o que não é o caso dos autos. No geral, a quitação do Difal se dá mediante lançamento de um débito no livro Registro de Apuração de ICMS (no campo “outros débitos”), elevando o valor apurado do imposto.

Sendo isto verdade, é forçoso admitir que a ausência de recolhimento do diferencial de alíquotas resulta no recolhimento a menor do ICMS Normal, atraindo, por conseguinte, a incidência da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º do CTN. Não merece, portanto, reparo a decisão da JJF. Mantida a decisão de piso.

Quanto à Infração 08, a conduta autuada foi descrita como “*utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, aquisição de anti-espumante NFA QGS GLP utilizados para tratamento de efluentes, nos anos de 2010, 2011 e 2012, ...*”. A diminuição do valor lançado decorreu, aqui, somente do acolhimento da decadência, o que reduziu o crédito tributário para R\$7.321,56.

Agiu com acerto a JJF, pois se tratando de creditamento indevido do ICMS, aplica-se a regra decadencial prevista no art. 150, § 4º do CTN. Mantida a decisão de piso.

Do exposto, Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, o Sujeito Passivo ataca a decisão de piso naquilo que se refere às infrações 01, 02, 03, 04, 05 e 08, sendo este o objeto do presente recurso.

Na Infração 01, a conduta autuada foi descrita como “*recolheu a menor ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de*

Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, ...”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que o novo cálculo apresentado pelo Parecer ASTEC contém erros. Pede que sejam considerados os cálculos apresentados quando do oferecimento de sua impugnação (DOC. 3).

O exame dos autos revela que as planilhas citadas pela empresa se encontram acostadas às folhas 193/211, nas quais se encontram os demonstrativos de apuração do Desenvolve, apresentados pelo Contribuinte. Revela, também, que, com vistas a confrontar os cálculos apresentados pela empresa com os contidos no Auto de Infração, a 1ª JF baixou o feito em diligência, à ASTEC, para que fiscal estranho ao feito pudesse fazer essa avaliação, apresentando as retificações que se afigurassem necessárias, conforme solicitação contida à folha 289.

Pois bem, noto que fiscal estranho ao feito cumpriu a diligência solicitada, mediante a emissão do Parecer ASTEC 091/2017 (folhas 292/308), tendo revisado os cálculos e reduzido o valor lançado (R\$202.332,65) para o montante de R\$70.054,74, conforme demonstrativo à folha 302, devidamente acompanhado dos demonstrativos analíticos, às folhas 304/311.

Assim, caso o Sujeito Passivo não concorde com o novo demonstrativo apresentado, necessita apontar, de forma especificada, o objeto de sua irrisignação, identificando os CFOP's ou os valores a que se refere, inclusive indicando aqueles que julga corretos. Somente dessa forma, seria possível converter o feito em nova diligência, para que o estranho ao feito venha a reanalisar os cálculos empreendidos e, eventualmente, promover uma nova redução.

Ocorre, todavia, que tal atitude não se verificou, pois a empresa se limitou a pedir que fossem considerados os seus cálculos, o que atrai a incidência do art. 143 do RPAF, que exige a especificação dos erros apontados, conforme abaixo.

“Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da atuação fiscal.”

Por esse motivo, entendo que o Contribuinte sucumbiu às provas acostadas ao processo, devendo ser mantida a decisão de piso.

Quanto à Infração 02, a conduta autuada foi descrita como *“efetuiu saídas em transferências de MAP, fertiactyl, KSC, corona máster, humato de sódio e embalagens, nos anos de 2011, 2012 e 2013, com preço inferior ao custo de produção, ...”*. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que os valores apurados devem considerar a redução da base de cálculo de 30%, a ser aplicada sobre o valor das operações de saída interestaduais.

Examinando o demonstrativo de débito, acostado às folhas 37/38, noto que os autuantes incorreram em erro na elaboração dos cálculos, conforme ele próprio confessou, à folha 277.

De fato, o exame da planilha citada revela que, para efeito de comparação com o custo das mercadorias transferidas, a autoridade fiscal comparou o custo médio cheio (sem considerar qualquer redução) com a base de cálculo igualmente cheia (antes, portanto, de promover a sua redução em 30%, conforme exige o Convênio ICMS 100/97). Tal comparativo, em si, não guarda qualquer distorção, pois os autuantes tiveram o cuidado de homogeneizar as duas variáveis citadas (custo médio e preço médio), de forma que ambas foram comparadas após a exclusão do ICMS do preço praticado.

O problema ocorreu após a apuração das diferenças de valores, pois a base de cálculo praticada (da forma acima explicitada) revelou-se inferior ao custo médio em cada um dos meses fiscalizados, o que deu ensejo à exigência do imposto suplementar.

Assim, justo seria que, encontrada a diferença entre as duas variáveis citadas (calculadas, portanto, “cheias”), o preposto fiscal aplicasse a alíquota de 12% sobre 70% desses valores, ou seja, faz-se necessário reduzir a base de cálculo em 30%, na medida em que as diferenças foram sem concessão de qualquer benefício fiscal.

Ocorre, contudo, que o demonstrativo de débito original do AI não contemplou o benefício fiscal sobre as diferenças apuradas.

Em sua informação fiscal, os autuantes reconhecem o equívoco, tendo refeito o demonstrativo de débito, elevando o montante lançado para R\$28.204,68, conforme explica à folha 277.

O exame do novo demonstrativo de débito revela, todavia, que a modificação perpetrada no lançamento fiscal (em face do erro admitido) limitou-se a reduzir, em 30%, apenas uma das variáveis, qual seja, o preço médio das saídas, sem, contudo, fazer o mesmo com o custo médio apurado. Essa é a explicação para a elevação do ICMS apurado, pois a correção que se exige teria, certamente, o efeito contrário, qual seja, reduzir o imposto lançado em 30% do seu montante.

Por esse motivo, entendo que merece reparo a decisão de piso, devendo ser alterada, de forma a contemplar a redução de 30% do imposto lançado, ficando a Infração 02 com o imposto reduzido para R\$4.627,58, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

| MÊS | ICMS |
|--------------|---------------------|
| jan/11 | R\$ 45,83 |
| mar/11 | R\$ 731,62 |
| abr/11 | R\$ 2.944,98 |
| mai/11 | R\$ 52,77 |
| jun/11 | R\$ 47,10 |
| ago/11 | R\$ 51,12 |
| set/11 | R\$ 244,67 |
| out/11 | R\$ 383,52 |
| mai/12 | R\$ 54,95 |
| ago/12 | R\$ 1,24 |
| set/12 | R\$ 47,84 |
| out/12 | R\$ 21,95 |
| TOTAL | R\$ 4.627,58 |

Quanto à Infração 03, a conduta autuada foi descrita como *“utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS nas aquisições interestaduais de calcário em concha, cloreto de potássio, turfa preta fibrosa, amônia anidra, cal hidratada, gesso calcinado, ureia, micro boro e varredura, com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior a estabelecida no Convênio ICMS 100/97, ...”*. Segundo o Autuante, a redução de base de cálculo, por parte do remetente, não observou o disposto no Convênio 100/97.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, tendo se limitado a alegar que possui direito a se creditar do imposto cobrado na origem, por força do princípio da não-cumulatividade, sem deduzir qualquer argumento tendente a justificar a base de cálculo utilizada na unidade federada de origem.

Ora, somente é possível, ao Contribuinte, creditar-se do valor do imposto corretamente calculado, não ofendendo o princípio da não-cumulatividade, a glosa do crédito relativo ao montante excedente, conforme dispõe o art. 93, § 5º, inciso I do RICMS/97, então vigente.

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

... § 5º Somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado:

I - se o imposto for destacado a mais do que o devido no documento fiscal;

...”

Assim, se o remetente destacou o tributo em montante superior ao que prevê o Convênio 100/97, afigura-se lícita a conduta da fiscalização em glosar o excesso, não havendo reparo a ser feito neste ponto.

Quanto à mercadoria “turfa”, noto que assiste razão ao Autuante, pois a redução de base de cálculo a ser aplicada é de 60%, e não de 30%, conforme estabelece a Cláusula primeira, inciso XVII do Convênio ICMS 100/97, abaixo transcrito.

“Cláusula primeira Fica reduzida em 60% (sessenta por cento) a base de cálculo do ICMS nas saídas interestaduais dos seguintes produtos:

...
XVII - torta de filtro e bagaço de cana, cascas e serragem de pinus e eucalipto, turfa (grifo acrescido), torta de oleaginosas, resíduo da indústria de celulose (dregs e grits), ossos de bovino autoclavado, borra de carnaúba, cinzas, resíduos agroindustriais orgânicos, destinados para uso exclusivo como matéria prima na fabricação de insumos para a agricultura.
...”

Assim, fica mantida a Decisão recorrida.

Quanto à Infração 04, a conduta autuada foi descrita como “*utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal referente às aquisições de resíduo de madeira cavaco, madeira para uso na fornalha a cavaco, moinha de carvão, para uso como combustível em estabelecimento industrial, com ICMS diferido na forma do art. 343, inciso XXIII, do RICMS/97, ...*”. Como o adquirente não possuía habilitação para operar no regime de diferimento, o remetente deveria ter dado saída com tributação, anexando o comprovante de recolhimento ao documento fiscal de saída, conforme exigia a legislação à época.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, tendo alegado possuir direito ao crédito presumido nas aquisições feitas a empresas optantes pelos Simples Nacional, nos termos do art. 96, inciso XXVIII, alíneas “a” e “b” do RICMS/97, vigente à época. Indica, às folhas 252//257, os fornecedores que se enquadram nessa condição, citando as empresas seguintes: Francisqueto Indústria de Derivados de Eucaliptos Ltda. – ME, Biofire Indústria e Comércio de Briquete Ltda. – ME, Givanildo Cordeiro da Silva – ME, Edson Vander Nunes – ME e M. J. Alves Carvalho & Cia. Ltda. – EPP. Alega, também, que possui direito ao creditamento do tributo devido pela empresa Pinex Serraria Ltda., pois o Estado lavrou outro Auto de Infração contra a mesma, para exigir o tributo não recolhido pela citada empresa, o que representaria duplicidade de exigências.

Quanto à alegada duplicidade de exigência, não merece acolhida, pois a eventual existência de Auto de Infração, lavrado contra o fornecedor da Recorrente, somente corrobora a impossibilidade de creditamento, pela Autuada, à época da ocorrência dos fatos geradores, na medida em que sequer havia sido pago o imposto pela Pinex Serraria. Tão logo seja regularizada a situação do remetente das mercadorias, pode, a empresa Timac, apropriar-se do crédito cujo lançamento era vedado, na data da aquisição das mercadorias.

Quanto ao crédito presumido, possui razão o Sujeito Passivo, pois o RICMS/97 previa tal possibilidade, independentemente do montante do tributo destacado na operação, conforme se depreende da leitura do art. 96, inciso XXVIII, alíneas “a” e “b” do RICMS/97, vigente à época, abaixo reproduzido.

“Art. 96. São concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS, para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher:

...
XXVIII - aos contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do imposto, nas aquisições internas de mercadorias junto a microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, desde que por elas produzidas (grifo acrescido), em opção ao crédito fiscal informado no documento fiscal nos termos do art. 392, nos percentuais relacionados a seguir, aplicáveis sobre o valor da operação, observado o disposto nos §§ 6º e 7º:

a) 10% (dez por cento) nas aquisições junto às indústrias do setor têxtil, de artigos de vestuário e acessórios, de couro e derivados, moveleiro, metalúrgico, de celulose e de produtos de papel;

b) 12% (doze por cento) nas aquisições junto aos demais segmentos de indústrias.

...”

Como se vê, a única condição imposta pela norma é no sentido de que as mercadorias fornecidas sejam produzidas pela empresa do Simples Nacional, conforme redação acima.

Assim, acolho a alegação recursal neste ponto para excluir as empresas indicadas pelo Sujeito Passivo, com exceção da “BIOFIRE INDÚSTRIA DE BRIQUETE”, pois os “resíduos de madeira cavaco” não se constituem em produto de sua atividade, a qual se encontra descrita como “SUPORTE TÉCNICO, MANUTENÇÃO E OUTROS SERVIÇOS EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO”,

conforme se lê em consulta ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, mantido junto à Receita Federal.

Assim, entendo que a presente infração deve ser reduzida para o montante de R\$22.235,77, conforme demonstrativo abaixo.

| MÊS | ICMS |
|--------|--------------|
| jan/10 | R\$ 396,84 |
| fev/10 | R\$ - |
| mar/10 | R\$ 4.864,99 |
| abr/10 | R\$ 6.536,37 |
| mai/10 | R\$ 4.755,19 |
| jun/10 | R\$ 4.962,66 |
| jul/10 | R\$ 719,71 |
| ago/10 | R\$ - |
| set/10 | R\$ - |
| out/10 | R\$ - |
| nov/10 | R\$ - |
| dez/10 | R\$ - |
| jan/11 | R\$ - |
| fev/11 | R\$ - |
| mar/11 | R\$ - |
| abr/11 | R\$ - |
| mai/11 | R\$ - |
| jun/11 | R\$ - |
| jul/11 | R\$ - |
| ago/11 | R\$ - |
| set/11 | R\$ - |
| out/11 | R\$ - |
| nov/11 | R\$ - |
| dez/11 | R\$ - |
| jan/12 | R\$ - |
| fev/12 | R\$ - |
| mar/12 | R\$ - |
| abr/12 | R\$ - |
| mai/12 | R\$ - |
| jun/12 | R\$ - |
| jul/12 | R\$ - |
| ago/12 | R\$ - |
| set/12 | R\$ - |
| out/12 | R\$ - |
| nov/12 | R\$ - |
| dez/12 | R\$ - |

Quanto à Infração 05, a conduta autuada foi descrita como “*utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de fertilizantes, recebidas em transferências de filiais localizadas em outras unidades da Federação, cuja saída subsequente na Bahia ocorreu com benefício de isenção previsto no artigo 20 e sem hipótese de manutenção do crédito fiscal prevista no art. 104 do RICMS/97, ...*”. Trata-se de falta de estorno de crédito fiscal associado a fertilizantes, revendidos com isenção dentro do Estado da Bahia, conforme esclarecem os autuantes.

Embora nada tenha alegado quando de sua impugnação, o Sujeito Passivo manifestou-se no Recurso Voluntário, oportunidade em que alegou que o art. 104, inciso VI do RICMS/97, vigente à época, garantia o direito à manutenção dos créditos fiscais relativos às aquisições referidas.

Examinando o demonstrativo de débito relativo à Infração 05, acostado às folhas 108/110, é possível notar que existe uma desconformidade entre a descrição da conduta infratora e o demonstrativo citado. De fato, a despeito de a acusação fiscal fazer referência às vendas internas isentas de fertilizantes, previstas no art. 20 do RICMS/97, o demonstrativo de débito revela que o foco do lançamento tributário são as vendas interestaduais de fertilizantes, operações que

gozam do benefício fiscal da redução da base de cálculo, conforme previa o art. 79 do RICMS/97, abaixo reproduzido.

“Art. 79. É reduzida a base de cálculo, até 31/12/12, nas saídas interestaduais dos insumos agropecuários relacionados no art. 20 deste regulamento, desde que atendidas as condições ali estabelecidas, calculando-se a redução em (Conv. ICMS 100/97):

I - 60% para os produtos relacionados nos incisos I a X e XII a XVIII do art. 20;

II - 30% para os produtos relacionados no inciso XI do art. 20;”

Assim, tendo praticado operações de revenda interestaduais de fertilizantes, objeto de redução da base de cálculo, deveria, o Sujeito Passivo, ter procedido ao estorno proporcional dos créditos apropriados, quando de suas aquisições. Essa é a essência da presente exigência fiscal, conforme se pode constatar pelo exame do demonstrativo de débito citado, o qual quantifica e calcula a proporção das saídas interestaduais isentas.

Ocorre, todavia, que não foi essa a acusação, tendo o Auto de Infração feito referência expressa às vendas internas isentas, previstas no art. 20 do RICMS/97, conforme trecho que destaco abaixo.

“utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de fertilizantes, recebidas em transferências de filiais localizadas em outras unidades da Federação, cuja saída subsequente na Bahia ocorreu com benefício de isenção previsto no artigo 20 e sem hipótese de manutenção do crédito fiscal prevista no art. 104 do RICMS/97, ...”

Ora, como o Auto de Infração fez referência expressa à situação prevista no art. 20 do RICMS/97, o Sujeito Passivo se opôs, alegando o direito de manter os créditos fiscais, previsto expressamente no art. 104, inciso VI do mesmo diploma regulamentar citado, conforme texto abaixo.

“Art. 104. Não se exige o estorno do crédito fiscal relativo:

...

VI - às entradas em estabelecimento agropecuário dos produtos objeto da isenção de que cuida o art. 20, bem como às entradas em estabelecimento industrial das matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem e demais insumos utilizados na fabricação daqueles produtos (Conv. 100/97);

...”

Nesse sentido, tem razão o Contribuinte, pois o artigo citado justificaria, efetivamente, a apropriação dos créditos glosados. O problema todo é que não é disso que trata o lançamento.

Embora tenha feito referência ao art. 104, inciso VI do RICMS/97, o Sujeito Passivo teceu comentários à manutenção proporcional dos créditos nas saídas interestaduais, sustentando o direito à apropriação proporcional dos créditos, conforme explicita à folha 405, em trecho abaixo reproduzido.

“De salientar, ainda, que da mesma forma como referido na decisão acima transcrita, a Recorrente efetivou operações interestaduais com parte das mercadorias objeto da Infração 05, operações estas que, por não se tratar de saídas internas, ainda que restasse afastado o direito de crédito garantido pelo artigo 104, inciso VI, do RICMS/1997, hipótese aqui suscitada apenas para fins de argumentação, garantem o direito de crédito do ICMS proporcional às saídas objeto de operações interestaduais (grifo no original).”

Não é possível, por conseguinte, emitir qualquer juízo de mérito relativamente a essa matéria, uma vez que não foi dada oportunidade de a empresa fazer prova dos estornos proporcionais, os quais a mesma revela ter consciência da necessidade.

Sendo assim, considerando o evidente prejuízo experimentado pelo Contribuinte (já que não houve defesa efetiva no que concerne à necessidade de estorno proporcional dos créditos), que foi induzido ao erro no combate ao lançamento, é forçoso admitir que esta infração deve ser julgada nula, com vistas a que seja renovada a ação fiscal, com a descrição adequada da conduta infratora e a consequente oportunidade de que seja combatida e de que sejam produzidas provas nesse sentido.

Ex-positis, a Infração 05 é Nula.

Quanto à Infração 08, a conduta autuada foi descrita como *“utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, aquisição de anti-espumante NFA QGS GLP utilizados para tratamento de efluentes, ...”*. Trata-se de material

utilizado no tratamento de efluentes, oriundos do processo produtivo do estabelecimento autuado, conforme esclarecem os autuantes na peça inaugural do Auto de Infração.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, tendo alegado tratar-se de insumo essencial ao seu processo produtivo, devendo propiciar, conseqüentemente, direito ao crédito.

A questão a ser dirimida tem a ver, portanto, com a possibilidade de creditamento nas aquisições de materiais consumidos em uma etapa da atividade empresarial posterior à sua produção de fertilizantes.

Antes do enfrentamento da questão posta, impõem-se breves considerações acerca da legislação relativa à matéria, conforme passo a fazer.

Introduzida no Direito Brasileiro pela Emenda Constitucional nº 18 de 1965, a técnica da não-cumulatividade seguiu o modelo copiado dos franceses e tem como marca um regime de créditos do tipo “produto-físico”, o que representa, na prática, uma atitude mais restritiva do que a adotada em países que seguem o modelo do “crédito financeiro”.

A legislação atual manteve, em linhas gerais, essa sistemática, em que pese a sua mitigação pela Lei Complementar 87/96, mediante a qual se passou a admitir o creditamento nas aquisições referentes a bens destinados ao ativo permanente.

Assim é que o crédito fiscal não se constitui (diferentemente do que pensam alguns), em um direito autonomamente consagrado pela Constituição Federal, senão num instrumento legal cuja finalidade é dar operatividade ao princípio da não-cumulatividade. Ou seja, a regra geral do direito ao crédito fiscal tem como requisito a ocorrência de uma operação subsequente tributada pelo imposto, na qual o crédito funcionará como parcela dedutiva, evitando a cumulação do ICMS.

Exatamente por isso, o legislador impôs uma série de limites e restrições ao uso do crédito pelo estabelecimento mercantil. Na área fabril, que é de nosso interesse, a disciplina do crédito se encontra, basicamente, no art. 93, inciso I, alínea “b” do RICMS/97 (então vigente):

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

...

b) de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização;

...”

Percebam que além de ter que atender ao requisito acima (serem empregadas diretamente no processo de industrialização), faz-se indispensável (pela dicção do caput) que o creditamento se preste à compensação com o tributo devido em operações subsequentes, sem o qual o crédito será indevido.

Mal satisfeito com a restrição imposta pela alínea “b” do inciso I do artigo 93, o legislador tratou de restringir mais ainda o direito ao crédito, ao disciplinar no § 1º desse mesmo artigo:

“Art. 93. ...

...

§ 1º Salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que:

I - as mercadorias adquiridas e os serviços tomados:

a) estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação;

b) sejam consumidos nos processos mencionados na alínea anterior; ou

c) integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso (grifos acrescidos);

II - as operações ou prestações subsequentes sejam tributadas pelo imposto, sendo que, se algumas destas operações ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto, ressalvados os casos em que seja assegurada pela legislação a manutenção do crédito.”

Parece, assim, não haver dúvidas de que a vontade do legislador é de restringir o crédito de ICMS àqueles itens cuja participação no processo produtivo traduza-se como “indispensável”, sendo certo que a sua finalidade não é outra senão viabilizar a “compensação com o tributo devido na operação subsequente”, nos termos do art. 93, caput, combinado com o inciso II, reproduzidos acima.

Deve, por conseguinte, atender, simultaneamente, às seguintes condições: a) serem empregadas diretamente no processo produtivo; b) estarem vinculados à industrialização; e c) serem consumidos no processo fabril.

Como se pode depreender, a partir da análise da legislação acima, os materiais utilizados no tratamento de efluentes não participam do processo de industrialização, pois somente são consumidos após a conclusão do processo fabril, quando as mercadorias já se encontram prontas e acabadas para comercialização. Não há, sequer, contato com o processo produtivo, mas apenas com os seus resíduos que são tratados antes do descarte, o que somente revela que não há cumulação da tributação desse item na etapa seguinte.

Assim, entendo que a infração se encontra caracterizada, não merecendo reparo a decisão de piso neste ponto.

Ex-positis, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, ao tempo em que deu PROVIMENTO EM PARTE ao Recurso Voluntário, para reduzir o valor lançado, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

| INFRAÇÃO | ICMS | MULTA FIXA | MULTA % |
|--------------|-----------------------|--------------|---------|
| 1 | R\$ 70.057,74 | R\$ - | - |
| 2 | R\$ 4.627,58 | R\$ - | - |
| 3 | R\$ 154.817,57 | R\$ - | 60% |
| 4 | R\$ 22.235,77 | R\$ - | - |
| 5 | R\$ - | R\$ - | - |
| 6 | R\$ - | R\$ - | - |
| 7 | R\$ - | R\$ - | 60% |
| 8 | R\$ 7.321,56 | R\$ - | - |
| TOTAL | R\$ 259.060,22 | R\$ - | |

VOTO DIVERGENTE (Infração 8 – Recurso Voluntário)

Peço vênha para discordar do nobre Relator tão somente em relação à infração 08, que trata de uso indevido de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, anti-espumante NFA QGS GLP, utilizado para tratamento de efluentes, nos anos de 2010, 2011 e 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$7.410,54, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a”, do inciso VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Ao contrário do entendimento defendido pela autuação e mantido pelo relator em relação aos itens utilizados pela empresa para o tratamento de água e tratamento de efluentes, observo que tais etapas fazem parte do processo produtivo da empresa, não sendo etapas posteriores à produção, mas sim da própria produção.

Conforme restou demonstrado pelo recorrente nos laudos apresentados e na própria razão recursal, o processo produtivo da empresa funciona de maneira cíclica, sendo a mesma água utilizada por diversas vezes no processo produtivo, tendo como requisito imprescindível o tratamento da água para sua utilização.

O mesmo ocorre com os produtos utilizados no processo de tratamento dos efluentes, etapa no processo produtivo obrigatório e insubstituível, até porque a legislação ambiental determina que as indústrias cujas atividades sejam potencialmente poluidoras deem o devido tratamento das

águas e seus efluentes.

Ademais, este processo produtivo é semelhante ao das indústrias de celulose, sendo que este Conselho de Julgamento Fiscal, em se tratando de produção de celulose, reconhece que o tratamento de água, por ser parte do processo produtivo, dá direito ao crédito. É o que demonstram os julgados nos Autos de Infração nº 281076.0020/11-5 e 298574.0501/15-8, sendo que a Câmara Superior já se debruçou sobre a matéria, dando razão ao Contribuinte (Acórdão nº 0030-21/09).

Desta maneira, mesmo tratamento deve ser dispensado a ora recorrente.

Especificamente quanto ao produto antiespumante, o Relator entendeu que este não se integra ao produto fabricado pelo sujeito passivo e se consome após o processo produtivo, não estando vinculado diretamente e simultaneamente a este processo produtivo.

Vislumbro que tal produto é utilizado no tratamento dos efluentes, processo este que está imbricado ao processo produtivo, e não ao processo pós produtivo, sendo essencial e obrigatório, como dito acima.

Assim, faz jus ao creditamento dos produtos utilizados nestas etapas de produção, por se tratar os produtos objetos da autuação de produtos intermediários.

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria quanto à infração 8, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279757.0083/15-8, lavrado contra **TIMAC AGRO INDUSTRIA E COMÉRCIO DE FERTILIZANTES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$259.060,22**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Infração 8 – Recurso Voluntário) – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Fernando Antonio Brito de Araújo e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE (Infração 8 – Recurso Voluntário) – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, José Rosenvaldo Evangelista Rios e Carlos Antonio Borges Cohim Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de janeiro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA - VOTO DIVERGENTE

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS