

PROCESSO - A. I. Nº 206958.0001/17-0
RECORRENTE - CHAME PEDREIRA EIRELI - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0183-03/19
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA (COSTA DO CACAU)
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/03/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0003-11/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAIS DE USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Comprovado que parte dos materiais adquiridos foram empregadas no processo da extração de substâncias minerais e outra parte na manutenção e peça de reposição de bens imobilizados, classificados como materiais de consumo, cabendo, neste caso, a exigência do ICMS da diferença de alíquotas. Item parcialmente procedente. Modificada a Decisão recorrida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. Razões recursais incapazes à modificação da Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JJF, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF/99, através do Acórdão 0183-03/19, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 24/03/2017, para exigir crédito tributário no valor de R\$72.026,78, em decorrência de cinco infrações, sendo objeto de recurso as exações 4 e 5, a saber:

Infração 4 - Falta de recolhimento do ICMS de R\$24.144,76 decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação destinadas a consumo ou ativo permanente do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2016.

Infração 5 – Multa de R\$8.051,74, correspondente a 1% do valor das mercadorias, sujeitas a tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro, março, maio a julho e dezembro de 2014; janeiro, março a maio e setembro de 2015, e junho de 2016.

A Decisão da JJF, às fls. 68 a 73 dos autos, inicialmente salienta que o processo está revestido das formalidades legais e, no mérito, consigna que o autuado pediu parcelamento do valor total correspondente às infrações 1 a 3, razão para considerá-las procedentes, e impugnou as infrações 4 e 5, as quais a JJF concluiu serem procedentes, diante das seguintes considerações:

VOTO

[...]

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas a consumo ou ativo permanente do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2016.

O autuado alegou que as mercadorias descritas nas notas fiscais relacionadas no “DEMONSTRATIVO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – USO/CONSUMO - 2016”, foram aplicadas no processo de extração e britamento de pedra, por isso, não há o que cobrar de Diferença de Alíquota do ICMS, visto que as mercadorias não foram utilizadas como uso/consumo do estabelecimento e, sim, foram utilizadas no processo de extração e britamento de pedra.

Também alegou que conforme previsto no art. 309, Inciso I, alínea “b” do RICMS-BA/2012, mercadorias adquiridas para o emprego no processo de industrialização e extração de minerais constituem crédito fiscal do estabelecimento, portanto, entende que a cobrança da diferença de alíquota é improcedente.

O autuante disse que a exposição da defesa, citando o art. 309 do RICMS/BA, enseja o entendimento – pela empresa – de que os produtos relacionados no demonstrativo da infração, às fls. 9/10 do PAF sejam “materias primas, produtos intermediários, material de embalagem” como específica o texto legal. Informa que no levantamento fiscal se encontram PENEIRAS – NCM 8474.9000, ELETRODOS – NCM 8311.1000, LÂMINAS –

NCM 8431.4200, CORREIAS, BUCHAS, VÁLVULAS, PORCAS – NCM 84749000, EXPLOSIVOS – NCM 36020000.

Apresenta o entendimento de que, embora todos os materiais sejam imperiosos para a produção dos produtos finais da empresa, não geram crédito por não integrarem a composição do produto final, e informa que na lista não há citação de “embalagens”.

Observo que a apuração do que seja material de consumo, não pode ser feita exclusivamente a partir de conceitos abstratos. É preciso saber de que forma o material é empregado pelo estabelecimento. Materiais de consumo são empregados pelo estabelecimento fora do processo produtivo. É o caso dos materiais de limpeza e gastos gerais do escritório. Consideram-se também de uso ou consumo aqueles materiais que, embora empregados ou consumidos no setor de produção, não têm vinculação direta com o produto em elaboração, não integram o produto final, como é o caso de peças de reposição e manutenção, fardamento de operários, botas, luvas, capacetes, máscaras, etc. Neste caso, embora esses bens participem do processo industrial não integram o produto final, sendo considerados materiais e uso ou consumo.

Pelo que consta nos autos, especialmente o demonstrativo elaborado pelo autuante e as informações apresentados pelo defensor, constata que se trata de material de consumo, conforme levantamento fiscal às fls. 09/10 dos autos. São materiais definidos como de uso e consumo do estabelecimento, embora participem do processo industrial.

Assim, foi apurado que os materiais objeto da exigência contida na infração 04 se referem a bens que embora possam estar vinculados ao processo produtivo do autuado, com base na informação prestada pelo Contribuinte e levantamento fiscal, não podem ser considerados insumos, por isso, é subsistente o imposto lançado neste item do presente Auto de Infração, sendo correta a exigência da diferença de alíquotas.

Infração 05: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro, março, maio a julho e dezembro de 2014; janeiro, março a maio e setembro de 2015; junho de 2016. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$8.051,74.

Em relação às aquisições de mercadorias, a legislação estabelece que a escrituração deve ser efetuada no Registro de Entradas, por ordem cronológica, e os lançamentos devem ser feitos documento por documento, haja vista que o mencionado livro se destina a registrar as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento, sendo que a falta de escrituração constitui irregularidade por descumprimento de obrigação acessória, punível com multa. (art. 217 do RICMS-BA/2012).

Portanto, a legislação prevê a aplicação de multa, de 1% sobre o valor comercial da mercadoria, que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, para mercadorias sujeitas a tributação bem como em relação às mercadorias não tributáveis (art. 42, incisos IX da Lei 7.014/96).

O autuado alegou que a acusação fiscal não reflete a realidade dos fatos, por não haver provas da concretização da operação de recebimento das mercadorias pelo estabelecimento destinatário, e o simples fato de o remetente emitir uma nota fiscal não caracteriza como uma operação realizada,

Informou que desconhece todas as operações realizadas através das notas fiscais relacionadas no demonstrativo anexo ao presente Auto de Infração, denominado de “DEMONSTRATIVO DAS NFS DE COMPRAS NÃO REGISTRADAS – 2014/2016”, afirmando não haver provas da concretização da operação (Recebimento da mercadoria pelo destinatário), requerendo que o débito apurado neste item seja abatido do Auto de Infração

O autuante afirmou que não deve ser acatada a simples alegação de que a empresa não conhece as notas fiscais e não comprou os produtos respectivos, sendo eles “tão tipicamente congruentes com toda a atividade e habitualidade de uso”. Deveria a empresa cuidar de obter os arquivos xml de todas as notas emitidas contra si, periodicamente, junto à Receita Federal do Brasil, fazendo crivo daquilo que realmente leva o seu nome. Do contrário, pesa sobre ela, como pesará, a força da acusação legal de cometimento de infração tributária. Disse que todos os elementos fáticos estão postos a favor do Fisco, neste momento; o demonstrativo está às fls. 11f/v do PAF, enquanto as imagens dos DANFEs respectivos estão presentes às fls. 12 a 36.

Quanto à alegação do autuado de que as mercadorias não foram recebidas pelo seu estabelecimento, não pode ser acolhida, tendo em vista que as notas fiscais constam o autuado como destinatário das mercadorias, estando comprovada a sua circulação. Assim, uma vez caracterizada a infração relativa à aquisição de mercadorias sem o devido registro na escrita do estabelecimento autuado, não cabe ao Fisco obter outras provas.

Vale ressaltar, que em relação às notas fiscais não reconhecidas pelo contribuinte, poderia ser adotada a providência prevista no § 16, do art. 89 do RICMS-BA/2012, abaixo reproduzido:

Art. 89

...

§ 16. O contribuinte deverá apresentar boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão do uso indevido do nome da empresa pelo remetente, a fim de afastar a presunção prevista em lei de entrada de mercadoria no estabelecimento, quando figurar como destinatário em operação declarada em nota fiscal eletrônica, sem que tenha efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento “desconhecimento da operação”;

Não há como reduzir a multa por descumprimento de obrigação acessória, considerando que não se pode afirmar, de forma inequívoca, que não ocorreu falta de pagamento do imposto. Ao determinar a necessidade de registro das operações na escrita fiscal do contribuinte, a pretensão da legislação é de se manter os controles fiscais.

Observo que somente por meio da aplicação de roteiros específicos de auditoria fiscal, a exemplo de auditoria da conta caixa e do estoque, é que se pode avaliar se a falta ou irregularidade no registro das operações realizadas não teria causado qualquer prejuízo ao erário estadual. Pelo que consta nos autos, o procedimento fiscal realizado constatou que não houve a escrituração dos documentos nos livros fiscais, em desacordo com as normas regulamentares. Dessa forma, fica mantida a exigência fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

No Recurso Voluntário interposto, às fls. 84 a 109 dos autos, em relação à infração 4, o recorrente alega que as mercadorias ínsitas nas notas fiscais relacionadas no “DEMONSTRATIVO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – USO/CONSUMO - 2016” foram aplicadas no processo de extração e britamento de pedra, sendo assim não há o que se falar em cobrança à título de Diferença de Alíquota do ICMS, uma vez que as mercadorias não foram utilizadas como USO/CONSUMO do estabelecimento e, sim, foram utilizadas no processo de Extração e Britamento de pedra e que, como dispõe o artigo 309, I, “b”, do RICMS-BA/2012; mercadorias adquiridas para o emprego no processo de industrialização e extração de minerais constituem crédito fiscal do estabelecimento, portanto, comprehende-se então, que a cobrança da diferença de alíquota não procede.

Sobre a infração 5, o recorrente diz que a multa de 1% sobre as notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal denominado “DEMONSTRATIVO DAS NFS DE COMPRAS NÃO REGISTRADAS – 2014/2016” não procede eis que a referida cobrança não reflete a realidade dos fatos, por não haver provas da operação de recebimento das mercadorias pelo estabelecimento destinatário e o simples fato de o remetente emitir uma nota fiscal não caracteriza como uma operação realizada, do que diz desconhecer todas as operações realizadas através das notas fiscais relacionadas no referido demonstrativo. Assim, requer que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

Em seguida, passa a tecer algumas considerações sobre as atividades desenvolvidas, como também a identificação do que seriam insumos e ativos permanentes no seu processo produtivo, tipo:

A brita ou pedra britada é um bem mineral que pode ser constituído de vários tipos de materiais rochosos, disponíveis nos locais de extração e caracteriza-se como um material que, depois de sofrer desmonte por explosivos, britagem e classificação, pode ser usada in natura, ou misturada com outros insumos (cimento, asfalto, areia etc.) e utilizada na construção civil.

A lavra de brita é feita a céu aberto, em meia encosta, e as operações se iniciam com a execução do plano de fogo para desmonte primário (perfuração + detonação por explosivos), que fragmenta cada trecho das bancadas da frente de lavra. Caso o material não esteja com dimensões adequadas para a entrada na planta de beneficiamento (fragmentos maiores que 1 metro), efetua-se o desmonte secundário, por fogacho (raramente), rompedores hidráulicos ou dropball.

Em seguida, efetua-se o carregamento dos fragmentos rochosos com pás-carregadeiras em caminhões, que depositam o material em locais junto às instalações de britagem, conhecidos como praças de alimentação, para armazenagem temporária e alimentação dos britadores em horários específicos (à noite, refeições, manutenção, etc.), ou transportam o material diretamente até os britadores primários.

[...]

O transporte de brita entre os britadores e/ou rebritadores é feito, normalmente, por um sistema de correias transportadoras, sempre procurando aproveitar o desnível topográfico para economia na planta de beneficiamento. Para diminuir o pó em suspensão, gerado pela atividade de britagem, algumas das pedreiras valem-se de sistemas de aspersores de água, instalados nas bocas dos britadores e nas correias transportadoras.

A classificação por diâmetros nominais é feita em peneiras vibratórias, com telas de aço ou borracha, em decks ou silos. Geralmente, a fração retida nas peneiras superiores retorna aos rebritadores, para produzir pedra 01, e atender à demanda atual, e a fração passante compõe as pilhas, principal forma de estoque dos produtos.

Posteriormente, passa a dissertar sobre conceituação dos produtos intermediários para fins de apropriação dos créditos do ICMS, citando Decisão CAT nº 01 de 2001, do Estado de São Paulo que estabeleceu diretrizes acerca do termo insumo, pela qual, em resumo, define os critérios no que tange aos produtos intermediários como integração ao produto, consumo no processo

produtivo e uso e consumo. E, em contrapartida, a decisão do STF – RMS nº 16.625/GB atribui como preceito definidor dos produtos intermediários como específico ao produto, essencial ao processo de produção.

Diz que para deslindar e tornar ainda mais simplório tal entendimento na aplicação em casos concretos pode-se afirmar que para o produto ser qualificado como intermediário:

- i) Deve integrar o produto fabricado, mas desde que na condição de específico, ou seja, o produto fabricado deve depender daquele que será integrado; ou
- ii) Deve ser consumido (A adoção deste critério também deu margem a discussões relacionadas à necessidade de ser ou não este consumo imediato e integral) no processo de fabricação, mas esta consumição não deve ser semelhante àquela que ocorre comumente em qualquer processo de industrialização.

Invoca o princípio da não cumulatividade do ICMS e tece considerações e cita coleção jurisprudencial para concluir que:

Diante desta extensa fundamentação jurídica, expõe-se um fenômeno indubitável no que diz respeito ao processo produtivo da autuada, qual seja, o britamento de pedras para utilização na construção civil, bem como o enquadramento dos seus produtos intermediários e os insumos que integram o produto objeto do processo de fabricação se comunicarem com a possibilidade de apropriação de créditos referentes ao ICMS, uma vez que estes preenchem os requisitos já mencionados no corpo deste tópico.

Por fim, pede a procedência do pedido para a apropriação de créditos tributários decorrentes de ICMS, em todos os lançamentos tributados e presentes na infração 4, como também a procedência do pedido a geração de créditos decorrente do ICMS, com arrimo em toda fundamentação jurídica apresentada, bem como com fulcro nos artigos 19 e 20 da LC nº 87/96, onde concebe amparo normativo a geração destes créditos no que diz respeito as compras de bens para o ativo imobilizado e os materiais e mercadorias destinadas ao uso e consumo. Além disso, requer ainda, a geração dos referidos valores de natureza creditória aos produtos intermediários e aos insumos, eis que tal pretensão possui escopo normativo no art. 93, I, “a” e “b” da Lei Kandir, o RICMS/Ba. E, caso não seja esse o entendimento, que seja DEFERIDO o pedido de diligência fiscal, por estranho ao feito, para que, com a imparcialidade necessária, confirmando as arguições suscitadas, com vistas a ratificar as arguições de improcedência.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância, relativa às infrações 4 e 5 do Auto de Infração, julgadas Procedentes, cujas exações exigem ICMS de R\$24.144,76, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias destinadas a consumo ou ativo permanente do estabelecimento e a multa de R\$8.051,74, correspondente a 1% do valor das mercadorias entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

Inicialmente, vislumbro que o Processo Administrativo Fiscal preenche todas as formalidades legais, inexistindo qualquer fato que venha macular o devido processo legal.

Nos termos do art. 147, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro o pedido de diligência fiscal por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos.

O núcleo da tese recursal, é de que as mercadorias, objeto da exigência do ICMS DIFAL, não são materiais de uso/consumo do estabelecimento, mas insumos utilizados no processo de extração de minerais, com direito ao crédito fiscal previsto no art. 309, I, “b”, do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA), sendo descabida a cobrança da diferença de alíquota do ICMS, como também, em relação à exação 5, que não há provas do recebimento das mercadorias pelo destinatário, do que diz desconhecer todas as operações realizadas através das notas fiscais relacionadas pelo Fisco.

Em relação à infração 4, da análise dos itens descritos no levantamento fiscal, às fls. 9/10 dos autos, denota-se que tratam dos seguintes produtos:

- NCM ‘36020000’, TIPI: “Explosivos preparados, exceto pólvoras propulsivas”;

- NCM ‘36030000’, TIPI: “Estopins e rastilhos, de segurança; cordéis detonantes; fulminantes e cápsulas fulminantes; escorvas; detonadores elétricos”
- NCM ‘39073011’, TIPI: “Resinas epóxidas” - MATERIAL ENCHIMENTO (COLA, RESINA)
- NCM ‘39269090’, TIPI: Outras obras de plásticos e obras de outras matérias das posições 39.01 a 39.14. - GAXETA CIL. POSICIONADOR 330 X 360 X 44MM BCI-200
- NCM ‘40081100’, TIPI: - Chapas, folhas e tiras - TRAVA JS200LC JCB
- NCM ‘40101900’, e ‘40103900’, TIPI: Outras Correias transportadoras ou de transmissão, de borracha vulcanizada
- NCM ‘40169300’ e ‘40169990’, TIPI: Juntas, gaxetas e semelhantes
- NCM ‘73181500’, TIPI: Outros parafusos e pinos ou pernos, mesmo com as porcas e arruelas
- NCM ‘73181600’, TIPI: Porcas
- NCM ‘73182100’, TIPI: Arruelas de pressão e outras arruelas de segurança
- NCM ‘73182900’, TIPI: Outros – TRAVA, ANEL
- NCM ‘83111000’, TIPI: Eletrodos
- NCM ‘84149020’, TIPI: Partes de ventiladores ou coifas aspirantes
- NCM ‘84219999’, TIPI: Outras Parte de centrifugadores - ELEMENTO FILTRANTE, micros Tela aço
- NCM ‘84313900’, TIPI: Partes de máquinas
- NCM ‘84314200’, TIPI: Lâminas para *bulldozers* ou *angledozers* (escavadores, carregadoras e pás carregadoras, etc)
- NCM ‘84314390’, TIPI: outras partes de máquinas de sondagem ou de perfuração (eixo e bucha da parte perfuratriz
- NCM ‘84742090’, TIPI: Máquinas e aparelhos para esmagar, moer ou pulverizar (BRITADOR CONE)
- NCM ‘84749000’, TIPI: partes de máquinas e aparelhos para selecionar, peneirar, separar, lavar, esmagar, moer, misturar ou amassar terras, pedras, minérios (borracha, bucha, porca, manta, revestimento da câmara, etc.)
- NCM ‘84818092’, TIPI: Válvulas direcional solenoides
- NCM ‘84823000’, TIPI: Rolamentos de roletes em forma de tonel
- NCM ‘84833090’, TIPI: Mancais (MANCAL DE ESCORA)
- NCM ‘85414022’, TIPI: Outros diodos emissores de luz (LED), exceto diodos laser (HOLOFOTE REFLETOR LED)
- NCM ‘85432000’, TIPI: Geradores de sinais (Sensor Desgaste)
- NCM ‘87082999’, TIPI: partes de acessórios de veículos (teto solar)
- NCM ‘87083019’, TIPI: freios e serviços de freio (pastilhas de freio)
- NCM ‘87089990’, TIPI: Elo (Partes e acessórios dos veículos
- NCM ‘90322000’, TIPI: Manostatos (pressostatos (instrumentos e aparelhos para regulação ou controle, automáticos)

A legislação específica, prevista no art. 309, I, “b” do Decreto nº 13.780 (RICMS/12), determina que:

Art. 309. 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 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, produção rural, geração de energia elétrica e extração mineral ou fóssil;

Diante das razões recursais e da legislação específica, faz-se necessário salientar que tanto os materiais de uso/consumo como os produtos intermediários são consumidos pelo estabelecimento industrial, porém o que importa para sua caracterização legal é *onde* o consumo acontece, pois, se o bem é consumido em função e como resultado de sua participação direta no processo de fabricação do produto da empresa, então há que denominá-lo de produto intermediário. Caso contrário, deve ser definido como material de consumo.

Porém, peças de reposição são bens de uso/consumo utilizados na manutenção de bens produtivos, sendo vedada a utilização do crédito fiscal e devida a diferença de alíquotas, pois não se consideram **empregadas no processo da extração** de substâncias minerais ou fósseis, pois não são consumidas imediatamente integralmente em cada **processo extrativo** e tampouco integram ao produto final, haja vista que a extração de minerais se trata de um processo de desagregação.

Logo, com exceção dos produtos sob NCM: 36020000 (explosivos); 36030000 (detonador); 83111000 (eletrodo); 84742090 (britador cone), os demais materiais constantes do levantamento fiscal, não se caracterizam como produtos intermediários e muito menos como ativo imobilizado, mas como materiais utilizados após o processo de extração ou na manutenção do ativo imobilizado e, como tal, são materiais de uso/consumo.

Conforme Decisões da Câmara Superior deste CONSEF, exaradas através dos Acórdãos CS 0003-21/09 e CS 0009-21/09, para a atividade exercida pela autuada de *extração* de minerais foi assegurado o direito ao crédito fiscal dos materiais ferramentais utilizados no *corte e polimento* de substâncias minerais, a exemplo de: brocas, lâminas, hastes de perfuração, fragmentador, como também dos materiais vinculados ou consumidos no processo produtivo, a exemplo de explosivo e combustível, em razão da legislação específica prevista, à época, determinar o direito ao crédito fiscal relativo às mercadorias *a serem empregadas diretamente na extração* de substâncias minerais ou fósseis.

Porém, tal entendimento não abrange materiais de manutenção e peça de reposição de bens do ativo imobilizado, cujos desgastes ocorrem em função da movimentação e granulação dos minerais, mas não em razão de sua *extração* como prevê a norma, sendo, nestes casos, correta a exigência da diferença de alíquotas, como previsto nos arts. 2º, IV, e 4º, XV da Lei nº 7.014/96, com exceção dos produtos arrolados, o que resulta o valor remanescente de R\$22.984,64, para a infração 4, a seguir:

| PERÍODO | ICMS | ICMS A | ICMS | OBS. |
|----------|-----------|----------|-----------|---------------------------|
| MENSAL | EXIGIDO | EXCLUIR | DEVIDO | NFs/PROD |
| 31/01/16 | 320,48 | - | 320,48 | |
| 28/02/16 | 740,24 | - | 740,24 | |
| 31/03/16 | 1.837,12 | - | 1.837,12 | |
| 30/04/16 | 963,80 | 197,56 | 766,24 | 61111 e 61133; eletrodo |
| 31/05/16 | 228,58 | - | 228,58 | |
| 30/06/16 | 9.557,10 | - | 9.557,10 | |
| 31/07/16 | 303,82 | 145,42 | 158,40 | 63994; eletrodo |
| 31/08/16 | 2.626,37 | 277,14 | 2.349,23 | 4081; explosivo/detonador |
| 30/09/16 | 1.004,70 | - | 1.004,70 | |
| 31/10/16 | 3.312,40 | 540,00 | 2.772,40 | 23733; britador cone |
| 30/11/16 | 154,00 | - | 154,00 | |
| 31/12/16 | 3.096,15 | - | 3.096,15 | |
| TOTAIS: | 24.144,76 | 1.160,12 | 22.984,64 | |

No tocante à infração 5, cuja exigência de multa de R\$8.051,74, correspondente a 1% do valor das mercadorias entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, o recorrente se limita a alegar que não há provas do recebimento das mercadorias pelo destinatário, do que diz desconhecer as operações realizadas através das notas fiscais relacionadas às fls. 11 dos autos.

Contudo, há de ressaltar que as notas fiscais eletrônicas que fundamentaram as acusações fiscais são suficientes para comprovação da realização das operações, salvo prova em contrário, as quais devem ser produzidas pelo contribuinte, com o fim de destituir as existentes nos autos, haja vista

que o destinatário tem como obrigação consultar no Portal da Nota Fiscal Eletrônica os documentos fiscais emitidos contra si, já que, obrigatoriamente, lhe foi encaminhado ou disponibilizado download do arquivo da NF-e e seu respectivo Protocolo de Autorização de Uso, nos termos do artigo 89, §12 do RICMS/12, e, se for o caso, adotar as medidas cabíveis contra o remetente, sob pena de tornar-se válidas tais provas documentais, quanto às operações ocorridas antes de 2014.

Já para as operações ocorridas a partir de janeiro/2015, nos termos do art. 89, §16 do RICMS, o contribuinte deverá apresentar boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão do uso indevido do nome da empresa pelo remetente, a fim de afastar a presunção prevista em lei de entrada de mercadoria no estabelecimento, quando figurar como destinatário em operação declarada em nota fiscal eletrônica, sem que tenha efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o “desconhecimento da operação”.

Por fim, para as operações ocorridas a partir de 2016 caberia ao contribuinte, nos termos do art. 89, §16 do RICMS, verificar regularmente, mediante acesso ao site <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico www.nfe.fazenda.gov.br.

Ademais, nos termos do art. 143 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Assim, diante de tais considerações, as razões recursais são insuficientes à reforma da Decisão recorrida, quanto a esta infração.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para alterar a Decisão recorrida, apenas quanto à exação 4, a qual passa a ser o valor de R\$22.984,64, conforme acima demonstrado.

VOTO DIVERGENTE

Com a devida vênia, divirjo do posicionamento do nobre relator em relação aos itens remanescentes da infração 04, conforme restará fundamentado abaixo:

Os itens discutidos nestas duas infrações, são essenciais para a atividade fim a que se destina a recorrente, conforme restou comprovada pela amostragem trazida pelo contribuinte, as quais trouxeram informações minudentes sobre a participação de cada item autuado no processo produtivo da empresa.

A própria descrição dos itens autuados que remanesceram, demonstra claramente que tais produtos são de utilização contínua e permanente, cuja falta impede a realização do processo produtivo ou altera a sua normalidade.

Ora, da análise do descritivo de cada item apresentado pela recorrente e citado no relatório e voto deste processo, é incontestável a observação de que tais produtos são materiais indispensáveis para a atividade fim que a recorrente desempenha.

A teoria adotada pelo relator, de que o produto deve ser consumido no processo produtivo ou que deve ser integrado ao produto final, parece-me um tanto ultrapassada, vez que nossos tribunais já decidem aplicando o princípio da essencialidade.

Aproveito o ensejo e cito julgado recente do STJ – Resp 1221170/PR que ratifica tal entendimento:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. NÃO-CUMULATIVIDADE. CREDITAMENTO. CONCEITO DE INSUMOS. DEFINIÇÃO ADMINISTRATIVA PELAS INSTRUÇÕES NORMATIVAS 247/2002 E 404/2004, DA SRF, QUE TRADUZ PROPÓSITO RESTRITIVO E DESVIRTUADOR DO SEU ALCANCE LEGAL. DESCABIMENTO. DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE INSUMOS À LUZ DOS CRITÉRIOS DA ESSENCIALIDADE OU RELEVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ARTS. 1.036 E SEGUINTES DO CPC/2015).

1. (...).
 2. O conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, vale dizer, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte.
 3. Recurso Especial representativo da controvérsia parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que se aprecie, em cotejo com o objeto social da empresa, a possibilidade de dedução dos créditos relativos a custo e despesas com: água, combustíveis e lubrificantes, materiais e exames laboratoriais, materiais de limpeza e equipamentos de proteção individual-EPI.
 4. (...).
- (STJ - REsp 1221170 / PR – Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho – Primeira Seção – Publicado no DJe em 24/4/2018).

Deste modo, entendo pela improcedência da infração 04, fazendo jus o contribuinte ao aproveitamento do crédito, inexistindo DIFAL a ser cobrada em tais operações.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, 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 **206958.0001/17-0**, lavrado contra **CHAME PEDREIRA EIRELI - EPP**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$62.814,92**, acrescido das multas de 50% sobre R\$38.997,40, e 60% sobre R\$23.817,52, previstas no art. 42, incisos, I, II, “F” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$8.051,74**, prevista no IX da mesma Lei e artigo, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Fernando Antonio Brito de Araújo, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, Anderson Ítalo Pereira e José Roservaldo Evangelista Rios.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA - VOTO DIVERGENTE

LEÔNCIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS