

RECORRENTE - A. I. N° 279696.0007/17-2
RECORRENTE - CIA DE FERRO LIGAS DA BAHIA - FERBASA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0103-03/18
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 22/07/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0144-11/21-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE MATERIAIS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Embora as mercadorias autuadas tenham feição de materiais de uso e consumo, reduz-se o valor lançado em cumprimento a decisão judicial favorável ao Sujeito Passivo, transitada em julgado, com efeitos prospectivos. Infração parcialmente elidida. Indeferido o pedido de diligência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 3ª JJF N° 0103-03/18, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/06/2017, para exigir ICMS no valor histórico de R\$421.106,09, em razão de uma única infração, descrita a seguir.

INFRAÇÃO 01. 01.02.02. “utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2012 a novembro de 2016”.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 27/06/2018 (fls. 386 a 394) e decidiu pela Procedência em Parte, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Preliminarmente, o deficiente alega que verificando o Auto de Infração, constata que o Auditor fez referência de forma ampla a alguns artigos, sem, no entanto, apontar o inciso correspondente à acusação fiscal. Citou como exemplo o artigo 124 do Regulamento do ICMS/97 do Estado da Bahia, referido no Auto de Infração quando do enquadramento legal, que possui diversos incisos ou alíneas. Disse que a não identificação precisa dos dispositivos legais supostamente infringidos e/ou que respaldam a lavratura do Auto de Infração, impossibilita a defesa plena do contribuinte, violando os princípios do contraditório e da ampla defesa. Acrescentou ainda, que não foram apresentados os Termos de Início e Encerramento da Fiscalização, contrariando os artigos 28 e seguintes do RPAF/99.

Da análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico que as alegações defensivas não possuem sustentação fática ou jurídica. O Termo de Início de Fiscalização foi regularmente lavrado no RUDFTO (Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências) do contribuinte, e tem cópia na fl. 07 deste Processo. O Termo de Encerramento compõe o próprio Auto de Infração / T.E. – fl. 01 a 06. A acusação fiscal possui como base os demonstrativos com o cálculo do imposto fl. 22/33 e 53/85, cuja prova do recebimento destes documentos e do CD contendo os demonstrativos analíticos, se encontram apensados às fls. 86/87. Cópias das notas fiscais estão as fls. 34/52.

Quanto à alegação da falta de indicação precisa do inciso a que se referia o dispositivo regulamentar apontado como infringido, e que estes não possuem uma previsão normativa que caracterize o fato descrito como contrário à legislação tributária, também não procede. Em verdade, os dispositivos do Regulamento considerados infringidos pelo autuado, foram indicados claramente no Auto de Infração, bem como, os dispositivos legais referentes à multa indicada.

Registro ainda, que mesmo havendo erro na indicação de dispositivos regulamentares, o que no presente caso não ocorreu, não implicaria nulidade da autuação fiscal, conforme dispõe o art. 19 do RPAF/99. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de Lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade, o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Não vislumbro na autuação qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, que foi exercida plenamente. Do teor de sua impugnação fiscal, verifica-se que compreendeu perfeitamente do que

foi acusado, haja vista ter demonstrado perfeito conhecimento da infração, a qual foi fundamentada em demonstrativos analíticos e documentos fiscais, cujas cópias foram fornecidas ao contribuinte, inexistindo o alegado cerceamento do direito de defesa, por falta de fundamentação legal da autuação.

Dessa forma, afasto as nulidades suscitadas, visto que no presente auto de infração foram seguidas todas as normas estabelecidas pelo art. 39 do RPAF/99.

O defendente suscitou a decadência, argumentando que da leitura do Auto de Infração se faz dessumir que houve utilização supostamente indevida de crédito, em datas anteriores a 5.7.2012, isto é, anteriormente ao quinto ano retrospectivo à data da notificação do Auto de Infração. Destacou que conforme o Código Tributário Nacional, a decadência do direito do fisco para lançar tributos, ocorre em cinco anos contados da data do fato gerador (artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional).

Sobre a decadência, observo que por ser o ICMS um imposto de natureza homologatória, de apuração mensal, o prazo decadencial adotado deve ser o disposto no art. 150, § 4º do CTN. Esse entendimento se tornou pacificado no CONSEF, seguindo a Douta Procuradoria Geral do Estado da Bahia, que em Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, entendeu pela aplicação do art. 150, § 4º do CTN, quando houver comprovação de pagamento do imposto em montante inferior ao devido, ou quando as operações alvo da autuação tenham sido declaradas pelo contribuinte.

Neste caso, como o Auto de Infração foi lavrado em 29/06/2017 e o contribuinte tomou ciência em 05.07.2017, em consonância com o entendimento da PGE, deve-se reconhecer a decadência, operada para os créditos fiscais utilizados indevidamente, referentes a fatos geradores ocorridos anteriormente a 05/07/2012, que foram abarcados pela decadência prevista no art. 150, § 4º, do CTN, o que implica extinção do crédito tributário, consoante determina o inciso V do art. 156 do CTN.

O defendente requereu que fosse determinada a realização de perícia, com verificação do seu processo produtivo, nos termos do artigo 145 do RPAF/99, para constatação da pertinência do enquadramento dos itens ora debatidos como materiais intermediários, reservando-se ao direito de indicar assistente técnico e quesitos à época da realização dos trabalhos.

Sobre a perícia solicitada, cabe de plano consignar, que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. Observo que o próprio defendente, em sede de impugnação, esclareceu que a unidade autuada possui como uma de suas principais atividades a extração dos minérios e para melhor entendimento anexou relatório que explicita e detalha o seu processo produtivo. Portanto, entendo não serem necessárias outras provas a serem requeridas de ofício, para o convencimento dos julgadores, e com fulcro no art. 147, incisos I e II do RPAF/99, indefiro tal pedido.

No mérito, o autuado foi acusado de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2012 a novembro de 2016.

O defendente alegou que possui como uma de suas principais atividades, a extração dos minérios. Anexou relatório que explicita o seu processo produtivo, afirmado que se utiliza de diversos materiais (intermediários), imprescindíveis à realização das suas atividades e que o Auditor teria se equivocado, provavelmente por desconhecer seu processo produtivo, tratando os produtos intermediários utilizados, como bens de uso e consumo. Acrescentou que a maior parte dos materiais apontados já foi objeto de discussão nas Ações Anulatórias nº 0122742-05.2006.805.0001 e 0162769-30.2006.805.0001 (Autos de Infração 206910.0004/06-5 e 269140.0004/06-5, respectivamente), sendo a qualidade de material intermediário ratificada. Frisou que alguns itens que não foram objeto de debate nas referidas Ações Anulatórias citadas, também são materiais intermediários. Apresentou entendimento de que a não aceitação dos materiais arrolados pela Fiscalização como produtos intermediários, viola o princípio da não-cumulatividade, previsto no artigo 155, § 22, II da CF.

O Autuante, em sede de informação fiscal, explicou que o Relatório de Auditoria - fls. 10 a 33 deste PAF, se refere a itens da mina situada na cidade de Campo Formoso/BA, empresa autuada, considerando as notas fiscais e a EFD (Escrivaturação Fiscal Digital) do contribuinte, em cada exercício fiscalizado. Destacou que as fls. 11/ 33 constam, por exercício, os materiais caracterizados como de uso e consumo, visto que são peças de reposição dos referidos ativos permanentes ou materiais empregados diretamente nas atividades da mina, sobre os quais, quando de sua aquisição, o autuado se creditou dos valores destacados. Frisou que esses materiais não são produtos intermediários para a indústria de mineração. Conforme legislação tributária, são materiais de uso e consumo e não dão direito a crédito de ICMS.

Compulsando os autos, e analisando o teor das razões defensivas, juntamente com a contestação do autuante em sede de informação fiscal e com o levantamento fiscal às fls. 11/33, verifico que não assiste razão ao autuado.

Os créditos fiscais reputados como indevidos no Auto de Infração em comento, foram decorrentes de aquisições de bens classificados pelo autuante como peças de reposição dos equipamentos utilizados na linha de produção.

A admissibilidade ou não do crédito fiscal referente às aquisições de estabelecimentos industriais, tem sido matéria recorrente no âmbito deste CONSEF, em ambas as Instâncias de Julgamento, quando se trata de definir o que é material de uso/consumo ou insumo/produto intermediário utilizado no processo produtivo.

No caso de empresa mineradora – como é o caso do autuado –, a jurisprudência predominante neste CONSEF aponta no sentido de que, pela especificidade de sua atividade, a utilização de crédito fiscal dos materiais por ela empregados, deve preencher os seguintes requisitos: (i) afetação ou participação direta dos produtos no processo extrativo das substâncias minerais ou no corte das mesmas, na condição de elementos indispensáveis; (ii) contato direto com as matérias-primas; (iii) desgaste resultante daquela participação ou contato; (iv) as operações subsequentes se sujeitarem à incidência do imposto.

Ocorre que, no presente caso, os materiais arrolados pelo Autuante no levantamento fiscal, são partes e peças, componentes de máquinas e equipamentos, descritos nas notas fiscais de aquisições e registradas em sua EFD, como: buchas de descarga, caixa do expelidor de metal, calha do queixo par britador, luva com stop central, parafuso cabeça sextavada, revestimento de borracha para bombas, porca lock king, elemento em borracha para válvula sigma, tela de borracha modular com furos, tubo guia para perfuração, revestimento em borracha natura, bucha de descarga inferior, broca íntegra, furadeira, martelo em alto cromo, peneira redonda em aço inox, correia transportadora, lonas bucha de descarga inferior, rolete de carga etc.

Desta forma, os materiais tidos pelo sujeito passivo como pertencentes ao ativo immobilizado, constituem, na verdade, partes e peças de reposição dos equipamentos principais, e os bens classificados pelo autuado como produtos intermediários, não entram em contato com os minerais. Os seus desgastes não decorrem da participação na extração, mas sim do funcionamento das máquinas que fazem parte, razão pela qual, não é permitida a apropriação de créditos e sua utilização é indevida.

Cumpre observar, as Ações Anulatórias nº 0122742-05.2006.805.0001 e 0162769-30.2006.805.0001 (Autos de Infração 206910.0004/06-5 e 269140.0004/06-5, respectivamente), citadas pelo autuado, não vinculam essa decisão. A discussão ali tratada, embora traga alguns materiais coincidentes com o aqui relacionados, se referem à extração e produção em outra unidade do estabelecimento ora Autuado.

A alegação defensiva de que a não aceitação dos materiais arrolados pela Fiscalização como produtos intermediários viola o princípio da não-cumulatividade, não pode prosperar. Registre-se, por oportuno, que a restrição à utilização dos créditos aqui considerados indevidos, não farão parte da base de cálculo em operações subsequentes, considerando que os citados materiais é para uso e consumo do estabelecimento e não serão destinados à revenda. Portanto, ao contrário do entendimento do autuado, o procedimento adotado pela fiscalização, não afronta ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, mas sim, foi adotado para preservá-lo.

Constatou que a exigência fiscal consubstanciada no presente Auto de Infração, está lastreada na disposição do § 7º, do art. 309 do RICMS/2012 e na lei 7.014/96, encontrando-se em consonância com os princípios constitucionais, inclusive em relação ao princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Diante das razões acima expendidas, concluo que a apropriação de créditos e sua utilização pelo autuado é indevida, e com o acolhimento da decadência suscitada e exclusão das parcelas lançadas anteriores a 05.07.2012 no montante de R\$33.299,12, o Auto de Infração remanesce em R\$387.806,97.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

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. 404 a 414, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Reitera, inicialmente, que possui como principal atividade a produção de ligas metálicas. Explica que, no seu processo produtivo, a FERBASA necessita de diversos insumos, sejam estes matéria prima ou materiais intermediários. Dentre esses insumos, encontra-se o minério de cromo, matéria prima utilizada para a produção da liga fabricada e comercializada pela Cia. Visando tornar o preço do seu produto competitivo, afirma que a Cia. possui unidades de extração e beneficiamento do minério, além da unidade de metalurgia. No beneficiamento do minério, este passa por diversas etapas, até que esteja na forma e na característica adequada para o processamento de cada tipo de liga produzida e comercializada pela FERBASA. Assim, tanto na extração, quanto no beneficiamento, a empresa utiliza diversos materiais intermediários (como é o caso daqueles que são objeto do Auto de Infração, ora combatido, cuja descrição se encontra em anexo – Doc. 03), sem os quais não é possível realizar a extração e o beneficiamento dos minérios e, consequentemente, a produção da liga.

Informa que o presente recurso visa, portanto, alterar o acordão proferido pela Colenda Segunda Junta, justamente no que tange aos produtos constantes na relação em anexo (Doc. 03), uma vez que devem ser enquadrados como intermediários, não cabendo à Cia., portanto, o pagamento do diferencial de alíquota e tornando, dessa forma, o Auto de Infração, ora combatido, improcedente em sua totalidade.

Preliminarmente, alega nulidade do lançamento. Argumenta que, conforme se depreende do atual conceito de produto intermediário (chancelado pelo STJ), para se saber se um produto se enquadra ou não nessa definição, é indispensável realizar a análise caso a caso, observando a utilização do bem no processo produtivo. Assim, o mesmo bem pode ser considerado intermediário para um processo produtivo e não o ser para outro.

Assegura, contudo, que o Auditor não conhece o processo produtivo da Ferbasa. Sequer realizou qualquer visita aos estabelecimentos da Recorrente para a verificação da utilização dos itens objeto do Auto de Infração na produção da liga e, consequentemente, se seriam materiais intermediários ou não. Assim, em última análise, não se sabe qual critério foi utilizado pelo I. Auditor para o enquadramento dos materiais (já que é necessário conhecer o processo produtivo da empresa fiscalizada para tanto).

Por outro lado, alega que os nobres Julgadores da Colenda Segunda Junta (que também não conhecem o processo produtivo da FERBASA) negaram o seu pedido de conversão em diligência, o que se consubstanciou em claro cerceamento do direito de defesa e violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Em razão disso, conclui que não há dúvidas de que o acórdão recorrido deve ser anulado, retornando esta lide à Colenda Segunda Junta, para que seja determinada a realização de diligência (visita in loco) pela ASTEC, para a efetiva apuração da utilização dos itens objeto do presente PAF no processo produtivo da Recorrente. Assim, requer que seja anulada a decisão recorrida.

No mérito, quanto à discussão acerca da natureza dos materiais objeto do Auto de Infração, embora defenda a nulidade do v. acórdão em razão do indeferimento do pedido de realização de diligência, em obediência ao princípio da concentração dos atos de defesa, adentra ao mérito da questão.

Argumenta que os produtos intermediários são aqueles que não se incorporam ao produto final – eventualmente apenas seus resquícios e de forma indesejada –, mas participam do processo produtivo de maneira intrínseca e essencial, nele se consumindo a cada participação. Nota que os produtos intermediários não se confundem com os materiais de uso e consumo, tendo em vista que, com relação a estes, não há a participação intrínseca no processo produtivo.

Registra o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgão responsável pela uniformização da jurisprudência no País, acerca da possibilidade de creditamento dos insumos relativos a produtos intermediários que são utilizados no processo produtivo, conforme ementas que transcreve às folhas 407/410.

Tendo em vista as decisões referidas, entende não restar dúvidas acerca da possibilidade de creditamento relacionado aos produtos intermediários, que, como dito, são aqueles que não se incorporam ao produto final – eventualmente apenas seus resquícios e de forma indesejada –, mas participam do processo produtivo de maneira intrínseca e essencial, nele se consumindo a cada participação.

Ensina que, como se depreende do atual conceito de produto intermediário, para se saber se um produto se enquadra ou não nessa definição, é indispensável a realização de uma análise caso a caso, observando a utilização do bem no processo produtivo. Isso porque, o mesmo bem pode ser intermediário para um processo produtivo e não o ser para outro. Não obstante, reitera que o I. Auditor não conhece o processo produtivo da FERBASA, tendo sequer realizado qualquer visita aos estabelecimentos da Cia. para verificação se os produtos seriam intermediários ou não. Ressalta que, tamanha é a distância do I. Auditor da realidade da FERBASA, que as decisões que lhe serviram como paradigma e foram por ele citadas referem-se a outros processos produtivos, que não guardam qualquer relação de semelhança com o da Recorrente.

Por outro lado, repisa que os nobres Julgadores da Colenda Segunda Junta (que também não conhecem o processo produtivo da FERBASA) negaram o pedido desta de conversão do julgamento em diligência, o que se consubstanciou em claro cerceamento do direito de defesa e violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que não foi feita a verificação, no caso concreto, da atuação dos materiais no processo produtivo da Recorrente.

No presente recurso, como mencionado, deseja o reconhecimento, por essa Colenda Câmara, do enquadramento dos produtos da relação anexa (Doc. 03) como produtos intermediários e, portanto, do direito ao aproveitamento do crédito a eles referente, pela Cia. Apresenta quadro demonstrativo à folha 411, por meio do qual procura evidenciar que esse itens já foram objeto de discussão em outros PAF's.

Visando facilitar a análise desse Colegiado, explica que abordará os produtos por grupos, conforme tabela citada.

Em relação ao GRUPO 1 (Doc. 06), afirma que parte dos itens objeto do Auto de Infração, ora combatido, são discutidos no PAF nº 269140.0003/15-8 (Doc. 07). Reitera que o i. Auditor Fiscal Edgar Ferreira Pessoa Pereira, após a realização das diligências solicitadas pela Colenda Quarta Junta de Julgamento Fiscal (avaliação dos documentos com esclarecimentos acerca do processo produtivo apresentado pela CIA. e visita ao local), constatou que os materiais relacionados na autuação entram em contato direto com o produto que se quer extrair e se desgastam em decorrência desse contato (dentre eles, os itens constantes na relação anexa – Doc. 06), concluindo que, em verdade, são materiais intermediários, conforme se evidencia por meio do PARECER ASTEC nº 000014/2017 (Doc. 07).

Pontua que a ASTEC é o órgão técnico da Secretaria da Fazenda, competente, portanto, para avaliar a utilização dos materiais no processo produtivo (caso concreto), enquadrando-os como produto intermediário ou não. Não é razoável, portanto, que, tendo o órgão técnico da Secretaria da Fazenda concluído pelo enquadramento dos itens como produtos intermediários (após visita *in loco* para a observação do processo produtivo), estes mesmos itens sejam considerados como bens de uso e consumo pela mesma administração.

Assim, com relação aos itens indicados no PARECER ASTEC nº 000014/2017, que são objeto do PAF nº 269140.0003/15-8, conclui não haver dúvidas de que estes materiais devem ser classificados como produtos intermediários (pois já enquadrados pela própria Administração como tal). Em razão disso, se não há obrigação principal, considerando que o creditamento é devido, também não há que se falar no pagamento do acessório (diferencial de alíquota), pelo que o Auto de Infração em questão deverá ser julgado improcedente, com relação a estes itens.

No que tange ao GRUPO 2 (Doc. 08), Frisa que, como aduzido oportunamente na defesa administrativa, esses materiais já foram objeto de discussão nas Ações Anulatórias c/c Declaratórias nºs 0122742-05.2006.805.0001 e 0162769-30.2006.805.0001 (Autos de Infração nºs 206910.0004/06-5 e 269140.0004/06-5, respectivamente) – (Doc. 09)-, sendo a sua qualidade de material intermediário ratificada em decisões judiciais transitadas em julgado. Por oportuno, registra que a sua defesa administrativa foi instruída com as cópias das exordiais das ações citadas acima e dos Autos de Infração a elas referentes, razão pela qual o argumento suscitado pela Procuradoria Geral do Estado (PGE), em processo diverso do presente, de que não haveria nos autos tais documentos, jamais poderia prosperar.

Adicionalmente, aduz que, ainda que tais documentos não tivessem sido acostados aos autos, é dever do Estado conhecê-los, pois foi Réu (condenado) em ambos os processos que, inclusive, são públicos e podem ser facilmente pesquisados na internet, no sítio da Justiça Estadual. Argumenta que a própria Secretaria da Fazenda, em situações semelhantes, como esperado, vem reconhecendo o efeito vinculante das decisões judiciais transitadas em julgado em ações declaratórias, como é o caso de outro processo administrativo da Recorrente, cujo trecho do Acórdão JJF Nº 0011-01/18, proferido em 20.2.2018 pela Primeira Junta de Julgamento Fiscal, transcreve.

No entanto, informa que os Nobres julgadores da Colenda Segunda Junta ignoraram as decisões proferidas nas ações declaratórias (já transitadas em julgado e colacionadas ao processo), alegando que não vinculariam a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Não obstante, considerando que as mencionadas ações são, também, declaratórias, entende que não pode prosperar o argumento apresentado no v. acórdão, ora recorrido, de que as decisões judiciais não vinculariam a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. A decisão judicial transitada em julgado

proferida em ação declaratória vincula, sim, a Secretaria da Fazenda, pois a vinculação é o objetivo do processo e o alvo do comando sentencial.

Argumenta que a Administração Pública, ao agir de forma diversa, viola os princípios que tratam da obrigatoriedade do cumprimento das ordens judiciais, da coisa julgada e da segurança jurídica, afrontando o ordenamento jurídico pátrio.

Assim, conclui que também não há obrigação principal no que tange aos itens do GRUPO 02, considerando que o creditamento é devido (pois foram enquadrados como produtos intermediários por decisões judiciais transitadas em julgado). Dessa forma, não há que se apontar qualquer valor de acessório (diferencial de alíquota), pelo que o Auto de Infração em questão deverá ser julgado improcedente, com relação aos itens do GRUPO 02.

Por fim, quanto ao GRUPO 3 (Doc. 10), referente aos materiais que não constam nos PAF's nº 269140.0003/15-8, nº 206910.0004/06-5 e nº 26914.0004-06-5 (já citados), declara que todos os bens relacionados são produtos intermediários, conforme razões aduzidas a seguir.

Após repisar os argumentos já deduzidos para os grupos anteriores, cujo acatamento levaria à nulidade do acórdão recorrido, na hipótese de negativa do seu pedido para a realização de diligência, em obediência ao princípio da concentração dos atos de defesa, a Recorrente apresenta parecer técnico dos seus engenheiros de mina, responsáveis pela operação, descrevendo detalhadamente a utilização dos referidos itens e reforçando que estes são imprescindíveis ao processo produtivo (Doc. 11) – se enquadrando, portanto, no conceito de produto intermediário (determinado pelo STJ).

Dessa forma, considerando os documentos apresentados, entende não haver dúvidas de que os materiais constantes na relação anexa (Doc. 10), cuja função encontra-se descrita no parecer técnico (Doc. 11) são utilizados na extração/beneficiamento do minério, que posteriormente é utilizado como matéria prima na liga produzida pela FERBASA, sendo imprescindíveis para o processo produtivo da Recorrente e considerados, portanto, como produtos intermediários.

Em razão disso, também quanto aos materiais do GRUPO 03, se não há obrigação principal, considerando que o creditamento é devido, também não há que se falar no pagamento do acessório (diferencial de alíquota), pelo que o Auto de Infração em questão deverá ser julgado improcedente, com relação a estes itens.

Assim, tendo em vista o quanto explicitado, requer que seja julgado improcedente, em sua totalidade, o Auto de Infração nº 279696.0008/17-9.

Por fim, eventualmente, na remota hipótese de essa Colenda Câmara não estar convencida do enquadramento de todos os itens como produto intermediário (por meio dos documentos já acostados ao presente processo) – o que não acredita e somente se ventila em obediência ao princípio da concentração dos atos de defesa –, requer a determinação de realização de visita *in loco* pela equipe técnica da Secretaria da Fazenda, para a constatação da utilização do material no processo produtivo da Cia.

Pelo exposto, requer: (i) preliminarmente, a anulação do citado v. acórdão, para retorno da demanda à Colenda Segunda Junta, determinando que esta requeira a realização de diligência (visita *in loco*) pela ASTEC, para a adequada apuração da utilização dos itens objeto do PAF em tela no processo produtivo da Recorrente; (ii) eventualmente, na remota hipótese de não acolhimento da preliminar arguida, em razão da prejudicialidade apontada e visando evitar eventuais decisões conflitantes, determinar que os processos referentes aos Autos de Infração (nºs 2796960007/17-2 e 2796960008/17-9) sejam reunidos (pela Câmara que receber o recurso interposto com relação ao débito principal), apreciados e julgados conjuntamente; (iii) não sendo possível o julgamento em conjunto, pela mesma Câmara, determinar que o presente processo seja suspenso e julgado somente após o proferimento de decisão nos autos referentes ao Auto de Infração nº 2796960007/17-2; (iv) reconhecer a decadência, considerando que já foi declarada pela Colenda Terceira Junta, nos autos do processo que trata do Auto de Infração nº 2796960007/17-2 (principal), estendendo os seus efeitos à obrigação acessória (diferencial de alíquota), e excluindo do

presente Auto de Infração (nº 2796960008/17-9) as parcelas referentes aos períodos anteriores a 5.7.2012; (v) ao fim do processo, reconhecer (a) todos itens da relação anexa (Doc. 03) como produtos intermediários, assim como (b) o direito ao crédito da Recorrente e (c) a inexistência de qualquer valor devido a título de diferencial de alíquota; vi) em razão do reconhecimento pleiteado no item (iv), julgar improcedente, em sua totalidade, o Auto de Infração nº 279696.0008/17-9; (vii) eventualmente, na remota hipótese de essa Colenda Câmara não estar convencida do enquadramento de todos os itens como produto intermediário (por meio dos documentos já acostados ao presente processo) – o que não acredita e somente se ventila em obediência ao princípio da concentração dos atos de defesa –, que seja determinada a realização de visita *in loco* pela equipe técnica da Secretaria da Fazenda, para a constatação da utilização do material no processo produtivo da Cia.

Nesses termos, pede deferimento.

Pautado para julgamento na sessão do dia 27/03/19, a 2^a CJF deliberou por converter o feito em diligência à PGE/PROFIS, com vistas ao esclarecimento das questões a seguir: “*1) Possui, a Recorrente, decisão judicial transitada em julgado, relativamente à matéria objeto do presente auto de infração?; 2) Caso positivo, quais os efeitos jurídicos dessa sentença? Atinge somente os fatos pretéritos, ou se estende às aquisições futuras?; 3) Caso a decisão citada tenha efeitos para o futuro, pede-se que sejam identificadas as mercadorias a que se aplica, para efeito de excluir tais valores da presente autuação*”.

Às folhas 634/637, foi emitido o parecer solicitado, da lavra do Dr. José Augusto Martins Júnior, tecendo as considerações que seguem.

Quanto ao item “1” acima, esclarece que resta testificado, no documento às folhas 595/597 dos autos, que, de fato, ocorreu o trânsito em julgado da decisão relativa à Apelação Cível nº 0122742-05.2006.805.0001-0.

Quanto ao item “2”, externa o entendimento de que, tendo em vista a decisão prolatada nos Embargos Declaratórios de fl. 534, o direito ao creditamento dos bens listados no Auto de Infração nº 206910.0004/06-5 atinge as aquisições pretéritas e futuras. Entretanto, sublinha que o comando sentencial cinge-se apenas aos bens elencados no Auto de Infração citado, não se estendendo a outros bens fora do rol indicado no indigitado lançamento.

Neste passo, entende haver necessidade de cotejo entre os bens do auto em epígrafe com aqueles listados no Auto de Infração nº 206910.0004/06-5, objeto da decisão com trânsito em julgado, já que, reprise, somente as mercadorias albergadas nesse Auto de Infração restam alcançadas pelo comando sentencial.

À folha 638, consta parecer da Procuradora Assistente, Dra. Paula Matos, acolhendo o opinativo emitido.

Cientificado do parecer acima, o Sujeito Passivo apresenta manifestação às folha 644/645, tecendo as considerações seguintes.

Destaca que colacionou, aos autos, cópia dos dois processos judiciais cujas decisões, favoráveis à Recorrente, já transitaram em julgado. Explica que a dnota PGE manifestou-se apenas em relação ao primeiro processo (Auto de Infração nº 206910.0004/06-5). Ressalta, todavia, que, no que tange ao segundo processo (ação anulatória c/c declaratória nº 0162769-30.2006.805.0001), a PGE não foi provocada, permanecendo silente. Acosta planilha à folha 645, indicando, individualmente, em que situação processual se encontra cada item.

Encerra a sua manifestação, reiterando os demais termos do seu Recurso Voluntário.

À folha 706/707, esta 1^a CJF deliberou por converter o feito em nova diligência à PGE/PROFIS, com vistas aos esclarecimento das questões a seguir: “*1) Possui, a Recorrente, uma outra decisão judicial transitada em julgado, em seu benefício, nos autos do processo de nº 0162769-30.2006.805.0001 (AI nº 269140.0004/06-5), relativamente à matéria objeto do presente auto de infração?; 2) Caso positivo, quais os efeitos jurídicos dessa outra sentença? Atinge somente os*

fatos pretéritos, ou se estende às aquisições futuras?; 3) Caso a decisão citada tenha efeitos para o futuro, pede-se que sejam identificadas as mercadorias a que se aplica, para efeito de excluir tais valores da presente autuação.”

À folha 710, manifesta-se o procurador Dr. José Augusto Martins Júnior (em opinativo acolhido pela procuradora assistente), solicitando que seja intimada, a Recorrente, para que faça a juntada da inicial da ação judicial por ela referida.

Às folhas 713/714, esta 1ª CJF deliberou, em pauta suplementar de 18/03/2020, por converter o PAF em nova diligência, agora à Infaz de origem, com vistas a que a empresa seja intimada a fazer a juntada da inicial da outra decisão judicial que alega existir. Após o atendimento da intimação, pediu-se que o PAF fosse encaminhado para a PGE, com vistas aos esclarecimento das questões acima referidas.

Intimado, o Sujeito Passivo acosta documentação às folhas 717/970.

Encaminhado, posteriormente, o PAF para a PGE, veio aos autos o opinativo às folhas 973/980, tecendo as seguintes considerações.

Após considerações iniciais, aduz que, num exame raso do tema, poder-se-ia afirmar que as decisões com trânsito em julgado em favor do Contribuinte não teriam reflexo no caso concreto, uma vez destinadas (consoante pedido de tutela judicial feito pela autuada), à desconstituição específica dos Autos de Infração nºs 206910.0004/06-5 e 269140.0004/06-5, não tendo nenhum efeito sobre o lançamento tributário em análise.

Discorre, a seguir, acerca do conceito de coisa julgada, colacionando doutrina e jurisprudência acerca da matéria, para, ao final, concluir que, para que a coisa julgada produzida nas ações acima referidas pudesse se projetar no presente lançamento, seria necessária a coincidência de três elementos, quais sejam, partes, causa de pedido e pedido.

Após examinar os documentos acostados pela Recorrente, conclui que restam coincidentes, de forma clara, entre as ações judiciais e a ação administrativa veiculada no presente lançamento, as partes e a causa de pedir. Entretanto, há dissonância e não coincidência entre os pedidos imediatos veiculados nas ações, porquanto a pretensão deduzida nas ações judiciais teve como foco a desconstituição (anulação) de atos administrativos específicos (PAFs nºs 206910.0004/06-5 e 269140.0004/06-5), possuindo uma natureza eminentemente desconstitutiva.

Argumenta que, por óbvio, toda ação constitutiva possui fundo declaratório, entretanto, o que define o pedido imediato é a exata tutela pretendida, no caso das ações judiciais apontadas, a desconstituição de atos administrativos específicos.

Assim, em que pese as decisões indicarem uma tendência, entende que não há como apontar os reflexos extraprocessuais da coisa julgada ao lançamento tributário vertente.

À folha 981, consta parecer da procuradora assistente, Dra. Paula Morris Matos, acolhendo o opinativo exarado.

Cientificado do teor do parecer, o Sujeito Passivo não se manifestou.

VOTO

Quanto à preliminar de nulidade suscitada, ao fundamento de que houve cerceamento do direito de defesa, é importante ressaltar que a perícia ou diligência não se constituem em direito subjetivo das partes, mas em instrumento a serviço do juízo, com vistas a esclarecer fatos, cujo conhecimento requeira exame de bens ou documentos. Não é, portanto, um meio de defesa, mas um instrumento do juízo, podendo o perito (diligente) ser definido como um seu auxiliar.

Nesse sentido, é que o legislador do RPAF previu que o pedido de diligência poderá ser indeferido, quando o julgador considerar que os elementos contidos no processo se lhe afigurem como suficientes, nos termos do art. 147, inciso I, alínea “a”, do diploma regulamentar citado, conforme abaixo reproduzido.

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;
- ... ”

O disposto na alínea “b” do dispositivo citado reforça a idéia de que a diligência não pode ser tratada como meio de defesa, pois não substitui a ação probatória da parte, conforme se depreende do texto abaixo.

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

- ... ”
- a) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos (grifo acrescido);
- ... ”

Assim, entendo que a Junta fez uso de prerrogativa sua, indeferindo o pedido de diligência e julgando com base nas provas que se encontravam no processo, sem que disso resultasse em cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Quanto ao pedido de diligência, denego por entender que os elementos dos autos são suficientes à formação da minha convicção.

No mérito, a conduta autuada foi descrita como “utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento ...”. O Sujeito Passivo alegar tratar-se de produtos intermediários do seu estabelecimento extrativo, defendendo o direito ao creditamento, bem como a inexistência da obrigatoriedade de recolhimento do diferencial de alíquotas sobre tais aquisições.

Quanto ao direito ao crédito, é importante frisar que a não-cumulatividade, configurada no microssistema brasileiro de ICMS, é do tipo “crédito-físico”, o que supõe que o creditamento admitido limita-se àqueles itens que se incorporam diretamente ao custo do produto acabado, inadmitindo aquelloutros decorrentes de uma apropriação mediante rateio.

A integração física ao produto acabado foi, e continua a ser, a pedra de toque a definir a possibilidade de se creditar nas aquisições de mercadorias destinadas a estabelecimentos industriais e extractivos. Nesse sentido, o RICMS/12 definiu, em seu art. 309, inciso I, alínea “b”, o critério para apropriação de créditos, na área industrial, da forma abaixo.

“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;
- ... ”

Como se lê acima, nem todas as aquisições efetuadas por estabelecimentos extractivos dão ensejo ao creditamento do imposto, mas apenas aquelas relacionadas às matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, em conformidade com a dicção do texto regulamentar.

Não basta, por isso, que as mercadorias adquiridas sejam utilizadas no estabelecimento minerador, mas faz-se necessário que estabeleçam uma relação direta com o seu processo extractivo, devendo ser parte integrante dele.

Analizando os elementos dos autos, é possível notar que as mercadorias objeto da presente autuação se encontram relacionadas às folhas 11 a 21 do processo. A descrição dos itens ali contida revela que são “barras, calhas, buchas, chapas, cones, cunhas, lâminas, parafusos, roletes,

rotores, tubos, luvas, mandíbulas, cápsulas, placas, porcas, grampos, hastes, brindes, câmaras, etc". Não se trata de produtos intermediários, já que são itens que não se consomem em um único ciclo de extração, mas perduram por vários.

Trata-se, como se vê, de uma extensa lista de itens identificados como uso/consumo, cujas aquisições não podem ensejar o direito ao crédito.

Embora o Contribuinte asseverar tratar-se de produtos intermediários, não desenvolve uma argumentação especificamente voltada a tal fim, tendo se limitado a asseverar a indispensabilidade/essencialidade dessas mercadorias para o pleno funcionamento do seu processo industrial.

Alega também possuir decisões judiciais transitadas em julgado, em seu favor.

Quanto às ações anulatórias movidas pela Recorrente, o parecer da PGE/PROFIS, da lavra do Dr. José Augusto Martins Júnior, esclarece que o provimento jurisdicional obtido não gerou efeitos no presente PAF.

Quanto à decisão judicial relativa ao Auto de Infração nº 206910.0004/06-5, informa a doura PGE que a sentença transitou em julgado e que possui efeitos anulatórios e declaratórios (prospectivos), reverberando no presente lançamento.

Solicita que seja feito um cotejo entre as mercadorias lá autuadas e aquelas outras objeto do presente lançamento.

Nesse sentido, o exame das mercadorias listadas no Auto de Infração nº 206910.0004/06-5 revela que há uma parcial identidade dos itens, restando coincidentes os itens abaixo listados.

CÓDIGO	DESCRIÇÃO
'7000245'	FIBRA DE ACO PARA CONCRETO PROJETADO STEEL FSD7533
'7000489'	BIT DE BOTOES (1232-5110-05 = 7733-7451-40 = 7733-7851-S45 =
'7000493'	BIT DE BOTOES 7733-0443-40 DIAMETRO DE 43MM 7733-5243-S45
'7000500'	LUVA R-38 COM STOP CENTRAL 350029 BOART (0304-0055-00 = 3039
'7000526'	CORRENTE CONTRAPINADA TRIPLA 40A ANSI 200/3 PASSO 2.1/2"X1.1
'7000528'	ROLETE DE CARGA DE 102X250X278 COM ENCAIXE DE 30MM
'7000530'	ROLETE DE CARGA 4-30724-230 ENCAIXE 30MM. DIMENSOES DE 102 X
'7000531'	ROLETE DE RETORNO DE 600MM. COM ENCAIXE DE 30MM.
'7000550'	BARRA REDONDA LAMINADA EM ACO SAE-1090/1095 = DIN 90MN4
'7000551'	TELA TELCON ACO CA-60 Q-113 10 X 10 CM- FIO Ø 3.8 MM- DIMENS
'7000569'	CHAPA PRETA PERFORADA # 3/8" C/FUROS 1.1/2" - 2.00 X 1.00M
'7000580'	HASTE REDONDA COM 3.05M T-38 (0235-2731-01 = 2038-0731-38)
'7000603'	REVESTIMENTO DA TAMPA PERFIL LISO
'7000604'	REVESTIMENTO DA TAMPA PERFIL LISO
'7000661'	BIT DE BOTOES COM 64MM T-38 7514-7664-40 = 7514-3864-S45. ST
'7000714'	PLACA DE BORRACHA DO CILINDRO PARA MOINHO 5 X 10. COMPRIMENT
'7000718'	CHAPA PRETA PERFORADA ESPESSURA DE 3/8" DE 2X1M. COM FURO 4"
'7000726'	LAMINA PARA PATROL
'7000985'	MANGUEIRA ANTIESTATICA PARA CARREGAMENTO PNEUMATICO. DIAMET
'7001047'	HASTE R38 - H32 - R32 C/4.30MT2032-0443-39 (STEROC)
'7001086'	FIBRA DE ACO PARA CONCRETO PROJETADO DRAMIX RL-45/30
'7001139'	BORDA CORTANTE
'7001140'	BORDA CORTANTE
'7001158'	BORDA CORTANTE
'7001159'	LAMINA
'7001160'	BORDA CORTANTE
'7001161'	BORDA CORTANTE
'7001162'	BORDA CORTANTE
'7001299'	BORDA CORTANTE
'7001511'	ADITIVO SUPERPASTIFICANTE PARA CONCRETO. EM TAMBOR 241 KG. R

Assim, em cumprimento à decisão judicial favorável ao Sujeito Passivo, transitada em julgado, excluo, da presente exigência fiscal, os itens citados, reduzindo, portanto, o valor lançado para o montante de R\$225.185, 97, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS	MÊS	ICMS
-----	------	-----	------

jan/12	R\$ -	jun/14	R\$ 5.080,25
fev/12	R\$ -	ago/14	R\$ 9.252,71
mar/12	R\$ -	set/14	R\$ 4.040,66
abr/12	R\$ -	out/14	R\$ 2.102,66
mai/12	R\$ -	nov/14	R\$ 4.562,51
jun/12	R\$ -	dez/14	R\$ 3.147,27
jul/12	R\$ -	jan/15	R\$ 3.998,26
ago/12	R\$ 4.903,98	fev/15	R\$ 3.377,44
set/12	R\$ 11.333,86	mar/15	R\$ 4.402,75
out/12	R\$ 4.335,16	abr/15	R\$ 6.615,75
nov/12	R\$ 4.394,36	mai/15	R\$ 951,12
dez/12	R\$ 1.862,65	jun/15	R\$ 3.222,24
jan/13	R\$ 7.316,58	jul/15	R\$ 5.334,11
fev/13	R\$ 476,28	ago/15	R\$ 4.272,71
mar/13	R\$ 10.997,35	set/15	R\$ 4.441,94
abr/13	R\$ 1.488,78	out/15	R\$ 5.557,27
mai/13	R\$ 8.812,24	nov/15	R\$ 7.177,58
jun/13	R\$ 2.296,72	dez/15	R\$ 6.151,00
jul/13	R\$ 9.879,07	jan/16	R\$ 4.453,55
ago/13	R\$ 7.531,25	fev/16	R\$ 5.419,72
set/13	R\$ 1.028,39	mar/16	R\$ 5.505,41
out/13	R\$ 1.597,03	abr/16	R\$ 2.312,92
nov/13	R\$ 1.257,07	mai/16	R\$ 1.212,27
dez/13	R\$ 3.964,75	jun/16	R\$ 5.073,12
jan/14	R\$ 4.717,81	jul/16	R\$ 1.589,89
fev/14	R\$ 6.237,24	ago/16	R\$ 5.259,12
mar/14	R\$ 2.992,96	set/16	R\$ 57,78
abr/14	R\$ 6.435,13	out/16	R\$ 75,95
mai/14	R\$ 3.402,54	nov/16	R\$ 198,05
jun/14	R\$ 3.078,76	dez/16	R\$ -
TOTAL		R\$ 225.185,97	

Do exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para reformar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279696.0007/17-2, lavrado contra **CIA DE FERRO LIGAS DA BAHIA - FERBASA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$225.185,97**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS