

A. I. Nº - 233081.0007/17-9
AUTUADO - MINERAÇÃO RIO GRANDE LTDA. - EPP
AUTUANTE - AFONSO HILÁRIO LEITE DE OLIVA
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/04/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0013-04/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Infração 1 reconhecida e subsistente. b) DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO DESTINADAS AO ATIVO FIXO E/OU USO/CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. É devido o ICMS relativo à diferença de alíquotas decorrente das aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo e/ou uso ou consumo. Produtos relacionados não se caracterizam como matérias primas ou produtos intermediários, mas sim como ativo fixo e materiais de uso e consumo. Contribuinte enquadrado na condição de “Normal” à época da ocorrência dos fatos geradores, não era beneficiária da dispensa do pagamento do diferencial de alíquotas (art. 272 do RICMS/BA). Infração 2 subsistente. 2. MULTAS. DECLARAÇÃO INCORRETA DE INFORMAÇÕES ECONOMICO-FISCAIS. DMA. Infração 3 reconhecida e subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 29/09/2017, para exigir crédito tributário no valor histórico principal de R\$81.511,12 (oitenta e um mil, quinhentos e onze reais e doze centavos), em decorrência das seguintes imputações:

Infração 01 – 02.01.01 – Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Fatos geradores ocorridos no mês de janeiro de 2016. Enquadramento legal: art. 2º, I e art. 32 da Lei nº 7.014/96 C/C art. 332, I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 06.05.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Fatos geradores ocorridos nos meses de março, maio, junho, agosto e outubro a dezembro, de 2016. Enquadramento legal: art. 4º, XV da Lei nº 7.014/96 C/C art. 305, §4º, III, “a” do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – 06.05.01 – Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Fatos geradores ocorridos no mês de dezembro de 2016. Enquadramento legal: art. 255, §1º, I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa de R\$140,00, prevista no art. 42, XVIII, “c”, da Lei nº 7.014/96.

O Contribuinte foi notificado do Auto de Infração, presencialmente, em 10/10/2017 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 07/12/2017, peça processual que se encontra anexada ao PAF às fls. 59/92. A impugnação foi formalizada através de petição subscrita por

Advogados legalmente constituídos conforme instrumento de procuração de fls. 73.

Na peça impugnatória, inicia reconhecendo as Infrações 01 e 03. Impugna apenas a Infração 02, replicando o seu enunciado e os dispositivos apontados como infringidos além daquele que estabelece a multa aplicada.

Aponta erro no levantamento fiscal, afirmando que a data de entrada das mercadorias teria sido desconsiderada para a incidência do diferencial de alíquota.

Diz que conforme se verifica nos dispositivos da Infração 02, transcritos anteriormente, o “fato gerador *in concreto*” do chamado diferencial de alíquota é o momento da “entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação” (Art. 4º, XV, Lei nº 7.014/96).

Afirma que o Agente do Fisco deve construir seu levantamento com vistas à apuração do débito de ICMS – diferencial de alíquota, levando em conta a data da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento da Impugnante e não a data de emissão da nota fiscal.

Exemplifica com a Nota Fiscal nº 39770 (anexa), com data de emissão de 01/12/2016, e, conforme consta na cópia do Conhecimento de Transporte (anexo), com previsão para entrega/entrada da mercadoria prevista para o dia 08/12/2016. Que seria impossível a mercadoria sair no dia 01/12/2016 de Guarulhos/SP e chegar à Teixeira de Freitas no mesmo dia (01.12.2016). Que, como se vê, a efetiva data da entrada da mercadoria no estabelecimento da Impugnante tinha previsão para o dia 08/12/2016. Que, não foi assim que procedeu o ilustre autuante, considerando, incorretamente no levantamento fiscal todas as notas fiscais como se a entrada no estabelecimento da Impugnante fosse o mesmo dia da emissão da nota fiscal. E que o Agente do Fisco, ilegalmente adiantou o momento da incidência do imposto, inquinando de nulidade o lançamento em razão de constituir o crédito tributário dos autos fora dos prazos permitidos pela legislação de regência.

Visando demonstrar a suposta incorreção, capturou imagem do levantamento fiscal intitulado “Planilha de Cálculo da Diferença de Alíquotas Não Recolhida – Ativo Imobilizado e/ou Material de Uso e Consumo”:

| PERÍODO | DATA ENTRADA | EMIÇÃO | Ser | Codificad | NumDoc | Chave | UF |
|---------|--------------|------------|-----|-----------|-------------|---------------------|----|
| mar-16 | 03/03/2016 | 03/03/2016 | 1 | 55 | 24875 | '331603297917380001 | RJ |
| mar-16 | 03/03/2016 | 03/03/2016 | 1 | 55 | 24875 | '331603297917380001 | RJ |
| mar-16 | 03/03/2016 | 03/03/2016 | 1 | 55 | 24875 | '331603297917380001 | RJ |
| mar-16 | 03/03/2016 | 03/03/2016 | 1 | 55 | 24875 | '331603297917380001 | RJ |
| | | | | | 24875 Total | | |
| mar-16 | 11/03/2016 | 11/03/2016 | 1 | 55 | 53468 | '321603007414910001 | ES |
| mar-16 | 11/03/2016 | 11/03/2016 | 1 | 55 | 53468 | '321603007414910001 | ES |
| | | | | | 53468 Total | | |
| mai-16 | 01/05/2016 | 29/04/2016 | 1 | 55 | 25650 | '331604297917380001 | RJ |
| mai-16 | 01/05/2016 | 29/04/2016 | 1 | 55 | 25650 | '331604297917380001 | RJ |
| mai-16 | 01/05/2016 | 29/04/2016 | 1 | 55 | 25650 | '331604297917380001 | RJ |
| mai-16 | 01/05/2016 | 29/04/2016 | 1 | 55 | 25650 | '331604297917380001 | RJ |
| | | | | | 25650 Total | | |

Sobre a cobrança do diferencial de alíquotas argumenta que esta é incorreta pois ocorreu sobre insumos industriais.

Diz que o levantamento fiscal indica notas fiscais que não acobertam a aquisição de mercadorias de uso e consumo ou mesmo de bens de ativo fixo, mas de mercadorias utilizadas no desempenho da atividade-fim da Impugnante, as quais são consideradas insumos industriais. Que adquire diversos insumos (material secundário e intermediário) que são utilizados ou consumidos na própria atividade industrial, sem a natureza jurídica das “mercadorias de uso e consumo e ativo fixo”. Que

as mercadorias de uso e consumo e ativo fixo são aquelas adquiridas pela Impugnante na qualidade de consumidora final, não destinadas à sua atividade-fim, encerrando definitivamente as etapas da circulação física, econômica ou jurídica da mercadoria ou bem. E que os insumos industriais, utilizados na atividade-fim da empresa, integram o processo industrial, devendo, portanto, sua aquisição ser escriturada nos livros fiscais, com direito a crédito de imposto, as quais são tributadas na saída do produto resultante do processo industrial. Faz remissão ao art. 20, §1º da LC 87/96.

Cita e reproduz legislação de Minas Gerais (IN DLT/SRE n.º 01/98), que conceitua para fins de vedação ao crédito de ICMS os bens e serviços alheios à atividade do estabelecimento. Que tal legislação considera como insumos os produtos empregados na atividade fim do estabelecimento, os quais dão direito ao crédito de ICMS, não recaindo sobre eles a cobrança do ICMS-diferencial de alíquotas. E que considerando ainda, que o ICMS é um imposto nacional, pode-se utilizar como parâmetro, a legislação do Estado de Minas Gerais com o objetivo de avaliar o levantamento fiscal, precisamente para conferir se os produtos sobre os quais se exige o diferencial são de “uso e consumo e ativo fixo” ou, na verdade, são insumos destinados à atividade fim da Impugnante, evidenciando a incorreção do levantamento fiscal.

Nesse diapasão, elenca, exemplificativamente, produtos constantes do levantamento fiscal como de “uso e consumo” que entende ser, “insumos industriais” ou “produtos intermediários de consumo integral”, porque se desgastam com o tempo e são essenciais ao processo produtivo de brita. A saber:

1. Os produtos Haste RED M/M 3050MM T38 x T38; LUVA ADAP. 56,0 MM ROSCA T38 XT38, T45 x T45; COROA DE BOTÃO 3 – T38; T45; PUNHO PW 06 ASAS ROSCA T38, T45 conforme Notas Fiscais nos 24875; 25650, 27487, inclusive a Nota Fiscal nº 26601, respectivamente de 03/03/2016; 29/04/2016; 29.09.2016; 14/07/2016, emitida (s) por Indelbrom do Brasil Ind. Elet. Brocas P/ MIN S/A., são usadas nas máquinas de perfuração (PERFURATRIZ), as quais são essenciais na perfuração da rocha/pedreira na produção de brita.
2. A chapa A/C ASTM 1045 3/16 x 1200x6000, assim como o perfil “U” Lam., conforme Notas Fiscais nos 53468 e 55004, respectivamente de 11.03.2016 e 24.05.2016, emitidas por Vimetal Comercial Ltda., são para tampar os buracos/orifícios originados do contato permanente com pedra/brita diretamente no britador. Britador este que é essencial e imprescindível na produção de brita
3. A MÁQUINA PERFURATRIZ HIDRÁULICA, acobertada pela Nota Fiscal n.º 29193, de 29.04.2016, emitida por Wolf Equipamentos de Perfuração Ltda., sem esta máquina não há como perfurar a rocha/pedreira para produzir brita, portanto, sem dúvida é essencial e imprescindível esse insumo para a atividade fim da Impugnante.
4. As mercadorias WA-4042 partes perfuratriza bucha; WA4043 Mandril; WA 4073 partes perfuratriza bucha; WA – 4075 partes perfuratriz valv; e WA-4053 Diafragma (junta); Mandíbula Fixa; Mandíbula Móvel, WA-4059 partes perfuratriz bucha; WA 4064 partes perfuratriz adapt; WA 4050 cabeçote; WA 4054 partes perfuratriz bucha; WA 1517, W731, WA 5009, WA 6321, WA 4079- Oring; WA - 4041, 4058 e 4044 – partes perfuratriz bucha; WK 3350 anel, WA 4362 Tirante; WA 4046 Caixa, WK 333c00 Anel; WK 334 anel; respectivamente acobertadas pelas Notas Fiscais nos 30487; 39149 e 30863, de 13.09.2016, 29.09.2016 e 24.10.2016, são insumos para ser utilizados nas máquinas PERFURATRIZ, sendo que estas máquinas são essenciais e imprescindíveis para a atividade fim da Impugnante.
5. Manto; Revestimento Extra Grosso, respectivamente acobertadas pelas Notas Fiscais nº 39.770, de 01.12.2016, são insumos destinados para repor o desgaste do britador na produção de britas, britador esse essencial e imprescindível para atividade fim da Impugnante.
6. Peneira de Aço SAE 1065m 25 mm FIO 9MM 10, acobertada pela Nota Fiscal nº 6355, de 02.12.2016, é um insumo que compõe o britador, que é destinado para peneirar/selecionar o material britado, ou seja, a brita.

Disserta sobre os conceitos de BEM DE USO E CONSUMO e INSUMO.

Afirma que os produtos acobertados pelas Notas Fiscais nºs 24875; 25650; 27487; 26601; 53468; 55004; 29193; 30487; 39149; 30863; 22.821 e 39.770, 6355 sejam máquinas, equipamentos ou peças para usar nas máquinas de produção de brita que é à atividade principal da Impugnante devem ser considerados insumos e, em razão disso, devem ser excluídas do levantamento que deu motivação à lavratura do Auto de Infração ora impugnado.

Colaciona julgados do STJ que versam sobre a matéria, registrando que insumo é o produto efetivamente aplicado e consumido na atividade-fim da empresa, ainda que não integre o produto final, e que esse caso é idêntico ao da Impugnante.

Ademais diz que a Impugnante é uma empresa registrada e enquadrada como empresa de pequeno porte. Que o art. 272 do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012), que reproduz, dispensa, o lançamento e o pagamento do diferencial de alíquotas nas aquisições de bens do ativo permanente destinadas a microempresas e empresas de pequeno porte. E que, se na pior das hipóteses, as mercadorias acobertadas pelas Notas Fiscais nos 24875; 25650; 27487; 26601; 53468; 55004; 29193; 30487; 39149; 30863; 22.821 e 39.770, não forem consideradas como insumos, e, forem considerados bens do ativo permanente, ainda assim, não há que se falar em recolhimento e pagamento relativo ao ICMS, posto que, a Impugnante é uma empresa enquadrada como de pequeno porte, e como tal, é dispensada do lançamento e pagamento de diferença de ICMS nas aquisições do ativo permanente, conforme prevê o dispositivo regulamentar mencionado linhas acima.

Por fim, requer:

- a) A insubsistência do Auto de Infração em vista da nulidade apontada.
- b) Se ultrapassada a nulidade, que no mérito seja julgada improcedente a INFRAÇÃO 02, em vista dos produtos acobertados pelas Notas Fiscais nos 24875; 25650; 27487; 26601; 53468; 55004; 29193; 30487; 39149; 30863; 22.821 e 39.770, serem considerados como insumos.
- c) Que também no mérito, seja levado em consideração o enquadramento da Impugnante como empresa de pequeno porte e seja julgada improcedente a referida Infração 02.

Reafirma, finalmente, que a impugnação do auto de infração, sobretudo da INFRAÇÃO 02, se dá porque os valores ali descritos não representam a verdade dos fatos, e ainda, porque tais mercadorias não são de uso e consumo.

Em informação fiscal acostada aos autos às fls. 170 a 173, Auditor Fiscal estranho ao feito argumenta que a base de cálculo para fins de pagamento da diferença de alíquota na aquisição de material de uso e consumo de outro Estado é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, acrescido do valor do IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrarem a base de cálculo, conforme art. 17, XI da Lei nº 7.014/96. E que assim foi feito.

Em relação ao dispositivo legal que diz não ser devido o pagamento da diferença de alíquota nas aquisições de bens do ativo permanente para as empresas de pequeno porte, devidamente inscritas como tais no cadastro estadual, explica que estas são dispensadas do lançamento e o pagamento relativo à diferença de alíquota, conforme o art. 272, I, “a”, “2” do RICMS (Decreto nº 13.780/12). Que a autuada esteve inscrita no cadastro estadual como PP de 10/02/2012 à 16/07/2015. Que, a partir de 17/07/2015 esta passou à condição de Normal. E que, desta forma, não assiste razão a defesa do contribuinte.

Sobre o argumento defensivo de que no levantamento fiscal houve apropriação de notas fiscais que não acobertam a aquisição de mercadorias de uso e consumo ou mesmo de bens de ativo fixo, mas de mercadorias utilizadas no desempenho da atividade-fim da Impugnante, as quais são consideradas insumos industriais, contra argumenta dizendo que o Ativo Imobilizado é formado pelo conjunto de bens necessários à manutenção das atividades da empresa, caracterizados por apresentar-se na forma tangível. Que no Imobilizado são classificados os bens e direitos de natureza permanente que serão utilizados para a manutenção das atividades normais da empresa, servindo a sua estrutura.

Disserta sobre a diferença entre insumo e matéria-prima. Coloca que matérias primas são os materiais que formam um produto, integrando-o. Exemplifica citando o processo de fabricação de um copo de vidro.

Afirma que, mediante os conceitos acima, apontados pelas Normas Brasileiras de Contabilidade, entende que toda peça que compõe um Ativo e manterá o seu funcionamento é por isso mesmo Ativo, pois se junta ao Bem de Natureza Permanente. E que assim sendo não assiste razão a autuada.

No que tange ao argumento de que o Agente do Fisco deve construir seu levantamento com vistas à apuração do débito de ICMS – diferencial de alíquota, levando em conta a data da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento da Impugnante e não a data de emissão da nota fiscal, rebate citando e reproduzindo o art. 332, I, “a”, do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12), o qual estabelece que o recolhimento do ICMS será feito até o dia 9 do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores, tratando-se de contribuintes sujeitos ao regime de conta corrente fiscal de apuração do imposto. E que, neste caso, observando-se as datas, estas se tornam irrelevantes, se forem alteradas.

Registra ainda que os créditos tributários referentes à Infração 01, no valor de R\$14.847,71, e à Infração 03, no valor de R\$140,00, foram parcelados conforme processo SIPRO nº 3064/017-5, Parcelamento nº 1190717-7, restando o pagamento de R\$66.523,41.

Por fim, requer que sejam mantidos os valores apontados no Auto de Infração.

Em pauta suplementar, sessão de 28/01/2019, a 6ª JF, destacando que no tocante à Infração 02 que remanesce em discussão, observou-se que não há nos autos informações detalhadas sobre a utilização dos produtos objeto da autuação de forma a ficar clara a participação de cada um deles no processo produtivo da empresa (participação operacional), decidiu converter o PAF em diligência à INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS (fls. 178/179), para que:

1. O autuante ou auditor estranho ao feito, apresente planilha detalhada por produto, objeto da autuação, informando, em relação a cada um deles: (i) se participam do processo produtivo da empresa; (ii) se, e como interação com o produto final; e (iii) qual a função de cada um deles no processo produtivo do contribuinte.
2. Na dicção do art. 137, parágrafo único c/c art. 18, §1º, todos do RPAF/BA, o sujeito passivo seja cientificado, mediante intimação, com recibo específico que deverá ser anexado aos autos, acerca da planilha a que se refere o item “1”, devendo ser aberto o prazo de dez (10) dias para o mesmo se manifestar, querendo.

Que, após a execução das providências acima solicitadas, na hipótese da apresentação de nova manifestação defensiva pelo autuado, encaminhar o PAF ao autuante para a produção de nova Informação Fiscal, explicitando com clareza e precisão e de forma circunstanciada, o porquê do acatamento ou não das razões porventura apresentadas pelo impugnante, anexando, se for o caso, novos demonstrativos para o débito exigido. E que, cumprida a diligência nos termos acima consignados, o PAF deverá ser devolvido ao CONSEF, visando o devido julgamento.

Em atendimento ao solicitado na diligência mencionada parágrafos acima, auditor fiscal estranho ao feito produziu nova informação fiscal (fls. 182 a 189), apresentando inicialmente conceitos de insumo, material de uso ou consumo e ativo imobilizado.

Na sequência, esclarece que as mercadorias objeto de análise estão descritas no anexo 01 (fls. 186/187) por ordem cronológica e no anexo 02 (fls. 188/189) por descrição das NCM. E que esse procedimento foi adotado na medida em que as mercadorias constantes das notas fiscais em estudo são passíveis de serem subdivididas em três grupos, englobando todos os produtos objetos da autuação, facilitando a análise. A saber:

- 1) Nota Fiscal 22.821. Asfalto diluído de petróleo, mercadoria cujo único fim possível é o asfaltamento, exceto se a empresa fosse do ramo de refino de petróleo, nesse caso ainda poderíamos conceber a utilização do processo de fracionamento ou craqueamento para a

produção de algum tipo de combustível pesado, não é o caso. Trata-se de asfalto cuja única destinação possível é asfaltamento,

- 2) Nota Fiscal 29.193. Perfuratriz hidráulica, com base de cálculo de R\$400.000,00 (quatrocentos mil reais). Não há dúvida que se trata de bem destinado ao Ativo imobilizado e, portanto, sujeito ao diferencial de alíquotas imposto pelo Autuante, e,
- 3) Demais notas fiscais. Trata-se de partes e peças destinadas a equipamentos para a exploração da atividade principal do contribuinte, a mineração. As chapas laminadas e perfis em “U” servem para manutenção ou para a construção de algum utensílio útil no processo produtivo. Podem ser utilizadas até mesmo para construir uma bancada ou mesa de escritório, mas com certeza não fazem parte do produto final da empresa (pedra britada).

Registra que o contribuinte não está errado ao considerar que as mercadorias serão utilizadas no desempenho da atividade-fim da empresa e, portanto, são consideradas como insumos industriais. Que elas realmente são insumos, assim como são também o numerário (dinheiro) empregado e a mão de obra dos seus funcionários. Que, por definição de destinação são uma categoria específica de insumos. Que são bens do ativo permanente (asfaltamento, perfuratriz hidráulica e outras partes e peças que por sua natureza devam durar mais de um exercício) ou de uso e consumo (partes e peças que serão consumidas em períodos de tempo reduzidos). E que, de qualquer forma as mercadorias objeto da análise ou integrarão o ativo imobilizado ou serão destinadas a uso/consumo da empresa e, portanto, sujeitas ao diferencial de alíquotas imposto pela legislação do ICMS.

Conclui dizendo que concorda integralmente com o autuante. Que não vislumbra qualquer possibilidade de entendimento contrário ao constante no Auto de Infração. E que opina pela manutenção integral do Lançamento de Ofício.

Cientificado do resultado da diligência consubstanciada nesta nova informação fiscal, conforme documento de fls. 193, o autuado não se manifestou.

VOTO

O Auto de Infração em lide, totalizou o valor histórico principal de R\$81.511,12 (oitenta e um mil, quinhentos e onze reais e doze centavos), e é composto de 03 (três) Infrações, detalhadamente expostas no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Preliminarmente, registro que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

(...)”

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário:

“CTN - LEI Nº 5.172/1966

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)"

Destaco ainda, que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato:

"RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

(...)"

No caso concreto, o contribuinte suscita a nulidade do Lançamento de Ofício em relação à Infração 02, alegando que: (i) houve erro no levantamento fiscal, afirmando que a data de entrada das mercadorias teria sido desconsiderada para a incidência do diferencial de alíquota; (ii) o autuante considerou incorretamente no levantamento fiscal todas as notas fiscais como se a entrada no estabelecimento da impugnante fosse o mesmo dia da emissão da nota fiscal; e (iii) o Agente do Fisco, ilegalmente adiantou o momento da incidência do imposto, constituindo o crédito tributário fora dos prazos permitidos pela legislação de regência.

Passo então a apreciar a nulidade suscitada, mediante a argumentação que se segue.

Após verificar a Escrituração Fiscal Digital do contribuinte, referente ao exercício de 2016, constatei que as datas de entrada das mercadorias em apreço no estabelecimento da impugnante, consideradas no levantamento fiscal produzido pelo autuante, são coincidentes com aquelas que se encontram registradas na coluna Data da Entrada dos respectivos Livros Registro de Entrada, obtidos junto ao SPED. Assim, não procedem as alegações defensivas apresentadas pela defendente como motivos capazes de justificar o seu pedido de nulidade. Afasto, portanto, a nulidade suscitada contra a Infração 02.

Na sequência, após análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico que: (i) a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível; (ii) foram determinados, com segurança, a infração e o infrator; (iii) foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; e (iv) não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Portanto, o mesmo está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do Art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, tendo em vista que, em sede de defesa, o sujeito passivo reconheceu o cometimento das Infrações 01 e 03, inclusive iniciando o pagamento das mesmas mediante parcelamento, conforme documentos acostados aos autos, às fls. 96 a 106, consigno meu voto pela procedência das referidas imputações. Subsistentes, portanto, as Infrações 01 e 03.

No que concerne à Infração 02, uma vez ultrapassada a nulidade suscitada, o contribuinte defende sua improcedência, em razão de entender que: (i) os produtos acobertados pelas Notas Fiscais nºs 24875; 25650; 27487; 26601; 53468; 55004; 29193; 30487; 39149; 30863; 22.821 e 39.770, seriam insumos; e (ii) estaria enquadrado como empresa de pequeno porte, sendo beneficiário da dispensa do pagamento do diferencial de alíquotas nas aquisições de bens do ativo permanente dispensa do a microempresas e empresas de pequeno porte, preconizada pelo art. 272 do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012).

Consultando o Sistema INC da SEFAZ, constato que, à época da ocorrência dos fatos geradores que deram origem ao lançamento referente à Infração 02, a empresa estava enquadrada na condição de "Normal", sendo que sua condição de empresa de Pequeno Porte vigorou durante o período compreendido entre 10/02/2012 e 17/07/2015. Assim, não poderia ser beneficiária da

dispensa do pagamento do diferencial de alíquotas acima referenciado.

Por outro lado, entendo que as informações contidas na informação fiscal (fls. 182 a 189) produzida por auditor fiscal estranho ao feito em atendimento à diligência (fls. 178/179) determinada pela 6ª JJF, diligência esta cujo resultado não foi contestado pela autuada, fornece elementos informativos que nos permitem concluir que os produtos objeto do lançamento referente à Infração 02, desenganadamente, não se constituem nem como matéria prima, nem tampouco como produto intermediário no processo produtivo da impugnante.

Pelo exposto, constata-se que os bens que foram objeto da exigência do ICMS da diferença de alíquota, são aquisições interestaduais de mercadorias que constituem:

1. *“Asfalto diluído de petróleo, mercadoria cujo único fim possível é o asfaltamento (NF nº 22.821).*
2. *Perfuratriz hidráulica. Não há dúvida que se trata de bem destinado ao Ativo imobilizado e, portanto, sujeito ao diferencial de alíquotas imposto pelo Autuante (NF nº 29.193).*
3. *Partes e peças destinadas a equipamentos para a exploração da atividade principal do contribuinte, a mineração. As chapas laminadas e perfis em “U” servem para manutenção ou para a construção de algum utensílio útil no processo produtivo. Podem ser utilizadas até mesmo para construir uma bancada ou mesa de escritório, mas com certeza não fazem parte do produto final da empresa, qual seja, pedra britada (demais notas fiscais).”.*

Nas três situações, fica claro que aquelas mercadorias não se caracterizam como matérias primas ou produtos intermediários, sendo, portanto, cabível a exigência do ICMS da diferença de alíquotas, consoante o disposto no art. 4º, XV da Lei 7.014/96, C/C art. 305, §4º III, “a” do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012). Subsistente também a Infração 02:

“LEI 7.014/96

(...)

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

(...)

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

(...)”

“RICMS/BA - Decreto nº 13.780/2012

(...)

Art. 305. No regime de conta-corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal.

(...)

§ 4º Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher:

(...)

III - o valor correspondente à diferença de alíquotas:

a) nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente;

(...)”

Ressalto, por último, que as decisões judiciais reproduzidas na peça defensiva, não alteram os entendimentos acima expostos, visto que aquelas não são vinculantes para o Estado da Bahia, além do fato do Erário Estadual não ter figurado como parte nas ações que resultaram nos Acórdãos mencionados pela impugnante.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 233081.0007/17-9**, lavrado contra **MINERAÇÃO RIO GRANDE LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$81.371,12**, acrescido da multa de 60%, prevista pelo art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação de natureza acessória no valor de **R\$140,00**, prevista no inciso XVIII, alínea “c” do mesmo dispositivo legal citado, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de fevereiro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ANTÔNIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA