

A. I. Nº - 207090.0015/12-0
AUTUADO - IPC DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTES - EDMUNDO NEVES DA SILVA e MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - DAT METRO / INFRAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 03.03.2022

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0006-01/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL. **a.1)** RETEVE E RECOLHEU A MENOS O IMPOSTO. Autuado elide parcialmente a autuação, ao comprovar descaber a exigência fiscal atinente à empresa optante pelo Simples Nacional. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração 1 parcialmente subsistente. **a.2)** RETEVE E NÃO RECOLHEU O IMPOSTO RETIDO. Alegação defensiva de que efetuara o recolhimento devido do ICMS no posto fiscal foi refutada pelos autuantes, sob o fundamento de que os elementos aduzidos pelo impugnante não comprovam o recolhimento alegado. No caso, não foi possível identificar ou estabelecer uma relação entre os valores recolhidos e o valor exigido na autuação. Infração 5 subsistente. **b)** CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTADOR AUTÔNOMO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Alegação defensiva de que efetuara o recolhimento devido do ICMS no posto fiscal foi refutada pelos autuantes, sob o fundamento de que os elementos aduzidos pelo impugnante não comprovam o recolhimento alegado. No caso, não foi possível identificar ou estabelecer uma relação entre os valores recolhidos e o valor exigido na autuação. Infração 4 subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Alegação do autuado de que emitira equivocadamente notas fiscais de saídas contendo quantidade em toneladas superior à efetivamente existente, e posteriormente emitiu notas fiscais para correção dos referidos equívocos, acatadas acertadamente pelos autuantes. Reduzido o valor do débito. Infração 2 parcialmente subsistente. 3. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Não há elementos nos autos que determinem com segurança o cometimento imputado ao sujeito passivo. Incerteza quanto a ser ou não devido o imposto, haja vista a natureza dos bens e materiais objeto da ação fiscal, e sua possível destinação a uso. Infrações 6 e 7 nulas. 4. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. Não se aplica o benefício fiscal no caso de operação que não preencha os requisitos previstos ou que dê ao produto destinação diversa da prevista como condição para gozo do benefício. Infração subsistente. 5. BENEFÍCIOS FISCAIS. PROGRAMA DESENVOLVE.

PARCELAS NÃO SUJEITAS À DILAÇÃO DO PRAZO PARA RECOLHIMENTO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/12/2012, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$280.765,16, em decorrência das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$14.023,03, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente na descrição da conduta infracional imputada ao autuado que:

- a) IE -47.749.414 – *inscrita como Normal, sem opção de apuração pela Receita Bruta, portanto sujeita a alíquota de ICMS de 17%;*
- b) IE- 35.727.457 – *inscrita como Normal, optante do sistema de apuração pela Receita Bruta, portanto sujeita a alíquota de ICMS de 5%;*
- c) IE-04.574.325 – *inscrita como Normal, optante do sistema apuração pela Receita Bruta, portanto sujeita a alíquota de ICMS de 5%;*
- d) IE- 54.058.459 – *Entre 01/01/07 e 30/06/07 inscrita como Microempresa. A partir de 01/07/07 não optante do Simples Nacional, por força do art. 387 do Dec. 6284/97, sujeita-se a alíquota de ICMS de 17%.*

2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de maio a julho de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$6.744,30, acrescido da multa de 60%;

3. Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a março, maio, julho a setembro e novembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$9.412,60, acrescido da multa de 60%;

4. Deixou de proceder a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, no mês de março de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$450,00, acrescido da multa de 60%;

5. Deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, no mês de janeiro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$263,69, acrescido da multa de 150%;

6. Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$142.906,54, acrescido da multa de 60%;

7. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a março, maio, julho, agosto, outubro e dezembro de 2007, fevereiro, abril, junho, julho, setembro a novembro de 2008, fevereiro, maio a setembro, novembro e dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$88.615,52, acrescido da multa de 60%;

8. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de março a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.179,84, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente na descrição da conduta infracional imputada ao autuado que:

Exercício de 2010 – Contribuinte efetuou aquisições interestaduais da Volkswagen, classificando-as indevidamente como aquisições de ativo, através das NF 315251, 315253 e 315792. Infringiu os art. 97, IV,

c, § 2º, II e 93, Parágrafo 11, 1.3 e 2.1 do Dec. 6284/97. A seguir, utilizou o crédito destas Notas Fiscais, parceladamente, através do LRAICMS n. 72, 73, 74 e 75, folhas assinaladas no Levantamento Fiscal - Utilização Indevida de Crédito Fiscal no LRAICMS, parte integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte.

Ainda em anexo, xerox dos LRAICMS referentes a 2010.

9. Recolhimento a menos do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento de ICMS – relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento, nos meses de maio, setembro e outubro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$17.169, 64, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente na descrição da conduta infracional imputada ao autuado que:

Exercício de 2010 – O contribuinte, beneficiário do Desenvolve (Lei 7.980/01, Dec. 8.205/02, 8.413/02 e 8.435/03 - Instrução Normativa 27/2009, Parecer Getri n. 15.307/10 e 8.873/10) desde setembro / 2006, através da Resolução 47/2006 e depois Resolução 135/2009 para a produção de cloreto de cálcio, bicarbonato de amônia, bicarbonato de sódio, cloreto de magnésio, ácido clorídrico, acetato de sódio, glicois, ácido acético, sulfato de sódio, cloreto de alumínio e cloreto de amônio.

Entretanto, utilizou-se deste Benefício sobre produtos cuja entrada / saída (venda / transferência) não é passível da sua utilização, conforme a supra citada Resolução, quais sejam:

- a) operações de Saídas de Resíduos / Sucatas;*
- b) operações relativas a diferencial de alíquota, conforme lançado em seu LRAICMS referente a 2010;*
- c) Doações e outras operações de saídas e devoluções, débitos fiscais não vinculados aos projetos aprovados;*

Assim, refazendo-se a Apuração do ICMS do contribuinte, segregando-se as operações tanto de Entradas quanto de Saídas, não vinculadas ao projeto aprovado, assim como, apurando-se o ICMS devido nas operações vinculadas ao projeto aprovado e abatendo-se o valor do ICMS recolhido (código de receita 0806 - conforme extrato da arrecadação em anexo) constata-se o recolhimento a menor do ICMS - fatos geradores de maio, setembro e outubro / 2010.

Tudo passível de verificação, conforme demonstrado nos Levantamentos Fiscais abaixo relacionados, partes integrantes deste Auto e entregues em cópia ao contribuinte:

- 1) Levantamento Fiscal – Apuração do ICMS - 2010, elaborado conforme determina a Instrução Normativa 27/2009 ;*
- 2) Levantamento Fiscal – Créditos Fiscais não vinculados ao Projeto Aprovado, acompanhado das xerox das Notas Fiscais, neste Levantamento elencadas.*
- 3) Levantamento Fiscal - Débitos Fiscais não vinculados ao Projeto Aprovado, acompanhado das xerox das Notas Fiscais, neste Levantamento elencadas.*
- 4) Demonstrativo da Atualização da Parcela Fixa.*

Ainda em anexo, extrato da arrecadação, 2007, 2008, 2009, 2010 e 2011, cópia do LRAICMS referentes a 2007, 2008, 2009 e 2010.

Também acostado, cópia do Acórdão JJF 0013-04/11, da 4ª. Junta de Julgamento Fiscal.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls.1.655 a 1.716 - vol. V). De início, requer que todas as notificações e intimações expedidas ou veiculadas por meio de publicação em Diário Oficial, sejam também expedidas em nome do advogado Carlos Roberto Siqueira Castro, inscrito na OAB/BA, nº. 17.769, com endereço profissional indicado no cabeçalho da petição, independentemente da atuação de outros advogados no feito, sob pena de nulidade. Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva, discorre, em síntese, sobre os fatos que ensejaram a autuação e apresenta um histórico sobre a conduta da empresa ao longo dos anos.

Conclusivamente, sustenta que não há que se falar em ocorrência das infrações imputadas no presente Auto de Infração, devendo ser julgado totalmente improcedente.

No mérito, relativamente à infração 1, consigna que está sendo autuado por suposta retenção e recolhimento a menos do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, ocorridas no período de 01/2010 a 12/2010. Reproduz a descrição da infração e os dispositivos do RICMS/BA/97, vigente à época dos fatos.

Alega que das quatro empresas de transporte interestadual/intermunicipal mencionadas na

descrição desta infração, apenas duas são alvo efetivo deste Auto de Infração, consoante demonstra o próprio levantamento fiscal a respeito do transporte de empregados apurado, quais sejam, FIUZA CAR (IE 54.058.459) e ATMO TRANSPORTES (IE 47.749.414).

Afirma que a que a empresa FIUZA CAR, inscrita no cadastro de contribuintes sob o nº. 54.058.459, desde o início da prestação de serviços à IPC, declarou ser Microempresa enquadrada no regime de apuração do Simples Estadual, estando cadastrada no Simples Nacional desde 01/07/2007 data que coincide com o início da contratação, conforme apontam as Notas Fiscais 13, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 24, 25, 26, 28, todas geradas a partir do mês de janeiro até dezembro de 2010.

Assevera que desse modo, todas as notas fiscais de prestação de serviços apresentadas pela FIUZA CAR estão em conformidade com o artigo 388, 391 e 392 do Decreto nº. 6284/97 [RICMS/97], no que tange ao cumprimento das obrigações acessórias.

Diz que faz prova dessa circunstância o próprio cadastro SINTEGRA [DOC. 03] e o relatório de consulta de optante do Simples Nacional da Receita Federal [DOC. 03]. Acrescenta que assim sendo, na condição de tomadora de serviço, encontrava-se desobrigada de efetuar a retenção do ICMS da contratada, conforme preceitua o artigo 382, inciso III, alínea c, do Decreto 6284/97 [RICMS/BA/97]. Reproduz referido dispositivo regulamentar.

Sustenta que as provas colacionadas não deixam dúvida de que o autuante incorreu em lamentável engano, ao aduzir que, a respeito da empresa FIUZA CAR, “entre 01/01/07 e 30/06/07 inscrita como Microempresa. A partir de 01/07/2007, não optante do Simples Nacional, por força do art. 387 do Decreto nº 6284/97, sujeita-se a alíquota de ICMS de 17%”, haja vista que foi justamente o contrário, pois a partir de 01/07/2007 que ela fez a opção por este regime especial, não tendo sido jamais dele excluída. Diz que assim sendo, não há que se falar em retenção e recolhimento a menos do ICMS, pois a regra do artigo 387 do RICMS/BA/97, é totalmente inaplicável. Reproduz o aduzido art. 387.

No tocante à empresa ATMO TRANSPORTES LTDA, com Inscrição Estadual nº. 47.749.414, afirma que as notas fiscais de prestação de serviços apresentadas estão escrituradas corretamente, haja vista que apesar da apuração pelo regime normal, a responsabilidade de retenção e recolhimento do ICMS foi feita com base no que dispõe o art. 380, II, do Regulamento do ICMS então vigente, sendo que à época era perfeitamente cabível ao prestador do serviço *OPTAR PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA*, nos termos do artigo 505-A, inciso V do Decreto 6.284/97 [RICMS/BA/97], cuja redação reproduz.

Observa que as empresas TURIM TRANSPORTES (IE 04.574.325) e SANTANA E SÃO PAULO LTDA (IE 35.727.457), ambas fiscalizadas, mas que não ensejaram lançamento de diferença no recolhimento do ICMS foram escrituradas de forma idêntica a utilizada também pela empresa ATMO [DOC. 03], o que leva a crer que as três empresas de transporte têm sua apuração com base na receita bruta e alíquota de 5%.

Indaga sob que fundamento o autuante apenas lançou a suposta diferença de recolhimento do ICMS com base nas Notas Fiscais da empresa ATMO se as Notas Fiscais das empresas TURIM TRANSPORTES e SANTANA E SÃO PAULO LTDA têm as mesmas bases.

Alega que o mesmo critério adotado para as empresas que não deram azo ao presente lançamento deve ser estendido ao caso da ATMO. Diz que é válido saber que estas três empresas atendem a IPC nas mesmas condições e diretrizes contratuais. Afirma que o comportamento adverso a esta noção de equidade viola o princípio da segurança jurídica.

Destaca que a apuração com base na receita bruta não é uma prerrogativa das empresas optantes pelo Simples Nacional, tanto é assim que o RICMS/BA/97 no seu art. 505-A, V, conferiu tal possibilidade. Assevera que desse modo, as empresas que figuram como substitutas tributárias, como é o seu caso, não tem condição de acompanhar o modo como se faz isto em cada pessoa jurídica que lhe presta serviço.

Salienta que se tratando de medida regular, escriturada corretamente, à vista que já foi considerada válida para as empresas não lançadas, a operação de transporte praticada pela ATMO TRANSPORTES LTDA está sujeita à retenção do ICMS pela alíquota de 5%, tal qual se fez no caso concreto, não havendo meios aptos a sustentar a cobrança por recolhimento insuficiente.

Friza que pelo exposto, percebe-se que a infração 1 é absolutamente improcedente, seja porque a empresa FIUZA CAR figura na condição de optante pelo Simples Nacional desde julho de 2007, quando passou a prestar os serviços a IPC, justificando-se a alíquota de 5%, bem como pelo fato da empresa ATMO TRANSPORTES LTDA, apesar da apuração do imposto pelo regime normal, dispor da prerrogativa legal de optar pelo regime de apuração em função da receita bruta, que prevê a alíquota de 5%.

Conclusivamente, pugna pela improcedência da infração 1 e o consequente afastamento da multa imposta.

Quanto à infração 2, afirma que é totalmente improcedente. Alega que uma simples leitura das notas fiscais fiscalizadas permite observar-se que não se trata de mercadorias que tenha adquirido, quiçá para uso e consumo.

Diz que em 2010 desincorporou do ativo permanente dois galpões das unidades de cloreto de cálcio cristalizado e bicarbonato de sódio, com o objetivo de reformar as referidas unidades, em face ao desgaste natural das instalações em contato direto como produtos químicos, altamente corrosivos. Acrescenta que após os processos de demolição dos galpões houve a necessidade de retirar da área industrial o entulho gerado que não pode ser vendido ou cedido a qualquer empresa de construção, em face às propriedades corrosivas e químicas do material em contato direto com produtos químicos. Ou seja, referido material não tem nenhum valor comercial e o seu descarte se mostra indispesável, principalmente em função do risco ao meio ambiente.

Friza que preocupado com as questões ambientais, cedeu o referido entulho à empresa de engenharia CANTÍDIO PEREIRA ROCHA & CIA. LTDA., CNPJ Nº 04.058.697/0001-02, para ser utilizado como entulho na construção civil, em valor meramente simbólico apenas para oportunizar a escrituração da movimentação física do “bota-fora da demolição”.

Alega que ocorreu que houve erro na emissão das notas fiscais de remessa dos entulhos, no caso Nota Fiscal nº. 25895 de 22/03/2010, conforme documento anexado, que foi emitida com a quantidade errada, ou seja, 19.570 toneladas, em vez de 19 toneladas e fração, representando o valor de R\$19.570,00 com destaque do ICMS R\$3.326,90.

Explica que para correção do erro emitiu a Nota Fiscal de entrada nº. 0421 em 19/05/2010, para estorno do débito indevido e, em seguida, emitiu a Nota Fiscal nº. 0422 no valor de R\$19,57.

Salienta que o mesmo erro ocorreu com a Nota Fiscal nº. 25896 de 22/03/2010, pois foi emitida com a quantidade errada de 20.020 toneladas em vez de 20 toneladas e fração, representando o valor de R\$20.020,00, com destaque do ICMS de R\$3.403,40. Diz que para correção do erro emitiu a Nota Fiscal de entrada nº. 0806 em 30/06/2010 para estorno do débito indevido e, em seguida, emitiu a Nota Fiscal nº. 0813 no valor de R\$20,02.

Assevera que que o erro material na emissão das notas fiscais é latente, haja vista que não se mostra crível que a demolição de dois galpões fosse capaz de gerar mais de 40 mil toneladas de entulho (doc.04).

Observa que a empresa CANTÍDIO PEREIRA ROCHA & CIA. LTDA. é desobrigada de emitir documentos fiscais estadual, razão pela qual ao detectar o erro, emitiu apenas as notas fiscais de entrada, com fundamento no art. 229, I, do RICMS/BA/97.

Conclusivamente, afirma que desse modo, a infração 2 é improcedente.

No respeitante à infração 3, consigna que lhe é imputada a utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo do ICMS, disposta no art. 79 do Decreto nº 6.284/97 [RICMS/BA/97],

contudo, sustenta que agiu em perfeita consonância legal, dentro dos ditames do Regulamento do ICMS supracitado.

Salienta que de acordo com a infração 3 a empresa efetuou a venda de produtos indicados no art. 20, VI, “b”, e XI, “c”, do Regulamento do ICMS mencionado, a saber:

Art. 20 - De 24/06/92 até 30/09/97 e de 06/11/97 até 30/04/05, são isentas do ICMS as operações internas com insumos agropecuários (Convs. ICMS 100/97, 05/99, 10/01, 58/01 e 21/02):

(...)

VI - nas saídas dos seguintes produtos, quando destinados à alimentação animal ou ao emprego na fabricação de ração animal:

(...)

b) sal mineralizado;

(...)

XI - nas saídas dos seguintes produtos:

(...)

c) amônia, uréia, sulfato de amônio, nitrato de amônio, nitrocálcio, MAP (mono-amônio fostato), DAP (diamônio fosfato), cloreto de potássio, adubos simples ou compostos, fertilizantes e DL metionina e seus análogos, quando produzidos para uso na agricultura e na pecuária, vedada a aplicação do benefício quando dada ao produto destinação diversa.

Diz que é imputado a empresa ter utilizado, indevidamente, da redução da base de cálculo do ICMS nas respectivas vendas, o que lhe é assegurado pelo art. 79 do Decreto nº 6.284/97 [RICMS/BA/97], conforme reproduz abaixo:

Art. 79 - É reduzida a base de cálculo das operações com insumos agropecuários:

I - nas saídas interestaduais dos produtos a seguir indicados, enquanto perdurar o benefício ali previsto, desde que atendidas as condições estabelecidas no referido artigo, calculando-se a redução em 60% (Conv. ICMS 100/97):

a) a partir de 06/11/97, os relacionados nos incisos I a X do art. 20;

b) a partir de 14/10/02, o relacionado no inciso XII do art. 20;

c) a partir de 01/05/03, o relacionado no inciso XIII do art. 20;

II - nas saídas interestaduais dos produtos relacionados no inciso XI do art. 20, a partir de 06/11/97, enquanto perdurar o benefício ali previsto, desde que atendidas as condições estabelecidas no referido artigo, calculando-se a redução em 30% (Conv. ICMS 100/97).

Sustenta que é irrefutável a legalidade da utilização do benefício de redução da base de cálculo para o caso em concreto.

Esclarece que o argumento utilizado pela Fiscalização de que o cliente para quem a empresa realizou a venda dos produtos discriminados nas Notas Fiscais nºs 2631, 2460, 1856, 1527, 0967, 0393, 25961, 25287, 25811, 25672, 25189 e 25031 é “REVENDEDOR DE PRODUTOS QUÍMICOS”, por si só, não desqualifica o fim para o qual os mesmos foram produzidos, tal argumento sequer guarda relação com a classificação do destino dado aos insumos agropecuários em evidência.

Acrescenta que a BASEQUÍMICA PRODUTOS QUÍMICOS LTDA., com Inscrição Estadual nº. 582301671110, com sede no município de Ribeirão Preto, São Paulo, tem como atividade principal a comercialização de outros produtos químicos e petroquímicos não especificados, CNAE 46.84-2-99 e como secundário, diversas atividades, inclusive a de comércio atacadista de produtos alimentícios em geral.

Salienta que a empresa BASEQUÍMICA tem vários clientes no ramo da agricultura e pecuária, típico da região. Registra que como prova, anexa cópia da situação cadastral e do DANFE de operações com clientes do seguimento AGROPECUÁRIO (Doc. 05).

Diante das razões acima expostas entende ser necessária algumas ponderações, conforme passa a fazer.

Afirma que a autuante incorreu em equívoco, haja vista que se ateve exclusivamente ao código principal de atividade da empresa, no caso comércio atacadista de outros produtos químicos e petroquímicos, dessa forma, glosou o benefício por entender que a BASEQUÍMICA é revendedora de produtos químicos e por consequência, o produto não foi destinado para agricultura e pecuária.

Alega que o artigo 20, § 1º do Decreto nº 6284/97 [RICMS/BA/97] estabelece que salvo disposição em contrário, o benefício fiscal de que cuida o artigo 20, alcança toda a etapa de circulação da mercadoria, desde a sua produção até a destinação final.

Ressalta que o benefício está condicionado a aplicação na pecuária e agricultura, isto é, toda a etapa de circulação será beneficiada, abrangendo dessa forma a produção e a revenda.

Diante do exposto, esclarece que a BASEQUÍMICA satisfez, dessa forma, as condições necessárias para usufruir do benefício fiscal.

Repisa que a empresa BASEQUÍMICA é uma empresa que produz e revende produtos químicos para aplicação na área agropecuária e em outros segmentos, conforme previsão no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ/MF.

Assevera o autuado que nesse contexto, os produtos adquiridos da IPCNOR foram efetivamente vendidos para uso na agropecuária (Doc. 05) e, desse modo, faz a jus ao gozo do benefício.

Diz que resta claro que, quando da lavratura do Auto em lide, utilizou-se de interpretação genérica e infundada, posto que a simples análise dos sites eletrônicos dos respectivos compradores não é suficiente para a dedução de que os insumos vendidos pela empresa não são destinados à utilização na agropecuária.

Alega que não bastasse, verifica-se que o único fundamento utilizado para dar base a infração 3, qual seja a análise nos sites dos clientes da IPCNOR, se deu de maneira descuidada, sem a devida apuração das informações capitais para imputar-lhe tal infração, pois, é inequívoco que os ilustres autuantes não observaram, na sua própria fiscalização o que se verifica a partir de uma simples visualização no sítio virtual da empresa BASEQUÍMICA, no que diz respeito ao seu objeto, conforme transcrição que apresenta do texto extraído do site <http://www.basequimica.com/new/index.php/empresa>.

Afirma que a verdade material dos fatos é que efetuou a venda de bicarbonato de sódio e cloreto de cálcio, produtos registrados no Ministério da Agricultura como insumos agropecuários e efetivamente destinados à utilização na agricultura e/ou pecuária.

Aduz que o bicarbonato de sódio é predominantemente utilizado como tamponante ruminal de bovinos alimentados com altas quantidades de concentrados ou no balanceamento eletrolítico das aves, empregado como suplemento na alimentação animal, auxiliando na produção de leite e ganho de peso, em suplemento à ração.

Já o cloreto de cálcio é largamente usado como aditivo na ração de bovinos, suínos e aves, no intuito de melhorar o ganho de peso, bem como para corrigir as deficiências de cálcio do animal. Diz que ainda é utilizado como componentes de fertilizantes na agricultura, em virtude de sua fácil absorção, é considerado o melhor meio de absorção de cálcio para as plantações, prevenindo sua deficiência, melhorando o rendimento da colheita e criando plantações mais saudáveis. Diz, ainda, que o cloreto de cálcio diminui perdas durante e após a colheita, e amplia o período de conservação do fruto.

Assevera que são insumos agropecuários, consoante as condições estipuladas no art. 20 do RICMS/BA/97, sendo indubitável que o benefício da redução da base de cálculo aplicada pela empresa deu-se na mais perfeita legalidade.

Assegura que inexiste prova anexada ao Auto de Infração em evidência que corrobore para a alegação de que os referidos produtos são destinados a fim diverso da agricultura e pecuária – incluindo-se aí a alimentação animal e a fabricação de fertilizantes.

Frisa que no intuito de ratificar o quanto sustentado, traz ao debate a definição a respeito dos insumos agropecuários, que compreendem os produtos que, empregados no processo de industrialização ou produção rural, irão integrar o produto final e aqueles que, embora não o integrem, forem consumidos imediata e integralmente no aludido processo.

Chama a atenção para o fato de que os respectivos produtos são registrados perante o Ministério da Agricultura, assim, a IPCNOR está absolutamente apta para comercializar os referidos produtos destinados aos fins da agropecuária.

Conclusivamente, requer que a infração 3 seja afastada.

No que concerne à infração 4, consigna que inobstante a sua concordância quanto à substituição tributária, por força do quanto disposto no art. 380 do Decreto 6.284/97 [RICMS/BA/97], é inadmissível a infração que busca imputar-lhe por meio do presente Auto de Infração, uma vez que procedeu com o recolhimento devido do ICMS no posto fiscal, em 16/03/2010, conforme documento em anexo (Doc. 06).

Sustenta que não há que se falar na infração, uma vez que extinto o respectivo crédito tributário, com fulcro no Código Tributário Nacional, especialmente em seu art. 156, cuja redação reproduz.

Conclusivamente, requer que seja totalmente afastado este item da autuação, haja vista que comprovado o pagamento do imposto e a consequente extinção do crédito tributário.

No que tange à infração 5, diz que conforme argumentado na defesa da infração 4, é que já efetuou o recolhimento do ICMS devido no posto fiscal, conforme se afere nos documentos acostados (Doc. 06).

Afirma que desse modo, se houve pagamento, irrefutável, portanto, que o crédito tributário que se busca consubstanciar já se extinguiu, em virtude do respectivo pagamento, pelo que merece ser rechaçada a infração 5, em todo o seu contexto.

Reporta-se conjuntamente sobre as infrações 6 e 7. Alega legitimidade dos créditos fiscais utilizados e inexistência de diferença de alíquota a recolher.

Afirma que os autuantes partiram de premissa fática equivocada, haja vista que as Notas Fiscais que deram origem as referidas infrações não se reportam a produto destinado a uso e consumo, mas sim a composição do ativo imobilizado da empresa. Diz que por conseguinte, efetuaram lançamento genérico e desprovido de fundamento legal.

Assevera que além disso, a autuação não procede, haja vista que todos os itens evidenciados pelos autuantes têm como base de cálculo a indevida descaracterização do ativo permanente da empresa, contudo, de forma genérica para as inúmeras mercadorias e produtos adquiridos, portanto, nula de fato e de direito.

Consigna que os autuantes glosaram, de forma equivocada o montante dos créditos apurados e controlados no livro CIAP, sem respeitar as características e peculiaridade conceitual do ativo permanente da indústria química, presumindo que seriam destinados ao uso e consumo. Acrescenta que os autuantes descreveram, ainda, de forma genérica os itens que foram utilizados e considerados indevidos, no caso imóveis por acesso físico, veículos de transporte pessoal, sem especificar qual a nota fiscal, o motivo e o embasamento legal, inclusive, confundindo a empresa, haja vista que os veículos adquiridos no período foram objeto da infração 8.

Salienta que o enquadramento legal utilizado pelos autuantes está incorreto e, desse modo, é inapto a produzir efeitos no presente caso, o que por si só já induz a nulidade das infrações.

Diz que isso porque, conforme cediço, o ato administrativo que impõe o lançamento encontra-se vinculado ao *princípio da legalidade*, o qual impõe a observância da estrita previsão da Lei, principalmente, no que tange a imputação de obrigações ao contribuinte, portanto, estando viciado o ato de lançar o crédito tributário, não se pode supor pela validade das autuações.

Observa que sendo o lançamento tributário uma atividade estritamente vinculada, a validade dos elementos que constroem e consubstanciam o próprio lançamento tributário é requisito insuperável e indispensável a sua irretocável finalização, conforme dispõe o artigo 142, parágrafo único, do CTN.

Destaca que a obediência ao princípio da legalidade tributária pelo Administrador Público implica

na identificação perfeita entre a descrição do fato concreto, ato motivador da lavratura do Auto de Infração e a capituloção legal indicada na infração.

Assegura que foi justamente esta máxima que foi desconsiderada pelos autuantes, conduzindo a invalidade da exigência fiscal.

Afirma que é inadmissível que pela completa falta de técnica e imprecisão das informações contidas no Auto de Infração vergastado, seja obstada, ou mesmo se embarace, para compreender como e porque está sendo alvo de cobrança de obrigação principal e de multa, sob pena de contrariar o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa consagrado no art. 5º, inciso LV da CF.

Alega que como se não bastasse o enquadramento legal inadequado ao caso concreto, haja vista que, conforme acima referido, os produtos adquiridos não se destinam ao seu uso e consumo, mas sim a composição do ativo imobilizado. Ressalta que os autuantes também não informaram qual a motivação do ato administrativo de lançamento que desconsiderou o crédito da empresa indevido, limitando-se a afirmar que se tratou de aquisição de produtos para uso e consumo, ou seja, a infração não foi caracterizada.

Observa que não há, em momento algum, qualquer dispositivo legal que justifique a ilegalidade do crédito que lhe foi atribuído. Diz que ao revés, o Auto de Infração limita-se a mencionar os dispositivos legais que reconhecem o direito ao crédito para os bens destinados ao uso e consumo, apesar da hipótese não se enquadrar perfeitamente na operação descrita nas Notas Fiscais fiscalizadas. Reproduz os arts. 93 e 124 do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97.

Diz que apesar das infrações 6 e 7 mencionarem a existência de crédito fiscal indevido, todo o enquadramento legal utilizado destina-se somente a apontar que as operações interestaduais que tenham resultado em entrada, real ou simbólica, no estabelecimento para uso ou consumo próprio constituem crédito fiscal para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes, e para fins de apuração do imposto a recolher.

Diz que se trata de circunstância conhecida pela empresa, mas não praticada. Acrescenta dizendo que ainda que assim não fosse, certo é que inexiste indício a respeito da infração, que não foi motivada conforme determina a lei. Ou seja, a empresa não sabe a razão que levou os autuantes a considerarem o crédito fiscal indevido, haja vista que a “descrição da infração” aponta para um fato, no caso crédito fiscal indevido, e o enquadramento legal correspondente aponta para outra realidade, no caso dispositivos que disciplinam a constituição deste crédito fiscal.

Sustenta que assim sendo, não se verifica a indispensável compatibilidade entre fato gerador e indicação do dispositivo legal.

Salienta que o Regulamento do ICMS [Regulamento do PAF] vigente à época do fato gerador dispõe sobre os itens imprescindíveis ao Auto de Infração. Neste sentido, invoca e reproduz os artigos 39 e 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 6.799/99.

Aduz que o atendimento a todas as formalidades da constituição do crédito tributário é condição necessária à validade do lançamento, não se podendo negar que **(i)** as infrações 6 e 7 não foram caracterizadas, e **(ii)** que o enquadramento legal não se relaciona com a descrição da conduta imputada à empresa, por serem fatores que invariavelmente tornam o Auto de Infração confuso, referidas infrações devem ser julgadas nulas.

Acrescenta que é evidente impropriedade dos lançamentos pertinentes as infrações 6 e 7, haja vista que independentemente da operação, isto é, se para uso e consumo ou destinação ao ativo imobilizado, as legislações estadual e federal preveem a possibilidade de crédito fiscal, tudo pelo que reza o princípio da *não-cumulatividade*, atinente ao ICMS.

Observa que os limites básicos do referido princípio decorrem da Constituição Federal, razão pela qual não pode ser mitigado, muito menos anulado por normas infraconstitucionais. Reproduz o

art. 155, II, § 2º, I da CF. Diz que referida norma constitucional encerra o sentido de que o montante devido a título de tributo, em cada operação ou prestação, deve ser deduzido naquelas posteriormente realizadas. Ou seja, o imposto devido transforma-se em crédito fiscal a ser abatido do valor de ICMS a recolher em virtude da celebração de novas operações ou prestações. Observa que além disso, essa regra constitucional possui eficácia plena e aplicabilidade imediata, razão pela qual é absolutamente possível ao contribuinte *“ter o direito de lançar em sua escrita fiscal créditos de ICMS apurados nas operações ou prestações anteriores, para no momento oportuno, utilizá-la como ‘moeda de pagamento’ deste tributo”* (CARRAZZA; ICMS 14ª Ed). Salienta que isso se dá também especificamente quanto à operação anterior com produto destinado ao ativo imobilizado, tendo em vista que a Constituição apenas excepcionou a glosa de créditos de ICMS nos casos de isenção ou não incidência (art. 155, § 2º, II, ‘a’ e ‘b’). Diz que se foi esta a vontade da Carta Magna, não cabe qualquer disposição em sentido contrário. Afirma que agiu estritamente dentro destes limites, e não há como desacreditar a idoneidade dos créditos fiscais que foram aproveitados.

Ressalta que não se olvide que se está a tratar de incorporação dos produtos ao ativo imobilizado, circunstância que transforma sobremaneira a sistemática do ICMS, pois, em vez de efetivo recolhimento ao Estado da Bahia – na condição de destinatário – a alíquota gera crédito ao contribuinte que recebeu os produtos.

Destaca que caso seja ultrapassada a flagrante nulidade das infrações 6 e 7, agiu em total conformidade com os ditames da lei, no que tange ao creditamento do ICMS incidente sobre as aquisições de mercadorias para aplicação no ativo permanente.

Assinala que após longo levantamento de todos os itens discriminados nas Notas Fiscais fiscalizadas, com intuito de afastar totalmente o presente lançamento, em que pese sua flagrante nulidade, nos termos alhures ventilados, observou-se que todos os produtos adquiridos nas Notas Fiscais fiscalizadas, foram efetivamente incorporados ao ativo imobilizado.

Esclarece como funcionam as instalações e montagens do processo produtivo da empresa, que segundo diz, certamente levarão à total improcedência das infrações 6 e 7.

Explica que as instalações e montagens da empresa são separadas por unidade produtiva tais como: Unidade de Cloreto de cálcio solução, Cloreto de cálcio cristalizado, Cloreto de magnésio, Absorção de HCL, Bicarbonato de sódio, Bicarbonato de Amônio, ENEROIL e Utilidade, sendo as unidades interligadas através de tubulações, fiações, bombas, válvulas e estruturas metálicas.

Destaca que os maquinários e equipamentos isoladamente não têm nenhuma serventia no processo produtivo, desse modo, as instalações elétricas, metálicas, fibras, instrumentação, segurança, infraestrutura, superestrutura, base de equipamentos etc., fazem parte de um todo e estão intrinsecamente ligados ao processo produtivo. Acrescenta que cada unidade está registrada em conta específica, em conformidade com o que dispõe o artigo 179, inciso IV da Lei 6.404/76 tais como: Edificações, Terrenos, Instalações e montagens, Máquinas e equipamentos, Móveis e utensílios, Ferramentaria, Equipamentos de laboratório e outros (Doc. 07).

Assevera que todos os itens adquiridos e aplicados no ativo permanente, foram utilizados nas instalações de novos projetos de ampliação e modernização das unidades de Absorção HCL, Cloreto de cálcio solução, Cloreto cristalizado, Bicarbonato de sódio, Bicarbonato de amônio, Cloreto de magnésio e Eneroil.

Aduz que os créditos glosados se referem, em sua maior parte, a investimentos capitalizados pela empresa no exercício de 2006.

Consigna que adquiriu e utilizou na manutenção das instalações e maquinários, no período de 01/2007 a 12/2010 a importância de R\$3.087.159,37, somado ao mesmo período contratos para a prestação de serviços na manutenção das instalações à importância de R\$3.721.718,35, perfazendo um montante de R\$6.808.877,72, portanto, não sendo razoável e nem coerente a presunção de que utilizou indevidamente créditos do ICMS de materiais utilizados alheio a atividade da empresa.

Repisa que referidos bens foram registrados no ativo permanente, pois, sem dúvida, são mercadorias utilizadas nas instalações e montagens dos projetos novos, com o objetivo de transformar a empresa mais competitiva através da produtividade e especificação técnica do produto.

Observa que nos termos da Lei nº 6.404/76, artigo 179, inciso IV, ativo permanente é todo bem destinado à manutenção das atividades da empresa.

Diz que os bens destinados ao Ativo Imobilizado são bens tangíveis que são utilizados principalmente na produção ou na prestação de serviços, que se espera sejam usados por mais de um ano, não se confundindo de nenhuma forma com bens de consumo.

Menciona que o critério altamente relevante na avaliação desse bem é o da finalidade para fins de classificação como imobilizado. Diz que o exemplo aplicado no artigo de contabilidade que reproduz deixa bem claro a definição e alcance da expressão.

Aduz que nesse contexto, são incluídos todos os bens de permanência duradoura, destinados ao funcionamento normal da sociedade e de seu empreendimento, os quais devem ser registrados em grupo de conta específica no balanço da empresa.

Assinala que prevê a NBC TG 27 aprovada pela Resolução do Conselho Federal de Contabilidade CFC 1177/2009 no item 16, letra b, que quaisquer custos diretamente atribuíveis para colocar o ativo no local e condição necessária ao seu funcionamento, serão capitalizados no ativo permanente.

Sustenta que desse modo, não compete ao Fisco interpretar ao seu sabor, o que vem a ser ativo imobilizado para fins de creditamento do ICMS sem detida verificação da natureza das atividades específicas de cada empresa, mas sim acatar os dispositivos legais e conceitos contábeis para, somente após, fazer incidir a norma tributária. Diz que é o que se retira da inteligência do artigo 110 do Código Tributário Nacional, cuja redação reproduz. No mesmo sentido, invoca e reproduz entendimento da jurisprudência e doutrina sobre o tema.

Menciona que os artigos 19 e 20 da Lei Complementar nº.87/96 garantem expressamente o direito ao crédito de ICMS referente à entrada de bens para integração no ativo imobilizado ou uso e consumo. Reproduz referidos dispositivos legais.

Assevera que não cabe ao Fisco desconsiderar toda a escrita fiscal da empresa para lançar crédito tributário com base em infração genérica e vaga. Diz que não há que se falar em aquisição de bem para uso e consumo, mas sim para fins de composição do seu ativo imobilizado. Acrescenta que ainda que assim o fosse, resta no todo indevido o lançamento do ICMS, uma vez que esta operação também gera crédito, em atenção a não cumulatividade do imposto.

Adverte que o creditamento do ICMS anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado à entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente decorre de expressa disposição legal e não pode o contribuinte dele refutar, reproduzindo, neste sentido, excerto do voto do Min. Célio Borja, RTJ 126, p. 715/721, no RE 111.757/SP.

Assevera que a Lei Complementar 87/96 prevê que todos os custos que vierem onerados pelo ICMS ensejam o crédito respectivo, assim sendo, sempre que a empresa suportar um custo seja ele consubstanciado no preço de um serviço, ou de um bem, o ônus do ICMS respectivo configura um crédito desse imposto.

Diz que desse modo, lançar valores a título de ICMS ao fundamento de que a empresa adquiriu mercadorias para seu uso e consumo é violar o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, criando imposto novo, desprovido de qualquer fundamentação legal.

Conclusivamente, diz que ao mero sabor do argumento, cabe infirmar que, ainda que se entendesse ser o caso de creditamento do ICMS anteriormente cobrado em operações de que

tenha resultado a entrada de mercadoria, no estabelecimento, destinada ao seu uso ou consumo, não haveria que se falar em lançamento de imposto, haja vista o legal creditamento face a não cumulatividade da exação, sendo, portanto, nulas de pleno direito as infrações 6 e 7.

No que diz respeito à infração 8, alega que os autuantes desconsideraram toda a escrita fiscal da empresa para lançar ICMS supostamente devido a partir da utilização indevida de crédito fiscal, relativo a aquisições interestaduais da Volkswagen, classificando-as indevidamente como de ativo, mediante às Notas Fiscais nºs.315251, 315253 e 315792, quando se tratava de material para uso e consumo do estabelecimento.

Afirma que é totalmente improcedente a infração. Explica que adquiriu três veículos, marca Volkswagen, modelo Gol, 1.0, carro popular, com o objetivo de transportar materiais da área comercial e para compras de matérias-primas, insumos e material de consumo, conforme atestam o relatório de uso dos veículos anexados (Doc. 08) para demonstração de que estão sendo utilizados em operações diretamente ligados ao sistema operacional da empresa.

Sustenta que o RICMS/BA/97 apenas veda o creditamento do ICMS na aquisição de veículo para uso pessoal, porém, no presente caso, se trata de veículo destinado às atividades empresariais, portanto, componente do seu ativo imobilizado, descabendo falar-se em uso pessoal dos veículos.

Menciona que os artigos 19 e 20 da LC 87/96 garantem expressamente o direito ao crédito de ICMS referente à entrada de bens para integração no ativo imobilizado ou uso e consumo. Reproduz referidos dispositivos legais.

Conclusivamente, diz que assim sendo, deve ser excluída da autuação a infração 8.

No que concerne à infração 9, alega recolhimento da parcela de ICMS não incentivada à época do fato gerador – Denúncia Espontânea.

Consigna que a verdade material dos fatos aponta uma conjuntura de acontecimentos e negociações no tocante à definição da parcela mínima de ICMS não incentivada através do DESENVOLVE que influenciaram diretamente na conduta da empresa.

Diz que de fato, não se está diante de uma simples e injustificada impontualidade no recolhimento da parcela não incentivada de ICMS no período fiscalizado. Afirma que em verdade, houve recolhimento pontual em todos os períodos fiscalizados de ICMS, relativo à parte não incentivada pelo DESENVOLVE, nos termos do pleito de retificação protocolado em janeiro de 2008, após diversas tratativas perante a SICM (Doc. 09).

Salienta que para compreensão de todo o substrato fático que ensejou na migração de benefícios e recolhimento do ICMS do modo efetuado, há de se remeter ao intrincado suceder de tratativas e acordos sugeridos para tal mister.

Esclarece que usufruiu do benefício PROIND/PROBAHIA no período de setembro de 1999 a janeiro de 2005, entretanto, houve a interrupção do benefício PROIND devido ao processo de migração para o incentivo DESENVOLVE por exigência da Secretaria da Indústria e Comércio e Mineração, com a anuência da SEFAZ.

Recorda que o incentivo denominado de PROBAHIA tinha como característica primordial o fato de ser um incentivo financeiro. Diz que como é cediço, através deste benefício, a empresa deveria recolher integralmente o ICMS apurado e devido no período, entretanto, recebia de volta 75% do montante do imposto em dinheiro, através do DESENBANCO - DESENBAHIA. Acrescenta que este numerário seria devolvido pela empresa no prazo de até 60 meses, corrigido ao percentual de 3% ao ano.

Destaca que à época da fruição do benefício PROIND, PROBAHIA, possuía o direito aos créditos inerentes aos recolhimentos apurados no período de setembro de 2002 a dezembro de 2004, no montante de R\$863.376,92, valor histórico, somado ao período de janeiro de 2005 a maio 2006 no montante de R\$1.038.817,10, valor histórico, perfazendo um total de R\$1.902.194,02.

Frisa que como condição de admissibilidade para migração do benefício teve que renunciar a todo o crédito que fazia jus, acreditando que o novo incentivo lhe seria outorgado de forma análoga ao que anteriormente fruía, de modo a viabilizar os projetos de desenvolvimento do seu parque produtivo e manter a sua atividade empresarial no Estado. Aduz que ao seu turno, o montante acumulado de crédito decorrente do PROIND seria utilizado como base para o novo programa denominado DESENVOLVE, em percentual de incentivo e prazo de utilização. Observa que como se vê dos documentos anexados na peça defensiva, foram travadas inúmeras tratativas com os Superintendentes da SEFAZ para migração do benefício conferido pela SEFAZ.

Explica que isso porque, não existia à época dispositivos legais que dispusessem especificamente sobre as condições do novo benefício a ser instituído. Diz que confiante no intuito do Estado da Bahia em promover o desenvolvimento do Estado através do incentivo e fomentação da Indústria local, houve por bem em finalmente renunciar a todo o crédito que possuía perante o DESENBANCO - DESENBAHIA, para, a partir de então, usufruir do diferimento no pagamento do ICMS, o que ensejaria, através da real redução da carga tributária suportada, a continuidade dos projetos de ampliação e modernização, mesmo frente aos prejuízos fiscais que vinha suportando.

Salienta que em meio às tratativas, observou-se que o modo de se equalizar e tornar proporcional o DESENVOLVE em face do benefício ante usufruído era o diferimento de 90% do ICMS apurado no período, que deveria ser recolhido em 60 meses, corrigidos pelo IGPM e recolhimento da parcela mínima de 10%, percentual máximo incentivado pelo DESENVOLVE, uma vez que o crédito acumulado que possuía e que teve ser renunciado representava 100% do imposto devido no período.

Diz que nesse contexto, o pedido de migração fora protocolado em dezembro de 2005, sendo deferido tão somente em junho de 2006, com a publicação da Resolução nº. 047/2006. Observa que neste ínterim ficou impedido de emitir os DAEs para pagamento do ICMS com base no que fora afirmado durante o processo de migração, em tratativas pessoais e escritas, tendo que recolher o montante integral do imposto devido (Doc. 09).

Aduz que com a publicação da Resolução supracitada, verificou-se que a empresa fora prejudicada com migração do benefício transformado em diferimento no recolhimento do ICMS. Isto porque, o benefício ante conferido, previa o recebimento de 75% do ICMS recolhido no período, em dinheiro e a juros fixados em 3% ao ano, ao passo que o Desenvolve iria ter apenas postergado o recolhimento do ICMS devido, ainda, devendo recolher parcela mínima, fixada pela SEFAZ em montante expressamente calculado e que não correspondia a 10% do montante de ICMS devido, tal como anunciado nas negociações pretéritas perante a SEFAZ.

Consigna que ao ser publicada a Resolução nº.047/2006 ia de encontro com tudo o que fora acordado, pois além de não possuir efeito retroativo, de forma arbitrária, estabeleceu um piso mínimo no valor de R\$44.957,84. Percentual mínimo de recolhimento que resultava em valores em muito superiores a 10% do montante apurado. Ou seja, o montante efetivamente diferido seria sempre menor do que 90% do ICMS apurado. Portanto, vê-se que Resolução não atendia ao que foi negociado e solicitado, estabelecendo de forma arbitrária valor mínimo de recolhimento do ICMS - que não representava sequer percentual do faturamento da empresa com a venda de produtos químicos.

Nesse ponto lembra o quanto disposto no próprio Regulamento do DESENVOLVE, Decreto nº 8.205/2002, conforme transcrição abaixo:

“o incentivo do DESENVOLVE terá valor presente correspondente ao incentivo ou benefício a que a empresa tenha renunciado, tomando-se como base a projeção dos dois fluxos e deságio à mesma taxa. Art. 10, III.

Salienta que a Resolução nº 047/2006 afrontava diretamente os preceitos instituídos no Regulamento do DESENVOLVE, não se olvidando do próprio intuito do Programa, o de fomentar o desenvolvimento do Estado, através de políticas afirmativas com a real desoneração da já altíssima carga tributária suportada pelas indústrias instaladas. Reproduz o Decreto nº 8.205/2002,

nos seus artigos art. 1º, 3º e 10.

Esclarece que diante do ocorrido, protocolou perante a SEFAZ pedido de regularização da Resolução 047/2006, conforme documento anexado, ressaltando dois pontos de fundamental importância para migração do incentivo PROBAHIA para o DESENVOLVE conforme literalmente reproduzido abaixo:

- 1- *Anterioridade a data do pedido, ou seja, a Resolução não contemplou que o período de fruição abrangido como válido para o incentivo e adesão ao DESENVOLVE fosse a partir de 01 de setembro de 2005 e não da data de sua publicação;*
- 2- *2- O artigo 2º da Resolução 047/2006, fixou indevidamente o valor mensal não incentivado de R\$ 44.957,84 (Quarenta e quatro mil, novecentos e cinqüenta e sete reais e oitenta e quatro centavos), pois, esse valor seria absorvido pelos créditos do PROBAHIA que a impugnante tem direito.*

Destaca que o novo benefício cuja migração fora solicitada por motivos alheios à sua vontade deveria guardar correlação de proporcionalidade com o benefício anteriormente auferido, sob pena de ofensa às garantias constitucionalmente erigidas, ao direito de continuidade da sua atividade empresarial exercida, sua função e dever social.

Assevera que não foi o que ocorreu no caso concreto. Explica que para tal migração fora obrigada por disposição expressa a renunciar do crédito acumulado que possuía perante o DESENBANCO no montante de R\$3.713.348,35.

Aduz que os dois pontos acima destacados foram discutidos e analisados com a SICM antes e na sequência de sua publicação, sendo, inclusive, informado em reuniões posteriores que a correção seria feita no mês subsequente ao da publicação.

Alega que não só aguardou a correção da Resolução, como de forma proba reiterou diligências neste sentido, por 4 anos, em total afronta ao princípio da oficialidade e eficiência administrativa e aos ditames expressos do Regulamento do DESENVOLVE, conforme transcrição abaixo:

Art. 11. O Conselho Deliberativo do DESENVOLVE deverá pronunciar-se sobre a pretensão da empresa postulante, na primeira reunião a ser realizada após a conclusão da análise, a qual se processará no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados a partir da data de recebimento do processo pela Secretaria Executiva.

Parágrafo único. A análise do processo de habilitação obedecerá à seguinte tramitação:

I - verificação, pela Secretaria Executiva, se foram obedecidas todas as formalidades e análise dos diversos aspectos técnicos, no prazo máximo de 50 (cinqüenta) dias;

II - instruído o processo e anexado ao mesmo a análise da Secretaria Executiva, o Presidente do Conselho promoverá distribuição para um dos seus membros, que terá o prazo máximo de 10 (dez) dias para emitir seu parecer.

Art. 12. Verificada a existência de irregularidade no pedido, a Secretaria Executiva determinará a promoção de providências saneadoras quando couber ou, de imediato, o seu arquivamento, quando se tratar de falha insanável.

Art. 13. Do arquivamento do pedido caberá recurso da empresa interessada, ao Conselho Deliberativo, com efeito suspensivo, devendo ser interposto no prazo de 10 (dez) dias, contados a partir da data de recebimento da notificação.

Art. 14. A Resolução do Conselho que autorizar o tratamento tributário disciplinado neste Regulamento, será publicada no Diário Oficial do Estado e indicará, necessariamente, além das qualificações do contribuinte e do projeto, os benefícios atribuídos, com a respectiva gradação e prazo de dilação quando for o caso.

Art. 15. Após o prazo de 5 (cinco) dias da publicação da Resolução do Conselho que aprovou o projeto, a Secretaria Executiva comunicará à Secretaria da Fazenda, o deferimento do pedido, com a previsão de dilação do prazo de pagamento do ICMS, a partir do início de operação do projeto ou da ampliação ou modernização.

Assevera que compete a própria Administração impulsionar o processo até seu ato-fim, qual seja, a decisão que expressa a vontade última do Estado, no caso o deferimento ou não da solicitação da empresa acerca do benefício com base no programa DESENVOLVE.

Invoca o artigo 2º, inciso XII da Lei 9.784/99, aplicado subsidiariamente a presente problemática, no sentido de que a Administração Pública deverá observar diversos critérios no âmbito processual, entre eles a *"impulsão de ofício do processo administrativo, sem prejuízo da atuação de interessados"*. Invoca e reproduz, ainda, ensinamento de Hely Lopes Meirelles atinente ao

princípio da oficialidade.

Observa que no transcurso de quase 4 anos entre a solicitação da empresa até a decisão final, desfavorável aos seus interesses, é algo absolutamente injustificado e conflitante com o princípio da oficialidade. Acrescenta que a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXVIII, pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, introduziu, como garantia fundamental, a razoável duração dos processos, tanto na esfera judicial quanto administrativa. Reproduz aduzido dispositivo constitucional. Neste sentido, invoca e reproduz entendimento de Hely Lopes Meirelles.

Diz que não se deve entender como razoável a demora da SEFAZ/BA em 4 anos desde a provocação do contribuinte, nem se pode velar os olhos para as consequências do ato omissivo, pois a dúvida relativa a modificação de procedimento decorrente da migração do programa PROIND para DESENVOLVE afetava diretamente toda a operacionalidade da empresa.

Acrescenta que como se não fosse o bastante, a CF também previu expressamente o princípio da eficiência, o qual consiste em um diretriz fundamental da administração tendo em vista que sua credibilidade está intimamente relacionada com a eficiência de seus serviços e qualificações de seus servidores.

Afirma que assim sendo, cabe a Administração, no presente caso representada pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, zelar pelo seu aperfeiçoamento para que assim consiga manter coerência com sua própria essência.

Consigna que diante desse cenário, recolheu o ICMS relativo à parte não incentivada de acordo com o pleito de retificação retroativa da Resolução que lhe conferiu o DESENVOLVE, conforme documento anexado, até a publicação da Resolução nº. 135/2009 expedida em 16 de dezembro de 2009, onde o pleito foi deferido apenas em parte. Diz que ato contínuo, verificadas as diferenças a recolher de ICMS, em cumprimento às obrigações fiscais, todo o montante relativo à diferença da parte não incentivada fora declarado via denúncia espontânea e parcelado.

Ressalta que o processo de migração além de ter sido solicitado pela Secretaria da Indústria e Comércio e Mineração, teve participação da Secretaria da Fazenda, através do seu representante, na qualidade de gerente do órgão, no caso o senhor Frederico Gunnar Dúrr (GEINC/DPF), que sugeriu expressamente a revisão das apurações para formalização da denúncia espontânea.

Frisa que não se está diante de simples descumprimento de obrigação principal relativa a parcela não incentivada pelo DESENVOLVE, mas de toda uma conjuntura de fatos intrincados, no caso:

- (i) *migração de um benefício financeiro para um benefício fiscal;*
- (ii) *renúncia do créditos que fazia jus como condição para o deferimento do pedido de migração de benefícios. Migração, vale dizer, que somente veio a efeito por exigência da Sefaz e diante dos atrasos no recebimento do numerário pelo Desenbanco;*
- (iii) *Publicação de Resolução do Desenvolve nº 047/2006 que não condizia com os termos das tratativas e negociações travadas entre o contribuinte e a Sefaz para fruição do novo Benefício;*
- (iv) *Protocolo de pedido de retificação do incentivo;*
- (v) *Lapso temporal de 04 anos para análise e deferimento do Pedido de retificação;*
- (vi) *Recolhimento do ICMS com base nos termos do pedido de retificação, haja vista a mora da Sefaz em analisar o referido pleito;*
- (vii) *Publicação da Resolução nº 135/2009 deferindo em parte a retificação da Resolução Desenvolve anterior;*
- (viii) *Denúncia espontânea da parcela de incentivo não deferida e recolhimento através de parcelamento.*

Afirma que a denúncia espontânea denota a sua boa-fé que não se manteve simplesmente impontual no que toca à parcela não incentivada. Salienta o autuado que foi verdadeiro exemplo de diligência e pró atividade durante todo o processo ora descrito sendo, em verdade, induzido a erro, conforme se vê das correspondências anexadas, a efetuar o recolhimento no prazo regulamentar do ICMS nos moldes pleiteados no pedido de retificação da Resolução e, após, efetuar denúncia espontânea da diferença não deferida.

Sustenta que no presente caso, não houve prejuízo ao Fisco, conquanto todo o montante devido a título de ICMS relativo à parcela não incentivada fora efetivamente oferecido à tributação, sendo

a parte contestável recolhida no prazo regulamentar e a parte controvertida após tornar-se exigível com a publicação da Resolução nº 135/2009.

Diz que desse modo, figura como afronta direta ao princípio da moralidade administrativa orientar o contribuinte a renunciar crédito líquido e certo, indispensável à consecução das suas atividades. Neste sentido, invoca e reproduz lição de Ives Gandra da Silva Martins.

Acrescenta que a Carta Magna em seu art. 145, § 1º garantiu a pessoalidade dos impostos através do princípio da capacidade contributiva. Reproduz referido dispositivo constitucional. No mesmo sentido, invoca e reproduz ensinamento de Alfredo Augusto Becker.

Aduz que os termos da Resolução nº 135/2009 do DESENVOLVE não traduzem a realidade contributiva da empresa, e afrontou no todo a garantia constitucional da segurança jurídica, haja vista que não guardou compatibilidade com os termos aventureiros e acordados nas diversas reuniões para migração do PROIND-PROBAHIA e renúncia do direito ao crédito que possuía à época.

Conclusivamente, diz que pelo exposto, não há que prosperar a infração 9, pois o ICMS foi sim pago na data regulamentar, tendo ocorrido que com o advento da Resolução nº 047/2006, verificou-se que o valor foi pago a menos, completamente de encontro com o que foi acordado e negociado nas inúmeras reuniões com o Conselho Deliberativo do benefício, conforme explanado. Deste modo, em legítima boa-fé, orientado pela própria SEFAZ efetuou a denúncia espontânea e recolheu *in totum* a diferença a pagar de parcela não incentivada, a partir da sua efetiva exigência com a publicação da Resolução nº 135/2009, acrescidos dos juros de mora, não se podendo negar os benefícios da denúncia espontânea, pois a mora é justificada e se aplica à respectiva mora da Secretaria da Fazenda em apreciar pleito do contribuinte.

Reporta-se sobre a aplicação da multa.

Alega que a multa aplicada de 60%, além de excessiva acaba por mostrar-se confiscatória merecendo assim ser afastada. Diz que no tocante à infração 6, a análise do caso deve ser feita sob a luz do art. 138 do Código Tributário Nacional. Reproduz referido dispositivo legal.

Afirma que no caso em tela, a denúncia espontânea foi acompanhada da solicitação de parcelamento que caracteriza o espírito do contribuinte de deliberadamente honrar seu compromisso. Neste sentido, invoca e reproduz entendimento dos Conselhos Administrativos Federais.

Conclusivamente, diz que assim sendo, é indevida a aplicação de multa no presente caso, sob pena de duplicar indevidamente a penalidade, merecendo ser prontamente afastada pelos julgadores.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência do Auto de Infração. Requer, ainda, provar o alegado por todos os meios admitidos, inclusive a prova documental, testemunhal até mesmo pericial.

Os autuantes prestaram Informação Fiscal em cuja numeração das folhas dos autos constava 4482 a 4489, sendo que referidas folhas foram renumeradas para 3482 a 3498, volume IX.

Às fls. 3506 a 3522 consta nova Informação Fiscal com o registro de que a numeração das folhas foi retificada.

Considerando que os termos da primeira Informação Fiscal (fls. 3482 a 3498) são os mesmos da Informação Fiscal de fls. 3505 a 3522, exceto no que tange à numeração das folhas retificadas que se apresentam corretas na segunda Informação Fiscal, passo a relatar as razões aduzidas pelos autuantes na Informação Fiscal de fls. 3506 a 3522.

Observam os autuantes que o autuado apresentou Defesa (folhas 1655 a 3480), onde, sem alegar qualquer preliminar, contesta o mérito das infrações, pugnando pela sua improcedência. Dizem que mantêm as infrações 1, 3 a 9, em todos os seus termos e valores.

Destacam a enorme quantidade de cópias reprográficas, juntadas pelo autuado ao processo, de maneira desnecessária, por que, ou elas, do processo, já faziam parte, ou por que não guardam relação com as infrações discutidas, conforme se verifica às fls. 1740 a 1802, e 3017 a 3480, por exemplo. Afirmam que tal procedimento de maneira nenhuma facilita o julgamento do Auto de Infração.

Ressaltam que com relação à defesa apresentada, a informação fiscal se dará infração por infração.

No tange à infração 1, observam que o autuado adquiriu serviço de transporte intermunicipal de pessoas, de 04 empresas transportadoras, inscritas no Cadastro Estadual, conforme abaixo:

- e) IE 47.749.414 – *Inscrita como Normal, sem opção de Apuração pela Receita Bruta, portanto sujeita a alíquota de ICMS de 17% (veja comprovantes do Cadastro Estadual nas folhas 125 a 128 e RUDFTO do Transportador folhas 1463 a 148).*
- f) IE 35.727.457 – *Inscrita como Normal, optante do Sistema de Apuração pela Receita Bruta, portanto sujeita a alíquota de ICMS de 5% (veja comprovantes do Cadastro Estadual nas folhas 131 a 135).*
- g) IE 04.574.325 – *Inscrita como Normal, optante pelo Sistema de Apuração pela Receita Bruta, portanto sujeita a alíquota de ICMS de 5% (veja comprovantes do Cadastro Estadual nas folhas 136 e 137).*
- h) IE 54.058.459 – *Entre 01.01.07 e 30.06.07 inscrita como Microempresa. A partir de 01.07.07 não optante do Simples Nacional, por força do art. 387 do Dec. 6284/97, sujeitando-se a alíquota ICMS de 17% (veja Legislação do Simples Nacional – IMPEDIMENTOS – folhas 144 e 145 deste processo e dados do Cadastro Estadual nas folhas 138 a 139).*

Dizem que a partir da Memória de Cálculo da ST, apresentada pelo autuado às fls. 113 a 124 dos autos, recompondo-se mensalmente as operações de Serviço de Transporte de Pessoas Tomados, conforme cópia das NFs entre as folhas 150 e 200, abatendo-se os valores efetivamente recolhidos, destacados na Memória de Cálculo, chega-se ao valor do ICMS retido e recolhido a menos que compõe o Levantamento Fiscal – ST / Transporte de Pessoas – 2010, conforme fls. 109 a 112, parte integrante deste Auto de Infração e entregue em cópia ao autuado.

Assinalam que anexaram, ainda, extrato da arrecadação, conforme fls. 27 a 32 dos autos, cópia do LRE e LRAICMS do autuado, conforme fls. 430 a 744 e 389 a 429, respectivamente.

Registraram que entre as folhas 1655 a 1657, o autuado repete os termos da autuação e até a folha 1661, reproduz o que acredita serem esclarecimentos fáticos relevantes sobre a empresa. Observam que a defesa desta primeira infração se encontra entre as folhas 1661 a 1667 dos autos e às fls. 1664 a 1667, pretende reduzir a infração de 04 (quatro) para 02 (duas) transportadoras.

Dizem que à fl. 1664 o autuado, acerca do transportador IE 54.058.459, afirma que de 01.07.2007 a 31.12.2007, este era optante do Simples Nacional.

Ressaltam que os impedimentos elencados à Inscrição ao Simples Nacional, conforme fls. 144 e 145 dos autos, e o art. 387 do RICMS/97, apontam o acerto da autuação, para o transportador IE 54.058.459, que mantém em todos os seus termos e valores.

Registraram que à fl. 1666, o autuado, acerca do Transportador - IE 47.749.414 afirma que “à época era perfeitamente cabível ao prestador de serviço OPTAR PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA, nos termos do art. 505-A, inciso V, do Dec. 6284/97”.

Afirmam que o fato de tal procedimento ser cabível ou possível, de maneira nenhuma indica que foi feito. Assinalam que o exame da folha 125 dos autos, no campo destacado “Forma de Apuração do imposto”, indica que o transportador em tela utilizava conta corrente fiscal e não a apuração pela Receita Bruta. Acrescentam que a verificação da fl. 128 dos autos, revela que tal transportador nunca ingressou com processo para obter tal regime, consoante determinam os incisos II e III do art. 505-A do Dec. 6284/97 [RICMS/BA/97].

Ressaltam que de maneira cuidadosa, lavraram o Auto de Infração examinado, intimaram o transportador IE 47.749.414 para apresentar o seu RUDFTO, conforme fls. 129 e 130 dos autos, cuja cópia foi anexada às fls. 146 a 148, sem que nenhum Termo de Acordo tenha sido encontrado, consoante exige o art. 329, § 4º do RICMS/BA/97. Acrescentam que todas as cautelas foram tomadas

para assegurar o acerto da autuação, que mantêm em todos os seus termos e valores.

Salientam que quando o autuado afirma, conforme fl. 1667, que não tem condição de acompanhar o modo como cada pessoa jurídica que lhe presta serviço atua, assume para si mesmo os riscos de autuação pela sua omissão. Reiteram a máxima do Direito que assevera que a ninguém é dado desconhecer a Lei, e o art. 142, I e VIII do Dec. 6284/97 [RICMS/BA/97], informa textualmente que é obrigação do contribuinte exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico, e também exigir do estabelecimento prestador do serviço os documentos fiscais próprios, sempre que receber ou utilizar serviços sujeitos ao imposto.

Afirmam ser desnecessária a juntada dos documentos, efetuada pelo autuado, constantes das folhas 1809 a 1835, pois tais documentos já faziam parte do processo, conforme fls. 109 a 112 e 153 a 200.

Conclusivamente, dizem que na ausência de elementos impeditivos, modificativos ou extintivos da infração, mantêm a autuação atinente à infração 1 em todos os seus termos e valores.

Quanto à infração 2, esclarecem que foram três os documentos fiscais arrolados na autuação, no caso das Notas Fiscais nºs 421, 806 e 356.005.

Observam que o autuado relata um erro de escrituração, relacionado às quantidades, corrigido a seguir, na saída / retorno de sucata, referente às Notas Fiscais nºs 421 e 806. Dizem que acatam as explicações do autuado, excluindo da infração 2 os fatos geradores de 19/05/2010 e 30/06/2010, respectivamente nos valores de ICMS de R\$3.326,90 e R\$3.403,30.

Assinalam que neste sentido, será oferecido novo “Levantamento Fiscal – Utilização Indevida de Crédito Fiscal”, em substituição ao de fl. 201 dos autos. Acrescentam que em consequência, ficam excluídas as ocorrências 13 e 14, relacionadas no Demonstrativo do Débito do Auto de Infração. Observam que sobre tais alterações, o autuado deverá se manifestar, querendo, no prazo de 10 dias, conforme art. 18, § 1º do Dec. 7629/99 [RPAF].

Ressaltam que subsiste a infração 2, relativamente a Nota Fiscal nº 356.005, de 01/07/2010, no valor de ICMS de R\$14,00, sobre a qual o autuado não se manifestou, ou seja, acatou tacitamente a exigência fiscal.

Conclusivamente, dizem que diante da apresentação de elementos modificativos da infração, mantêm parcialmente a infração 2, relativo ao fato gerador de 01/07/2010, no valor de ICMS de R\$ 14,00.

No que tange à infração 3, dizem que mediante pesquisa nos sites dos clientes, conforme fls. 216 a 225, verifica-se que são REVENDORES DE PRODUTOS QUÍMICOS, razão pela qual as vendas dos produtos não se destinam a alimentação animal ou emprego na fabricação de ração animal, consoante o art. 20, VI, b, como também não são, as operações glosadas, para uso na agricultura ou na pecuária, conforme o art. 20, XI, c. Asseveram que se destinam a revenda, infringindo o art. 11 do Dec. 6284/97 [RICMS/BA/97].

Observam que o autuado alega que as Notas Fiscais arroladas na autuação foram todas destinadas ao mesmo cliente, no caso SUPERQUÍMICA COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA., empresa que tem como atividade principal a comercialização de produtos químicos. Destacam que até este ponto a defesa em nada diverge da autuação.

Assinalam que à fl. 167 o autuado passa para o exame dos clientes de tal revendedor. Ressaltam que esta análise foge do foco da autuação.

Frisam que a empresa fiscalizada é a IPC do Nordeste Ltda e que partir para a análise destes clientes do revendedor seria invadir outra(s) jurisdição(ões), sobre a(s) qual(is), os Prepostos Fiscais da Bahia, não têm poder fiscalizatório.

Consignam que o artigo 20, que trata das isenções com produtos agropecuários possui dezoito

incisos e diversas alíneas. Acrescentam que para alguns produtos, constam condições para que o benefício da isenção seja usufruído, como é o caso dos incisos infringidos pelo autuado, no caso o art. 20, VI, b e art. 20, XI, c do Dec. 6284/97 [RICMS/BA/97], que possuem condições, sendo que a venda para revenda não é uma delas.

Salientam que quando o autuado invoca o art. 20, § 1º do RICMS/BA, dá ênfase à parte final do parágrafo, buscando beneficiar-se do seu comportamento, quando deveria dar ênfase a parte inicial, ou seja: “*salvo disposição em contrário, o benefício fiscal de que cuida este artigo alcançará toda a etapa de circulação da mercadoria, desde a sua produção até a destinação final*”.

Sustentam que existem condições para as vendas interestaduais, efetuadas pelo autuado, que não foram cumpridas.

Asseveram que do mesmo modo, o art. 79 do RICMS/BA, quando trata da Redução da Base de Cálculo das operações com insumos agropecuários, nas saídas interestaduais, estabelece que, é necessário que as condições estabelecidas no artigo 20 tenham sido atendidas!

Dizem que tais condições não foram atendidas, daí a autuação.

Assinalam que a Redução de Base de Cálculo é uma hipótese exonerativa, equivalente a uma isenção parcial, no entendimento do STF e, assim sendo, é uma norma excepcional. Dizem que cria um privilégio / benefício fiscal restrito a apenas um pequeno número de operações e que tal norma deve ser interpretada nos seus restritos termos, cabendo apenas as hipóteses expressamente mencionadas na Lei. Observam que o art. 111 do Código Tributário Nacional não admite a interpretação extensiva da Lei para inclusão de outras hipóteses.

Conclusivamente, dizem que diante da ausência de elementos impeditivos, modificativos ou extintivos, mantêm a infração 3 em todos os seus termos e valores.

No tocante à infração 4, dizem que do exame do extrato da arrecadação referente a 2010, conforme fls. 27 a 32, e da Memória de Cálculo da ST de Transporte, apresentada pelo autuado, fls. 113 a 124, verifica-se que o substituto tributário deixou de recolher o ICMS devido na operação de transporte, conforme Levantamento Fiscal – ST / Transporte de Cargas, fl. 226 dos autos, parte integrante do presente Auto de Infração e entregue em cópia ao contribuinte.

Ressaltam que 02 (dois) CTRCs compuseram esta infração, no caso o CTRC n. 6878 e o CTRC n. 148111.

Frisam que o autuado alega genericamente, que o débito apurado está extinto porque este já havia sido pago anteriormente, o que resultaria na inocorrência da infração imputada, invocando, neste sentido, o CTN, no seu art. 156, I e pede a extinção do crédito tributário.

Tecem as seguintes considerações: comparando-se o Demonstrativo de fl. 113 – referente a janeiro 2010 - que compõe a autuação, com o Demonstrativo de fl. 1868, anexado pelo autuado na peça defensiva, também referente a janeiro 2010, verifica-se que este último foi adulterado, de duas maneiras:

- a) *acrescentando o CTRC 148111;*
- b) *com a informação que o ICMS devido por ST referente ao CTRC n. 6876, com valor de ICMS ST devido de R\$ 234,55 (que não fez parte do levantamento anteriormente) teria sido pago em 12/02/12.*

Afirmam que o Demonstrativo trazido pelo autuado quando da fiscalização, constante da folha 114, referente a fevereiro 2010, constataram que os CTRCs 7401 e 7407 estão com a observação de terem sido pagos em 12/02/2012. Acrescentam que se verifica, a seguir, que a soma dos débitos de ST destes CTRCs – R\$ 470,40, corresponde ao valor constante do extrato da arrecadação, naquela data. Dizem que assim sendo, inverídica a alegação do autuado contribuinte, item b) supra.

Salientam que se verifica ainda no demonstrativo de fl. 1868, apresentado pelo autuado, modificação do valor do CTRC 779, que passou de R\$473,52 para R\$378,82, correção esta tendo em vista que o transportador faz jus ao benefício do crédito presumido.

Consignam que a seguir, através do extrato da arrecadação, conforme fl. 27 dos autos, é possível somar os recolhimentos referentes a ST Transporte, referente a janeiro /2010 (R\$470,40 + R\$ 4.972,81 = R\$5.443,21). Aduzem que este valor efetivamente recolhido foi inferior ao devido (R\$ 5.579,66), e não incluiu os valores devidos pelos CTRC 14811 e CTRC 6876, no seu bojo. Conclusivamente, sustentam que comprovada está a pertinência desta infração 04, que mantêm em todos os seus termos e valores.

Quanto à infração 5, ressaltam que 01 (um) CTRC compôs este item da autuação, no caso o CTRC de n. 782.

Dizem que o autuado se defende desta infração alegando que o débito apurado está extinto porque este já havia sido pago anteriormente, o que resultaria na inocorrência da infração imputada.

Frisam que tem alguns aspectos a considerar acerca desta infração

Observam que comparando o Demonstrativo de fl. 115 – referente a março 2010 - que compõe a autuação, com o Demonstrativo de fl. 1872, anexado pelo contribuinte na peça defensiva, também referente a março 2010, verifica-se que este último foi adulterado, de duas maneiras:

- c) *acrescentando o valor de ST do CTRC n.782;*
- d) *Subtraindo o valor de ST do CTRC 174, anteriormente relacionado.*

Salientam que o Demonstrativo trazido pelo autuado quando da fiscalização, constante da folha 116, referente a abril 2010, observaram que os CTRCs 916 e 174 estão com a observação de terem sido pagos em 15/04/2012 (referente a fatos geradores de março 2010), estando o total devido em abril 2010, já abatendo tais valores do total.

Asseveram que retirar o CTRC 174 do Demonstrativo de março 2010 quando o valor dele já foi abatido do total recolhido em abril 2010, seria deixar de cobrar a ST devida naquela operação, sendo, desse modo, impossível de ser adotado o comportamento sugerido pelo contribuinte, item d) supra.

Acrescentam que se verifica, ainda, que na defesa apresentada o CGC do contribuinte responsável pelo recolhimento do ICMS devido, constante do DAE apresentado, foi 10.924.862/0001-64. Ressaltam que este é o CGC do Transportador, conforme consta no CTRC acostado à fl. 233 dos autos.

Salientam que a infração 05 refere-se à Substituição Tributária, onde o substituto tributário reeve, porém não recolheu o ICMS devido. Destacam que o CGC do autuado é 01.627.119/0001-51, diverso do constante do DAE.

Consignam que se verifica, também, que o valor objeto da autuação foi de R\$ 450,00, conforme fls. 226 e 233, enquanto o valor do DAE apresentado foi de R\$ 536,50. Ressaltam que do exame do extrato da arrecadação do autuado, não há registro de ICMS ST Transporte, no valor de R\$ 536,50.

Conclusivamente, invocam o art. 123 do Código Tributário Nacional, no sentido de que, salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes, razão pela qual mantêm em todos os seus termos a infração 5.

No que tange à infração 6, esclarecem que foi efetuada a recomposição do CIAP do contribuinte, com as Notas Fiscais fornecidas, as quais o contribuinte classificou de ativo, desde o exercício de 2004 (com repercussão em 2007, 2008, 2009 e 2010). Indicam as intimações de fls. 45, 47 e comprovante de entrega dos documentos de fl. 49 dos autos.

Dizem que se verificou que uma grande quantidade de Notas Fiscais apresentadas, não poderia atribuir crédito ao contribuinte, pois correspondiam à aquisição de produtos para uso consumo da empresa, ou ainda a mercadorias alheias à atividade do estabelecimento (imóveis por acessão

física, veículos de transporte pessoal, bens, materiais, mercadorias ou serviços adquiridos para fins de investimento ou especulação, nos termos do art. 93, § 11, 1.3 e 2.1, c/c o art. 97, IV, c e § 2º, I, II e III do Decreto nº 6284/97 [RICMS/BA/97].

Ressaltam que cuidadosamente, buscaram além do embasamento legal compatível com as situações descritas, o entendimento da SEFAZ/BA, consubstanciado através dos Pareceres que emite, conforme discriminam abaixo:

- a) Assim, na folha 70 deste processo, está o Parecer Getri n. 3.005/10, que informa textualmente que a aquisição de bens destinados à unidade administrativa da empresa não gera direito a crédito.
- b) A seguir, nas folhas 71 e 72 deste processo, Parecer Getri n. 3.716/08, que afirma que mercadorias que serão aplicadas na construção de um imóvel (chapa para montagem de tanques, por exemplo), não se caracterizam como bens do Ativo, sendo devido, então o recolhimento da diferença de alíquota.
- c) Adiante, nas folhas 73 a 75, através do Parecer Getri n. 01595/11, consta o entendimento que o benefício do diferimento previsto no art. 2, inciso IV, do Dec. 8205/02, não alcança as aquisições de partes e peças de reposição, adquiridas pelo próprio estabelecimento beneficiário do Desenvolve, para fins de simples manutenção ou reparo de seu maquinário, bem como à construção de bens imóveis por ação física.

Acrescentam que constataram, ainda, que os créditos tomados pelo autuado não seguiam o critério da proporcionalidade previsto no art. 93, §17, II e III do mesmo RICMS/BA/97, sendo que tais comportamentos resultaram em utilização de crédito fiscal em valor superior ao permitido pela Legislação.

Assinalam que partes integrantes do presente Auto de Infração e entregues em cópia ao autuado Levantamentos Fiscais – Ativo – CIAP e Ativo - CIAP II, conforme fls. 236 a 261 e 234 a 235, respectivamente. Registraram que no primeiro Levantamento, as Notas Fiscais estão relacionadas por número e data de entrada, e que referido Levantamento contém ainda no campo observação, fundamentação legal para as Notas Fiscais cujo crédito não pode ser admitido como Ativo.

Acrescentam que em anexo, cópias reprodutivas de todas as Notas Fiscais, no Levantamento Ativo – CIAP elencadas, fls. 1102 a 1649), e onde constam, individualmente, quando foi o caso, o motivo da referida Nota Fiscal não atribuir crédito. Anexadas por ocasião da autuação, cópias do LRAICMS 2007, 2008, 2009 e 2010, fls. 284 a 429, onde os referidos créditos foram apropriados a maior.

Esclarecem que o autuado não escriturou Livro CIAP, referente ao período fiscalizado, embora a sua escrituração esteja prescrita no art. 93, §12 c/c com o art. 339, §2º, do Dec. 6284/97 - RICMS. Também consta do art. 319 do referido diploma legal que a escrituração dos Livros Fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade e na forma estabelecida pela legislação tributária. Dizem que daí a necessidade da sua reconstituição, pela fiscalização, através dos documentos fornecidos, para se apurar se o crédito, lançado em seus LRAICMS, desde 2007 até 2010, se realizou conforme o que prescreve a Lei. Assinalam que não se deve esquecer o que prescreve o art. 93, V, do RICMS/97, que informa que somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado. Afirmam que o exame das Notas Fiscais apresentadas, com o discernimento da correta classificação dos produtos é decisivo para a admissão do crédito fiscal, ou não.

Afirmam que o autuado opta por defender-se das infrações 6 e 7 de maneira conjunta, apresentando as suas razões entre as folhas 1677 a 1693. Dizem que por não conseguir se opor de maneira eficaz, tenta misturar as infrações 6, 7 e até a infração 8, em vez de apresentar os seus argumentos de maneira ordenada e lógica. Junta, de forma desnecessária, cópia reprodutiva de Notas Fiscais que já faziam parte do processo, conforme comparação das fls. 2231 a 2654 que anexou, com as folhas 1104 a 1649, cópias que já faziam parte do Auto de Infração. Anexa ainda um plano de contas e Livro Razão parcial – contas específicas - de 2007 a 2010, que não guardam o detalhamento necessário para a confecção do Livro CIAP e em nada auxiliam aos argumentos da Defesa (folhas 1876 a 2230 e 2813 a 3480- estas últimas anexadas de maneira extemporânea – dia 06/02/2013). Observam que a exceção do LRAICMS, não se escritura um Livro por outro, e sim

pelos documentos fiscais.

Asseveram que na folha 1678, a autuada falta com a verdade quando afirma sobre a fiscalização: “descreveram de forma genérica os itens que foram utilizados e considerados indevidos (imóveis por acessão física, veículos de transporte pessoal) sem especificar qual a Nota Fiscal, o motivo e o embasamento legal”. Dizem que a simples inspeção visual das folhas 236 a 261 faz cair por terra seu argumento. Afirmam que as mercadorias foram examinadas uma a uma, através das NF entregues à fiscalização. O Levantamento Fiscal Ativo – CIAP é o resumo das NF examinadas, necessário ante a omissão do contribuinte ao não escriturar o Livro CIAP.

Observam que o autuado de maneira indireta confessa a infração 06, quando afirma que entre 2007 e 2010, “adquiriu e utilizou na manutenção de instalações e maquinários” uma dada importância.

Destacam que o autuado utilizou exatamente as mesmas palavras encontradas no Parecer GETRI n. 01.595/11 - que veda o direito ao crédito destas aquisições, conforme fl. 74 dos autos -, “e não as partes e peças de reposição, adquiridas pelo próprio estabelecimento beneficiário do Desenvolve para fins de simples manutenção e reparo de seu maquinário – peças estas que se caracterizam como materiais de uso e consumo do adquirente”.

Aduzem que o autuado assevera, sem embasamento legal, que todo custo onerado por ICMS dá direito a um correspondente crédito. Mencionam que no intuito de comprovar a relatividade de tal argumentação, que a fiscalização não detectou, entre 2007 e 2010, por exemplo, crédito de ICMS referentes a serviços de comunicação que são tributados pelo ICMS tomados. Acrescentam que o autuado usou serviços de telefonia para desenvolver a sua atividade, pagou as contas, teve o custo, mas não se utilizou do crédito do ICMS correspondente aos serviços de comunicação, segundo acreditam, que em respeito à Lei - art. 93, II-A do Decreto nº 6284/97 [RICMS/BA/97].

Salientam que quando o autuado expõe que a infração 07 é uma consequência da infração 06 demonstra que entende o mecanismo da fiscalização. Dizem que o autuado sustenta que mesmo que as aquisições fossem consideradas para uso/consumo da empresa, “ainda que assim o fosse, resta no todo indevido o lançamento do ICMS uma vez que esta operação também gera crédito ao contribuinte, em atenção a não cumulatividade do imposto”. Acrescentam que o autuado, ao mero sabor do argumento, defende novamente a tese do creditamento de ICMS referente a aquisições de mercadorias para uso/consumo da empresa, sabendo que está infringindo literal disposição de Lei (art. 93, V, b, do Dec. 6284/97). Assinalam que da simples inspeção visual do LRAICMS 2007 a 2010, conforme fls. 285 a 429 dos autos, verifica-se que em nenhuma única folha, o autuado utiliza-se de crédito fiscal no CFOP 1556 ou CFOP 2556 – aquisições que ele classificou como sendo para uso / consumo da empresa. Resta a constatação que o seu discurso defensivo não se coaduna com as suas atitudes.

Dizem que outra tentativa de atribuir uma desorganização própria da empresa, ao Auto de Infração em lide, é a alegação do autuado de que infração 08 se sobrepõe à infração 06, não considerando que as Notas Fiscais que compuseram a referida infração, não constam do Levantamento Fiscal Ativo CIAP, conforme verifica-se na comparação do Levantamento Fiscal de fl. 275 com o Levantamento Fiscal de fls. 260/261 deste processo e que as NF 315251, 315253 e 315792 – que compõem a infração 08, não constam da infração 06.

Frisam que dando continuidade à peça defensiva, o autuado insurge-se contra a autuação invocando o Princípio da Não Cumulatividade do ICMS que, segundo entendem, é um princípio relativo, como pode ser observado em diversos outros artigos do RICMS que restringem o direito ao crédito e citando doutrina e jurisprudência que entende serem pertinente à espécie, Resolução do Conselho Federal de Contabilidade, a Constituição Federal, Lei Complementar nº 87/96, CTN. Dizem que para o Direito Positivo Nacional, tanto doutrina quanto jurisprudência, por mais abalizados que sejam não tem poder impositivo, mas sim a apenas a Lei obriga.

Ressaltam que como prepostos fiscais, no exercício de atividade vinculada, não podem deixar de dar cumprimento ao que a Legislação Estadual estabelece como parâmetro aos procedimentos

que devem ser adotados pelos contribuintes do Estado da Bahia. E assim foi feito.

Salientam que desde às Notas Fiscais examinadas uma a uma, os Livros Fiscais de Entradas e Apuração do ICMS, os Levantamentos Fiscais Ativo – CIAP e Ativo – CIAP II, confeccionados à vista das NF referidas, tudo está anexado ao processo, razão pela qual, diante da ausência do binômio necessidade/utilidade, e a prova do fato não depender de conhecimentos técnicos, conforme dispõe o art. 147, I e II do RPAF, não deverão ser deferidos os pedidos, requeridos genericamente na folha 1716 dos autos.

Conclusivamente, dizem que diante da inexistência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da infração, mantêm a infração 6 em todos os seus termos e valores.

No tocante à infração 7, consignam que entre os exercícios de 2007 e 2010, o autuado realizou aquisições interestaduais de mercadorias e produtos, classificando-as erroneamente de aquisição de Ativo, quando realmente se tratava de aquisições para uso/consumo da empresa. Acrescentam que o engano na classificação resultou em falta de recolhimento do diferencial de alíquota, nestas aquisições interestaduais.

Assinalam que parte integrante do presente Auto de Infração e entregue em cópia ao contribuinte – Levantamento Fiscal – DIFAL / Aquisição interestadual de produtos não enquadrados em aquisição de Ativo, fls. 269 a 274, tudo conforme dados constantes dos Arquivos Magnéticos fornecidos pelo contribuinte, conforme art. 89 do RICMS/97 e documentos fiscais apresentados.

Acrescentam que ainda em anexo, cópia reprodutiva dos documentos nos Levantamentos relacionados, entre as fls. 1104 e 1393. Ressaltam que apenas Notas Fiscais dos exercícios de 2007, 2008, 2009 e 2010 compuseram referidos Levantamentos, sendo que entre elas, também foram excluídas Notas Fiscais de fornecedores pertencentes ao Simples Nacional. Anexadas também cópia reprodutiva do LRAICMS referente a 2007, 2008, 2009 e 2010, conforme fls. 284 a 429.

Salientam que cuidadosamente, buscou-se além do embasamento legal compatível com as situações descritas, o entendimento da Fazenda, consubstanciado através dos Pareceres que emite, conforme explicações abaixo:

- a) Assim, na folha 70 deste processo, está o Parecer Getri n. 3.005/10, que informa textualmente que a aquisição de bens destinados à unidade administrativa da empresa não gera direito a crédito.
- b) A seguir, nas folhas 71 e 72 deste processo, Parecer Getri n. 3.716/08, que afirma que mercadorias que serão aplicadas na construção de um imóvel (chapa para montagem de tanques, por exemplo), não se caracterizam como bens do Ativo, sendo devido, então o recolhimento da diferença de alíquota.
- c) Adiante, nas folhas 73 a 75, através do Parecer Getri n. 01595/11, consta o entendimento que o benefício do diferimento previsto no art. 2, inciso IV, do Dec. 8205/02, não alcança as aquisições de partes e peças de reposição, adquiridas pelo próprio estabelecimento beneficiário do Desenvolve, para fins de simples manutenção ou reparo de seu maquinário, bem como à construção de bens imóveis por acesso física.

Observam que na infração 06, quando se efetuou a recomposição do CIAP do contribuinte, com as Notas Fiscais fornecidas, verificou-se que uma grande quantidade de Notas Fiscais apresentadas, não poderia atribuir crédito ao autuado, pois correspondiam à aquisição de produtos para uso consumo da empresa, ou ainda a mercadorias alheias à atividade do estabelecimento, no caso imóveis por acesso física, veículos de transporte pessoal, bens, materiais, mercadorias ou serviços adquiridos para fins de investimento ou especulação, nos termos do art. 93, § 11, 1.3 e 2.1, c/c o art. 97, IV, c e § 2º, I, II e III do Dec. 6284/97, sendo que os produtos adquiridos em outras unidades da Federação, nas condições acima descritas, sujeitam-se a exigência do ICMS atinente à diferença de alíquotas. Destacam que referidas notas fiscais compõem a infração 07.

Salientam que o autuado opta por defender-se das infrações 06 e 07 de maneira conjunta. Dizem que por não conseguir se opor de maneira eficaz, tenta misturar as infrações 06, 07 e até a infração 08, em vez de apresentar os seus argumentos de maneira ordenada e lógica, juntando de forma desnecessária, cópia de Notas Fiscais que já faziam parte do processo, conforme verifica-se com a comparação das fls. 2231 a 2654 que anexou, com as fls. 1104 a 1393, cópias que já faziam parte do Auto de Infração.

Acrescentam que o autuado anexa, ainda, um plano de contas e Livro Razão parcial, com contas específicas, de 2007 a 2010, que, se considerados, não modificam o entendimento da Fazenda sobre o tema, mas servem para convalidar a infração 07.

Mencionam a título de exemplo, que entre os produtos elencados pelo autuado como destinados à manutenção de máquinas e equipamentos – Materiais de consumo / 2007, estão as válvulas de controle, que são produtos encontrados nas Notas Fiscais de fls. 1337/1338, Notas Fiscais estas que estão relacionadas no Levantamento Fiscal da infração 07, conforme fl. 269 dos autos.

Apontam, ainda, a fl. 1958 dos autos, na qual entre os produtos elencados pelo autuado como destinados à manutenção de máquinas e equipamentos – Materiais de consumo / 2007, estão as bombas e os disjuntores, que são produtos encontrados respectivamente nas Notas Fiscais de fls. 1388, 1389, 1390 e 1347, Notas Fiscais estas que estão relacionadas no Levantamento Fiscal da infração 07, conforme fl. 269 dos autos.

Salientam que entre os produtos elencados pelo contribuinte como destinados à manutenção de máquinas e equipamentos – Materiais de consumo / 2007, estão os tubos e termo resistências, que são produtos encontrados respectivamente nas Notas Fiscais de fls. 1373 e 1346, Notas Fiscais estas que estão relacionadas no Levantamento Fiscal da infração 07, conforme fl. 269 dos autos. Acrescentam que os exemplos dados se sucedem pelos exercícios de 2007, 2008, 2009 e 2010, sendo que os exemplos encontrados nos Livros Razão juntados pelo autuado, não modificam o entendimento do Estado sobre quais produtos estão sujeitos à diferença de alíquota, servem apenas ratificar o acerto da autuação.

Afirmam que quando o contribuinte expõe que a infração 7 é uma consequência da infração 6, demonstra que entende o mecanismo da fiscalização. Acrescentam que o autuado afirma que, mesmo que as aquisições fossem consideradas para uso/consumo da empresa, “ainda que assim o fosse, resta no todo indevido o lançamento do ICMS uma vez que esta operação também gera crédito ao contribuinte, em atenção a não cumulatividade do imposto”.

Consignam que o autuado, ao mero sabor do argumento, defende novamente a tese do creditamento de ICMS referente a aquisições de mercadorias para uso/consumo da empresa, sabendo que está infringindo literal disposição legal, no caso art. 93, V, b do Decreto nº 6284/97.

Dizem que da simples inspeção visual do LRAICMS 2007 a 2010, às fls. 285 a 429 dos autos, verifica-se que em nenhuma única folha, o contribuinte utiliza-se de crédito fiscal no CFOP 1556 ou CFOP 2556 – aquisições que ele classificou como sendo para uso / consumo da empresa.

Asseveram que resta a constatação que o discurso defensivo do autuado não se coaduna com as suas atitudes.

Assinalam que o autuado invoca o Princípio da Não Cumulatividade do ICMS que, segundo dizem, é um princípio relativo, como pode ser observado em diversos outros artigos do RICMS que restringem o direito ao crédito. Segue citando doutrina e jurisprudência que entende serem pertinente à espécie, Resolução do Conselho Federal de Contabilidade, a Constituição Federal, Lei Complementar 87/96, CTN. Cumpre esclarecer que para o Direito Positivo Nacional, tanto doutrina quanto jurisprudência, por mais abalizados que sejam não tem poder impositivo. Afirmam que apenas a Lei obriga.

Salientam que como prepostos fiscais, no exercício de atividade vinculada, não podem deixar de dar cumprimento ao que a Legislação Estadual estabelece como parâmetro aos procedimentos que devem ser adotados pelos contribuintes do Estado da Bahia, o que foi feito.

Aduzem que desde às Notas Fiscais examinadas uma a uma, os Livros Fiscais de Entradas e Apuração do ICMS, os Levantamentos Fiscais – DIFAL / AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE PRODUTOS NÃO ENQUADRADOS EM AQUISIÇÃO DE ATIVO, confeccionados à vista das referidas Notas Fiscais, tudo está anexado ao processo, razão pela qual, diante da ausência do binômio necessidade/utilidade, e a prova do fato não depender de conhecimentos técnicos, conforme

dispõe o art. 147, I e II do RPAF, não deverão ser deferidos os pedidos, requeridos genericamente na folha 1716 dos autos.

Conclusivamente, dizem que diante da inexistência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da infração, mantêm a infração 7 em todos os seus termos e valores.

Quanto à infração 8, assinalam que o autuado efetuou aquisições interestaduais de veículos da Volkswagen, classificando-os indevidamente como aquisições de ativo, mediante as Notas Fiscais n^{os} 315251, 315253 e 315792, conforme cópia reprográfica acostada às fls. 2658 a 2660, infringindo os art. 97, IV, c, § 2º, II e 93, Parágrafo 11, 1.3 e 2.1 do Dec. 6284/97.

Acrescentam que a seguir, o autuado utilizou o crédito dessas Notas Fiscais, parceladamente, através do LRAICMS n. 72, 73, 74 e 75, folhas assinaladas no Levantamento Fiscal – Utilização Indevida de Crédito Fiscal no LRAICMS (fl.275 dos autos), parte integrante do presente Auto de Infração entregue em cópia ao contribuinte.

Assinalam que ainda em anexo, consta cópia reprográfica dos LRAICMS referentes a 2010 às fls. 389 a 429.

Sustentam que o autuado infringiu literal disposição de lei. Dizem que os artigos infringidos são claros, sendo vedado ao contribuinte, creditar-se do imposto relativo à aquisição de mercadorias, no estabelecimento, quando tal aquisição se referir a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento. Esclarecem que são considerados alheios às atividades do estabelecimento, não conferindo ao adquirente o direito ao crédito, os veículos de transporte pessoal, assim entendidos os automóveis ou utilitários de uso individual dos administradores da empresa ou de terceiros.

Ressaltam que cuidadosamente, buscou-se além do embasamento legal compatível com as situações descritas, o entendimento da Secretaria da Fazenda, consubstanciado mediante os Pareceres que emite, conforme apresentam abaixo:

- a) Assim, na folha 70 deste processo, está o Parecer Getri n. 3.005/10, que informa textualmente que a aquisição de bens destinados à unidade administrativa da empresa não gera direito a crédito. Informa ainda que são considerados alheios à atividade do estabelecimento, para fins de crédito do ICMS, todos os bens que não sejam utilizados direta ou indiretamente na comercialização, industrialização, produção, extração, geração e serviço de transporte interestadual e intermunicipal, e de comunicação. A seguir, nas folhas 71 e 72 deste processo, Parecer Getri n. 3.716/08, que afirma que mercadorias que serão aplicadas na construção de um imóvel (chapa para montagem de tanques, por exemplo), não se caracterizam como bens do Ativo, sendo devido, então o recolhimento da diferença de alíquota.*
- b) Adiante, nas folhas 73 a 75, através do Parecer Getri n. 01595/11, consta o entendimento que o benefício do diferimento previsto no art. 2, inciso IV, do Dec. 8205/02, não alcança as aquisições de partes e peças de reposição, adquiridas pelo próprio estabelecimento beneficiário do Desenvolve, para fins de simples manutenção ou reparo de seu maquinário, bem como à construção de bens imóveis por ação física.*

Salientam que o autuado impugna a infração 8, anexando cópias que considera pertinentes, entre as folhas 2658 a 2758.

Mencionam que o autuado afirma que realmente adquiriu três veículos, mas que estes são utilizados em operações ligadas ao sistema operacional da empresa, sendo efetivamente utilizados para a consecução da atividade fim da empresa e que em nenhum momento são direcionados para uso pessoal de qualquer funcionário ou sócio da empresa, (fl. 1697 dos autos).

Asseveram que o exame das fichas de controle de veículo que anexa às fls. 2661 a 2758, demonstra justamente o contrário do afirmado pelo contribuinte. Dizem que se consideradas, não modificam o entendimento da Fazenda sobre o tema, apenas servem para convalidar a infração 8.

Consignam que à fl. 18 dos autos encontram-se os dados do Cadastro Estadual do autuado, no qual consta como Atividade Econômica Principal a fabricação de produtos químicos. Afirmam que não se pode considerar todas as atividades abaixo listadas, conforme constam das fichas de controle de veículo anexadas, como sendo “a consecução da atividade fim” do contribuinte:

Levar Bárbara a sua residência (folha 2661, 2665, 2671, 2726, 2729), buscar Ieda no Sesi (folha 2666),

levar Ricardo em laboratório (folha 2666), levar Gilson a revisão médica (folha 2668), levar Nildo ao posto de lavagem (folha 2669), buscar Viviane em casa (folha 2675, 2677), ir a rodoviária pegar Viviane (folha 2679), levar Alice (folha 2690, 2724, 2725), buscar Dra. Izabela (folha 2694, 2702, 2707), ir a bancos (folha 2672, 2699, 2716), lavanderia (folha 2710, 2746), cartórios (folha 2690, 2702, 2707, 2722), ir comprar chip de celular (folha 2732), comprar gás de cozinha (folha 2732, 2750), buscar cestas básicas (folha 2702), ir aos correios (folha 2665, 2698, 2725), levar e pegar estagiários (folha 2674), ir à livraria (folha 2674, 2682, 2727), comprar vales transporte (folha 2676, 2687, 2695, 2724, 2734), ir ao Exército (folha 2695), ao CREA (folha 2754), à farmácia (folha 2664, 2683, 2700, 2721), à UNEB (folha 2697), à Justiça do Trabalho (folha 2691), ao Detran (folha 2678, 2679), comprar troféus (folha 2685), ao chaveiro (folha 2663, 2669), ao mercado (folha 2678), à Prefeitura (folha 2669, 2671, 2719, 2723), visitar a jazida de Juazeiro (folha 2714), comprar lanche para pessoal em treinamento (folha 2689) levar funcionário ao médico (folha 2665, 2668, 2672, 2735), ao fórum (folha 2665, 2706, 2729, 2747) , pegar / levar documentos (folha 2661, 2778, 2751), ir a posto de vacinação (folha 2671, 2673, 2702), à Receita Federal (2673, 2676, 2681, 2754) ir / voltar do aeroporto (folha 2667, 2680, 2708, 2718), ir a eventos / festas (folha 2716, 2718, 2752), levar funcionários para fazer exames (folha 2710, 2717), ir à Policia Federal (folha 2745, 2756), ao Consulado (folha 2758), fazer compras para a diretoria (folhas 2668, 2669, 2684, 2716, 2730, 2739, 2747, 2756), à Delicatessen (folha 2683, 2746), à Serasa (folha 2684, 2730), ao TRE (folha 2713).

Salientam que dando continuidade à peça defensiva, o autuado insurge-se contra a autuação invocando o Princípio da Não Cumulatividade do ICMS, que é um princípio relativo, como pode ser observado em diversos outros artigos do RICMS que restringem o direito ao crédito. Acrescentam que o autuado cita, ainda, doutrina e jurisprudência que entende são pertinentes à espécie, no caso Resolução do Conselho Federal de Contabilidade, a Constituição Federal, Lei Complementar 87/96, CTN. Dizem que para o Direito Positivo Nacional, tanto doutrina quanto jurisprudência, por mais abalizados que sejam não tem poder impositivo, sendo que apenas a Lei obriga.

Conclusivamente, consignam que diante da não apresentação pelo autuado, de elementos impeditivos, modificativos ou extintivos da infração, mantêm a infração 8 em todos os seus termos e valores.

No respeitante à infração 9, observam que o autuado inicialmente apresenta um histórico da IPCNOR, afirmando que entre 1999 a 2005, usufruiu do Benefício Fiscal PROIND / BAHIA.

Dizem que o autuado alega que ao decidir migrar voluntariamente para o DESENVOLVE, renunciou a um crédito acumulado no valor de R\$1.902.194,02, afirmando, ainda, que o montante do crédito renunciado pela empresa perante o DESENBANCO foi de R\$3.713.348,35.

Registraram que o contribuinte revela sua frustração ao constatar que a Resolução do DESENVOLVE n. 47/2006 não atendia ao que ele afirma foi negociado e solicitado pela empresa, fato este que, segundo seu relato, foi retificado parcialmente pela Resolução 135/09, conforme fl. 1708 dos autos.

Observam que o autuado invoca a doutrina de Hely Lopes Meireles, Ives Gandra, Alfredo Becker e outros, assim como jurisprudência, afirmando que sofreu uma injustiça, por parte do Estado da Bahia, pretendendo desqualificar a Resolução n. 47/2006 do DESENVOLVE que buscou, alegando que infringe ao Benefício Fiscal – Desenvolve (Dec. 8.205/02), e não atende aos seus pleitos.

Ressaltam os autuantes que sem desmerecer o relatado e a qualidade da referência, para o Direito Positivo Brasileiro, o poder impositivo advém pura e tão somente da Lei. Dizem que ainda que, na qualidade de prepostos do Estado, no exercício de atividade vinculada, estão impedidos de deixar de dar cumprimento a Legislação Estadual, fugindo das suas competências, assim como da do CONSEF, a discussão sobre a constitucionalidade ou não de tal Legislação (fls. 1398, 1401, 1403 e 1405 dos autos).

Assinalam que o autuado alega que sempre agiu de boa-fé, inobstante o art. 911, § 1º do Decreto nº 6284/97 [RICMS/BA/9], afirmar que a responsabilidade por infração relativa ao ICMS não depende da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Mencionam que o autuado confessa que efetuou uma denúncia espontânea em 29/10/2009,

referente a valores da parcela não incentivada do ICMS, anteriormente recolhidos a menor.

Observam que os fatos geradores da referida denúncia espontânea vão até 30/09/2009, contudo este item da autuação refere-se a fatos geradores de 2010, desse modo, a defesa apresentada demonstra ser inócuas em relação à autuação.

Salientam que o autuado se insurge no tocante à multa de 60% aplicável à infração descrita na autuação, alegando proporcionalidade, confisco, etc. Esclarecem que a multa advém da Lei. Reafirmam que na qualidade de Prepostos Fiscais, no exercício de atividade vinculada, descabe a discussão sobre a multa aplicada à espécie, assim como deste CONSEF.

Frisam que de maneira genérica, o autuado pede pela improcedência do Auto de Infração com a extinção do processo. Dizem que o autuado se reporta sobre erros no levantamento fiscal, contudo sem apontá-los, comprovando-os documentalmente. Acrescentam que o autuado desconsidera que infringiu literal disposição de Lei. Ressaltam que todos os documentos fiscais utilizados nos Levantamentos Fiscais que embasaram a autuação constam no presente Auto de Infração, assim como a cópia, na íntegra, dos Livros Fiscais onde os referidos documentos foram escriturados – lançamentos estes de responsabilidade exclusiva do autuado. Asseveram que ausentes, desse modo, a utilidade e a necessidade que justificariam o deferimento da diligência requerida.

Conclusivamente, dizem que na ausência de elementos impeditivos, modificativos ou extintivos da infração, mantém este item da autuação.

Finalizam a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado, científico da Informação Fiscal, se manifestou (fls. 3546 a 3566 - vol.IX).

Alega que os autuantes, a despeito dos fundamentos e documentos anexados à Defesa Administrativa, não trouxeram elementos novos a ensejar a manutenção da Infração 9, tão somente as mantendo nos termos do Auto de Infração originário. Diz que assim sendo, objetivando evitar que o presente imbróglio se torne prolixo e enfadonho cumpre, do mesmo modo, tão somente destacar sucintamente os termos e documentos da Impugnação neste particular, requerendo que sejam apreciados em sua integralidade, o qual decerto levará à total improcedência da infração vergastada.

No que tange à infração 1, diz que a Informação Fiscal quer fazer crer que a memória de cálculo apresentada pela empresa é diferente daquela que lhe fora entregue inicialmente ao aduzir que *“nas folhas 1164 a 1667, pretende reduzir a infração autuada de 04 (quatro) para 02 (duas) empresas”*. Porém, tal situação não se confirma!

Afirma o autuado que o levantamento fiscal apresentado na primeira Defesa (Doc.03) foi justamente aquele fornecido pelos autuantes na ocasião da lavratura do Auto de Infração, e está devidamente assinado pelas autoridades fiscais. Diz que de acordo com o cálculo das supostas pendências a título de ICMS percebe-se claramente se tratar das operações de transporte de passageiros realizadas apenas pelas empresas FIUZA CAR (IE 54.058.459) e ATMO TRANSPORTES (IE 47.749.414).

No tocante à empresa FIUZA CAR (IE 54.058.459), consigna que na informação fiscal consta que está impedida de aderir ao Simples Nacional, entretanto, sem justificar a razão do suposto impedimento. Alega o autuado que o fundamento não se coaduna com o cadastro estadual da referida empresa, juntada aos autos na Impugnação e também pelos autuantes, o qual atesta a condição de Microempresa optante pelo Simples Nacional desde 01/07/2007, anterior ao período fiscalizado.

Alega que a informação fiscal trouxe documentação já conhecida no processo, isto é, os dados cadastrais da empresa FIUZA CAR (IE 54.058.459), além do Histórico de Atividade Econômica Principal, inexistindo qualquer informação a respeito do impedimento quanto à opção pelo Simples Nacional.

Afirma que os autuantes juntaram ainda informações genéricas sobre o programa, a exemplo do recurso de perguntas e respostas extraídas do site da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, e que também em nada desacreditam as provas produzidas pela empresa.

Ressalta que não lhe compete avaliar a fundo a regularidade da condição da empresa que lhe presta o serviço, apenas lhe sendo devido o pedido de apresentação do documento que comprove a sua situação fiscal, tal qual se fez no caso concreto.

Assevera que não pode o Fisco lhe imputar o dever de fiscalizar a regularidade do ato administrativo que concedeu o certificado de Simples Nacional à empresa FIUZA CAR (IE 54.058.459).

Salienta que lhe coube buscar informações junto a sua prestadora de serviço, dentro de uma relação negocial antiga e pautada na boa-fé, solicitando um documento básico extraído do próprio site da SEFAZ BA, donde não se vê nenhuma irregularidade com relação à opção pelo Simples Nacional.

Destaca que foi por isso que, como tomador de serviço, encontrava-se desobrigado de efetuar a retenção do ICMS da contratada, conforme preceitua o artigo 382, inciso III, alínea c, do Decreto 6284/97 [RICMS/BA/97].

Reitera que as provas colacionadas não deixam dúvida de que os autuantes incorreram em lamentável engano, ao aduzirem que, a respeito da empresa FIUZA CAR, “*entre 01/01/07 e 30/06/07 inscrita como Microempresa. A partir de 01/07/2007, não optante do Simples Nacional, por força do art. 387 do Dec. 6284/97, sujeita-se a alíquota de ICMS de 17%*”.

Alega que foi justamente o contrário. Diz que a partir de 01/07/2007 que a FIUZA CAR fez a opção pelo Simples Nacional, não tendo sido jamais excluída, portanto, descabendo falar-se em retenção e recolhimento a menos do ICMS, haja vista a regra do art. 387 do RICMS/BA/97.

Quanto à empresa ATMO TRANSPORTES LTDA, com Inscrição Estadual nº. 47.749.414, diz que as notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela própria empresa apontam a sua condição de pagamento do imposto em função da Receita Bruta ao apontar a alíquota de 5% do ICMS.

Diz que se tratando de medida regular, escriturada corretamente (à vista que já foi considerada válida para as empresas não lançadas), a operação de transporte praticada pela ATMO TRANSPORTES LTDA está sujeita à retenção do ICMS pela alíquota de 5%, tal qual se fez no caso concreto, não havendo meios aptos a sustentar a cobrança.

Friza que quando os autuantes relembram que não é dado o desconhecimento da lei para fins de exigir do estabelecimento prestador dos serviços os documentos fiscais próprios, vale também lembrar que assim sempre o fez, colacionado inclusive na defesa os documentos comprobatórios de cada situação exigidos de seus prestadores.

Aduz que no exercício de sua atividade empresarial, sempre se ateve a boa-fé, motivo pelo qual seguiu as informações declaradas em nota fiscal, bem como tinha plena convicção de que a empresa ATMO TRANSPORTES LTDA. estava sob regime de apuração pela receita bruta, ou seja, inexistia conhecimento de prova contrária à forma de apuração do imposto pela respectiva empresa.

Assevera que conforme se afere do documento juntado na Informação Fiscal, às fls. 125/128, este foi emitido no dia 04 de dezembro de 2012, e que, por contemplar informações atuais não faz jus à comprovação de que a forma de apuração de imposto da empresa supracitada se dava por conta corrente fiscal, quer dizer, não se pode atribuir que a apuração não era feita com base na receita bruta, pelo que padece de prova cabal a argumentação sustentada pela Fiscalização.

Friza que não se pode olvidar da possibilidade de ter sido induzido a erro proveniente do texto legal declarado em nota fiscal e, consequentemente, se afastar a boa-fé imprimida pela IPC, desconsiderando-se, desse modo, que atuou em consonância com a lei, porém, induzida a erro.

Conclusivamente, diz que pelo exposto, a infração é absolutamente improcedente.

No respeitante à infração 2, consigna que os autuantes acolheram parcialmente as alegações defensivas nos termos da Informação Fiscal, de modo que acertaram os autuantes ao reconhecerem o mero erro material nas Notas Fiscais de remessa nº. 25895 e nº 25896, que foram emitidas com a quantidade de entulho errada – o qual foi gerado pela desincorporação de dois galpões das unidades de Cloreto de cálcio cristalizado e Bicarbonato de sódio do seu ativo permanente – não corresponde à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por aquisição de material para uso e consumo, exonerando a cobrança de R\$6.730,02.

Conclusivamente, diz que as devidas correções da quantidade de entulho foram prontamente providenciadas pela empresa, por meio das Notas Fiscais 421 e 806, e como não resta mais dúvida acerca da licitude da sua conduta, o entendimento dos autuantes deve ser ratificado por ocasião do julgamento final.

No que concerne à infração 3, afirma que é irrefutável a legalidade da utilização do benefício de redução da base de cálculo para o caso em concreto.

Aduz que o argumento utilizado pelos autuantes de que os clientes para quem a empresa realizou a venda dos produtos indicados nas notas fiscais anexas são “REVENDORES DE PRODUTOS QUÍMICOS”, por si só, não desqualifica o fim para o qual os mesmos foram produzidos. Ao revés da alegação de que “as vendas dos produtos não se destinam a alimentação animal ou emprego na fabricação de ração animal” ficou mais do que esclarecido que as empresas que os adquirem utilizam-nos neste setor específico da economia.

Alega que o benefício é dado em função do produto objeto da operação de circulação e não os sujeitos participantes desta operação isoladamente. Diz que não há que se ater aos sujeitos que praticam a operação de circulação do produto agrícola, uma vez que o benefício foi concedido para desoneras as operações destinadas à agricultura, sendo o foco do incentivo beneficiar todo o setor da economia de agronegócios, por meio da desoneração das atividades com os referidos produtos agrícolas.

Consigna que conforme bem destacado, o artigo 20, § 1º do Decreto nº 6284/97 [RICMS/BA/97] estabelece que salvo disposição em contrário, o benefício fiscal de que cuida o artigo 20, alcança toda a etapa de circulação da mercadoria, desde a sua produção até a destinação final.

Ressalta que o benefício está condicionado à aplicação do produto na pecuária e agricultura, isto é, toda a etapa de circulação será beneficiada, abrangendo dessa forma a PRODUÇÃO e a REVENDA.

Assevera que inexiste dispositivo legal que proíba a utilização do crédito na revenda, desde que o produto seja aplicado na agricultura e pecuária, inexistindo, desse modo, disposição em contrário prevista na legislação, apta a afastar o benefício.

Alega que para tentar dissuadir os Julgadores acerca da consistente tese de defesa que ratifica, os autuantes dizem que “há condições para vendas interestaduais, ‘efetuadas pelo autuado’, que não foram cumpridas”, contudo, não especificam o que realmente deixou de ser feito, tratando-se de atribuição genérica e imprecisa, ou seja, que não merece fé.

Conclusivamente, reitera os termos da Defesa inicial apresentada e requer seja também rechaçada a infração 3, bem como afastada a sua multa, por conseguinte.

Relativamente às infrações 4 e 5, ressalta o descabimento da alegação de adulteração dos documentos apresentados na Defesa, respectivos às infrações 4 e 5. Diz que tal alegação é injuriosa, e ofende a idoneidade e a boa-fé da empresa.

Destaca que os autuantes confundem as infrações 4 e 5, porém, ainda assim, irrefutável a improcedência de ambas.

No tocante à infração 4, reitera o pagamento da obrigação do Conhecimento de Transporte nº 782,

por meio de DAE, o qual foi efetuado no dia 16/03/2010, no valor total de R\$536,50, ressaltando que o DAE foi emitido em nome da transportadora, porém foi pago pela IPC do Nordeste, conforme preceitua o artigo 381, inciso III, alínea “a” do Decreto nº 6284/97 [RICMS/97].

Quanto à infração 5, reitera o pagamento referente ao Conhecimento de Transporte nº 148111, da Rajan Transportes, no valor de R\$23,14, conforme documentos já apresentados.

Salienta que para o Conhecimento de Transporte de nº 6876, da empresa QUIMITRANS, conforme se verifica dos documentos juntados na Defesa, procedeu com o seu pagamento, restando extinta a obrigação.

Afirma que desse modo, não pode ser o julgamento das infrações 4 e 5, senão pela improcedência, haja vista que o pagamento das obrigações enseja compulsoriamente a sua extinção.

Conclusivamente, diz que para que não reste dúvida sobre a improcedência, traz aos autos documentos pertinentes as indigitadas infrações (Doc.02).

No respeitante às infrações 6 e 7, diz que conforme asseverado desde a primeira Defesa, não adquiriu bens para seu uso e consumo, mas sim a composição do seu ativo imobilizado, situação que lhe confere crédito, por expressa previsão legal.

Alega que mesmo após a Informação Fiscal prestada, não resta claro o porquê de se considerar ilegais os créditos glosados pela empresa, haja vista que os autuantes não retificaram a falha de apontar o dispositivo legal que justifique a infração, ou seja, a suposta ilegalidade do crédito que foi atribuído. Acrescenta que ao contrário disso, permaneceram limitando-se a mencionar os dispositivos legais que reconhecem o direito ao crédito para os bens destinados ao uso e consumo, apesar da hipótese não se enquadrar perfeitamente na operação descrita nas Notas Fiscais fiscalizadas.

Diz que dessa forma, continua sem saber ao certo e sem conhecer a previsão legal que considerou o crédito fiscal indevido.

Observa que a resposta fiscal inicia suas razões com a menção aos Pareceres GETRI nº 3005.10, 3716.08 e 01595.11, que tratam de situações totalmente alheias a condição da empresa, e que por isso não servem para reforçar os termos da autuação. Explica que isso porque, não se está a tratar de “aquisição de bens destinados à unidade administrativa”, “mercadorias aplicadas na construção de um imóvel”, ou “aquisição de parte de peças de reposição para simples manutenção ou reparo do seu maquinário”.

Reafirma que todos os produtos adquiridos nas Notas Fiscais fiscalizadas foram efetivamente incorporados ao ativo imobilizado, sendo que os bens adquiridos tiveram a serventia da manutenção das atividades do estabelecimento, e não mais saíram das suas dependências, haja vista que hoje fazem parte intrinsecamente do processo produtivo que lá se desenvolve.

Repete o que dissera na Defesa inicial quanto as instalações e montagens do processo produtivo da empresa.

Diz que funcionam “separadas” por unidade produtiva (Unidade de Cloreto de cálcio solução, Cloreto de cálcio cristalizado, Cloreto de magnésio, Absorção de HCL, Bicarbonato de sódio, Bicarbonato de Amônio, ENEROIL e Utilidade), mas todas são interligadas através de tubulações, fiações, bombas, válvulas e estruturas metálicas. Ou seja, trata-se em verdade de uma separação ficta, apenas para diferenciar o produto e a etapa desta cadeia concatenada e tendente a produção do material final que é comercializado pela empresa.

Esclarece que por isso que se aduziu que os maquinários e equipamentos isoladamente não têm nenhuma serventia no processo produtivo; portanto, as instalações elétricas, metálicas, fibras, instrumentação, segurança, infraestrutura, superestrutura, base de equipamentos etc., fazem parte de um todo.

Aduz que por força do artigo 179, inciso IV da Lei nº 6.404/76 cada unidade está registrada em conta específica, tais como: Edificações, Terrenos, Instalações e montagens, Máquinas e equipamentos, Móveis e utensílios, Ferramentaria, Equipamentos de laboratório e outros, consoante a documentação anexada na primeira defesa.

Salienta que tendo em vista que todos os itens adquiridos foram aplicados no ativo permanente e estão sendo utilizados nas instalações de novos projetos de ampliação e modernização das unidades de Absorção HCL, Cloreto de cálcio solução, Cloreto cristalizado, Bicarbonato de sódio, Bicarbonato de amônio, Cloreto de magnésio e Eneroil não se deve concluir pelo entendimento do Parecer nº 03005.2010, eis que este veda a utilização de crédito quando as entradas de bens destinados ao ativo imobilizado forem alheios à atividade do estabelecimento, o que não se vê no caso em tela.

Alega que em vez disso, a situação da empresa amolda-se perfeitamente a expressão “temos apenas que os bens vinculados à área fim do estabelecimento da empresa ensejam a apropriação de crédito”.

Acrescenta que não se pode confundir que a utilização destes bens em projetos de ampliação e modernização das instalações equivalha à aplicação na construção da indústria (imóvel), conforme os termos do Parecer nº 03716.2008. Afirma que os bens adquiridos pela empresa se destinam a manutenção da sua atividade, em condições mais modernas do que as anteriores, portanto, não foram desincorporados em momento posterior, e também não se equiparam a bens imóveis por simples acessão física.

Aduz que na medida em que sentiu a necessidade de melhorar as suas condições e obter instalações mais modernas, haja vista o seu mercado altamente competitivo devido a própria especificação técnica do produto que comercializa, a aquisição dos bens tornou-se absolutamente indispensável à manutenção da sua atividade, sob pena de tornar-se obsoleta em relação as demais empresas do ramo, gerando sérios riscos de fechar as portas.

Friza que esse prisma econômico é de crucial relevância ao entendimento do momento que hoje vive o setor químico no Estado da Bahia e não pode ser ignorado a tal ponto da aquisição de bens para modernização da empresa ser equiparada a uma mera acessão física.

Sustenta que desse modo, nos termos da Lei nº. 6.404/76, artigo 179, inciso IV, os bens compõem o ativo permanente, por serem vitais à manutenção das atividades da empresa. Reproduz o referido dispositivo legal.

Afirma que do mesmo modo, em nada se coadunam os termos do Parecer nº 01595.2011 com o caso concreto, enquanto nenhum dos bens adquiridos pela empresa tinham o objetivo de manutenção e reparo do seu maquinário, mas sim de ampliação e modernização, conforme já explanado.

Diz que assim sendo, a tentativa de justificar as infrações 6 e 7 não logrou êxito, pois é de fácil percepção por meio das provas colacionadas, que todos os bens são de permanência duradoura, destinados ao funcionamento normal da sociedade e de seu empreendimento, os quais conferem direito a crédito, não havendo que se falar em conduta indevida ou mesmo excessiva. Repisa que o convencimento a respeito da aquisição dos bens requer conhecimento sobre o processo produtivo, o qual está devidamente esclarecido desde a Defesa inicial.

Sustenta que desse modo, a simples falta de informação não permite ao Fisco interpretar, ao seu sabor, o que vem a ser ativo imobilizado para fins de creditamento do ICMS, mas sim acatar os dispositivos legais e conceitos contábeis para, somente após, fazer incidir a norma tributária.

Destaca que se resta afastada a infração 6 pela indubitável demonstração de que os bens adquiridos para composição do ativo imobilizado da empresa foram aproveitados em sua atividade fim, gerando o direito ao crédito, torna igualmente afastada a infração 7, que visa a cobrança de diferencial de alíquotas, em razão destas operações interestaduais de aquisição dos

bens.

Acrescenta que mesmo estando claro que os bens adquiridos foram incorporados ao ativo imobilizado da empresa, não restando dúvida acerca das glosas efetuadas, merece rebate o argumento lançado na Informação Fiscal acerca da suposta infração a artigo de lei caso a tivesse adquirido estes bens para seu uso e consumo.

Diz que não lhe parece também acertado afirmar que o uso e consumo de bens nunca geraria direito a crédito, tendo em vista a sistemática do princípio da não-cumulatividade, que está constitucionalmente previsto.

Alega que pretendem os autuantes convencer do oposto, apenas alegando o dever funcional de aplicar a Lei do Estado da Bahia, olvidando-se de que a Constituição Federal é a norma máxima vigente no ordenamento jurídico pátrio e deve ser prontamente obedecida por todas as esferas de Poder. Diz que se assim não fizerem, obviamente, caberá ao Judiciário a correção de erro crasso, o que culmina no abarrotamento de processos desnecessários.

Afirma que a Lei do Estado da Bahia não estipularia de forma adversa para não se tornar absolutamente inconstitucional. Reproduz o art. 93 do RICMS/97/BA.

Alega que desde o lançamento por meio do Auto de Infração que os autuantes tem feito grande confusão com a finalidade da aquisição dos bens pela empresa. Diz que na descrição da infração 6 consta a informação equivocada que “uma grande quantidade de notas fiscais apresentadas, não poderiam atribuir crédito ao contribuinte, pois correspondiam a aquisição de produtos para uso de consumo da empresa”. Alega, contudo, que já está sedimentado que os bens compõem o ativo imobilizado. Ressalta que mesmo que tivessem sido adquiridos para uso e consumo, ainda assim não haveria vedação automática da lei, conforme previsão do art. 93, V, ‘b’ do RICMS vigente à época em sua integralidade.

Aduz que curiosamente, a Informação Fiscal confrontou os argumentos lançados neste sentido na Impugnação, com enfoque no mesmo diploma legal quando disse que “*na folha 1693, ao mero sabor do argumento, chega à insensatez de defender novamente a tese de creditamento de ICMS referente a aquisições de mercadorias para uso e consumo da empresa, sabendo que está infringindo literalmente disposição de Lei (art. 93, V, ‘b’ do Dec. 6.284 de 1997)*”. Culmina a explanação aduzindo que “em nenhuma única folha, o contribuinte utiliza-se de crédito fiscal no CFOP 1556 ou CFOP 2556 – aquisições que ele classificou como sendo para uso e consumo da empresa. Resta a constatação que o seu discurso defensivo não se coaduna com as suas atitudes”. Assevera que nenhum crédito fiscal foi utilizado pela aquisição de bens para uso e consumo, pois a aquisição se deu para composição do ativo imobilizado. Esclarece que apenas mencionou a situação na Impugnação motivado pela confusão da descrição da infração 6. Ou seja, baseado em eventualidade, sendo seu discurso retórico, pois nunca aconteceu a situação mencionada no referido lançamento.

Afirma que não é, desse modo, inteligível o esclarecimento prestado na Informação Fiscal, porém, por não ser a vertente real dos autos que justificam a existência dos créditos, acaba por tornar-se irrelevante ao direito pretendido.

Conclusivamente, diz que assim sendo, requer a procedência total dos pedidos formulados na Impugnação, no que se refere também as infrações 6 e 7.

No que diz respeito à infração 08, originada pela total desconsideração da escrita fiscal da empresa, alega que se lançou indevidamente o ICMS, tendo em vista a suposta utilização de crédito fiscal relativo às aquisições interestaduais de veículos marca Volkswagen, os quais foram irregularmente classificados como material para uso e consumo do estabelecimento, quando na verdade compõe o ativo imobilizado da empresa. Reafirma que é totalmente improcedente esta infração.

Afirma que a Informação Fiscal pretende desqualificar a finalidade desses veículos, que atende a

atividade da empresa, justificando que o uso “não se relaciona com a consecução da atividade fim do contribuinte”.

Sustenta que inexiste na legislação previsão de que os veículos adquiridos devem ser utilizados apenas para a atividade fim de empresa, mas sim que devem ser destinados às atividades empresariais, ainda que atividade meio. Neste sentido, reproduz o art. 20 da Lei nº. 7.014/96.

Destaca que a ideia de uso pessoal é bastante peculiar e não se aplica ao caso concreto. Alega que os veículos não estão atendendo uma única pessoa na empresa, estando disponível a todos funcionários, facilitando seu deslocamento em segmentos variados para otimizar a rotina de trabalho de quem se serve, além de rotinas vinculadas exclusivamente ao objetivo finalístico da indústria.

Diz que dessa forma, não resta dúvida que se está a tratar de veículos destinados às atividades empresariais, portanto, componente do seu ativo imobilizado.

Assegura que o rol de provas confirma o quanto alegado, e consoante já sustentado, não cabe ao Fisco Estadual desconsiderar toda a escrita fiscal da empresa para lançar crédito tributário com base em infração genérica e vaga.

Conclusivamente, diz que assim sendo, uma vez que os veículos adquiridos estão sendo efetivamente utilizados para a consecução da atividade da empresa e que em nenhum momento são direcionados para uso pessoal e exclusivo de qualquer funcionário ou sócio, se mostra no todo improcedente a infração 8, devendo ser excluída do presente Auto de Infração.

Quanto à infração 9, consigna que conforme mencionou de início, os autuantes se restringem a justificar o lançamento aduzindo um perfundório relato das alegações defensivas, contudo sem enfrentá-las. Diz que assim sendo, sem o intuito de redizer tudo o quanto explanado e comprovado à exaustão na peça de Defesa administrativa, ratifica a total insubsistência da infração, a qual não merece prosperar.

Sustenta que não há que prosperar este item da autuação, haja vista que o ICMS foi sim pago na data regulamentar, tendo ocorrido que, com o advento da Resolução nº 047/2006, verificou-se que o valor foi pago a menor, completamente de encontro com o que foi acordado e negociado nas inúmeras reuniões com o Conselho Deliberativo do Benefício, como alhures explanado. Aduz que desse modo, em legítima boa-fé, orientado pela própria SEFAZ efetuou a denúncia espontânea e recolheu no total a diferença a pagar de parcela não incentivada, a partir da sua efetiva exigência com a publicação da Resolução nº 135/2009, acrescidos dos juros de mora.

Assevera que não se pode negar os benefícios da denúncia espontânea para o contribuinte, pois a mora é justificada e se aplica à respectiva mora da Secretaria da Fazenda em apreciar pleito do contribuinte.

Conclusivamente, diz que assim sendo, ratifica e reitera tudo o quanto asseverado na peça de Defesa inicial, requerendo que seja apreciada em todos os seus termos o que decerto levará à total exoneração da infração 9.

Finaliza a Manifestação requerendo que as razões apresentadas sejam acrescidas às razões da Defesa inicial, as quais reitera e ratifica em todos os seus termos, para que seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração, procedendo-se, consequentemente, à extinção do processo administrativo, por conta dos erros do levantamento realizado, que não encontra suporte na contabilidade da empresa, além da verdade material trazida a exame.

O autuado apresentou petição (fls.3588/3589) na qual requer a juntada de declaração prestada pela empresa ATMO Transporte Ltda., onde referida empresa declara que apura o ICMS pelo regime de Receita Bruta, conforme art. 108 c/c 505-A do RICMS/BA.

Diz o autuado que a referida declaração se coaduna perfeitamente com as notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela referida empresa, inexistindo dúvida que está sujeita à

retenção do ICMS pela alíquota de 5%, tal qual se fez no caso concreto, não havendo meios aptos a sustentar a exigência referente à infração 1.

Consta às fls.3593 a 3595, petição do autuado no sentido de juntada aos autos de cópia das correspondências mantidas entre a empresa os membros da SEFAZ/BA acerca dos moldes de migração do benefício PROIND/PROBAHIA para o DESENVOLVE.

Os autuantes, científicos da Manifestação do autuado, se pronunciaram (fls. 3625 a 3644 – vol. IX) reiterando os termos aduzidos na Informação Fiscal e, conclusivamente, dizem que na ausência de elementos impeditivos, modificativos ou extintivos das infrações, mantêm as infrações 1, 3 a 9, em todos os seus termos e valores. Quanto à infração 2, dizem que diante da apresentação de elementos modificativos, mantêm parcialmente a autuação, referente ao fato gerador de 01/07/2010, no valor de ICMS de R\$ 14,00.

Consta às fls. 3658 a 3662, petição do autuado no sentido de que, em caráter de extrema urgência e necessidade, pugna pela intimação da Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, a fim de que intervenha no feito, como órgão competente de orientação e deliberação superior, nos termos da legislação pertinente em vigor.

O PAF foi dado como instruído pelo então Julgador/Relator, Auditor Fiscal José Bezerra Lima Irmão (fl.3663-v. – volume IX).

O autuado apresentou Memoriais que se encontram acostados às fls. 3669 a 3691, nos quais reporta-se sobre todas as infrações e reitera os seus argumentos anteriormente apresentados na Defesa inicial e Manifestação posterior.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, na sessão de julgamento, deliberou pela conversão do feito em diligência à ASTEC/CONSEF (fls. 3690 a 3692), nos seguintes termos:

À ASTEC

Primeira parte: revisor

Itens 6º e 7º: os valores lançados dizem respeito à glosa de crédito de bens do ativo imobilizado, por razões diversas (item 6º), e à diferença de alíquotas relativa a aquisições interestaduais de material de consumo (item 7º).

O autuado, em meio a várias questões suscitadas, alega que todos os bens adquiridos e aplicados no ativo permanente foram utilizados nas instalações de novos projetos de ampliação e modernização das unidades produtivas (fl. 1686). Reitera noutro trecho que os bens foram registrados no ativo permanente, frisando que são mercadorias utilizadas nas instalações e montagens de projetos novos (fl. 1687). Em petição subsequente (fl. 2813), requereu a juntada de cópias de Notas Fiscais e elementos contábeis relativos a bens do ativo imobilizado considerados pela fiscalização como material de uso e consumo. Em manifestação posterior, o contribuinte assegurou que nenhum dos bens adquiridos pela empresa tinha o objetivo de manutenção e reparo do seu maquinário, mas sim de ampliação e modernização (fls. 3556-3557). E, em sustentação oral, o representante do autuado reiterou que os bens foram registrados no ativo permanente, frisando que são mercadorias utilizadas nas instalações e montagens de projetos novos, para ampliação, modernização e renovação do parque fabril.

1ª solicitação

Tendo em vista a alegação do autuado de que os bens adquiridos se destinam à ampliação, modernização e renovação de seu parque fabril, esta Junta solicita que seja intimado o contribuinte, concedendo-lhe o prazo de 30 dias, no sentido de fazer a descrição detalhada dos bens objeto dos itens 6º e 7º, separadamente, do Auto de Infração nº 207090.0015/12-0, classificando-os por grupos ou categorias da mesma natureza, informando, em relação a cada tipo de bem:

a. em que consiste o bem considerado;

b. qual a forma como o bem foi empregado, aplicado ou utilizado.

Obs.: na intimação do sujeito passivo deverá ser entregue cópia do presente despacho.

2ª solicitação

Em face das explicações prestadas pela empresa, deverá o revisor analisar os elementos apresentados por ela, levando em conta os critérios jurídico-contábeis atinentes à distinção entre bens de uso ou consumo e bens do ativo permanente.

Ao final, caso haja modificação dos valores, deverão ser refeitos os demonstrativos. Na revisão, deverá ser levada em conta o seguinte orientação:

Item 6º - crédito fiscal:

a) a determinação do que sejam bens do ativo imobilizado é feita de acordo com os critérios da legislação federal, nos termos do art. 93, V, "a", do RICMS, tais como máquinas, equipamentos e bens duráveis em

geral do ativo permanente, empregados na manutenção das atividades do estabelecimento, ou seja, bens que a empresa emprega para funcionar, sendo legítimo o crédito dos bens, bem como do imposto relativo aos serviços de transporte dos aludidos bens, inclusive o imposto pago a título de diferença de alíquotas desses bens e serviços;

b) um bem do ativo imobilizado pode ser adquirido já pronto e acabado. Mas pode também ser construído ou montado pela empresa, não somente na implantação de uma unidade como também na sua modernização, ampliação ou revitalização. Isso se aplica na construção ou montagem de qualquer bem do ativo permanente, inclusive máquinas, equipamentos, instalações, etc. Na contabilização das “imobilizações em curso” ou “imobilizações em andamento”, é admissível o crédito fiscal das partes e peças adquiridas, desde que se destinem a integrar um bem do ativo permanente confeccionado, construído ou montado pela própria empresa. Deverá ser verificado se os bens foram adquiridos para confecção, construção ou montagem de algum equipamento, máquina ou outro bem do ativo permanente, ou se os referidos bens foram adquiridos para simples reposição ou substituição de partes e peças inutilizadas ou gastas pelo uso, sendo que:

b.1) no primeiro caso, é legítimo o crédito;

b.2) no segundo caso, o crédito é indevido, por se tratar de material de uso ou consumo;

c) caso em meio aos créditos em discussão haja valores relativos a bens que tecnicamente não possam ser considerados na categoria de ativo imobilizado, ou que não se enquadrem nos projetos de implementação, ampliação, modernização ou revitalização do parque fabril, por serem mais apropriadamente classificáveis como insumos ou como materiais de consumo, deverão ser considerados os créditos dos insumos da atividade-fim da empresa, procedendo-se à glosa dos créditos referentes a materiais de uso ou consumo do estabelecimento, de acordo com o critério estabelecido no § 1º do art. 93 do RICMS.

Item 7º - diferença de alíquotas:

Caso em meio aos bens sujeitos ao pagamento da diferença de alíquotas – bens do ativo imobilizado e bens de uso ou consumo – haja valores relativos a bens que se enquadrem como insumos da atividade-fim da empresa, deverão ser excluídos tais valores do levantamento fiscal.

Item 8º: o lançamento cuida de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de “material para uso e consumo do estabelecimento”.

3ª solicitação

Considerando-se que o demonstrativo à fl. 275 não indica quais os bens ou materiais objeto da glosa do crédito, esta Junta solicita que seja elaborado demonstrativo discriminando, em relação a cada parcela, os tipos de bens ou materiais correspondentes.

Segunda parte: órgão preparador – ciência ao sujeito passivo e aos fiscais autuantes

Uma vez atendidas as providências do tópico anterior pelo fiscal diligente, deverá o órgão preparador intimar o contribuinte do resultado desta diligência, fornecendo-lhe, no ato da intimação, mediante recibo:

a) cópia do presente despacho;

b) cópia do resultado desta diligência, inclusive cópia dos elementos que porventura sejam acostados ao parecer do fiscal diligente.

Na intimação do sujeito passivo, deverá ser declarado de forma expressa que fica reaberto o prazo de defesa (30 dias).

Dê-se ciência também aos fiscais autuantes.

Consta à fl.3694 - vol. IX -, Requerimento de Parcelamento de Débito e à fl. 3695 – vol. IX -, petição do autuado na qual solicita a emissão do DAE para pagamento da parcela inicial do parcelamento referente a infração 9 que restou reconhecida, nos termos da Lei nº. 12.903/13 (Refis 2013). À fl. 3700 - vol. IX-, consta TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA, no qual o autuado renuncia a qualquer defesa ou recurso tendentes a discutir o crédito tributário objeto do referido termo, bem como desiste de qualquer ação, incidente ou recurso interpostos para discussão do referido crédito tributário.

O Auditor Fiscal da ASTEC/CONSEF, designado para cumprir a diligência, intimou o autuado (fl.3708 – vol. IX), a fim de que em face às alegações defensivas atinentes às infrações 6 e 7 fosse esclarecido (i) em que consiste o bem considerado; (ii) qual a forma como o bem foi empregado, aplicado ou utilizado.

Consta à fl.3713 - vol. IX -, pedido do autuado no sentido de concessão de prorrogação de prazo por mais 30 dias para atendimento da intimação.

O diligenciador da ASTEC/CONSEF, em face ao seu afastamento temporário por férias e licença prêmio, devolveu o PAF à ASTEC (fl. 3716 - vol. IX).

Após o seu retorno das férias e licença prêmio, o diligenciador da ASTEC/CONSEF esclareceu que em face ao não atendimento da intimação pelo autuado, efetuou uma segunda intimação com

novo prazo de 30 dias que ainda está em curso, sendo que, em razão de novo afastamento de suas atividades laborais, devolveu o PAF para redistribuição.

O autuado no atendimento da intimação se manifestou (fls. 3722 a 3725 - vol. IX).

Alega que no presente caso, no momento da lavratura do Auto de Infração, não foi levado em consideração um critério altamente relevante na avaliação dos bens, qual seja, sua finalidade para fins de classificação como imobilizado, em relação à destinação das mercadorias em questão.

Diz que por essa razão, após longo levantamento de todos os itens discriminados nas Notas Fiscais fiscalizadas, com intuito de afastar totalmente o presente lançamento, em que pese sua flagrante nulidade, nos termos alhures ventilados, observou-se que todos os produtos adquiridos nas referidas notas, foram efetivamente incorporados ao ativo imobilizado, não se confundindo sob nenhuma forma com bens de uso e consumo.

Destaca, por amostragem, a falta de critério e desrespeito à legislação vigente, dizendo que foi possível identificar que em vários casos a fiscalização destacou ICMS a mais do que havia se creditado, seja por erro na aplicação da alíquota ou por equívoco na apuração da base de cálculo conforme literalmente apresenta abaixo:

➤ *Nota Fiscal de nº 3157, emitida pela empresa Elétrica Mares em 28/11/2006, composta pelos itens (a) Cabo singelo flx. Isol. 0,6/1KV 120mm, (b) Terminal de compressão para cabo 120mm, (c) Terminal de compressão para fio 95mm e (d) Quadro de comando tampa transparente ref. CCP5040 20 TR Cemar.*

Pois bem. Referida nota abarca além de materiais direcionados ao ativo imobilizado da empresa, a saber, os itens “a”, “b” e “c” – utilizados no painel do eneroil, também é constituída de material para uso e consumo, intitulado no item “d”. Diante disso, a Impugnante apenas se creditou do valor de R\$ 2.860,42 (dois mil oitocentos e sessenta reais e quarenta e dois centavos).

Contudo, a i. Fiscal realizou o lançamento equivocado do valor de R\$ 2.936,92 (dois mil novecentos e trinta e seis reais e noventa e dois centavos), desconsiderando o montante do crédito apurado e controlado no livro CIAP e deixando de observar as características e peculiaridade conceitual do ativo permanente da indústria química, presumindo que seriam destinados ao uso e consumo.

Referido equívoco pode ser observado em outras tantas Notas Fiscais, abaixo descritas por amostragem:

Nota Fiscal nº 54, emitida pela empresa Comfiaço em 11/11/2005, composta pelos itens: (a) Tubo pvc esgoto Tigre – 75 MM (6mts), (b) Barra rosada A.C. – 7/8" UNC, (c) Porca A.C. 7/8" UNC e (d) Arruela A.C. 7/8".

A Impugnante se creditou dos créditos equivalentes aos itens “b”, “c” e “d”, utilizados, respectivamente, na bomba, construção do evaporador e construção de galpão, que totalizou o montante de R\$ 9,22 (nove reais e vinte e dois centavos), todavia, a fiscalização apurou o montante de R\$ 22,54 (vinte e dois reais e cinquenta e quatro centavos), em mais um caso, dentre tantos, da falta de atenção e descaso com a escrituração contábil da empresa.

Noutro caso, ainda mais curioso a ilustre fiscal apurou um montante maior do que a própria Nota Fiscal, qual seja:

Nota Fiscal nº 1747, emitida pela empresa IMPRELAJE em 25/04/2005, composta pelo item Calha Conc. 0,30x100.

Referido item foi utilizado para integrar a parte elétrica dos cabeamentos, a empresa creditou-se do valor de R\$ 70,49 (setenta reais e quarenta e nove centavos), entretanto, a fiscalização informou equivocadamente a glosa de R\$ 460,70 (quatrocentos e sessenta reais e setenta centavos), desconsiderando, mais uma vez, o montante do crédito apurado e controlado no livro CIAP.

Desta feita, basta uma análise superficial dos produtos arrolados, para se afigurar a imprescindibilidade desses equipamentos para a realização da atividade fim do estabelecimento. Tomemos como exemplo a Porca A.C. 7/8" UNC, utilizada na construção do evaporador, ante a informação de que a evaporação situa-se na etapa de concentração das correntes de processamento e é largamente usada para concentrar produtos químicos e recuperar solventes usados em processos na indústria química, dúvidas não podem pairar acerca da utilização desse produto para a atividade fim da empresa, restando por consequência lógica que o item foi adquirido para integração ao ativo imobilizado.

Resta hialino, portanto, que as Autoridades Fiscais que lavraram o presente Auto de Infração partiram de premissa fática equivocada, vez que as Notas Fiscais que deram origem as referidas infrações comprovadamente não se reportaram a produto destinado a uso e consumo, mas sim a composição do ativo imobilizado da empresa. Por conseguinte, efetuaram lançamento genérico e desprovido de fundamento legal, não havendo que se falar em ilegitimidade dos créditos fiscais e diferencial de alíquota.

Prosseguindo, diz que imbuída da boa-fé que lhe é peculiar, ao realizar o levantamento detalhado das informações constantes da planilha anexa, verificou que houve um equívoco no creditamento

de alguns créditos que efetivamente foram destinados ao seu uso e consumo, tratando-se de materiais utilizados para a despesa do próprio estabelecimento, tais como, televisor, calças, camisas, chaves, cantoneiras, botas, dentre outros itens, que, por não serem destinados para a atividade fim da empresa, não gerariam direito a crédito.

Assinala que em vista disso, destacou na planilha anexa todo material destinado a este fim, inserindo no campo de observações a informação “**uso e consumo (despesa)**”, especificando todos os créditos indevidamente apropriados e notas fiscais correlatas, para que estes possam ser apurados pelo Fisco Estadual.

Conclusivamente, diz que diante disso, o bom senso recomenda a reconsideração das infrações 6 e 7, julgando, portanto, improcedente a autuação, o que se faz observando os princípios da verdade material e da moralidade administrativa, pois, caso este duto Conselho insista equivocadamente na cobrança indevida, estará punindo um contribuinte que sempre agiu dentro da legalidade e boa-fé, observando todas as regras impostas pelo RICMS, o que seria, de fato, inaceitável.

Finaliza reiterando o requerimento formalizado na Impugnação de que todas as notificações e intimações, sejam veiculadas/expeditas, exclusivamente, em nome do advogado Carlos Roberto Siqueira Castro, OAB/BA nº 17.769, com endereço profissional indicado no cabeçalho da petição, sob pena de nulidade.

O novo Auditor Fiscal da ASTEC/CONSEF designado para cumprir a diligência emitiu o Parecer ASTEC Nº. 009/2017 (fls.3746 a 3769 – vol. X), no qual apresentou as suas considerações e conclusões, conforme excertos literalmente reproduzidos abaixo:

PARECER ASTEC N.º 009/2017

[...]

Este parecer decorre da Defesa Administrativa, de fls. 1655 a 1716, apresentada pela IPC DO NORDESTE LTDA, nos termos do art. 123 do RPAF, impugnando o lançamento do crédito tributário efetuado mediante o presente Auto de Infração de nº 207090.0015/12-0, lavrado em 26/12/2012, para reclamar ICMS no valor histórico de R\$280.765,16, conforme os termos da autuação a seguir resumidamente descritos:

[...]

DA DILIGÊNCIA:

Ao desenvolver os trabalhos de diligência, em conformidade com os termos do pedido do Senhor Conselheiro Relator às fls. 3690/3692 dos Autos, realizei os seguintes procedimentos, os quais passo a relatar.

O diligenciador da ASTEC registra, inicialmente, que em atenção à solicitação que encaminhou os autuantes disponibilizaram cópia dos arquivos, em Planilha EXCEL, em meio magnético, via e-mail, dos Demonstrativos que dão sustentação a lavratura das Infrações 06; 07 e 08, integrantes do Auto de Infração em destaque, conforme previsto no Art.8º, §§ 3º e 4º, do RPAF aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09.07.1999, tendo referidos prepostos fiscais consignado que, na época apropriada, remeteram ao CONSEF, como determina o regulamento, todos os levantamentos que embasaram o lançamento.

Registra, ainda, que objetivando complementar os elementos integrantes do presente processo, no caso demonstrativos, planilhas, documentos, visando à obtenção dos dados e informações necessárias para a construção do seu Parecer adotou as seguintes providências: (i) realizou consultas e pesquisas em sistemas informatizados da SEFAZ/BA e RFB, tais como, o Sistema INC – Informações do Contribuinte (SEFAZ/BA) e Portal da Nota Fiscal Eletrônica (RFB), dentre outros; (ii) realizou visitas técnicas ao estabelecimento industrial do Contribuinte em 01/12/2016 e 16/02/2017; e (iii) intimou o Contribuinte para apresentação de documentos e esclarecimentos relativos ao objeto da presente Diligência, conforme Intimações (3 e 4) contidas no Apêndice A deste Parecer, às fls. 3.765/3.771.

• Da primeira solicitação do pedido de diligência - Infrações 06 e 07

“1. Tendo em vista a alegação da Autuada de que os bens adquiridos se destinam à ampliação, modernização e renovação de seu parque fabril, esta Junta solicita que seja intimado o Contribuinte, concedendo-lhe o prazo de 30 dias, no sentido de fazer a descrição detalhada dos bens objeto dos itens 6º e 7º, separadamente, do Auto de Infração nº 207090.0015/12-0, classificando-os por grupos ou categorias da mesma natureza, informando, em relação a cada tipo de bem:

a.em que consiste o bem considerado;

b.qual a forma como o bem foi empregado, aplicado ou utilizado.”.

No que tange a essa primeira solicitação, esse Diligente salienta que ao receber o PAF em exame a mesma já havia sido cumprida por outro Auditor Fiscal Diligente, o qual exarou Intimações (1 e 2) contidas respectivamente nos documentos de fls. 3.708 e 3.720 dos Autos.

Em atenção às mencionadas Intimações e, conforme protocolada em 25/06/2015, sob o Nº SIPRO 117827/2015-8, a Autuada apresentou peça, a qual se encontra contida no PAF, às fls. 3722 a 3743.

Feitas essas considerações iniciais, vale comentar, contudo, que, após exame da peça acima referenciada, conclui-se que:

1. A mesma não atende integralmente o quanto fora solicitado pelo Diligente anterior, vez que:

a) A Autuada não apresentou planilhas separadas para as Infrações 06 e 07, conforme solicitado, ressaltando-se, porém, que a não separação das planilhas dificulta, mas não impede a verificação das informações relativas aos bens objeto das mencionadas infrações, na medida em que é possível identificar a maioria das Notas Fiscais listadas pelos Autuantes, nos demonstrativos: (i) “LEVANTAMENTO FISCAL – ATIVO – CIAP”, de fls. 236 a 261 (Infração 06); e (ii) “LEVANTAMENTO FISCAL – DIFAL / AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE PRODUTOS NÃO ENQUADRADOS EM AQUISIÇÃO DE ATIVO”, de fls. 269 a 274 (Infração 07);

b) A planilha contida na peça em comento não contempla as informações referentes a todas as notas fiscais discriminadas nos demonstrativos produzidos pelos Fiscais Autuantes, relativos às infrações nºs. 06 (fls. 234 a 261) e 07 (fls. 269 a 274);

2. A descrição da utilização dos bens inserida na peça em comento não é suficiente para indicar se esse ou aquele bem (por exemplo, partes e peças) fora empregado, aplicado ou utilizado, na confecção, construção ou montagem de algum equipamento, máquina ou outro bem do ativo permanente, ou se apenas fora adquirido para simples reposição ou substituição de partes e peças inutilizadas ou gastas pelo uso.

Assim, diante do acima exposto, esse Diligente entende que para cumprimento da segunda solicitação recomendada pela 1ª JJF, sobre a qual se dissertará a seguir, mister se faz analisar outros elementos que auxiliem na busca da verdade material dos fatos que deram origem ao presente PAF, em especial os projetos que deram suporte à montagem das referidas unidades e aos seus respectivos “up grades” (ampliação, modernização e renovação), assim como os lançamentos contábeis que vinculem a utilização dos produtos objeto das Infrações 06 e 07 do Auto de Infração em tela, aos projetos em comento.

• Da segunda solicitação do pedido de diligência - Infrações 06 e 07

“2. Em face das explicações prestadas pela Empresa, deverá o Revisor analisar os elementos apresentados por ela, levando em conta os critérios jurídico-contábeis atinentes à distinção entre bens de uso ou consumo e bens do ativo permanente. Ao final, caso haja modificação dos valores, deverão ser refeitos os demonstrativos.”.

Tratam as Infrações 06 e 07, respectivamente, de: (i) utilização de crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, em valor superior ao permitido pela legislação; e (ii) não recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Considerando as alegações apresentadas pela Autuada em suas Peças Defensivas, em contraponto às acusações dos Autuantes, contidas no Auto de Infração e mantidas na Informação Fiscal, e considerando ainda a necessidade de agregar novos elementos e informações que ajudassem no deslinde da matéria, a 1ª JJF solicitou que:

1. Fosse intimado o Contribuinte, no sentido deste fazer a descrição detalhada dos bens objeto dos itens 6º e 7º, separadamente, do Auto de Infração nº 207090.0015/12-0, classificando-os por grupos ou categorias da mesma natureza, informando, em relação a cada tipo de bem: (a) em que consiste o bem considerado; e (b) qual a forma como o bem foi empregado, aplicado ou utilizado;

2. Com base nas informações prestadas pela Empresa em atendimento à Intimação citada no item anterior, o Fiscal Revisor analisasse os elementos apresentados por ela, levando em conta os critérios jurídico-contábeis atinentes à distinção entre bens de uso ou consumo e bens do ativo permanente, devendo o Diligente, ao final, caso haja modificação dos valores, refazer os demonstrativos que deram suporte ao lançamento.

Visando a realização da tarefa contida no item “2” acima, exarou ainda a 1ª JJF as seguintes orientações: “Um bem do ativo imobilizado pode ser adquirido já pronto e acabado. Mas pode também ser construído ou montado pela Empresa, não somente na implantação de uma unidade como também na sua modernização, ampliação ou revitalização. Isso se aplica na construção ou montagem de qualquer bem do ativo permanente, inclusive máquinas, equipamentos, instalações, etc. Na contabilização das “imobilizações em curso” ou “imobilizações em andamento”, é admissível o crédito fiscal das partes e peças adquiridas, desde que se destinem a integrar um bem do ativo permanente confeccionado, construído ou montado pela própria empresa. Deverá ser verificado se os bens foram adquiridos para confecção, construção ou montagem de algum equipamento, máquina ou outro bem do ativo permanente, ou se os referidos bens foram adquiridos para simples reposição ou substituição de partes e peças inutilizadas ou gastas pelo uso, sendo que:

(i) no primeiro caso, é legítimo o crédito;

(ii) no segundo caso, o crédito é indevido, por se tratar de material de uso ou consumo.”.

Assim, seguindo a linha de raciocínio consubstanciada na orientação da 1ª JJF, visto que os conceitos de bens de ativo e bens de uso/consumo nela considerados para a admissibilidade do crédito encontram eco em posição oficial da SEFAZ/BA, segundo se depreende do texto abaixo replicado extraído do PARECER Nº 01595/2011, exarado pela DITRI em 24/01/2011, acostado aos Autos, às fls. 73/75:

“... a construção e instalação do parque industrial, quando realizada por empresa de engenharia e construção civil, implica necessariamente na realização, por parte da empresa prestadora do serviço, de diversas operações de aquisição de partes, peças, máquinas e equipamentos industriais que, embora adquiridos diretamente pela contratada, referem-se a bens que serão integrados ao ativo imobilizado do estabelecimento industrial contratante...” (GN).

“Conclui-se, portanto, que o benefício em tela alcança unicamente as aquisições de partes e peças empregadas na instalação e construção do parque industrial (máquinas e equipamentos) realizadas na forma acima descrita, e não as partes e peças de reposição, adquiridas pelo próprio estabelecimento (...) para fins de simples manutenção e reparo de seu maquinário - peças estas que se caracterizam como materiais de uso e consumo do adquirente.”.

E, visto ainda que tais conceitos, consagrados pela legislação estadual do ICMS, definem que:

“É legítimo o crédito, se os bens foram adquiridos para confecção, construção, montagem, ampliação, modernização ou renovação de algum equipamento, máquina ou outro bem do ativo permanente;”

“O crédito é indevido, se os bens foram adquiridos para simples reposição ou substituição de partes e peças inutilizadas ou gastas pelo uso, por se tratar de material de uso ou consumo.”.

Poder-se-ia afirmar desenganadamente que no momento inicial da montagem das unidades produtivas da Empresa, assim como nas ocasiões em que tais unidades foram submetidas a algum processo de “up grade” (ampliação, modernização e renovação), os bens aplicados nessas unidades dariam direito a crédito. A contrario sensu, os bens aplicados ao longo do tempo a título de simples reposição ou substituição de partes e peças inutilizadas ou gastas pelo uso não dariam direito à apropriação de crédito, por configurarem material de uso ou consumo.

Então, a partir das assertivas acima, é legítimo concluir, S.M.J., que a chave para deslinde da questão em discussão passa necessariamente pela identificação do momento e do objetivo da utilização dos bens em apreço, se utilizados na confecção, construção, montagem, ampliação, modernização ou renovação, de algum equipamento, máquina ou outro bem do ativo permanente, ou, se utilizados para simples reposição ou substituição de partes e peças inutilizadas ou gastas pelo uso.

Nesse sentido, entendeu esse Diligente que, para a realização da tarefa, torna-se imperativo avaliar, preliminarmente, se os elementos contidos no PAF são suficientes para que possa ser verificado se os bens em análise foram adquiridos para confecção, construção ou montagem de algum equipamento, máquina ou outro bem do ativo permanente, ou se foram adquiridos para simples reposição ou substituição de partes e peças inutilizadas ou gastas pelo uso.

Realizada essa avaliação preliminar:

a) Constatou-se que a planilha contida na peça protocolada em 25/06/2015 pela Autuada, sob o Nº SIPRO 117827/2015-8, acostada ao PAF, às fls. 3722 a 3743 não contempla as informações referentes a todas as notas fiscais contidas nos demonstrativos produzidos pelos Fiscais Atuantes, relativos às infrações nºs. 06 (fls. 234 a 261) e 07 (fls. 269 a 274);

b) Entendeu-se, S.M.J., que os elementos contidos no presente PAF, assim como a descrição da utilização dos bens inserida na peça acima mencionada, não são suficientes para possibilitar concluir se esse ou aquele bem fora empregado, aplicado ou utilizado, na confecção, construção ou montagem de algum equipamento, máquina ou outro bem do ativo permanente, ou se apenas fora adquirido para simples reposição ou substituição de partes e peças inutilizadas ou gastas pelo uso.

Nesse diapasão, diante do entendimento acima exposto, e considerando-se especialmente tratar-se de fatos que ocorreram num passado já distante, pois se referem a créditos gerados por operações que aconteceram desde os idos de 2004, com repercussão em 2007, 2008, 2009 e 2010, para a consecução dessa segunda solicitação, procurou-se reunir outros elementos que pudessem auxiliar na busca da verdade material dos fatos que deram origem ao presente PAF, em especial os projetos que deram suporte à montagem das referidas unidades e aos seus respectivos “up grades” (ampliação, modernização e renovação), assim como os lançamentos contábeis que vinculam a utilização dos produtos objeto das Infrações 06 e 07 do Auto de Infração em tela, aos projetos em comento.

Feitas essas considerações iniciais, passo então a relatar sobre as ações levadas a efeito visando à realização do quanto solicitado pela 1ª JJF, em relação a essa segunda solicitação do pedido de diligência.

Para a execução da tarefa, inicialmente esse Diligente intimou o Contribuinte a apresentar documentos e esclarecimentos relativos ao objeto da presente Diligência, conforme Intimações (3 e 4) contidas no Apêndice A deste Parecer (fls. 3.765/3.771), e realizou, em 01/12/16 e 16/02/2017, visitas técnicas ao estabelecimento industrial da Impugnante, sendo recebido, em ambas as ocasiões, pelos Senhores: Wanderlan G. Almeida (Diretor); Jackson Tadeu Barros Leal (Contador); André Dantas (Gerente de Produção e Manutenção) e Valdnei Santos (Supervisor de Manutenção), e tendo, numa naquelas oportunidades, conhecido, in loco, o parque industrial da Empresa, sobre o qual passo a tecer alguns comentários relativos à sua configuração, com o fito de propiciar aos Senhores Julgadores uma visão geral das instalações fabris da Autuada.

Trata-se de Empresa que atua no ramo da indústria química, contendo em seu parque fabril oito unidades ligadas diretamente à sua produção industrial, interligadas entre si por intermédio de tubulações, fiações, bombas, válvulas e estruturas metálicas. São elas: (1) Unidade de Bicarbonato de Amônio (AM); (2)

Unidade de Bicarbonato de Sódio (BS); (3) Unidade de Cloreto de Cálcio (CC); (4) Unidade de Cloreto de Cálcio Solução (CCS); (5) Unidade de Cloreto de Magnésio (CMG); (6) Unidade de Eneroil (ENEROIL); (7) Unidade de Ácido Clorídrico (HCL); e (8) Unidade Compartilhada – Comum (COMUM), conforme ilustrado nas imagens exemplificativas abaixo reproduzidas

[...]

Sendo que a unidade aqui denominada de “Unidade Compartilhada – Comum (COMUM)” está interligada às demais unidades, fornecendo a todas elas utilidades necessárias e comuns aos respectivos processos produtivos.

Por ocasião das aludidas visitas técnicas acima mencionadas e após a realização das mesmas, a Autuada, em atenção às Intimações (3 e 4) supra referenciadas, disponibilizou: (i) novas informações acerca da movimentação interna, dos controles e da contabilização dos bens objeto das Infrações 06 e 07; e (ii) novos documentos relacionados aos mesmos bens, dando conta de que:

1. Mantém fisicamente em suas instalações, almoxarifado com controles individuais para bens destinados a Investimento (Ativo) e Consumo;

*2. A movimentação desses bens é feita mediante emissão e registro em documentos internos da Empresa, tais como aqueles denominados “MOVIMENTAÇÃO INTERNA DE MATERIAIS”, o qual **consigna**, em campo próprio, a aplicação do bem, se em manutenção ou investimento, e “FICHA DE MOVIMENTAÇÃO DE PRODUTOS”, conforme exemplos representados pelas cópias dos referidos documentos contidos no Apêndice B deste Parecer, às fls. 3.772/3.774;*

3. Conforme consubstanciados nos exemplos de lançamentos contábeis efetuados no Livro Razão, contidos nas cópias de documentos inseridos no Apêndice C deste Parecer, às fls. 3.775/3.847, contabiliza esses bens em contas específicas, previstas no:

a. “PLANO DE CONTAS CONTÁBIL”, no qual os bens de ATIVO estão inseridos na “Classificação 1” e os bens de CONSUMO na “Classificação 4”;

b. “PLANO DE CENTRO DE CUSTOS”, no qual os bens de ATIVO estão inseridos na “Classificação 7” e os bens de CONSUMO na “Classificação 8”;

4. Embora possua os projetos que deram suporte a cada unidade produtiva da Empresa, os quais constituem o Apêndice D deste Parecer, às fls. 3.848/3.856, estes não apresentam detalhamento de engenharia contendo a previsão de aplicação dos produtos que alega como sendo ativo imobilizado;

5. Mantém controles relativos aos créditos de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), referentes aos exercícios fiscalizados (2007 a 2010), cujas cópias referentes aos meses DEZ/2007; OUT/2008; DEZ/2009 e DEZ/2010, a título exemplificativo, compõem o Apêndice E deste Parecer, às fls. 3.857/3.914;

6. Complementou parcialmente a planilha inserida na peça protocolada em 25/06/2015, sob o Nº SIPRO 117827/2015-8, acostada ao PAF, às fls. 3722 a 3743, indicando inclusive os documentos que considerou inexistentes, visto que esta não contemplava as informações referentes a todas as notas fiscais contidas nos demonstrativos produzidos pelos Fiscais Atuantes, relativos às infrações nºs. 06 (fls. 234 a 261) e 07 (fls. 269 a 274), constituindo-se essa nova planilha no Apêndice F deste Parecer, às fls. 3.915/3.934.

Por outro lado, ainda por ocasião das visitas técnicas realizadas às instalações industriais da Autuada, constatou-se que, dentre os bens objetos de glossa de créditos pelos Autuantes, indicados nos demonstrativos: (i) “LEVANTAMENTO FISCAL – ATIVO – CIAP”, de fls. 236 a 261 (Infração 06); e (ii) “LEVANTAMENTO FISCAL – DIFAL / AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE PRODUTOS NÃO ENQUADRADOS EM AQUISIÇÃO DE ATIVO”, de fls. 269 a 274 (Infração 07), existem bens que poderiam ser enquadrados desenganadamente como bens de ativo, como por exemplo, os produtos abaixo indicados, contidos nas Figuras XII a XX:

[...]

e outros que poderiam ser classificados facilmente como bens de uso e consumo, tais como os produtos denominados: (i) FLANGE SOBREPOSTO EM A/C - 150# 3”; (ii) COTOVELO 90 - GALV 1.1/2”; (iii) TERMINAL GARFO P/FIO 6MM2; e (iv) ABRAÇADEIRA NYLON - 200X5,0X1,3, abaixo discriminados, contidos nas Figuras XXI a XXIV:

[...]

Contudo, a depender do momento e do objetivo de sua utilização, e não só das suas características individuais, poderão ser classificados como bens de ativo, com direito a crédito, ou bens de uso/consumo, sem direito a crédito.

Vale dizer então que, na opinião desse Diligente, a classificação do bem como ativo ou uso/consumo, levando-se em consideração apenas as características desse bem, sem considerar o momento e o objetivo da sua utilização, imprime um grau de subjetividade incompatível com a segurança jurídica desejável para o lançamento do crédito tributário.

Destarte, diante das constatações acima elencadas, entende esse Diligente que, a metodologia a ser adotada para a realização da tarefa encomendada pela 1ª JJF, com a desejável redução do grau de subjetividade no processo de classificação dos bens como ativo ou uso/consumo, de forma a atribuir-lhe um nível de segurança jurídica compatível com o lançamento decorrente das Infrações 06 e 07, em discussão, passa necessariamente pela combinação das informações relativas às características de cada bem e sua respectiva utilização, com aquelas contidas na contabilidade do Contribuinte, metodologia esta que se

torna factível, considerando-se que a Autuada: (i) mantém controles individuais para bens destinados a Investimento (Ativo) e Consumo; (ii) a movimentação desses bens é feita mediante emissão e registro em documentos internos da Empresa; (iii) contabiliza a movimentação desses bens em contas específicas; e (iv) mantém controles relativos aos créditos de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), referentes aos exercícios fiscalizados (2007 a 2010).

Em assim sendo, conclui-se que a realização desta segunda solicitação diligencial requer a aplicação de um roteiro de auditoria compatível com o desenvolvimento da tarefa em si, cuja execução vislumbre a combinação das informações relativas às características e utilização de cada bem com aquelas contidas na contabilidade do Contribuinte, deixando, este Diligente, de desenvolver tal tarefa por entender que a magnitude da solicitação contida no Pedido de Diligência exarado pelo Senhor Conselheiro Relator, às fls. 3690/3692, objeto da presente manifestação, extrapola o escopo de trabalho do Diligente da ASTEC por estar mais próxima de um refazimento da Ação Fiscal e, portanto, fora do âmbito da atividade de diligência determinado no Regimento Interno do CONSEF, na medida em que requer o exame individualizado de cada item objeto da autuação, combinando as informações relativas às suas características e à sua utilização com aquelas contidas na contabilidade da Autuada, cujo total se aproxima da casa dos mil itens distribuídos em mais de quinhentas notas fiscais.

In fine, sugiro aos Doutos Julgadores da 1^a JJF que enviem o presente pedido de diligência aos Senhores Auditores Fiscais Autuantes, detentores de todas as informações que deram origem ao lançamento do crédito fiscal em análise, para desenvolver a diligência no que concerne a esta segunda solicitação, na forma do que estabelece o § 6º do art. 127 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, dado extrapolar o escopo de trabalho das atividades desenvolvidas pelos Diligentes da ASTEC.

• Da terceira solicitação do pedido de diligência - Infração 08

“3. Considerando-se que o demonstrativo à fl. 275 não indica quais os bens ou materiais objeto da glosa do crédito, esta Junta solicita que seja elaborado demonstrativo discriminando, em relação a cada parcela, os tipos de bens ou materiais correspondentes.”.

Trata a Infração 08 da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

Asseveram os Autuantes que, no exercício de 2010, o Contribuinte efetuou aquisições interestaduais da Volkswagen através das Notas Fiscais nºs 315251, 315253 e 315792, cujas cópias se encontram acostadas ao processo, às fls. 2658 a 2660, classificando-as indevidamente como aquisições de ativo, e, consequentemente, utilizando o crédito destas operações, parceladamente, através de lançamentos nos livros RAICMS nºs 72, 73, 74 e 75, conforme assinalado no demonstrativo de fls. 275, denominado “LEVANTAMENTO FISCAL – UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO DISCAL NO LRAICMS”, produzido pelas citadas Autoridades Fiscais.

Ocorre que os Autuantes, ao construírem o demonstrativo acima referenciado não assinalaram quais os bens objeto da glosa do crédito, embora tenham citado na pag. 14 da Informação Fiscal (fls. 3795 do PAF) que se tratava de 03 veículos, assim como houvera registrado a Autuada na pag. 40 da Impugnação (fls. 1694 do PAF), admitindo ter adquirido “... três veículos, marca Volkswagen, modelo gol, 1.0, carro popular, com o objetivo de transportar materiais da área comercial e para compras de matérias-primas, insumos e material de consumo...”.

Assim, objetivando complementar o demonstrativo em comento, a 1^a JJF solicita que seja elaborado novo demonstrativo discriminando, em relação a cada parcela de crédito glosado, os tipos de bens ou materiais a ela referentes.

Para a consecução dessa tarefa, esse Diligente, constatando que as cópias das Notas Fiscais nºs 315251, 315253 e 315792, acostadas ao processo, às fls. 2658 a 2660, estão ilegíveis, buscou acessa-las por intermédio do Portal da Nota Fiscal Eletrônica (RFB), tendo obtido novas cópias das mesmas, as quais compõem o Apêndice G deste Parecer, às fls. 3.935/3.944, confirmando que cada um dos citados documentos fiscais acoberta a aquisição de 01 Veículo VW/GOL 1.0, perfazendo uma aquisição total de 03 veículos, ocorrida no mês de DEZ/2009.

De posse desses novos elementos, esse Diligente utilizou-se da planilha produzida e disponibilizada pelos Autuantes, referente ao demonstrativo de fls. 275, denominado “LEVANTAMENTO FISCAL – UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO DISCAL NO LRAICMS”, tendo a ação diligencial realizada para consecução desta tarefa se constituído, tão somente, na inclusão dos dados referentes aos 03 veículos VW/GOL 1.0, adquiridos pela Empresa conforme as Notas Fiscais nºs 315251, 315253 e 315792, mantidos os demais elementos levantados pelas Autoridades Fiscais, sem que tenha sido efetuado qualquer juízo de valor quanto à metodologia adotada pela fiscalização e quanto ao mérito da autuação.

Em conclusão, após a realização do quanto solicitado pela 1^a JJF relativamente a essa 3^a solicitação, gerou-se então o Demonstrativo a seguir replicado, o qual é ofertado aos Senhores Julgadores para avaliação e deliberação: [...].

Conclusivamente, o diligenciador da ASTEC/CONSEF consignou que diante de todo o exposto, considerando parcialmente cumprida a diligência nos termos do pedido da 1^a JJF, às fls. 3690/3692, cujo resultado está contido em disco de armazenamento de dados no Apêndice H do Parecer, às

fls. 3.945, apresenta as seguintes considerações:

Primeira solicitação - Infrações 06 e 07 - “*Tendo em vista a alegação do Autuado de que os bens adquiridos se destinam à ampliação, modernização e renovação de seu parque fabril, esta Junta solicita que seja intimado o Contribuinte, concedendo-lhe o prazo de 30 dias, no sentido de fazer a descrição detalhada dos bens objeto dos itens 6º e 7º, separadamente, do Auto de Infração nº 207090.0015/12-0, classificando-os por grupos ou categorias da mesma natureza, informando, em relação a cada tipo de bem: (a) em que consiste o bem considerado; e (b) qual a forma como o bem foi empregado, aplicado ou utilizado.*” - A solicitação foi totalmente atendida na medida em que as Intimações foram exaradas conforme documentos de fls. 3.708 e 3.720 e Apêndice A (fls. 3.765/3.771), tendo a Autuada apresentado as informações solicitadas pela 1ª JJF, as quais se encontram incorporadas ao presente Parecer, conforme documentos de fls. 3.722 a 3.743 e Apêndice F (fls. 3.915/3.934), destacando-se que:

- a. A Autuada não apresentou planilhas separadas para as Infrações 06 e 07, conforme solicitado, ressaltando-se, porém, que a não separação das planilhas dificulta, mas não impede a verificação das informações relativas aos bens objeto das mencionadas infrações, na medida em que é possível identificar a maioria das Notas Fiscais listadas pelos Autuantes, nos demonstrativos: (i) “LEVANTAMENTO FISCAL – ATIVO – CIAP”, de fls. 236 a 261 (Infração 06); e (ii) “LEVANTAMENTO FISCAL – DIFAL / AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE PRODUTOS NÃO ENQUADRADOS EM AQUISIÇÃO DE ATIVO”, de fls. 269 a 274 (Infração 07);
- b. A planilha contida na peça protocolada em 25/06/2015, sob o Nº SIPRO 117827/2015-8, acostada ao PAF, às fls. 3.722 a 3.743, foi parcialmente complementada, indicando inclusive os documentos considerados inexistentes pela Autuada, visto que esta não contemplava as informações referentes a todas as notas fiscais contidas nos demonstrativos produzidos pelos Fiscais Autuantes, relativos às infrações nºs. 06 (fls. 234 a 261) e 07 (fls. 269 a 274).

Segunda solicitação - Infrações 06 e 07 – “*Em face das explicações prestadas pela Empresa, deverá o Revisor analisar os elementos apresentados por ela, levando em conta os critérios jurídico-contábeis atinentes à distinção entre bens de uso ou consumo e bens do ativo permanente. Ao final, caso haja modificação dos valores, deverão ser refeitos os demonstrativos.*” - Embora a solicitação não tenha sido atendida em razão da magnitude da tarefa extrapolar o escopo de trabalho dos Diligentes da ASTEC, na medida em que se encontra fora do âmbito da atividade diligencial prevista no Regimento Interno do CONSEF, dado que está mais próxima de um refazimento da Ação Fiscal, foram agregados ao Parecer outros elementos, configurados nos Apêndices B (fls. 3.772/3.774); C (fls. 3.775/3.847); D (fls. 3.848/3.856) e E (fls. 3.857/3.914), capazes de auxiliar os Senhores Julgadores na decisão da lide, destacando-se, dentre outras, as seguintes considerações:

- a. Para efeito da aplicação da legislação do ICMS, foi considerado o conceito de que: (i) é legítimo o crédito, se os bens foram adquiridos para confecção, construção, montagem, ampliação, modernização ou renovação de algum equipamento, máquina ou outro bem do ativo permanente; e (ii) o crédito é indevido, se os bens foram adquiridos para simples reposição ou substituição de partes e peças inutilizadas ou gastas pelo uso, por se tratar de material de uso ou consumo;
- b. A classificação do bem como ativo ou uso/consumo, levando-se em consideração apenas as características desse bem, sem observar o momento e o objetivo da sua utilização, imprime um grau de subjetividade incompatível com a segurança jurídica desejável para o lançamento do crédito tributário.
- c. O caminho a ser adotado para a realização da tarefa, com redução do grau de subjetividade no processo de classificação dos bens como ativo ou uso/consumo, atribuindo-lhe consequentemente um nível de segurança jurídica compatível com o lançamento, passa necessariamente pela combinação das informações relativas às características de cada bem com aquelas contidas na contabilidade do Contribuinte;
- d. A Autuada: (i) mantém controles individuais para bens destinados a Investimento (Ativo) e Consumo; (ii) a movimentação desses bens é feita mediante emissão e registro em documentos internos da Empresa; (iii) contabiliza a movimentação desses bens em contas específicas; e (iv) Mantém controles relativos aos créditos de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), referentes aos exercícios fiscalizados (2007 a 2010), tornando possível a aplicação da metodologia referenciada no item anterior;
- e. A consecução desta demanda requer a aplicação de um roteiro de auditoria compatível com o desenvolvimento da tarefa em si, cuja execução vislumbre a combinação das informações relativas às características de cada bem com aquelas contidas na contabilidade do Contribuinte.
- f. Sugere-se que o presente pedido de diligência seja enviado aos Senhores Auditores Fiscais Autuantes, para desenvolvimento da diligência no que concerne a esta segunda solicitação, na forma do que estabelece o § 6º do art. 127 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Terceira solicitação- Infração 08 – “*Considerando-se que o demonstrativo à fl. 275 não indica quais os bens ou materiais objeto da glosa do crédito, esta Junta solicita que seja elaborado demonstrativo discriminando, em relação a cada parcela, os tipos de bens ou materiais correspondentes.*” - A solicitação foi plenamente atendida, vez que novas cópias das Notas Fiscais nºs 315251, 315253 e 315792, foram obtidas por intermédio do Portal da Nota Fiscal Eletrônica (RFB), compondo o Apêndice G deste Parecer, às fls. 3.935/3.944, confirmando que cada um dos citados documentos fiscais acoberta a aquisição de 01 Veículo VW/GOL 1.0, perfazendo uma aquisição total de 03 veículos, ocorrida no mês de DEZ/2009, CUMPRINDO DESTACAR no corpo do presente Parecer, em sua pag. 17 (fls. 3.762 do PAF), o demonstrativo intitulado de “APÊNDICE G - DILIGÊNCIA FISCAL - PARECER

ASTEC N.º 009/2017 – INFRAÇÃO 08 - LEVANTAMENTO FISCAL - UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL NO LRAICMS”, contendo as informações acerca dos bens objeto da glosa do crédito, consubstanciada na Infração 08 do Auto de Infração em tela.

Finalmente, conforme descrito nos termos do pedido da diligência, às fls. 3690/3692, deve o órgão preparador:

1. Intimar o Contribuinte do resultado da mesma, fornecendo-lhe, no ato da intimação, mediante recibo:

a) cópia do despacho de diligência;

b) cópia do resultado da diligência, inclusive dos elementos que porventura sejam acostados ao parecer.

2. Na intimação do sujeito passivo, declarar expressamente que fica reaberto o prazo de defesa (30 dias).

3. Dar ciência aos Fiscais Autuantes.

Após os encaminhamentos acima, os Autos deverão retornar ao CONSEF para julgamento.

É o parecer

O autuado, cientificado do Parecer ASTEC N.º 0009/2017, se manifestou (fls. 3958 a 3968). Consigna que se observa de plano que mesmo após empreender exaustiva análise fática, probatória e documental do caso, com estabelecimento de zelosa metodologia, inclusive com realização de vistorias técnicas e riqueza de detalhes na execução dos trabalhos, o diligenciador chegou à conclusão de que não é possível classificar de forma clara, precisa e objetiva os bens correlacionados às infrações 6 e 7 como sendo de ativo imobilizado ou de uso e consumo.

Ressalta que a distinção é crucial para a subsistência ou não da própria autuação, de modo que se a própria Administração Fazendária não consegue determinar com clareza solar os termos da própria autuação, como pode então lastrear a glosa de crédito e exigir do contribuinte exação que nem mesmo ela sabe precisar a ocorrência.

Diz que vale a pena transcrever trecho do relatório no qual o diligenciador destaca que a análise do caso comporta um alto grau de subjetividade, quando a administração fazendária adota apenas como parâmetro para categorizar o bem como uso/consumo ou ativo físico, as suas características, como inicialmente pretendeu a autoridade autuante, sem considerar a sua destinação e utilização, conforme transcreve:

“Vale dizer então que, na opinião desse Diligente, a classificação do bem como ativo ou uso/consumo, levando-se em consideração apenas as características desse bem, sem considerar o momento e o objetivo da sua utilização, imprime um grau de subjetividade incompatível com a segurança jurídica desejável para o lançamento do crédito tributário”.

Salienta que o diligenciador sinaliza, inclusive, que os trabalhos exercidos pela ASTEC no atendimento da solicitação constituiria em verdadeiro “refazimento da Ação Fiscal”, e sugere que o feito seja novamente convertido em diligência para que, nos termos do 127, §6º do RPAF, sejam prestadas, mais uma vez, informação fiscal pelos autuantes.

Alerta que em seu parecer o diligenciador diz que a empresa dispõe de todo o documentário capaz de elidir a autuação. Registra que sempre esteve de posse da referida documentação.

Indaga que se a Administração Fazendária sempre teve acesso aos referidos documentos, por qual razão, na ocasião da autuação, não analisou detidamente os fatos e provas para balizarem o lançamento perpetrado.

Acrescenta que na oportunidade de prestar as Informações Fiscais, os autuantes não só refutaram todos os argumentos defensivos, como lamentavelmente em expressas passagens, tentam lesar a idoneidade fiscal da empresa, como se a sua pretensão fosse a de burlar o fisco ou protelar o pagamento de um crédito supostamente devido, o que diz carece de fundamento.

Afirma que contrariamente sempre foi cumpridor de suas obrigações e os relatos do diligenciador só reforça tal fato.

Alega que já é sabido que os autuantes já possuem entendimento assentado sobre a autuação, de modo que, uma nova prestação de informação fiscal poderia restar infrutífera.

Repisa que os autuantes, como evidenciado no parecer da ASTEC, poderiam ter facilmente acesso ao documentário fiscal e contábil da empresa, que realiza a guarda e controle de suas operações com extremo zelo, e não o fez, realizando o arbitrário e improcedente lançamento em questão.

Salienta que conforme dito, a distinção entre bem de uso/consumo e ativo permanente é o ponto nevrálgico para a manutenção do presente Auto de Infração e tendo a Administração Fazendária dúvidas, como destacado no parecer do diligenciador, acerca da referida distinção, não é possível admitir a subsistência do lançamento, sob pena de ferir o princípio da legalidade tributária, na medida em que não há suporte fático que sustente a incidência do fato gerador para surgimento de qualquer relação obrigacional sua com o Fisco.

Aduz que o posicionamento do diligenciador só corrobora com o argumento de que os autuantes partiram de premissa fática equivocada, haja vista que as Notas Fiscais que deram origem as referidas infrações não se reportam a produto destinado a uso e consumo, mas sim a composição do ativo imobilizado da empresa e, desse modo, efetuaram lançamento genérico e desprovido de fundamento legal.

Afirma que os autuantes glosaram os créditos apurados sem respeitar as características e peculiaridade conceitual do ativo permanente da indústria química, presumindo que seriam destinados ao uso e consumo.

Assevera que há, desse modo, uma flagrante violação ao princípio da legalidade tributária, a qual impõe a observância da estrita previsão da Lei, principalmente, no que tange a imputação de obrigações ao contribuinte. Diz que estando, pois, viciado o ato de lançar o crédito tributário, não se pode supor pela validade das autuações.

Sustenta que à vista do exposto, considerando que a própria Administração Fazendária é incapaz de provar a ocorrência do fato gerador que lastreia a sua existência, aliada a conduta proativa da empresa, participando pessoalmente do julgamento juntamente com sua equipe técnica, apresentando toda informação solicitada, não há dúvidas de que a mesma deve ser rechaçada.

Frisa que para a refutação de que um fato existe, basta que se prove que é falso ou, a contrário senso, que não se consiga provar que o fato é verdadeiro onde, mesmo que existente, palpável, não deva prevalecer sobre outros fatos em sentido diverso.

Soluções de consulta em diversas esferas e competências apontam para mesma direção, diante da problemática que se vê no presente processo, conforme reproduz.

Afirma que a Administração não só consegue provar que o fato gerador ocorreu o que, per si, já afasta a sua pretensão, como também a empresa demonstra claramente que o fato gerador não ocorreu, de modo que deve ser julgado totalmente improcedente o presente Auto de Infração procedendo-se, consequentemente, à extinção do processo administrativo, por conta das imprecisões e incertezas do levantamento realizado pelo fisco, em evidente vício de ordem material no presente lançamento, e que portanto não consegue sair do campo das hipóteses, inadmissível, em âmbito de processo administrativo fiscal, tal como se vê no julgamento de casos semelhantes, conforme reproduz.

Assinala que o CARF recentemente fechou questão quanto esses aspectos da natureza do vício em outros momentos tratado de forma nebulosa, conforme transcreve.

Destaca trecho do voto do relator demonstrando que o não cumprimento das disposições do artigo 142 do CTN implica na ocorrência de vício material no lançamento tributário.

Finaliza a Manifestação pugnando pela improcedência do Auto de Infração.

Cientificada do Parecer ASTEC Nº 0009/2017, a autuante, Auditora Fiscal Maria Consuelo Barros, se pronunciou (fls. 3989 a 4008 - vol. X).

Consigna que reitera, em todos os seus termos e valores a 1ª. Manifestação Fiscal, quanto às infrações 01 a 05 e 09 mantendo o Auto de Infração em todos os seus termos e valores.

Diz que acata o Parecer ASTEC n. 009/2017, com algumas ressalvas, acerca do informado para a conclusão sobre as infrações 6 e 7 examinadas (folhas 3760 e 3752, respectivamente):

a) *“que enviem o presente pedido de diligência aos Senhores Fiscais autuantes, detentores de*

todas as informações que deram origem ao lançamento do crédito fiscal sob análise". Afirma a autuante que os documentos já acostados ao processo, devem dar por si só, base para a sua sustentação (ou não);

b) *"pois se referem a créditos gerados por operações que aconteceram nos idos de 2004, com repercussão em 2007, 2008, 2009 e 2010".* Diz que os fatos só se distanciam, pois, é do conhecimento público, o tempo não volta atrás. Consigna que em sendo considerados inconclusivos após a análise criteriosa da diligência da ASTEC, não há por que serem reexaminados, pois a tendência seria chegar à mesma conclusão.

Diz que acata a conclusão do Parecer ASTEC n. 009/2017, atinente à infração 8, no caso o Levantamento de fl. 3762 dos autos.

Assinala que reitera os termos da 1^a. Manifestação Fiscal, para as infrações 01 a 5 e 09, conforme reproduz, opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em exame, versa sobre o cometimento de nove infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo todas objeto de impugnação.

De início, cabe consignar que o pedido de perícia resta indeferido, com fundamento no art. 147, II, "a" do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, haja vista a desnecessidade de sua realização. As matérias de que cuida o presente Auto de Infração são de pleno conhecimento dos Julgadores, portanto, não sendo caso de participação de perito.

No mérito, relativamente à infração 1, verifico que o impugnante alega que a empresa FIUZA CAR, Inscrição Estadual nº.54.058.459, desde o início da prestação de serviços à IPC, declarou ser Microempresa enquadrada no regime de apuração do Simples Estadual, estando cadastrada no Simples Nacional desde 01/07/2007, data que coincide com o início da contratação, conforme apontam as Notas Fiscais 13, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 24, 25, 26, 28, todas geradas a partir do mês de janeiro até dezembro de 2010, portanto, em conformidade com os artigos 388, 391 e 392 do RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6284/97, no que tange ao cumprimento das obrigações acessórias.

Sustenta o impugnante, que as provas colacionadas não deixam dúvida de que os autuantes incorreram em equívoco, ao aduzirem que a empresa FIUZA CAR, *"entre 01/01/07 e 30/06/07 inscrita como Microempresa. A partir de 01/07/2007, não optante do Simples Nacional, por força do art. 387 do Dec. 6284/97, sujeita-se a alíquota de ICMS de 17%"*, haja vista que foi justamente o contrário, pois a partir de 01/07/2007 fez a opção por este regime especial, não tendo sido jamais dele excluída. Diz que assim sendo, não há que se falar em retenção e recolhimento a menos do ICMS, pois a regra do artigo 387 do RICMS/BA/97, é totalmente inaplicável.

No tocante a essa alegação defensiva, verifico que a 5^a Junta de Julgamento Fiscal, ao apreciar esse mesmo argumento defensivo noutro Auto de Infração lavrado contra esse mesmo Contribuinte, excluiu da exigência fiscal os valores atinentes à empresa TRANSPORTADORA FIUZA CAR LTDA., nos termos do Acórdão JJF Nº. 0185-05/16, sob o seguinte fundamento:

[...]

Todavia, a exigência fiscal que incidiu sobre as prestações acobertadas pelas notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela TRANSPORTADORA FIUZA CAR LTDA. – ME deve ser excluída da autuação. Isto porque, conforme consta nos sistemas informatizados da SEFAZ-BA, extraídos do INC, o referido prestador foi inscrito pela Administração na condição de microempresa optante do Simples Nacional, no período entre 01/07/2007 a 31/12/2015. Frente a essa circunstância o tomador do serviço, ora autuado, não poderia proceder à retenção do imposto na condição de substituto tributário, visto que a empresa transportadora não se encontrava na condição de contribuinte inscrito no regime normal de apuração do imposto. Da mesma forma não pode lhe ser imputado, via Auto de Infração, o descumprimento de obrigação tributária, mesmo tendo o Estado concedido à empresa com o qual firmou contrato de prestação a indevida inscrição no cadastro dos contribuintes optantes do Simples Nacional. Excluo, portanto, da infração 02 todas as cobranças relacionadas com as prestações que foram realizadas pela empresa de Transportes Fiuba Car

Ltda – ME, no período entre 01/07/2007 a 31/12/2007 [...].

Relevante registrar que o entendimento da 5ª JJF foi ratificado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, nos termos do Acórdão CJF Nº. 0032/11/18.

No tocante à alegação defensiva atinente à empresa ATMO TRANSPORTES LTDA, Inscrição Estadual nº. 47.749.414, no sentido de que as notas fiscais de prestação de serviços apresentadas estão escrituradas corretamente, haja vista que apesar da apuração pelo regime normal, a responsabilidade de retenção e recolhimento do ICMS foi feita com base no que dispõe o art. 380, II do RICMS/97 então vigente, sendo que à época, era perfeitamente cabível ao prestador do serviço *OPTAR PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA*, nos termos do artigo 505-A, inciso V do referido Regulamento.

Destaca que a apuração com base na receita bruta não é uma prerrogativa das empresas optantes pelo Simples Nacional, tanto é assim que o RICMS/BA/97, no seu art. 505-A, V, conferiu tal possibilidade. Assevera que desse modo, as empresas que figuram como substitutas tributárias, como é o seu caso, não têm condição de acompanhar o modo como se faz isto em cada pessoa jurídica que lhe presta serviço.

Sustenta que se tratando de medida regular escriturada corretamente, visto que já foi considerada válida para as empresas não lançadas, a operação de transporte praticada pela ATMO TRANSPORTES LTDA está sujeita à retenção do ICMS pela alíquota de 5%, tal qual se fez no caso concreto, não havendo meios aptos a sustentar a cobrança por recolhimento insuficiente.

Diversamente do que ocorreu com a empresa FIUZA, a alegação defensiva atinente à empresa ATMO TRANSPORTES LTDA. não pode prosperar, haja vista que conforme exame da folha 125 dos autos, no campo destacado “Forma de Apuração do imposto”, indica que o transportador em tela utilizava o Regime de Apuração de Conta Corrente Fiscal, e não a apuração pela Receita Bruta. A verificação da folha 128 dos autos, revela que a referida empresa transportadora nunca ingressou com processo para obtenção do aduzido regime de tributação, conforme determinam os incisos II e III do art. 505-A do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97.

Observo que os autuantes intimaram a empresa ATMO TRANSPORTES LTDA., a apresentar o seu RUDFTO, conforme fls. 129/130 dos autos, cuja cópia foi anexada às fls. 146 a 148, sem que nenhum Termo de Acordo tenha sido encontrado, consoante exige o art. 329, § 4º do RICMS/BA/97.

Do mesmo modo, não há como prosperar a alegação defensiva, no sentido de que não tem condição de acompanhar o modo como cada pessoa jurídica que lhe presta serviço atua, haja vista que assim procedendo, assume para si mesmo os riscos de autuação pela sua omissão.

Nesse sentido, cabe salientar que o art. 142, incisos I e VIII do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº. 6284/97, vigente à época dos fatos, dispunha que constitui obrigação do Contribuinte exigir de outro Contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico, assim como exigir do estabelecimento prestador do serviço os documentos fiscais próprios.

Diante do exposto, a infração 1 é parcialmente procedente com a exclusão dos valores exigidos atinentes à empresa TRANSPORTADORA FIUZA CAR LTDA., Inscrição Estadual nº. 54.058.459, constantes do demonstrativo elaborado pelos autuantes, acostados aos autos às fls.109 a 112, passando o Demonstrativo de Débito a ter a seguinte conformação:

Data de Ocorrência	Valor do ICMS orginalmente exigido no AI (R\$)	Valor do ICMS julgado como devido (R\$)
31/01/2010	1.639,76	415,84
28/02/2010	1.139,82	343,72
31/03/2010	1.124,24	411,41
30/04/2010	1.365,32	402,25
31/05/2010	1.042,49	448,93
30/06/2010	1.321,80	411,05
31/07/2010	1.141,17	426,09

31/08/2010	1.274,15	510,51
30/09/2010	514,16	514,16
31/10/2010	1.623,76	498,23
30/11/2010	928,35	460,60
31/12/2010	908,01	498,11
TOTAL	14.023,03	5.340,90

No tocante à infração 2 - *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento* -, constato que no levantamento fiscal foram arroladas três notas fiscais, no caso as Notas Fiscais nºs. 421, 806 e 356.005.

O impugnante sustenta a improcedência da autuação, alegando que ocorreu erro na emissão das notas fiscais de remessa dos entulhos, no caso Nota Fiscal nº. 25895, que foi emitida com a quantidade errada, ou seja, 19.570 toneladas, em vez de 19 toneladas e fração, representando o valor de R\$19.570,00, com destaque do ICMS de R\$3.326,90, e Nota Fiscal nº. 25896, emitida com a quantidade errada de 20.020 toneladas, em vez de 20 toneladas e fração, representando o valor de R\$20.020,00, com destaque do ICMS de R\$ 3.403,40.

Alega ainda, que para correção dos erros emitiu a Nota Fiscal de entrada nº. 0806, em 30/06/2010, para estorno do débito indevido, e em seguida emitiu a Nota Fiscal nº. 0813, no valor de R\$ 20,02, assim como emitiu a Nota Fiscal de entrada nº. 0421 em 19/05/2010, para estorno do débito indevido, e em seguida emitiu a Nota Fiscal nº. 0422 no valor de R\$19,57.

Verifico que os autuantes, quando da Informação Fiscal, acataram acertadamente as alegações defensivas, inclusive esclarecendo que elaboraram novo “Levantamento Fiscal – Utilização Indevida de Crédito Fiscal”, com e exclusão dos valores exigidos atinentes aos períodos de 31/05/2010 e 30/06/2010, subsistindo a autuação exclusivamente no tocante à Nota Fiscal nº 356.005, de 01/07/2010, no valor de ICMS de R\$14,00, que não foi objeto de impugnação.

Diante disso, a infração 2 é parcialmente procedente no valor de ICMS devido de R\$14,00, referente ao período de 31/07/2010.

Relativamente à infração 3 - *Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo* -, segundo a acusação fiscal, o autuado vendeu mercadorias de sua produção, alegando redução da base de cálculo prevista no art. 79 c/c o art. 20, inciso VI, alínea “b” e inciso XI, alínea “c”, ambos do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97.

Os referidos dispositivos normativos regulamentares estabeleciam à época de ocorrência dos fatos o seguinte:

Art. 20 - De 24/06/92 até 30/09/97 e de 06/11/97 até 30/04/05, são isentas do ICMS as operações internas com insumos agropecuários (Convs. ICMS 100/97, 05/99, 10/01, 58/01 e 21/02):

[...]

VI - nas saídas dos seguintes produtos, quando destinados à alimentação animal ou ao emprego na fabricação de ração animal:

[...]

b) sal mineralizado;

[...]

XI - nas saídas dos seguintes produtos:

[...]

c) amônia, uréia, sulfato de amônio, nitrato de amônio, nitrocálcio, MAP (mono-amônio fostato), DAP (diamônio fosfato), cloreto de potássio, adubos simples ou compostos, fertilizantes e DL metionina e seus análogos, quando produzidos para uso na agricultura e na pecuária, vedada a aplicação do benefício quando dada ao produto destinação diversa.

O impugnante sustenta que é irrefutável a legalidade da utilização do benefício de redução da base de cálculo para o caso em concreto.

Afirma que o argumento utilizado pela Fiscalização de que o cliente para quem a empresa realizou a venda dos produtos discriminados nas Notas Fiscais nºs 2631, 2460, 1856, 1527, 0967, 0393, 25961, 25287, 25811, 25672, 25189 e 25031, é “REVENDEDOR DE PRODUTOS QUÍMICOS”, por si

só, não desqualifica o fim para o qual estes foram produzidos, pois tal argumento, sequer guarda relação com a classificação do destino dado aos insumos agropecuários em evidência.

Diz que a BASEQUÍMICA PRODUTOS QUÍMICOS LTDA., com Inscrição Estadual nº. 582301671110, com sede no município de Ribeirão Preto, São Paulo, tem como atividade principal a comercialização de outros produtos químicos e petroquímicos não especificados, CNAE 46.84-2-99, e como secundário diversas atividades, inclusive a de comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, e que tem vários clientes no ramo da agricultura e pecuária, típico da região. Registra, que como prova anexa cópia da situação cadastral e do DANFE de operações com clientes do seguimento AGROPECUÁRIO.

Assevera que a verdade material dos fatos é que efetuou a venda de bicarbonato de sódio e cloreto de cálcio, produtos registrados no Ministério da Agricultura como insumos agropecuários e efetivamente destinados à utilização na agricultura e/ou pecuária, sendo insumos agropecuários, consoante as condições estipuladas no art. 20 do RICMS/BA/97, portanto, indubitável que o benefício da redução da base de cálculo que aplicou, ocorreu na mais perfeita legalidade.

Os autuantes, na Informação Fiscal, contestam as alegações defensivas. Dizem que mediante pesquisa nos sites dos clientes, conforme fls. 216 a 225, verifica-se que são REVENDORES DE PRODUTOS QUÍMICOS, razão pela qual, as vendas dos produtos não se destinam à alimentação animal ou emprego na fabricação de ração animal, consoante o art. 20, VI, “b”, como também não são as operações glosadas para uso na agricultura ou na pecuária, conforme o art. 20, inciso XI, alínea “c” do RICMS/BA/97. Asseveram que se destinam à revenda, infringindo o art. 11 do RICMS/BA/97. Sustentam que existem condições para as vendas interestaduais efetuadas pelo autuado, de modo que o art. 79 do RICMS/BA, quando trata da Redução da Base de Cálculo das operações com insumos agropecuários nas saídas interestaduais, estabelece que é necessário que as condições estabelecidas no artigo 20 tenham sido atendidas.

Inicialmente, cabe consignar que a matéria de que cuida este item da autuação não é nova no âmbito deste CONSEF, inclusive em relação ao próprio autuado, haja vista que já figurou no polo passivo noutras autuações, sendo o entendimento prevalecente, que cabe ao sujeito passivo comprovar que a condição prevista nos §§ 1º e 2º do art. 20 do RICMS/BA/97 foi atendida, isto é, que a circulação da mercadoria foi destinada à alimentação animal ou emprego na fabricação de ração animal, caso em que o pagamento do imposto caberá ao contribuinte em cujo estabelecimento se verificar a saída, como condição para gozo do benefício fiscal.

Nesse sentido, considero relevante invocar e reproduzir o teor da ementa referente ao Acórdão CJF 0314-11/14, proferido pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, conforme abaixo:

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0314-11/14**

EMENTA: ICMS. [...] 3. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA EM OPERAÇÕES COM MERCADORIAS NÃO DESTINADAS AO USO COMO ALIMENTAÇÃO ANIMAL. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Não se aplica o benefício fiscal no caso de operação que não preencha os requisitos previstos ou que dê ao produto destinação diversa da prevista como condição para gozo do benefício. Infração mantida.

No mesmo sentido, considero relevante invocar e reproduzir excertos do voto proferido no Acórdão CJF Nº. 0032/11/18, haja vista que sedimenta o entendimento quanto à matéria objeto da autuação, precisamente no tocante às operações semelhantes realizadas pelo autuado, conforme abaixo:

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0032-11/18**

[...]
Com relação à infração 5 (utilização indevida da redução da base de cálculo) o recorrente contesta o fundamento da Decisão quanto às restrições previstas nos §§ 1º e 2º do art. 20, do RICMS/97, relativo à RBC nas saídas de insumos utilizados na atividade agropecuária.

Constato que as cópias das notas fiscais juntadas às fls. 246 a 250 indicam que se trata de operação de comercialização de bicarbonato de sódio e cloreto de cálcio com a empresa SUPERQUÍMICA COMÉRCIO

E TRANSPORTES LTDA. (IE 0240054636) localizada no Rio Grande do Sul.

Verifico que a JJF fundamentou a sua Decisão afirmando haver necessidade de se comprovar que a integralidade das mercadorias comercializadas foi destinada exclusivamente à alimentação animal ou ao emprego na fabricação de ração animal.

Observo que o art. 20, VI, "b" e XI, "c" do RICMS/97 prevê a isenção nas operações internas dos produtos sal mineralizado (bicarbonato de sódio) e fertilizantes, sendo que há restrição de que sejam "destinados à alimentação animal ou ao emprego na fabricação de ração animal" ou "uso na agricultura e na pecuária". Já o art. 79, prevê redução de base de cálculo, relativo aos mesmos produtos nas operações interestaduais (Convênio ICMS 100/97). Na situação presente, conforme fundamentado na Decisão ora recorrida, as notas fiscais juntadas com a defesa às fls. 1228 a 1234 indicam revendas feitas pelo destinatário (SUPERQUÍMICA) que exerce atividade de comércio atacadista de outros produtos químicos e fabricação de outros produtos químicos não especificados no período de junho a abril de 2012, enquanto as operações objeto da autuação se reportam ao período de fevereiro a outubro de 2007.

Pelo exposto, entendo que o recorrente não trouxe ao processo qualquer prova capaz de reformular a Decisão da primeira instância, que concluiu não ter sido provado que atendeu a restrição prevista nos §§ 1º e 2º do art. 20 do RICMS/97, ou seja, a circulação da mercadoria, seja destinada à alimentação animal ou emprego na fabricação de ração animal, caso em que o pagamento do imposto caberá ao contribuinte em cujo estabelecimento se verificar a saída como condição para gozo do benefício fiscal.

Conforme ressaltado pela 5ª JJF, há diversas decisões do CONSEF com autos lavrados contra a mesma empresa, a exemplo dos Acórdãos nos 0152-03/13, cujo recurso Não foi Provido no Acórdão CJF 0314-11/14 proferido por esta 1ª CJF.

Fica mantida a Decisão pela Procedência da infração 5, inclusive quanto ao afastamento da multa que conforme apreciado anteriormente, estando vinculada o descumprimento de obrigação principal esta 1ª CJF não tem competência para apreciar pedido de redução/cancelamento.

A simples leitura dos textos acima transcritos, permite constatar que o fundamento que norteou ambas as decisões, apontou no sentido de que há necessidade de se comprovar que as mercadorias comercializadas foram destinadas exclusivamente à alimentação animal ou ao emprego na fabricação de ração animal, ou seja, não sendo aplicável o benefício fiscal no caso de operação que não preencha os requisitos previstos, ou que dê ao produto destinação diversa da prevista como condição para gozo do benefício.

Como no presente caso, a situação se apresenta nos mesmos moldes que resultaram nas decisões acima referidas, ou seja, não restou comprovado que as mercadorias comercializadas foram destinadas exclusivamente à alimentação animal ou ao emprego na fabricação de ração animal, portanto, descabendo falar-se em redução da base de cálculo, a infração 3 é subsistente.

No que diz respeito à infração 4, observo que o impugnante consigna que inobstante a sua concordância quanto à substituição tributária, por força do quanto disposto no art. 380 do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, é inadmissível a infração que busca imputar-lhe por meio do presente Auto de Infração, pois já efetuara o recolhimento do ICMS no posto fiscal, em 16/03/2010, conforme documentação que apresenta. Observo que a exigência neste item da autuação o valor total exigido é de R\$ 450,00.

Verifico que os autuantes contestam a alegação e mantêm a autuação, dizendo em síntese que os elementos apresentados pelo autuado não estabelecem uma vinculação com o valor exigido nesta infração.

No presente caso, coaduno com o entendimento manifestado pelos autuantes, por não ser possível estabelecer-se uma relação entre os valores recolhidos e o valor exigido neste item da autuação.

Assim sendo, a infração 4 é procedente.

No respeitante à infração 5, observo que o impugnante efetuara o recolhimento do ICMS no posto fiscal, em 16/03/2010, conforme documentação que apresenta.

Verifico que os autuantes contestam a alegação e mantêm a autuação, sustentando em síntese, que os elementos apresentados pelo autuado não estabelecem uma vinculação com o valor exigido nesta infração.

No presente caso, coaduno com o entendimento manifestado pelos autuantes, por não ser

possível estabelecer-se uma relação entre os valores recolhidos e o valor exigido neste item da autuação.

Assim sendo, a infração 5 é procedente.

Quanto às infrações 6 e 7 - examinadas conjuntamente, em face à exigência contida na infração 7 estar diretamente relacionada com a infração 6 -, a meu ver, existe uma impossibilidade de dar prosseguimento à lide, tendo em vista o resultado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, refletido no Parecer ASTEC Nº.009/2017.

O diligenciador da ASTEC/CONSEF, após um profundo trabalho fiscal, inclusive com visitação *in loco* na empresa, elaborou o referido Parecer ASTEC Nº.009/2017, no qual apresentou as suas conclusões.

Assim, é que no aduzido Parecer o diligenciador teceu considerações que considero relevantes para decisão da lide, razão pela qual, reproduzo abaixo excertos do entendimento que manifestou:

[...]

Nesse sentido, entendeu esse Diligente que, para a realização da tarefa, torna-se imperativo avaliar, preliminarmente, se os elementos contidos no PAF são suficientes para que possa ser verificado se os bens em análise foram adquiridos para confecção, construção ou montagem de algum equipamento, máquina ou outro bem do ativo permanente, ou se foram adquiridos para simples reposição ou substituição de partes e peças inutilizadas ou gastas pelo uso.

Realizada essa avaliação preliminar:

a) Constatou-se que a planilha contida na peça protocolada em 25/06/2015 pela Autuada, sob o Nº SIPRO 117827/2015-8, acostada ao PAF, às fls. 3722 a 3743 não contempla as informações referentes a todas as notas fiscais contidas nos demonstrativos produzidos pelos Fiscais Atuantes, relativos às infrações nºs. 06 (fls. 234 a 261) e 07 (fls. 269 a 274);

b) Entendeu-se, S.M.J., que os elementos contidos no presente PAF, assim como a descrição da utilização dos bens inserida na peça acima mencionada, não são suficientes para possibilitar concluir se esse ou aquele bem fora empregado, aplicado ou utilizado, na confecção, construção ou montagem de algum equipamento, máquina ou outro bem do ativo permanente, ou se apenas foro adquirido para simples reposição ou substituição de partes e peças inutilizadas ou gastas pelo uso.

Nesse diapasão, diante do entendimento acima exposto, e considerando-se especialmente tratar-se de fatos que ocorreram num passado já distante, pois se referem a créditos gerados por operações que aconteceram desde os idos de 2004, com repercussão em 2007, 2008, 2009 e 2010, para a consecução dessa segunda solicitação, procurou-se reunir outros elementos que pudessem auxiliar na busca da verdade material dos fatos que deram origem ao presente PAF, em especial os projetos que deram suporte à montagem das referidas unidades e aos seus respectivos "up grades" (ampliação, modernização e renovação), assim como os lançamentos contábeis que vinculam a utilização dos produtos objeto das Infrações 06 e 07 do Auto de Infração em tela, aos projetos em comento.

[...]

A descrição da utilização dos bens inserida na peça em comento não é suficiente para indicar se esse ou aquele bem (por exemplo, partes e peças) foro empregado, aplicado ou utilizado, na confecção, construção ou montagem de algum equipamento, máquina ou outro bem do ativo permanente, ou se apenas foro adquirido para simples reposição ou substituição de partes e peças inutilizadas ou gastas pelo uso.

Assim, diante do acima exposto, esse Diligente entende que para cumprimento da segunda solicitação encomendada pela 1ª JJF, sobre a qual se dissertará a seguir, mister se faz analisar outros elementos que auxiliem na busca da verdade material dos fatos que deram origem ao presente PAF, em especial os projetos que deram suporte à montagem das referidas unidades e aos seus respectivos "up grades" (ampliação, modernização e renovação), assim como os lançamentos contábeis que vinculem a utilização dos produtos objeto das Infrações 06 e 07 do Auto de Infração em tela, aos projetos em comento.

[...]

Contudo, a depender do momento e do objetivo de sua utilização, e não só das suas características individuais, poderão ser classificados como bens de ativo, com direito a crédito, ou bens de uso/consumo, sem direito a crédito.

Vale dizer então que, na opinião desse Diligente, a classificação do bem como ativo ou uso/consumo, levando-se em consideração apenas as características desse bem, sem considerar o momento e o objetivo da sua utilização, imprime um grau de subjetividade incompatível com a segurança jurídica desejável para o lançamento do crédito tributário.

Destarte, diante das constatações acima elencadas, entende esse Diligente que, a metodologia a ser adotada para a realização da tarefa encomendada pela 1ª JJF, com a desejável redução do grau de subjetividade

no processo de classificação dos bens como ativo ou uso/consumo, de forma a atribuir-lhe um nível de segurança jurídica compatível com o lançamento decorrente das Infrações 06 e 07, em discussão, passa necessariamente pela combinação das informações relativas às características de cada bem e sua respectiva utilização, com aquelas contidas na contabilidade do Contribuinte, metodologia esta que se torna factível, considerando-se que a Autuada: (i) mantém controles individuais para bens destinados a Investimento (Ativo) e Consumo; (ii) a movimentação desses bens é feita mediante emissão e registro em documentos internos da Empresa; (iii) contabiliza a movimentação desses bens em contas específicas; e (iv) mantém controles relativos aos créditos de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), referentes aos exercícios fiscalizados (2007 a 2010).

Em assim sendo, conclui-se que a realização desta segunda solicitação diligencial requer a aplicação de um roteiro de auditoria compatível com o desenvolvimento da tarefa em si, cuja execução vislumbre a combinação das informações relativas às características e utilização de cada bem com aquelas contidas na contabilidade do Contribuinte, deixando, este Diligente, de desenvolver tal tarefa por entender que a magnitude da solicitação contida no Pedido de Diligência exarado pelo Senhor Conselheiro Relator, às fls. 3690/3692, objeto da presente manifestação, extrapola o escopo de trabalho do Diligente da ASTEC por estar mais próxima de um refazimento da Ação Fiscal e, portanto, fora do âmbito da atividade de diligência determinado no Regimento Interno do CONSEF, na medida em que requer o exame individualizado de cada item objeto da autuação, combinando as informações relativas às suas características e à sua utilização com aquelas contidas na contabilidade da Autuada, cujo total se aproxima da casa dos mil itens distribuídos em mais de quinhentas notas fiscais.

In fine, sugiro aos Doutos Julgadores da 1ª JJF que enviem o presente pedido de diligência aos Senhores Auditores Fiscais Autuantes, detentores de todas as informações que deram origem ao lançamento do crédito fiscal em análise, para desenvolver a diligência no que concerne a esta segunda solicitação, na forma do que estabelece o § 6º do art. 127 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, dado extrapolar o escopo de trabalho das atividades desenvolvidas pelos Diligentes da ASTEC.

Conforme se observa da leitura dos trechos do Parecer ASTEC Nº. 009/2017 acima reproduzidos, em síntese, o diligenciador apontou que os elementos contidos no presente PAF, assim como a descrição da utilização dos bens, não são suficientes para possibilitar concluir se determinado bem teve aplicação ou utilização, na confecção, construção ou montagem de algum equipamento, máquina ou outro bem do ativo permanente, ou se apenas fora adquirido para simples reposição ou substituição de partes e peças inutilizadas ou gastas pelo uso.

Por essa razão é que concluiu o diligenciador, que para atendimento da segunda solicitação contida na diligência, há que ser aplicado um roteiro de auditoria compatível com o desenvolvimento da tarefa em si, cuja execução vislumbre a combinação das informações relativas às características e utilização de cada bem com aquelas contidas na contabilidade do Contribuinte.

Esclareceu o diligenciador, que não procedeu a revisão solicitada pela Junta de Julgamento Fiscal, por entender que extrapola o escopo de trabalho do Diligenciador da ASTEC/CONSEF, estando mais próxima de um refazimento da Ação Fiscal, portanto, fora do âmbito da atividade de diligência determinado no Regimento Interno do CONSEF, na medida em que requer o exame individualizado de cada item objeto da autuação, combinando as informações relativas às suas características e à sua utilização com aquelas contidas na contabilidade do autuado, cujo total se aproxima da casa dos mil itens, distribuídos em mais de quinhentas notas fiscais.

Sugeriu o diligenciador que a JJF enviasse o pedido de diligência aos autuantes, por serem detentores de todas as informações que deram origem ao lançamento do crédito tributário exigido, para desenvolver a diligência no que concerne à segunda solicitação, na forma do que estabelece o § 6º, do art. 127 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Observo que o autuado, ao ser cientificado do Parecer ASTEC Nº. 009/2017, se manifestou afirmando que o posicionamento do diligenciador só corrobora com o argumento de que os autuantes partiram de premissa fática equivocada, haja vista que as Notas Fiscais que deram origem às referidas infrações não se reportam a produto destinado a uso e consumo, mas sim a composição do ativo imobilizado da empresa, e desse modo, efetuaram lançamento genérico e desprovido de fundamento legal.

Alega que os autuantes glosaram os créditos apurados sem respeitar as características e

peculiaridade conceitual do ativo permanente da indústria química, presumindo que seriam destinados ao uso e consumo.

Sustenta que dessa forma, há uma flagrante violação ao princípio da legalidade tributária, a qual impõe a observância da estrita previsão da Lei, principalmente no que tange à imputação de obrigações ao contribuinte, portanto, estando viciado o ato de lançar o crédito tributário, não se pode supor pela validade das autuações.

Verifico também que a autuante ao ser cientificada do Parecer ASTEC Nº.009/2017, consignou que reitera todos os termos e valores da 1ª Manifestação Fiscal, quanto às infrações 1 a 5 e 9, mantendo o Auto de Infração em todos os seus termos e valores.

Diz que acata o Parecer ASTEC Nº.009/2017, com algumas ressalvas, acerca do informado para a conclusão sobre as infrações 6 e 7 (fls.3760 e 3752, respectivamente), conforme reproduzido abaixo:

- a) "que enviem o presente pedido de diligência aos Senhores Fiscais autuantes, detentores de todas as informações que deram origem ao lançamento do crédito fiscal sob análise". Os documentos já acostados ao processo, devem dar por si só, base para a sua sustentação (ou não);
- b) "pois se referem a créditos gerados por operações que aconteceram nos idos de 2004, com repercussão em 2007, 2008, 2009 e 2010". Os fatos só se distanciam, pois, é do conhecimento público, o tempo não volta atrás. Em sendo considerados inconclusivos após a análise criteriosa da diligência da ASTEC, não há por que serem reexaminados, pois a tendência seria chegar à mesma conclusão.

Conforme se observa, a própria Fiscalização, ao se reportar sobre Parecer ASTEC Nº 009/2017 consignou que não há por que se fazer o reexame sugerido pelo diligenciador, atinente às infrações 6 e 7, pois a tendência seria chegar à mesma conclusão.

Certamente que a afirmativa da Fiscalização, permite concluir que assiste razão ao impugnante quando sustenta que, há uma flagrante violação ao princípio da legalidade tributária, a qual impõe a observância da estrita previsão da Lei, principalmente, no que tange a imputação de obrigações ao contribuinte, portanto, estando viciado o ato de lançar o crédito tributário, não se pode supor pela validade das autuações.

Diante do exposto, considero nulas as infrações 6 e 7, por falta de certeza e segurança, e por não conter elementos suficientes para se determinar com precisão as infrações apontadas.

Quanto à infração 8, verifico que a exigência fiscal diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de três veículos VW/GOL 1.0, por meio das Notas Fiscais nºs 315251, 315253 e 315792, sendo que cada uma das referidas notas fiscais acoberta a aquisição de 1(um) veículo, perfazendo o total de 03 (três) veículos adquiridos no mês de dezembro de 2009.

Segundo o impugnante, os referidos veículos foram adquiridos no intuito de transportar materiais da área comercial, para compras de matérias-primas, insumos e material de consumo, portanto, sendo legítimo o creditamento realizado.

Alega que o RICMS/BA/97 apenas veda o creditamento do ICMS na aquisição de veículo para uso pessoal, porém, no presente caso, se trata de veículo destinado às atividades empresariais, portanto, componente do seu ativo imobilizado, descabendo falar-se em uso pessoal dos veículos. Diz que os artigos 19 e 20 da LC 87/96, garantem expressamente o direito ao crédito de ICMS referente à entrada de bens para integração no ativo imobilizado ou uso e consumo.

Os autuantes contestam a alegação defensiva afirmando que o autuado infringiu os art. 97, IV, "c", § 2º, II e 93, § 11, 1.3 e 2.1 do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº.6284/ 97.

Afirmam que é vedado ao contribuinte creditar-se do imposto relativo à aquisição de mercadorias, no estabelecimento, quando tal aquisição se referir a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento, sendo considerados alheios às atividades do estabelecimento, não conferindo ao adquirente o direito ao crédito, os veículos de transporte pessoal, assim entendidos os automóveis ou utilitários de uso individual dos administradores da empresa ou de terceiros.

Ressaltam que cuidadosamente buscaram, além do embasamento legal compatível com as situações descritas, o entendimento da Secretaria da Fazenda, consubstanciado mediante os Pareceres que emite.

Efetivamente, a meu ver, assiste razão aos autuantes. O autuado exerce a Atividade Econômica Principal de fabricação de produtos químicos, e desse modo, não podem ser considerados como veículos utilizados na consecução da atividade fim da empresa, aqueles que são utilizados para desempenhar as tarefas aduzidas pelos autuantes, conforme os registros existentes nas fichas de controles dos referidos veículos, a saber:

Levar Bárbara a sua residência (folha 2661, 2665, 2671, 2726, 2729), buscar Ieda no Sesi (folha 2666), levar Ricardo em laboratório (folha 2666), levar Gilson a revisão médica (folha 2668), levar Nildo ao posto de lavagem (folha 2669), buscar Viviane em casa (folha 2675, 2677), ir a rodoviária pegar Viviane (folha 2679), levar Alice (folha 2690, 2724, 2725), buscar Dra. Izabela (folha 2694, 2702, 2707), ir a bancos (folha 2672, 2699, 2716), lavanderia (folha 2710, 2746), cartórios (folha 2690, 2702, 2707, 2722), ir comprar chip de celular (folha 2732), comprar gás de cozinha (folha 2732, 2750), buscar cestas básicas (folha 2702), ir aos correios (folha 2665, 2698, 2725), levar e pegar estagiários (folha 2674), ir à livraria (folha 2674, 2682, 2727), comprar vales transporte (folha 2676, 2687, 2695, 2724, 2734), ir ao Exército (folha 2695), ao CREA (folha 2754), à farmácia (folha 2664, 2683, 2700, 2721), à UNEB (folha 2697), à Justiça do Trabalho (folha 2691), ao Detran (folha 2678, 2679), comprar troféus (folha 2685), ao chaveiro (folha 2663, 2669), ao mercado (folha 2678), à Prefeitura (folha 2669, 2671, 2719, 2723), visitar a jazida de Juazeiro (folha 2714), comprar lanche para pessoal em treinamento (folha 2689) levar funcionário ao médico (folha 2665, 2668, 2672, 2735), ao fórum (folha 2665, 2706, 2729, 2747), pegar / levar documentos (folha 2661, 2778, 2751), ir a posto de vacinação (folha 2671, 2673, 2702), à Receita Federal (2673, 2676, 2681, 2754) ir / voltar do aeroporto (folha 2667, 2680, 2708, 2718), ir a eventos / festas (folha 2716, 2718, 2752), levar funcionários para fazer exames (folha 2710, 2717), ir à Polícia Federal (folha 2745, 2756), ao Consulado (folha 2758), fazer compras para a diretoria (folhas 2668, 2669, 2684, 2716, 2730, 2739, 2747, 2756), à Delicatessen (folha 2683, 2746), à Serasa (folha 2684, 2730), ao TRE (folha 2713).

Certamente que a utilização dos veículos para, por exemplo, *fazer compras para a diretoria, levar funcionário ao médico, comprar lanche para pessoal em treinamento*, não pode ser considerada como voltada à consecução da atividade fim da empresa.

Diante disso, a glosa do crédito fiscal se apresenta correta, sendo, desse modo, a infração 8 procedente.

No que concerne à infração 9, apesar de o autuado haver inicialmente impugnado este item da autuação, inclusive em suas manifestações, em momento posterior reconheceu a infração conforme TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA, no qual renuncia a qualquer defesa ou recurso tendentes a discutir o crédito tributário objeto do referido termo, bem como desiste de qualquer ação, incidente ou recurso interpostos para discussão do referido crédito tributário, tendo apresentado Requerimento de Parcelamento de Débito, no qual solicitou a emissão do DAE para pagamento da parcela inicial do parcelamento referente a este item da autuação.

Diante disso, a infração 9 é subsistente, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado.

Quanto à alegação defensiva de que a multa aplicada de 60%, além de excessiva acaba por mostrar-se confiscatória, merecendo assim ser afastada, cabe consignar que falece competência a este órgão julgador administrativo de Primeira Instância, para apreciação de matéria que envolva inconstitucionalidade, assim como para negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, consoante determina o artigo 167 do RPAF/BA/99.

Vale registrar, que as multas aplicadas se encontram previstas no artigo 42 da Lei nº. 7.014/96.

Por derradeiro, no que tange ao pedido do impugnante, no sentido de que todas as notificações e intimações expedidas ou veiculadas por meio de publicação em Diário Oficial, sejam também expedidas em nome do advogado Carlos Roberto Siqueira Castro, inscrito na OAB/BA, nº. 17.769, com endereço profissional indicado no cabeçalho da petição, independentemente da atuação de outros advogados no feito, sob pena de nulidade, saliento que inexiste óbice para que o órgão

competente da repartição fazendária atenda a solicitação, contudo, cabe consignar que o não atendimento não implica em nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação ao contribuinte, são aquelas previstas no art. 108 do RPAF/99/BA.

Diante do exposto, o Auto de Infração é parcialmente procedente, ficando as infrações conforme demonstrativo abaixo:

INF	VLR. LANÇADO (R\$)	VLR. JULGADO (R\$)	MULTA	RESULTADO
01	14.023,03	5.340,90	60%	PROCEDENTE EM PARTE
02	6.744,30	14,00	60%	PROCEDENTE EM PARTE
03	9.412,60	9.412,60	60%	PROCEDENTE
04	450,00	450,00	60%	PROCEDENTE
05	263,69	263,69	150%	PROCEDENTE
06	142.906,54	0,00	-----	NULA
07	88.615,52,	0,00	-----	NULA
08	1.179,84	1.179,84	60%	PROCEDENTE
09	17.169,64	17.169,64	100%	PROCEDENTE
TOTAL	280.765,16	33.830,67	---	

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207090.0015/12-0, lavrado contra **IPC DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.830,67**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$16.397,34, 100% sobre R\$17.169,64 e 150% sobre R\$263,69, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a,” e “e,” IV “j” e V “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o pagamento efetuado

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de fevereiro de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR