

A. I. N° - 272041.0002/23-2  
**AUTUADO** - FACON ENGENHARIA LTDA.  
**AUTUANTE** - PAULO NOGUEIRA DA GAMA  
**ORIGEM** - DAT SUL / INFRAZ EXTREMO SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 13.03.2024

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF N° 0020-05/24-VD**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Considerando o acolhimento, por parte do autuado, de parte do lançamento, ficam mantidos os itens por ele referidos, o que resulta na procedência parcial da exigência fiscal. Infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20.03.2023 (ciência em 31/03/2023, pelo DT-e), exige ICMS no valor histórico de R\$ 269.221,79, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01: 001.002.006 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias com pagamento do imposto por substituição tributária. Multa 60%.

A autuada apresenta impugnação às folhas 38/62, mediante a qual contesta o presente lançamento, deduzindo as razões a seguir.

Alega que assiste, à Facon Engenharia, o direito de creditar-se, para fins de compensação com o tributo devido, do valor do ICMS cobrado na aquisição de insumos (matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem), consoante disposição do art. 309 do RICMS BA, cujo texto transcreve. Assim, não merece prosperar a autuação lavrada visto que foi apontada como indevida a tomada de crédito de ICMS na aquisição de produtos utilizados como insumos para o desenvolvimento de sua atividade.

Argumenta que a Constituição Federal atribui ao contribuinte o direito de abater do montante de ICMS a pagar o devido, a este título, por outros contribuintes que lhe prestaram serviços ou lhe forneceram mercadorias, matérias-primas e demais bens, conforme art. 155, inciso II c/c § 2º, inciso I, cujos textos transcreve. Ensina que o dispositivo citado demonstra que o ICMS é regido pelo princípio constitucional da não-cumulatividade, isto é, permite a compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestações de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.

Nesse contexto, argumenta que a LC n° 87/96 (lei Kandir), que disciplina, dentre outras matérias, as hipóteses de creditamento de ICMS, permite o aproveitamento dos créditos referentes à aquisição de quaisquer produtos intermediários, desde que comprovada a necessidade de utilização destes para a realização do objeto social (atividade-fim) do contribuinte, conforme art. 20, § 1º, cujo texto transcreve para sustentar a ideia de que a forma (integrante ou não do produto final) e o tempo de duração (imediato ou prolongado) do consumo do produto intermediário no exercício da atividade empresarial não infirmam o direito ao creditamento do ICMS, o qual, portanto, também deve ser reconhecido em relação às mercadorias que, por sua duração estimada, necessitam de reposição periódica para o correto funcionamento da matriz produtiva. Conclui, portanto, que assiste, à Facon Engenharia, o direito de tomar créditos de ICMS relativos a produtos (insumos - matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem) adquiridos e empregados nas atividades da Autuada (fabricação de pré-moldados de concreto), ainda que não haja o consumo imediato e integral do material adquirido.

Conforme contrato social anexo, informa que a Autuada realiza, dentre outras atividades, a fabricação de artefatos de cimento para uso na construção (CNAE 2330-3/02). Em suma, é empresa, cuja atividade preponderante/majoritária é a fabricação de pré-moldados de concreto. Desse modo, para a fabricação dos referidos componentes, são necessários, não se limitando, mas sobretudo insumos para composição do concreto, a saber: CIMENTO, AÇO, AREIA E BRITA, os quais, conforme já demonstrado, geram o direito ao aproveitamento de créditos ICMS, na forma da legislação de regência.

Argumenta que o reconhecimento das mercadorias adquiridas como produtos intermediários utilizados na consecução da atividade-fim da Facon Engenharia demonstra o equívoco na autuação efetuada, bem como afasta a sua classificação como de uso e consumo do estabelecimento e, por conseguinte, a limitação temporal ao creditamento contida na Lei Kandir. A partir da análise do demonstrativo de operações listadas na OS n° 503566/22, afirma ser possível verificar que a autoridade fazendária reconhece como indevido o aproveitamento dos créditos, visto que classifica insumos como mercadorias de uso e consumo, o que não deve prosperar.

Relaciona as mercadorias (insumos) adquiridas pela Facon Engenharia, que geram direito a crédito ICMS, conforme se demonstra:

- Componentes de aço:

AR REC TORCIDO 1.25mm BWG18 RL1kg #

119002644	TELÀ GERDAU MF 113 RL0.975x120m
119002644	TELÀ GERDAU MF 113 RL0.975x120m
126957	TRELICA T8 12.0 METROS
160712	BELGO 50 CA50 8.00 MM ROLO SOLDAVEL
160763	BELGO 50 CA50 10.00 MM ROLO SOLDAVEL
160764	BELGO 50 CA50 12.50 MM ROLO SOLDAVEL
180138	TRELICA TB 8L 6.0M FX60 TR 08644
180138	TRELICA TB 8L 6.0M FX60 TR 08644
190894	TELÀ P COLUNA BELGO CBM 8.0MM 7x17 6M
190904	TELÀ PCOLUNA BELGO CBM 8MM 7X20 6M
190915	TELÀ PARA COLUNA CBR 10.0MM 7X27 6M
2000249	ARM. REC.BWG 18(1.24 MM)XTRANÇ.1KG
2000365	TLA.SOL.MF113 3.8X3.4MM(10X20)0.975X120M
2000411	VERGALHÃO CA-50 3/8" (10.0 MM) -12 M
212020000001	ARAME GALV. 18BWG 1 25MM 117MT/KG ROLO 1 KG

Alega que os componentes de aço são essenciais para fabricação de todos as peças pré-moldadas pela Facon Engenharia (pilares, vigas, postes, gradis, manilhas e piso), compondo toda a sua estrutura, além de garantir a resistência e estabilidade dos materiais. Afirma que, resumidamente, sem o AÇO não é possível fabricar peças pré-moldadas de cimento, destacando que o próprio CNAE da Facon Engenharia revela que sua atividade principal é a fabricação de artefatos pré-moldados de CIMENTO, razão pela qual é inegável que o cimento é matéria-prima (insumo) indispensável ao exercício da sua atividade-fim.

Quanto aos PREGOS, informa que são utilizados na montagem dos pallets de madeira e de compensado naval, os quais, por sua vez, são utilizados pela Facon Engenharia, em seu processo produtivo de blocos, piso, gradis e tijolos, para possibilitar a secagem, armazenamento e transporte de pré-moldados de concreto. Já os PARAFUSOS e BUCHAS, informa que são utilizados na montagem das formas de metal, as quais são essenciais na fabricação de pré-moldados de concreto.

Explica, ainda, que os CHUMBADORES são utilizados na fixação de telhas de zinco durante a montagem de galpões pré-moldados. Durante a montagem dos galpões, os ESTICADORES são utilizados no travamento do contraventamento e fixação da CORDOALHA, imprescindível à estabilização da estrutura montagem, mediante a colocação de CLIPES para travamento. Os CLIPES são utilizados também para travamento das fitas e amarras nos carregamentos da Facon Engenharia. Por fim, explica que as HASTES e BARRAS ROSCADAS são utilizadas na montagem dos galpões, especialmente na realização da cobertura.

Já o combustível óleo diesel, informa que é utilizado pela Facon Engenharia como combustível para suas máquinas e equipamentos empregados no processo produtivo dos pré-moldados de concreto, a exemplo da carregadeira, equipamento essencial à alocação de insumos na linha produtiva e carregamento para os produtos fabricados para posterior comercialização. Destaca que os combustíveis, em especial o óleo diesel, são utilizados como desmoldante, isto é, na limpeza e revitalização dos moldes empregados na fabricação dos artefatos de concreto. Explica que a finalidade básica do óleo diesel é ajudar a extrair o produto final da forma ou molde sem comprometer a integridade de ambos e, por isso, integra o processo produtivo da Facon Engenharia.

Quanto aos eletrodos, informa que são utilizados pela Autuada para realização de soldas de manutenção de máquinas e equipamentos em sua fábrica, bem como na fabricação de formas e matrizes para produção de artefatos de cimento. Já as telhas, chapas residenciais e cumeeiras são utilizadas para composição da cobertura na montagem de galpões pré-moldados.

Explica, ainda, que o filme stretch consiste em material de embalagem, para emprego em processo de industrialização da Facon Engenharia. Após a fabricação e secagem dos blocos, tijolos e piso, os artefatos são empilhados sobre os pallets e revolvidos com filme plástico para fins de armazenagem e posterior revenda dos itens devidamente acondicionados e embalados aos adquirentes, motivo pelo qual ensejam créditos.

Desse modo, segundo dispõe o art. 309, I, b, do RICMS BA, entende que não deve prosperar a autuação ora impugnada, visto que aponta como indevida, de forma equivocada, a regular tomada de crédito pela Facon Engenharia nas aquisições de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização.

Noutra senda, argumenta que também assiste, à Facon Engenharia, o direito de creditar-se, na forma da lei, na aquisição de mercadorias tributadas pelo ICMS destinadas ao ativo permanente/imobilizado da Autuada, conforme artigos 20 e 33 da LC 87/96, além do art. 309 do RICMS/BA, cujos textos transcreve.

Assim, da mesma forma, conclui que não merece prosperar a autuação lavrada contra a Facon Engenharia, visto que foi apontada como indevida a tomada de crédito ICMS na aquisição de

mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento, destinadas à atividade-fim da empresa. Argumenta que o ativo imobilizado é o conjunto de bens tangíveis utilizados na produção, aluguel, administração e prestação de serviços.

A partir da análise do demonstrativo de operações listadas na OS n° 503566/22, afirma ser possível verificar que a autoridade fazendária aponta equivocadamente bens adquiridos para composição do ativo fixo/permanente da Facon Engenharia como bem de uso e consumo, reconhecendo, por conseguinte, como indevido o aproveitamento dos créditos na aquisição dessas mercadorias, o que não deve prosperar, conforme relação de mercadorias que apresenta.

Destaca que a autuação ora impugnada, em nenhum momento, aponta como indevida a forma de aproveitamento dos créditos ICMS na aquisição de bens do ativo fixo. Diversamente, a autuação se refere apenas à possibilidade ou não do creditamento, razão pela qual não deve prosperar em relação aos bens indicados neste tópico e no tópico anterior, visto que assiste à Facon Engenharia o direito de tomar créditos ICMS na aquisição, sem prejuízo de eventual estorno.

Argumenta, ainda, que também é descabida a autuação ora impugnada, visto que assiste à empresa o direito de creditar-se na entrada de insumos (matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem) adquiridos tributados pelo ICMS, bem como na aquisição de mercadorias destinadas ao ativo fixo/permanente, ressaltando que isso é consequência da regra da não-cumulatividade do ICMS, da qual decorre o direito de o contribuinte de ICMS creditar-se do imposto pago quando da entrada de mercadoria tributada em seu estabelecimento. Em sendo o caso de posterior saída da mercadoria, cuja entrada tributada se aproveitaram os créditos, na qual o aproveitamento do crédito não seja permitido ou não cabível, a exemplo do perecimento, deterioração ou extravio da mercadoria, explica que o contribuinte, na forma da lei, realizará o estorno do crédito.

Destaca que, de início, no momento da entrada da mercadoria tributada, não há restrições ao aproveitamento do crédito, até mesmo por não haver conhecimento exato acerca da sua destinação, e o estorno só será realizado caso haja o enquadramento de uma das hipóteses do art. 21 da LC 87/96 e do art. 312 do RICMS BA, cujos textos transcreve.

Assim, conclui que não há nenhuma ilegalidade ou equívoco na tomada de créditos pela Autuada, em relação aos itens listados na OS n° 503566/22, visto que correspondem à entrada de mercadorias tributadas que ensejam, de início, o crédito ICMS, a partir da regra da NÃO-CUMULATIVIDADE. Colaciona a doutrina de Alexandre Meirelles e Daniel Petitinga em apoio aos seus argumentos.

Reitera que a presente autuação não versa acerca de eventual falta de estorno de crédito pela Facon Engenharia, mas pela equivocada interpretação da autoridade fazendária em cercear o direito da Autuada em aproveitar, num primeiro momento, créditos na entrada de mercadorias tributadas, sobre as quais não era possível saber, no ato da compra, se havia algum impedimento ao creditamento. Isso porque, como demonstrado, ocorrendo, posteriormente, uma das situações que proíbam o crédito ICMS, o imposto creditado será ESTORNADO. No entanto, este não é o caso desta autuação, a qual aponta como indevido o próprio creditamento, o que não deve prosperar.

Argumenta que tamanho o equívoco da autuação que a legislação, que, para empresas como a Facon Engenharia possuem atividades sujeitas ao ICMS e outras sujeitas ao ISS, é impossível definir, no momento da aquisição dos insumos, se as mercadorias adquiridas ensejarão créditos ou se estes são vedados. Transcreve doutrina em apoio aos seus argumentos.

Desse modo, entende mostrar-se descabida a autuação lavrada em desfavor da Facon Engenharia, visto que, consoante se demonstrou, a Autuada, diante das atividades que exerce, possui o direito de creditar-se na entrada de mercadorias tributadas, sendo-lhe assegurada a possibilidade de posterior estorno em caso de vedação e/ou não cabimento do crédito.

Requer perícia fiscal ao tempo em que formula quesitos e indica, como assistente técnico, Ruhan Filipe Vieira dos Santos, brasileiro, contador, com indicações de sua inscrição no CRC BA, bem como telefone e endereço profissionais.

Arremata a sua petição impugnatória, declarando que reconhece, como devidos, os débitos, a partir dos itens listados na OS nº 503566/22, relativos à tomada de créditos ICMS na aquisição de bens de uso e consumo, conforme relação que acosta às folhas 59/61

Assim, na forma do RPAF do Estado da Bahia e da Lei estadual nº 7.014/96, entende que tem direito de realizar o pagamento do débito não impugnado no Auto de Infração com redução de 90% (noventa por cento) do valor da multa.

Diante de todo o exposto, requer:

- a) O recebimento, o processamento e o julgamento da presente defesa, na forma do RPAF, por tempestiva, oportuna e acompanhada dos documentos pertinentes, desde já declarados autênticos em cópia;
- b) A improcedência do Auto de Infração em relação aos créditos tomados na aquisição de bens do ativo imobilizado/permanente, haja vista o direito ao aproveitamento de créditos, na forma do art. 20, caput C/C art. 33, III, ambos da Lei Kandir (Lcp nº 87/96) e do art. 309, § 2º, do RICMS;
- c) A improcedência do Auto de Infração em relação em relação aos créditos tomados na aquisição de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização da Autuada, haja vista o direito ao aproveitamento de créditos de insumos essenciais à atividade da Facon Engenharia, na forma do art. 20, § 1º, da Lei Kandir (Lcp nº 87/96) e do art. 309, I, do RICMS;
- d) A improcedência do Auto de Infração, haja vista a inexistência de vedação ao aproveitamento de crédito na entrada de mercadorias tributadas, bem como o direito aos créditos na aquisição de insumos e de mercadorias destinadas ao ativo fixo/permanente, com a possibilidade de posterior estorno em caso de enquadramento em uma das hipóteses do art. 21 da LCP 87/96 e do art. 312 do RICMS BA;
- e) O reconhecimento parcial do débito apontado como devido, garantido à Facon Engenharia a realização do pagamento do tributo com desconto de 90% (noventa por cento) no valor da multa, na forma do RPAF do Estado da Bahia e da Lei estadual nº 7.014/96;
- f) A produção de todas as provas necessárias, especialmente com a realização de diligência e/ou perícia fiscal junto à Autuada, para fins de comprovação das alegações de defesa, na forma do arts. 123, § 3º e 145, do RPAF, cujos quesitos, justificação e indicação de assistente técnico ocorreram no tópico 5 desta defesa.

Nesses termos, pede deferimento.

À folha 128, o autuante presta informação fiscal, oportunidade em que tece as seguintes considerações.

Informa que observou as alegações da autuada às folhas 38 a 117 do PAF, e obteve o seguinte resultado.

Quanto à Infração 01, entende que assiste razão à autuada quando se refere à utilização dos créditos das mercadorias ST utilizadas apenas como insumo, uma vez que não há CNAE secundário de comércio varejista (anexo). Também, não há evidências de que a empresa promova a circulação de mercadorias em seu nome próprio ou no de terceiros.

Entende que o Auto de Infração é improcedente.

Esse é o relatório.

## VOTO

Considerando que não foram aduzidas questões preliminares, adentro diretamente ao mérito da autuação, conforme segue.

Denego o pedido de diligência por entender que os elementos do processo são suficientes à formação da convicção dos julgadores, nos termos do art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/99.

Quanto à Infração 01, a conduta autuada foi descrita como “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o uso e consumo do estabelecimento*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento neste ponto, alegando que as mercadorias adquiridas se classificam como insumos, em sua maioria, bem como bens integrantes do ativo imobilizado da empresa. Acolhe o lançamento relativamente a itens detalhados às folhas 59/61.

Em sua informação fiscal, o autuante acolhe as razões defensivas e opina pela improcedência da presente exigência fiscal, conforme se extrai de trecho da sua peça informativa, abaixo reproduzido.

*“Observei as alegações da autuada às folhas 38 a 117 do PAF, e obtive o seguinte resultado:*

*Quanto à Infração 01:*

*Assiste razão à autuada quando se refere à utilização dos créditos das mercadorias ST utilizadas apenas como insumo, uma vez que não há CNAE secundário de comércio varejista (anexo). Também, não há evidências de que a empresa promova a circulação de mercadorias em seu nome próprio ou no de terceiros.*

*Auto de Infração improcedente.*

*Esta é a minha informação fiscal.”*

Assim, embora o autuante tenha opinado pela improcedência, vejo que o Sujeito Passivo acolhera parte do lançamento naquilo que se reporta às mercadorias descritas às folhas 59/61, oportunidade em que anui expressamente com a glosa do crédito fiscal relativo aos itens que relaciona.

Por conseguinte, considerando o acolhimento parcial do lançamento, entendo que se devem manter os itens referidos (lista às folhas 59/61), o que resulta na procedência parcial da Infração 01, conforme demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS
ago/21	R\$ -
set/21	R\$ 16,93
out/21	R\$ 18,97
nov/21	R\$ -
dez/21	R\$ 7,53
jan/22	R\$ 885,09
fev/22	R\$ 76,63
mar/22	R\$ -
abr/22	R\$ 26,45
mai/22	R\$ -
ago/22	R\$ 5,08
set/22	R\$ 107,04
dez/22	R\$ -
<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 1.143,72</b>

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração 272041.0002/23-2, lavrado contra **FACON ENGENHARIA LTDA.**, devendo ser intimado o Sujeito Passivo a efetuar o pagamento do

imposto no montante de R\$ 1.143,72, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96, além dos acréscimos legais.

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 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de fevereiro de 2024.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA