

A. I. N° - 206900.0066/09-3
AUTUADO - MINERAÇÃO CARAÍBA S/A
AUTUANTES - JOSÉ VALDEMIR BRAGA SANTOS e CLEUDES CERQUEIRA DE FREITAS
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 11.11.2010

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0350-04/10

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Documentos juntados com a defesa comprovam recolhimento de parte do imposto relativo à infração 1 e que os valores exigidos relativos à infração 6 se referem a operações de remessa em consignação, que não são tributadas pelo imposto. Infração 1 procedente em parte e improcedente a infração 6. 2. DIFERIMENTO. REFEIÇÕES. TERMO FINAL DO DIFERIMENTO. Restou comprovado que o lançamento e pagamento do imposto diferido nas operações de aquisição de refeições são de responsabilidade do estabelecimento autuado. Infração caracterizada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA [ENERGIA ELÉTRICA]. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Reconhecida a exigência fiscal relativa ao período de agosto/05 a dezembro/08. Os valores exigidos [ICMS sobre a TUST e a TUSD] referentes ao período de janeiro a julho/05 estão amparados pelas regras contidas no Convênio ICMS 117/04 celebrado em 10/12/04 com efeitos a partir de 1º/01/05. Infração caracterizada. Refeitos os cálculos, o imposto lançado ficou reduzido. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Documentos juntados aos autos comprovam que parte das aquisições são produtos contemplados com isenção ou que tiveram o imposto retido na fonte não havendo obrigatoriedade pelo pagamento do imposto sobre estas operações, bem como outra parte foi destinada ao ativo imobilizado e beneficiada pelo diferimento do Programa DESENVOLVE. Refeitos os cálculos o que resultou em redução do débito. Infração caracterizada em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/09, exige ICMS no valor de R\$3.205.714,62, acrescido das multas de 50% e 60% em decorrência das seguintes infrações:

1. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, relativo aos meses de julho a setembro de 2004 - R\$206.641,67.
2. Deixou de recolher o ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas ao consumo por parte dos seus funcionários, conforme demonstrativo das aquisições de refeições para consumo por parte de seus funcionários, com imposto diferido -

3. Deixou de recolher ICMS no prazo regulamentar referente a operações de fornecimento de energia elétrica escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta na descrição dos fatos que corresponde ao ICMS devido na qualidade de consumidor final de energia, conectado a rede básica, pelas importâncias pagas às empresas transmissoras relativas à Tarifa de Uso de Sistema de Transmissão (TUST), nos termos do Convênio ICMS 117/04, art. 571-B do RICMS/BA e Resolução Normativa ANEEL 74/04, tendo como base de cálculo os relatórios mensais elaborados pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), conforme estabelecido na Cláusula segunda do mencionado Convênio, aplicando-se a redução na Base de Cálculo de 52%, conforme estabelecido no art. 80, I do RICMS/BA - R\$1.260.421,41.
4. Deixou de recolher o 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 e ou ativo imobilizado, conforme demonstrativos referentes aos exercícios de 2004, 2005 e 2006 - R\$905.856,36.
5. Descumpriu obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo, ao utilizar o crédito presumido à razão de 23,53% sobre as saídas internas
6. e interestaduais de minério de cobre, conforme autorização do artigo 3º, III da Lei nº 7.508/99 (PROGRAMA PROCOBRE), o fez em valor superior ao estabelecido na legislação conforme demonstrado em relatório anexo - R\$73.802,26.
7. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, por não ter efetuado o estorno do crédito fiscal presumido utilizado sob a égide do Programa PROCOBRE, quando recebeu em devolução, mercadorias anteriormente remetidas a título de consignação mercantil, com o pagamento do ICMS, conforme Anexo F - R\$291.248,88.

O autuado, na defesa apresentada fls. 434 a 452, inicialmente discorre sobre as infrações e passa a contestá-las conforme passou a expor.

Com referência à infração 1, alega que houve um equívoco por parte da fiscalização, por entender que houve recolhimento a menos, tendo considerado apenas os DAE's com código 0636 – Recolhimento Normal, sem considerar os pagamentos específicos de diferença de alíquota – código 791 e de Auto de Infração – código 1705, conforme cópia de DAE's juntados ao processo.

Admite uma única diferença de R\$156,37 recolhida a menos no mês de setembro de 2004, que pretende quitar oportunamente, bem como recolheu a mais R\$101,02 no mês de agosto de 2004, conforme demonstrativo:

MÊS	LRAICMS	DAE 0636	DAE 1705	DAE 791	TOTAL	DIFERENÇA
07/04	2.102.530,10	2.033.470,62	69.059,47		2.102.530,09	-0,01
08/04	1.865.517,14	1.773.260,37	11.721,67	80.636,09	1.865.618,13	101,02
09/04	935.200,08	889.874,64		45.169,07	935.043,71	-156,37
Totais	4.903.247,32	4.696.605,63	80.781,14	125.805,16	4.903.191,93	-55,36

No tocante à infração 2, ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, argumenta que os artigos 342, 343, XVIII, 348 § 1º, IV e 349 do RICMS/BA, determinam que o imposto devido na saída do fornecedor das refeições, fica diferido para o momento em que ocorrer a entrada no seu estabelecimento, mas a maior parte dos gastos se refere a consumo efetuado por seus empregados no estabelecimento do fornecedor das refeições, localizado a dez km do seu estabelecimento (Av. Caraíba, 846 – Anexo 01, no Núcleo Residencial de Pilar e não no Km 49 da Rod. Francisco Pignatari (BA 314) onde está localizado.

Entende que não há saída de refeições do fornecedor e tampouco entrada no seu estabelecimento, o que descaracteriza a hipótese do diferimento, visto que as refeições são feitas no intervalo do almoço pelos funcionários alojados no Hotel que se deslocam de ônibus. Ressalta que empregados em regime administrativo fazem refeições no próprio c

Argumenta que ao teor do art. 108 do CTN, não se pode cogitar a aplicação do diferimento na situação que o empregador paga ou subsidia parte das refeições consumidas pelos funcionários, fora das dependências do local de trabalho. Atenta que a concessão de “vales refeições” ou “tickets restaurante”, não podem ser considerados operações com aplicação de diferimento.

Informa que uma parcela dos valores se refere a “quentinhas” oferecidas aos empregados em regime de turno, tese em que se enquadra no regime de diferimento, mas interpretando teleologicamente o art. 343, XVIII do RICMS BA, tal situação se enquadra no diferimento relativo a empresas especializadas em gerir as denominadas “cozinhas industriais”, como a GR Restaurantes e outras, devidamente organizadas, aptas a arcar com obrigações acessórias, além da carga tributária normal. Alega que na situação presente, os fornecedores das refeições são inscritos no SIMBAHIA e SIMPLES (HORÁCIO ALVES DA SILVA JUNIOR ME, cantina artesanal que funciona dentro do seu estabelecimento e CLAUDETE ANA SANTANA D’AGOSTINO, proprietária do Hotel onde são servidas as refeições no horário de almoço).

Alega que os fornecedores dependem da demanda da Mineração Caraíba S.A., estão cadastrados na SEFAZ/BA, recolheram os impostos das operações de acordo com a regulamentação das ME/SIMPLES e não pode ser transferido indevidamente o ônus do tratamento diferenciado, o que no seu entendimento contraria o disposto no artigo 170, IX da CF que estabelece que deve ser assegurado tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

Transcreve conceitos de “diferimento”, ato ou efeito de diferir, adiamento, parte de texto de autoria dos professores Carlos dos Santos Almeida, F. Nepomuceno e Igor Tenório, afirmando que não estaria ocorrendo diferimento, mas sim transferência do lançamento do ICMS do fornecedor das refeições para ele, presumindo a ocorrência de novo fato gerador, inexistente. Entende que tal regramento vai de encontro ao disposto no art. 110 do CTN, alterando a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela CF, Constituições dos Estados, Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Afirma que o art. 342 do RICMS/BA elimina dúvidas quando dispõe que o imposto incidente sobre determinada operação é transferida para o adquirente ou destinatário da mercadoria. Conclui esta linha de raciocínio afirmando que se a responsabilidade tributária por substituição pudesse ser atribuída à impugnante, por aplicação do diferimento, o valor a ser exigido seria o do imposto devido pelo fornecedor, enquadrado no SIMBAHIA ou no SIMPLES e não com a aplicação da alíquota de 17% sobre o total do valor do fornecimento.

Argumenta que se exigido o imposto por solidariedade, restaria à responsabilidade do fornecedor das refeições, pelo adimplemento da obrigação e devem ser considerados os pagamentos promovidos por ele, nos termos dos artigos 124 e 125, I do CTN.

Para reforçar o seu posicionamento, informa que a GRAN SAPORE BR BRASIL S.A., por meio do processo nº 017815/2007-9, solicitou regime especial para pagar o ICMS na qualidade de responsável solidária, relativo a refeições fornecidas a terceiros, ao teor do artigo 124, I do CTN, o que lhe foi concedido, ficando os adquirentes desobrigados dos pagamentos, situação que se coloca ao deslinde neste PAF.

Relativamente à infração 3, afirma que mesmo sabendo que no âmbito do judiciário a exigência do ICMS sobre a TUST e a TUSD esteja sendo rechaçada, conforme reiterados Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em homenagem ao espírito de cooperação e de convivência harmônica que pretende manter com o Governo Estadual, concorda com parte da exigência fiscal, para evitar instauração de conflito judicial com o Estado da Bahia, exceto os valores relativos aos meses de janeiro a julho de 2005.

Esclarece que os valores reconhecidos serão objeto de pagamento mediante transferência de créditos do ICMS de terceiros, ao teor do art. 108-A, II, “a” do R requerimento dirigido à INFAZ do seu domicílio fiscal.

03 – 02.01.14	ICMS	AC. MOR.	MULTA	R. MULTA	TOTAL
TOTAL A.I.	1.260.421,35	336.710,96	630.210,67		2.227.342,98
DEFESA	135.631,49	71.912,02	67.815,74		275.359,25
RECOLHER	1.124.789,86	264.798,94	562.394,93	-337.436,96	1.614.546,77

No tocante ao período de janeiro a julho/05, afirma que os autuantes não perceberam a inexistência de fundamento regulamentar, visto que o art. 571 – B do RICMS/BA, só entrou em vigor no mundo jurídico através do Dec. 9.513, de 10/08/05, com efeitos a partir de 01/08/05 e não há como subsistir a exigência de ICMS sobre a TUST e a TUSD, pelo regime de substituição tributária, antes de 01/08/05, pela inexistência de fundamento legal o que torna improcedente os lançamentos relativos aos meses de 01/2005 a 07/2005, totalizando R\$275.329,25.

Atenta que não pode ser alegada fundamentação com base no Conv. ICMS nº 117/04, por se tratar de norma complementar ao teor dos artigos 97 e 100 do CTN, enquanto a instituição de imposto só pode ser feito por lei, inclusive prática reiterada pelo Estado da Bahia com a inserção de regras de Convênios de ICMS no Regulamento do ICMS.

Quanto à infração 4, relativa à ICMS da diferença entre as alíquotas (consumo e/ou ativo fixo), admite que procede a exigência de parte dos valores apontados, conforme quadro abaixo, que pretende quitar mediante transferência de créditos do ICMS de terceiros, conforme cópia do requerimento dirigido à INFAZ do seu domicílio.

04 – 06.02.01	ICMS	AC. MOR.	MULTA	R. MULTA	TOTAL
TOTAL A.I.	905.856,34	448.085,69	543.513,80		1.897.455,83
DEFESA	278.384,85	155.988,72	167.004,01		601.377,58
RECOLHER	627.471,49	292.096,97	376.509,79	-225.905,87	1.070.172,38

Com relação aos demais valores exigidos e não reconhecidos afirma que se referem a operações sujeitas à antecipação tributária do diferencial de alíquotas, isenções da operação principal e redução de base de cálculo fundamentada em Convênios e a aquisições de ativo imobilizado sob a égide do Programa DESENVOLVE, não percebidos pelos autuantes, conforme quadro abaixo, e planilhas discriminando notas fiscais, origem, CFOP, valor, alíquota, diferença de alíquota e valores indevidos, multa e os acréscimos moratórios exigidos, que junta ao processo.

ANO	MOTIVO DA IMPROCEDÊNCIA	VALOR
2004	Diferencial de alíquota retido na fonte.	44.942,41
2004	Operações isentas na origem – valor total do ICMS.	127.192,80
SUB TOTAL		172.135,21
2005	Operações sob a égide do Programa DESENVOLVE.	3.474,04
2005	Diferencial de alíquota retido na fonte.	43.298,12
SUB TOTAL		46.772,16
2006	Diferencial de alíquota retido na fonte.	53.170,53
	Operações sob a égide do Programa DESENVOLVE.	6.306,95
SUB TOTAL		59.477,48
TOTAL GERAL		278.384,85

Transcreve os artigos 7º, III, 70 e 72, I do RICMS/BA que tratam das hipóteses de isenção aplicável à operação de origem, dispensa do pagamento da diferença de alíquota e redução da base de cálculo.

Ressalta que há inúmeras operações, conforme planilhas acostadas à defesa, submetidas ao mecanismo da substituição tributária, cabendo a retenção e recolhimento do imposto devido ao Estado da Bahia pelo remetente, conforme disposto nos artigos 370 a 379 do RICMS/BA. Informa que está diligenciando aos fornecedores para obter, cópias das Guias Nacionais de Recolhimento do ICMS, para posterior juntada ao PAF, ao teor do art. 121. § 5º, I e II do RPAF/BA.

Relativamente à infração 5, alega que também houve equívoco da autuação ao vislumbrar utilização de crédito presumido em valor superior ao estabelecido na legislação. Reproduz o ANEXO E elaborado pelos autuantes e indica os equívocos na interp

MÊS	CFOP's			SOMA	CRD 23,53%
	5101	5116	5917		

CÁLCULO DA AUTUAÇÃO							
02/06	588.783,74	3.794.679,11		4.383.462,85	1.031.428,81	1.035.091,90	3.633,09
06/06	2.760.655,16	6.250.009,23		9.010.664,39	2.120.209,33	2.190.348,51	70.139,18
TOTAIS							73.802,26
CÁLCULO CORRETO							
02/06	588.783,74	3.794.679,11	15.567,75	4.399.030,60	1.035.091,90	1.035.091,90	0,00
06/06	2.760.655,16	6.250.009,23	298.084,04	9.308.748,43	2.190.348,51	2.190.348,51	0,00
TOTAIS							0,00

Esclarece que não foram considerados os valores relativos a notas fiscais de complemento de preço e/ou ICMS com o CFOP 5917, conforme referência indicada no seu corpo das notas fiscais de origem, resultando na apuração de base de cálculo proporcionalmente menor do crédito de 23,53%. Requer a inclusão das notas fiscais abaixo relacionadas e improcedente a infração.

NF Nº	DATA	VALOR	ICMS	CRED. 23,53%
037023	16/02/2006	10.272,97	1.746,40	410,93
037024	16/02/2006	81.302,03	13.821,35	3.252,16
SUB-TOTAL				3.663,09
037914	01/06/2006	1.678.173,61	285.289,51	67.128,62
037982	08/06/2006		12.794,53	3.010,55
SUB-TOTAL				70.139,17
TOTAL GERAL				73.802,26

No que se refere a infração 6, afirma que decorre também de equívoco cometido pelos autuantes formulado no ANEXO F abaixo resumido:

CNPJ	EMIÇÃO	NF Nº	CFOP	VALOR	ICMS
15224488000108	27/12/2006	263915	1919 T		843.676,80
15224488000108	25/11/2006	259605	1919 T		394.400,00
				VALOR DO ICMS	1.237.776,80
				CÁLCULO DO BENEFÍCIO (23,53%)	291.248,88

Diz que para a adequada compreensão das operações envolvidas, esclarece que nos meses de:

a) SETEMBRO/06 - Promoveu remessas em consignação destinadas a CARAÍBA METAIS S.A.:

APURAÇÃO DO MÊS DE SETEMBRO – DÉBITO				
PERÍODO	N. FISCAL	VALOR	ICMS	OBS
29/09/2006	38944	290.000,00	49.300,00	
29/09/2006	38946	290.000,00	49.300,00	
29/09/2006	38950	290.000,00	49.300,00	
29/09/2006	38951	290.000,00	49.300,00	
29/09/2006	38952	290.000,00	49.300,00	
29/09/2006	38953	290.000,00	49.300,00	
29/09/2006	38954	290.000,00	49.300,00	
29/09/2006	38955	290.000,00	49.300,00	
TOTAL		2.320.000,00	394.400,00	
Valor do débito			394.400,00	
Crédito do Pró cobre			(92.802,32)	
Imposto devido			301.597,68	
Desenvolve 40%			(120.639,07)	
Imposto a recolher			180.958,61	
Parcela do Desenvolve a recolher 20%			24.127,81	
Total a recolher			205.086,42	

b) NOVEMBRO/06 - A CARAÍBA METAIS S. A., promoveu a devolução simbólica das remessas:

APURAÇÃO DO MÊS DE NOVEMBRO CRÉDITO				
DATA	NF Nº	VALOR DA NF	VALOR DO ICMS	OBS
02/11/2006	257648	2.320.000,00		
25/11/2006	259605		394.400,00	
Valor do crédito			394.400,00	
Estorno do Crédito Pró-cobre			(92.802,32)	
Estorno do Crédito Desenvolve			(96.511,26)	
Crédito Liquido utilizado			205.086,42	

c) OUTUBRO/06 - Promoveu remessas em consignação à CARAÍBA METAIS S. A.:

APURAÇÃO DO MÊS DE OUTUBRO DE 2006 – DÉBITO			
PERÍODO	N. FISCAL	VALOR	
26 a 31/10/2006	39178 a 32910	4.961.040,00	
TOTAL		4.961.040,00	

Valor do débito	843.376,80	
Crédito do Pró cobre	(198.446,56)	
Imposto devido	644.930,24	
Desenvolve 40%	(257.972,10)	
Imposto a recolher	386.958,14	
Parcela do Desenvolve a recolher 20%	51.594,42	
Total a recolher	438.552,56	

d) DEZEMBRO/06, a CARAÍBA METAIS S.A., promoveu devolução simbólica das remessas:

APURAÇÃO DO MÊS DE DEZEMBRO / 2006 – CRÉDITO				
DATA	NF Nº	VALOR DA NF	VALOR DO ICMS	OBS
14/12/2006	262206	2.480.520,00		
14/12/2006	262207	2.480.520,00		
27/12/2006	263915		843.376,80	
Valor do crédito			843.376,80	
Estorno do Crédito Pró-cobre			(198.446,56)	
Estorno do Crédito Desenvolve			(206.377,68)	
Crédito Líquido utilizado			438.552,56	

Pondera que as operações estão devidamente registradas no livro Registro de Apuração do ICMS, e que o valor exigido pela autuação relativo à NF nº 259605, de 25/11/06, cujo ICMS é de R\$394.400,00, teve a parcela de 23,53% do PROCOBRE devidamente estornada no próprio mês de novembro, a exemplo do que ocorreu com a NF nº 263915, de 27/12/06, cujo ICMS no montante de R\$843.376,80 gerou estorno do PROCOBRE (23,53%) da ordem de R\$198.446,56 também em dezembro de 2006. Afirma que não procede a exigência fiscal.

Por fim, requer acolhimento de suas alegações, exclusão dos valores exigidos indevidamente, homologação das quitações efetuadas através de transferência de créditos (art. 108-A, II do RICMS BA) e DAE's acostados ao processo. Requer a procedência parcial do Auto de Infração.

Em 13/08/09, junta petição com um demonstrativo do diferencial de alíquota (fls. 545/733), reconhecendo e recolhendo com os devidos acréscimos legais o valor de R\$156,37 (fl. 733).

Em 04/09/09 juntou nova petição (fls. 737/747) informando que conforme demonstrativo promoveu a quitação dos valores reconhecidos de R\$1.124.789,92 da infração 3 e R\$641.627,08 da infração 4, totalizando R\$1.766.417,00 com acréscimos legais e benefício da redução da multa de 60% totalizando R\$2.684.719,15 conforme Certificado de Crédito Fiscal 158537.

Os autuantes na informação fiscal às fls. 768/774 afirmam que em função das razões de defesa passam a fazer os seguintes comentários:

Infração 1, relativo ao recolhimento a menos do ICMS (fls. 66 a 70), dizem que o contribuinte apresenta demonstrativo à fl. 437, fazendo referência a recolhimentos efetuados com os códigos de receitas “1705” e “0791”, anexando cópias dos respectivos DAE'S (fls. 473 a 479).

Da análise dos documentos juntados com a defesa concluem que foi recolhido ICMS das operações normais contido no Código de Receita “0636” e outra parte de forma indevida, com o código “0791” (diferencial de alíquota), exceção do valor de R\$11.721,67 que está vinculado ao pagamento de Auto de Infração.

Acatam em parte o novo demonstrativo contemplando os pagamentos efetuados com o código “0791”, visto que não provoca prejuízo de ordem financeira ao Erário público estadual e não acatam o valor de pagamento vinculado a Auto de Infração que entende não dever constar na apuração mensal do ICMS.

Julho/2004 – Valor devido	R\$	2.102.530,09		
Pago através código “0636”	R\$	2.033.470,62		
Pago através código “0791”	R\$	69.059,47	Devido	0,00
Agosto/2004 – Valor devido	R\$	1.865.517,14		
Pago através código “0636”	R\$	1.773.260,37		
Pago através código “0791”	R\$	80.636,09	Devido	

Setembro/2004 – Valor devido	R\$	935.200,08		
Pago através código “0636”	R\$	889.874,64		
Pago através código “0791”	R\$	45.169,07	Devido	156,37

Com relação à infração 2, relativa à aquisição de refeições para o consumo de seus empregados a título de “Benefício Empregado Refeições”, afirmam que a defesa tenta fugir da responsabilidade do pagamento do tributo, pela não aplicação do regime do diferimento, mas que o fato concreto é que a responsabilidade é do autuado como definido no artigo 353, XVIII do RICMS/BA, conforme descrição dos produtos relacionados nas notas fiscais acostadas às fls. 90 a 96 como prova incontestada da aquisição de refeições para seus empregados.

Sobre a condição do fornecedor das refeições cadastrado no regime simplificado de tributação, ou, não ter solicitado regime especial a SEFAZ, dizem que não possibilita agir de forma diferente da prevista no regulamento, assumindo o autuado o risco da atividade e não pode alegar desconhecimento de sua responsabilidade de fazer os recolhimentos do imposto devido.

Mantém a infração na sua integralidade, por entender que o contribuinte adquiriu refeições para consumo por parte dos empregados, sem efetuar o recolhimento do ICMS como previsto na Lei.

Relativamente à infração 3, afirmam que a lide se restringe à data em que se pode exigir o ICMS referente à TUST, bem como a presunção da inexistência de fato gerador do imposto antes da publicação do Convênio ICMS 117/2004.

Afirmam que nos artigos 2º, § 1º, III, e 12, XII, da LC 87/96, há incidência do ICMS sobre a entrada de energia elétrica decorrente de operação interestadual quando não destinada à comercialização ou à industrialização, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente, ocorrendo o fato gerador do imposto no momento da entrada no Estado.

Destacam que é de competência do CONFAZ na forma do Convênio ICMS nº 133/1997, promover a celebração de acordos entre as unidades federadas sobre matérias pertinentes ao ICMS, sendo integrantes da legislação do tributo de forma complementar para todas as Unidades da Federação na forma e prazos que a lei estabelece, como incorporado na legislação deste Estado através do art. 49 da Lei nº 7.014/96.

Transcrevem às fls. 771/772 as Cláusulas Primeira e Quarta do Convênio 117/2004 que define a vigência da obrigação fiscal ora imputada a partir 01/01/05, motivo pelo qual mantém integralmente os valores exigidos.

No tocante à infração 4, ressaltam que o autuado reconhece parte da exigência fiscal e quanto aos valores defendidos se ampara em três argumentos:

- Aquisições sujeitas à antecipação tributária do diferencial de alíquota.
- Isenção da operação principal fundamentada em Convênios, e,
- Aquisição de ativo imobilizado sob a égide do Programa Desenvolve.

Sobre o primeiro argumento, entende que tal procedimento não tem amparo na legislação do Estado da Bahia motivo pelo qual mantém os valores lançados.

Quanto às aquisições de bens do ativo e/ou consumo com isenção fundamentado em Convênio pelas notas fiscais 836820 e 837377, dizem que não acatam em razão da não juntada das mesmas ao processo e mantém também os valores exigidos.

E da mesma forma, as aquisições relacionadas ao incentivo fiscal do DESENVOLVE, diante da ausência de prova sobre os argumentos apresentados.

Quanto à infração 5, relativa à utilização de crédito presumido de 23,53% em valor superior ao que estabelece a Lei nº 7.508/99 (PROCOBRE), afirmam que a apuração foi feita em função dos valores declarados pelo autuado no livro RAICMS conforme demons

Destacam que nos meses de fevereiro e junho/06, não foram lançados no livro de RAICMS os valores referentes ao código 5917 (fls. 418 e 419) o que levou ao lançamento do tributo. Reconhecem que com a apresentação das notas fiscais (fls. 530 a 533) ficou comprovado o erro dos lançamentos no livro RAICMS, motivo pelo qual acatam as razões de defesa, inexistindo qualquer valor a ser exigido nesta infração.

Quanto à infração 6, referente à falta de estorno do crédito fiscal presumido do programa PROCOBRE, nas devoluções de mercadoria, reconhecem também que os referidos estornos foram lançados sob a Denominação de “Estorno de Crédito ref. DE” (fls. 536 e 540) que na defesa foi explicado conforme demonstrativo às fls. 449 a 452, motivo pelo qual devem ser consideradas as razões da defesa, excluindo os valores lançados nesta infração.

Intimada para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 783) o autuado manifesta-se (fls. 792/801) e com relação à infração 1, ressalta que já tinha reconhecido e quitado o valor de R\$156,37. Quanto ao valor apontado pelos autuantes de R\$11.260,68 diz que discorda tendo em vista que o valor pago refere-se ao Auto de Infração de Trânsito nº 2794661027043, exigindo R\$11.721,67, relativo à nota fiscal 032254, de 13/08/04, por não ter sido destacado ICMS no documento fiscal devido à falha do sistema de emissão, cujo valor de R\$97.679,88 foi indicado no quadro “base de cálculo” da nota fiscal, havendo apenas a omissão do destaque do ICMS.

Esclarece que a base de cálculo foi computada na apuração do mês de agosto/04, conforme lançamento no livro Registro de Saídas nº 25, fls. 15 e emitiu a nota fiscal de complemento 032299 em 16/08/04, com destaque do ICMS omitido na nota fiscal nº 032254, objeto da autuação, com valor de R\$11.721,57, regularmente lançado na fl. 16 do mencionado livro. Afirma que se o valor complementar compôs o débito do período, e o mesmo valor já havia sido pago em face do auto de infração, há que se deduzi-lo para não implicar em “bis in idem”.

No que concerne à infração 2, afirma que a informação fiscal tergiversa sobre os argumentos produzidos pela defesa, ao invés de enfrentá-los, evitar reiteraões desnecessárias e poupar o precioso tempo dos ilustres Julgadores. Repisa parte dos argumentos jurídicos esposados.

O artigo 343, XVIII do RICMS/BA, transfere o lançamento para o momento em que ocorrer “a entrada no estabelecimento adquirente” o que não ocorre, com refeições servidas em restaurante “fora das dependências” do estabelecimento autuado, ao teor do art. 108, §1º do CTN.

Admitindo se aplicar o diferimento, estando os fornecedores submetidos aos regimes do SIMBAHIA e SIMPLES, não se sujeitam à alíquota de 17%, criando nova hipótese de incidência ao exigir a diferença entre a alíquota devida na saída do fornecedor e a de 17% do destinatário.

Ressalta que os fornecedores pagaram regularmente o ICMS devido pelo fornecimento de refeições aos empregados e a obrigação já estaria exaurida por um dos responsáveis solidários, devendo ser aproveitado pelos demais responsáveis (artigos 124 e 125 do CTN). Destaca que o Estado da Bahia concedeu benefício aos contribuintes do SIMBAHIA e SIMPLES, e depois manda a conta, para ele pagar, acrescida de multa e dos demais consectários, fatos não contestados.

Quanto à infração 3, reitera que o artigo 571 – B do RICMS/BA, só foi alçado ao mundo jurídico através do Decreto nº 9.513, de 10/08/2005, com efeitos a partir de 01/08/2005 e descabida a exigência em relação ao período de 01/2005 a 07/2005. Ressalta que a nota divulgada no próprio “site” da SEFAZ/BA, www.sefaz.ba.gov.br (vide anexo), indica: “Redação anterior dada à Seção III tendo sido acrescentada ao Capítulo XLIII do Título III pela Alteração nº 64 (Decreto nº 9513, de 10/08/05, DOE de 11/08/05), efeitos de 01/08/05 a 18/01/06”. Entende que a interpretação dos autuantes é equivocada pela aplicação dos artigos 2º § 1º, III e 12, XII, da LC 87/96, para amparar a exigência. Atenta que não adianta invocar a LC 87/96, desassociada da Lei Estadual que lhe dê substrato, nos termos dos artigos 146 e 155, § 2º, XII da CF. Diz que não cabe à informação fiscal suprir omissões da legislação estadual, a quem compete instituir e regular o ICMS no âmbito da respectiva competência.

Salienta que o art. 155, II da CF, outorga competência aos Estados para instituir o tributo, a LC cumpre os desideratos que lhe são acometidos pelos artigos 146 e 155, § 2º, XII da CF, mas não haveria como o Estado da Bahia cobrar o ICMS se não tivesse editado a Lei nº 7.014/96 do ICMS. No caso concreto diz que está se discutindo atribuição de responsabilidade por substituição tributária, situação alheia às disposições dos artigos 2º §1º, III e 12, XII, da LC 87/96. Não está em questão se há ou não a incidência do ICMS sobre a TUST e a TUSD, mas sim a quem compete o lançamento e o pagamento, que o RICMS só veio definir a partir de 01/08/2005.

Com relação à invocação do artigo 49 da Lei nº 7.014/96, que autoriza o Poder Executivo a celebrar convênios voltados à concessão de isenções e outros benefícios fiscais, refuta que não foi considerado o disposto no art. 37, §2º o qual estabelece: “O regulamento indicará as isenções, incentivos e benefícios vigentes, fazendo referência ao convênio que os instituiu”.

Rebate que somente a lei pode estabelecer a instituição de tributos, à luz dos artigos 97 e 100 CTN, definindo que os Convênios são normas complementares, não podendo o Convênio ICMS 117/04, independente de regulamentação estadual, criar obrigação tributária.

Relativamente à infração 4, ressalta que reconheceu parte e defendeu o valor de R\$278.384,85 referente a operações isentas na origem, com diferencial de alíquota retido e aquisições do DESENVOLVE. Reitera a retenção do diferencial de alíquotas de lubrificantes, cimentos e pneumáticos, conforme Convênios e Protocolos:

PRODUTO	FUNDAMENTO
Cimentos	Protocolo ICM nº 11/85, Cláusula 1ª.
Combustíveis e lubrificantes	Convênios ICMS nºs 03/99, 08/07e 110/07, Cláusula 1ª, § 1º, III.
Pneumáticos	Convênio ICMS nº 85/93, Cláusula 1ª.

Quanto ao Programa DESENVOLVE, refuta o argumento de falta de apresentação das notas fiscais tendo em vista que juntou planilhas e documentos fiscais, a exemplo das notas fiscais 836820 e 837377, constantes do demonstrativo de fl. 527. Reapresenta-as acompanhadas de cópias das respectivas notas fiscais pertinentes àquelas operações.

Repisa a hipótese de isenção aplicável à operação de origem que não é devido o pagamento da diferença (art. 70, c.c.7º, III do RICMS BA), bem como o art. 72, I estabelece que havendo redução da base de cálculo na operação original, também há redução da diferença de alíquota.

Quanto ao Programa DESENVOLVE, ressalta que é diferido o pagamento do ICMS da diferença de alíquota nos termos do art. 2º, I, “c” do Dec. 8.205, de 03/04/2002.

Com relação às infrações 5 e 6, ressalta que na informação fiscal os autuantes reconheceram a sua improcedência, providência que endossa. Requer que sejam promovidos os ajustes propostos, homologado as quitações efetuadas e declarado improcedentes as exigências remanescentes.

Em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF, os autuantes prestaram nova informação fiscal (fls. 1031/1033).

Com relação à infração 1, afirmam que com a juntada dos documentos às fls. 802/807, reconhecem que os valores quitados relativos ao Auto de Infração 279466.1027/04-0 “o valor imputado e anteriormente mantido na informação fiscal foi quitado” e sugerem que sejam acatadas as alterações promovidas no demonstrativo de débito.

Relativo à infração 2, dizem que não foram apresentados outros argumentos e mantém a ação fiscal.

No tocante à infração 3, afirmam que foi apresentado o art. 571-B do RICMS/BA, que já era do conhecimento deles e que a determinação aplicável é a contida no Convênio ICMS 117/04.

Quanto à infração 4, ressaltam que foi exigido inicialmente valor de R\$905.856,36 tendo a empresa recolhido R\$627.471,49 (fls. 446/448) e impugnou R\$278.384,85 sem apresentar provas. Reconhecem que junto com a manifestação acerca da informação fiscal fora

provam os argumentos iniciais, motivo pelo qual reformaram o demonstrativo de débito correspondente, o qual sugere ser acatado no julgamento.

Intimado para tomar conhecimento da nova informação fiscal o autuado manifestou-se (fls. 1048/1050). Louva o fato dos autuantes terem se quedado à realidade dos fatos em relação às infrações 1 e 4, expressando congratulações com a posição assumida.

Quanto às infrações 2 e 3, reitera os argumentos expendidos na defesa inicial e na manifestação anterior.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo a recolhimento menos, diferido nas entradas de refeições, operações de fornecimento de energia elétrica, diferença de alíquotas, utilização indevida de crédito presumido e do desencontro entre os valores recolhido e o escriturado.

Relativamente à infração 1, na defesa o autuado reconheceu como devido o valor de R\$156,37 no mês 09/04 e contestou os demais valores face não terem sido considerados os recolhimentos específicos de diferença de alíquota – código 791 e de Auto de Infração com código 1705.

Na informação fiscal os autuantes acataram os recolhimentos com os códigos de receitas 0791 e não acataram os valores de pagamentos vinculados à autuação anterior, o que foi contestado pelo autuado na manifestação acerca da informação fiscal. Em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF, os autuantes acataram o valor pago relativo ao Auto de Infração.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que o valor exigido de R\$69.059,47 relativo ao mês de julho/04, foi recolhido em 30/11/04, conforme cópia do DAE juntado à fl. 476, com os devidos acréscimos legais. Mesmo que intempestivo o recolhimento, ocorreu antes do início da ação fiscal e deve ser afastada a exigência de qualquer valor.

Quanto ao valor exigido de R\$92.256,75 relativo ao mês de agosto/04, foi juntada cópia do DAE à fl. 478, que comprova que o valor do principal R\$80.636,09 relativo àquele mês foi recolhido com o código 0791 em 30/11/04. Verifico que conforme cópia do livro RSM à fl. 804, a NF 32254 (fl. 803) foi escriturada sem débito do imposto, porém o ICMS não destacado no valor de R\$11.721,57 foi destacado na NF complementar 32299 (fl. 805) e lançado a débito na fl. 16 do livro RSM (fl. 806). Como o valor não destacado na NF 32254 foi exigido por meio do AI 2794661027043, com valor do principal de R\$11.721,67 recolhido através de DAE (fl. 477) é correta a dedução feita pelo autuado na apuração do imposto (fl. 809), visto que o valor lançado a débito na apuração do imposto já havia sido recolhido, para não implicar em pagamento em duplicidade do tributo relativo à mesma operação. Por isso, considero que não resta qualquer valor a ser exigido relativo ao mês de agosto/04, conforme reconhecido pelos autuantes.

No tocante ao valor exigido de R\$45.325,44 no mês de setembro/04, constato que o autuado também fez recolhimento no valor de R\$45.169,07 do principal com o código 0791, juntamente com outros acréscimos legais em 30/11/04, conforme cópia de DAE à fl. 479. Da mesma forma que ocorreu com o mês de agosto, embora recolhido intempestivamente, foi feito antes do início da ação fiscal.

Por tudo que foi exposto acato o demonstrativo de débito juntado pelos autuantes à fl. 1034 e considero devido o valor remanescente de R\$156,37 no mês de setembro/04. Infração procedente em parte.

Com relação à infração 2, na defesa apresentada o autuado alegou que:

- a) Parte dos gastos se refere a refeições consumidas por seus empregados em estabelecimento situado fora da empresa e que não se aplica ao regime de diferimento;
- b) Os fornecedores são inscritos no SIMBAHIA e SIMPLES e não pode ser transferido o ônus do tratamento diferenciado, com a aplicação da alíquota de 17% sob
- c) Devem ser considerados os pagamentos feitos pelos fornecedores

Quanto à primeira alegação não pode ser acatada, tendo em vista que conforme disposto no art. 342 do RICMS/BA a substituição tributária por diferimento diz respeito às situações em que a responsabilidade pelo pagamento do imposto incidente sobre determinada operação é transferida para o adquirente ou destinatário da mercadoria, na condição de sujeito passivo por substituição, ficando adiados o lançamento e o pagamento do tributo para o momento em que vier a ocorrer determinada operação.

Na situação presente, relativa a operações de fornecimentos de refeições o art. 343, XVIII prevê:

Art. 343. É diferido o lançamento do ICMS incidente:

XVIII - nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados, para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente.

Portanto, quando ocorreu o fornecimento de refeições para consumo dos empregados do estabelecimento autuado, fica caracterizada a sujeição passiva quanto ao lançamento e pagamento do imposto que seria de responsabilidade do fornecedor das refeições, caso a operação não estivesse sido contemplada pelo diferimento.

A expressão “para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente” não pode ser interpretada como uma saída física do estabelecimento fornecedor das refeições e entrada no estabelecimento do adquirente, e sim da aquiescência do ônus do pagamento das refeições mediante fatura e pagamento, de acordo com contrato ou acordo previamente estabelecido. Assim sendo, ficando adiado o lançamento e o pagamento do tributo para o momento em que ocorrer o fornecimento da refeição no estabelecimento adquirente das mesmas, fica o fornecedor desonerado da responsabilidade de lançamento e pagamento do imposto sobre tais operações.

Pelo exposto, concluo que a responsabilidade pelo lançamento e pagamento do ICMS sobre operações de aquisição de refeições consumidas pelos seus empregados recai sobre o estabelecimento autuado, que deveria fazer o pagamento até o dia 9 do mês subsequente (art. 348, §1º, IV do RICMS/BA) do evento previsto como termo final do diferimento.

Ressalto que estas operações não se equiparam ao fornecimento de vale refeições, como quis fazer entender o autuado, tendo em vista que nesta modalidade de operação, o empregado pode fazer uso do vale (como se fosse moeda) para fazer o pagamento a qualquer estabelecimento, sem que ocorra um contrato entre as partes. Neste caso, o contrato ocorre entre o contribuinte (fornecedor das refeições) e a empresa “Vale Refeição”, não havendo contrato entre o empregador que fornece o vale ao empregado e o vendedor da refeição.

Com relação à alegação de que deve ser considerado o regime de apuração do imposto dos fornecedores de refeições, o levantamento fiscal (fls. 72/89) envolve diversas empresas: Horácio Alves da Silva Junior, Claudete Ana Santana D’Agostino, Tacio Alexandre Melo do Nascimento, Maria de Fátima Maia, Heriberto Antonio Batista Gonçalves, Solange Cristina Vieira de Juazeiro, Maria Auxiliadora Coelho de Pilarim, Edinalva Batista Gonçalves, Lucimar Ferreira Terrea Nova, Michele D’Agostino de Jaguari, Francisco de Almeida de Pilar e Maria da Glória do Amarante Silva.

Em primeiro lugar, conforme acima apreciado, perante a legislação do Estado da Bahia, o autuado é o responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS incidente sobre as operações de aquisição de refeições consumidas pelos seus empregados. Em segundo lugar, o autuado juntou com a defesa cópias de DAEs (fls. 482/512) relativos a recolhimentos efetuados pela empresa Claudete Ana Santana D’Agostino, inscrita no SimBahia como Empresa de Pequeno Porte (EPP). Verifico que o levantamento fiscal indica números alternados de notas fiscais emitidas por aquela empresa contra o estabelecimento autuado, vide fl. 72 que engloba números 570, 583/588, 591, 593, 597, 601/603, 608.... Logo, não sendo fornecedor exclusivo de refeições do autuado, os DAEs apresentados não comprovam que ocorreram pagamentos de ICMS diferido das operações contratadas de fornecimento de refeições.

Também não podem ser considerados os pagamentos feitos pelos fornecedores de refeições tendo em vista que em relação às notas fiscais emitidas contra o estabelecimento autuado, conforme anteriormente apreciado, estando contemplada pelo diferimento, não há nenhuma responsabilidade pelo pagamento do ICMS por parte do fornecedor das refeições, visto que a responsabilidade pelo lançamento e pagamento do imposto é do adquirente e a alíquota prevista é a de 17% que foi aplicada no levantamento fiscal. Ressalto, que se por ventura o fornecedor das refeições tenha feito pagamento indevido relativo a estas operações, tais valores pagos indevidamente podem ser objeto de pedido de restituição conforme previsto no RPAF/BA.

Por fim, quanto à concessão do Regime Especial (RE) concedido à empresa GRAN SAPORE BR BRASIL S.A., para pagar o ICMS na qualidade de responsável solidária, relativo a refeições fornecidas a terceiros, observo que a concessão de RE derroga as regras previstas na legislação do imposto e só beneficia a quem foi concedido, situação que não se aplica ao estabelecimento ora autuado.

Por tudo que foi exposto, considero procedente esta infração na sua totalidade.

Quanto à infração 3, o autuado reconheceu parte da exigência fiscal totalizando R\$1.260.421,35 e contestou os valores exigidos relativos aos meses de janeiro a julho/05 totalizando R\$135.631,49, sob alegação de que o art. 571 – B do RICMS/BA foi instituído através do Dec. 9.513 de 10/08/05, com efeitos a partir de 01/08/05 e não há como exigir ICMS sobre a TUST e a TUSD, antes daquela data, por inexistência de fundamento legal.

O autuante contestou dizendo que o Convênio ICMS 117 foi celebrado em 10/12/04 e a sua Cláusula 4ª estabeleceu vigência a partir de 01/01/05 o que fundamenta a autuação.

Verifico que a Cláusula Primeira do Convênio ICMS 117/04, referendado pelo art. 571-B do RICMS/BA prevê que “Fica atribuída ao consumidor de energia elétrica conectado à rede básica a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pela conexão e uso dos sistemas de transmissão na entrada de energia elétrica no seu estabelecimento”.

Por sua vez, a Cláusula Quarta do citado Convênio estabelece: “Este Convênio entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2005”.

Pelo exposto, tendo o Convênio 117/04 sido celebrado em 10/12/04 e o Estado da Bahia sendo signatário do citado Convênio ficou autorizado a exigir o ICMS a partir de 01/01/05, independente de regulamentação, tendo em vista que a exigência do imposto substituto é previsto na Lei Estadual 7.014/96 no tocante às operações de aquisições de energia elétrica (TUST/TUSD), amparada no citado Convênio.

Observo que o art. 155, XII, “b” da Constituição Federal, delega que “Cabe a lei complementar dispor sobre a substituição tributária”. Já o art. 6º da LC 87/96 estabelece que a “Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário”, bem como os artigos 2º, § 1º, III, e 12, XII, da mesma LC 87/96, determina incidência do ICMS sobre a entrada de energia elétrica decorrente de operação interestadual quando não destinada à comercialização ou à industrialização, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente, ocorrendo o fato gerador do imposto no momento da entrada no Estado.

Portanto, ao contrário do que foi afirmado pelo impugnante, a substituição tributária já era prevista na Lei Estadual 7.014/96 (artigos 7º e 8º) e combinado com a Cláusula Primeira e Quarta do Convênio ICMS 117/04 (Celebrado em conformidade com a Lei Complementar nº 24 de 7/01/1975) amparam a exigência do ICMS substituição tributária sobre a TUST e a TUSD, ao contrário do que foi afirmado pelo impugnante.

Com relação ao argumento de que o Estado da Bahia só poderia exigir o ICMS destas operações a partir da edição do Dec. 9.513/05 não pode ser acolhida, tendo em defesa tem sido prática reiterada da administração tributária deste E do ICMS as regras estabelecidas em Convênios de ICMS celebrados:

concomitante com a publicação do Convênio e sim em momento posterior. Portanto, a redação do art. 571-B do RICMS/BA faz referência ao Convênio ICMS 117/04 o que remete para seus efeitos a partir de 01/01/05, enquanto a indicação dos “efeitos de 01/08/05 a 18/01/06” se refere à redação dada pelo Dec. 9.513/05 que foi modificada pelo Dec. 9.760 de 18/01/06 e não da vigência da norma.

Pelo exposto devem ser mantidos integralmente os valores exigidos. Infração não elidida.

Quanto à infração 4, relativa à exigência de ICMS da diferença de alíquotas o autuado reconheceu como devido R\$627.471,51 e contestou o valor de R\$278.384,85.

Com relação aos valores não reconhecidos o autuado alegou que se referem a operações sujeitas à antecipação tributária do diferencial de alíquotas, isenções e redução de base de cálculo fundamentada em Convênios e a aquisições de ativo imobilizado sob a égide do Programa DESENVOLVE.

Os autuantes na primeira informação fiscal contestaram os argumentos defensivos afirmando que não foram apresentados os documentos fiscais correspondentes para provar o alegado.

Com a juntada de documentos pelo impugnante, os autuantes em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF (fls. 1031/1033) reconheceram que as notas fiscais acostadas ao processo fazem provam dos argumentos apresentados na defesa inicial, reformaram o demonstrativo de débito correspondente, o que resultou em valor devido de R\$627.471,49, montante que já tinha sido reconhecido pelo recorrente.

Verifico que os documentos juntados às fls. 842/1004 fazem prova das alegações defensivas, a exemplo de: Produto isento consignado na nota fiscal 836820 (fl. 844); Produto adquirido com redução de base de cálculo da nota fiscal 74.033 (fl. 847); Aquisição de produto enquadrado no regime de substituição tributária na nota fiscal 184060 (fl. 866).

Assim sendo acato os demonstrativos apresentados pelo autuado (fls. 842/966) e os refeitos pelos autuantes (fls. 1035/1037) e considero devido o valor de R\$627.471,51 (fls. 446/448). Ressalto que este montante já foi reconhecido e pago pelo autuado conforme quadro demonstrativo à fl. 738 e 752, e improcedência do valor de R\$278.384,85 conforme quadro à fl. 447 abaixo reproduzido. Infração procedente em parte.

ANO	MOTIVO DA IMPROCEDÊNCIA	VALOR
2004	Diferencial de alíquota retido na fonte.	44.942,41
2004	Operações isentas na origem – valor total do ICMS.	127.192,80
SUB TOTAL		172.135,21
2005	Operações sob a égide do Programa DESENVOLVE.	3.474,04
2005	Diferencial de alíquota retido na fonte.	43.298,12
SUB TOTAL		46.772,16
2006	Diferencial de alíquota retido na fonte.	53.170,53
	Operações sob a égide do Programa DESENVOLVE.	6.306,95
SUB TOTAL		59.477,48
TOTAL GERAL		278.384,85

Quanto às infrações 5 e 6, relativa à utilização de crédito presumido em valor superior ao estabelecido na Lei 7508/99 (PROCOBRE) e desencontro entre o valor escriturado e o recolhido, na defesa apresentada o autuado apresentou demonstrativos nos quais indicou que na apuração do imposto não foram considerados: o destaque do imposto em notas fiscais complementares; de notas fiscais de remessa em consignação e devoluções correspondentes.

Por sua vez os autuantes na informação fiscal acataram todas as notas fiscais e argumentos defensivos e concordaram com a improcedência das infrações 5 e 6.

Verifico que conforme demonstrativo à fl. 449 e cópia das notas fiscais às fls. 530/533 os autuantes não consideraram os valores relativos às notas fiscais 37023, 37024, 37914 e 37982 (CFOP 5917) relativas à complementação de preço. Portanto, acato os mencionados documentos fiscais que afasta integralmente a exigência fiscal relativa à infração 5.

Da mesma forma, conforme demonstrativo às fls. 450/451 os autuantes na infração 6 incluíram na apuração do imposto valores de R\$843.676,80 relativo à nota fiscal 263915 e R\$394.400,00 relativo à nota fiscal 259605. Conforme demonstrativos apresentados no mês de setembro/06 foram emitidas as notas fiscais 38944, 38946, 38950/38955 totalizando base de cálculo de R\$2.320.000,00 relativo à remessa em consignação e no mês de novembro do mesmo ano foi emitida a nota fiscal de devolução simbólica daquela remessa. No mês de outubro promoveu remessas em consignação pelas notas fiscais 39184/39210 totalizando R\$4.961.040,00 e no mês de dezembro/06, promoveu devolução simbólica daquelas remessas.

Portanto, restou comprovado que o valor exigido relativo à NF nº 259605, de 25/11/06, cujo ICMS de R\$394.400,00, teve a parcela de 23,53% do PROCOBRE devidamente estornada no próprio mês de novembro (R\$92.802,32) e da mesma forma com a NF nº 263915, de 27/12/06, cujo ICMS no montante de R\$843.376,80 gerou estorno do PROCOBRE (23,53%) da ordem de R\$198.446,56 também em dezembro de 2006. Portanto inexistente qualquer valor a ser exigido também na infração 6.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º **206900.0066/09-3**, lavrado contra **MINERAÇÃO CARAÍBA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.355.793,35**, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.260.421,41 e 60% sobre R\$1.095.371,94, previstas no art. 42, I, “a” e II, “b” e “f” da Lei n.º 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTÔNIO BRITO ARAÚJO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR