

A. I. N° - **108595.0022/12-2**
AUTUADO - MITTI ANDAIMES E EQUIPAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA CÉLIA RICCIO FRANCO
ORIGEM - INFAS INDÚSTRIA
INTERNET - 21.07.2014

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0129-02/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA.

a) DESTAQUE A MAIOR NO DOCUMENTO FISCAL. Fato não contestado. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. **c)** ENERGIA ELÉTRICA EM PERCENTUAL SUPERIOR AO CONSUMIDO NO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. Elidias as infrações dos dois últimos itens. 2. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. Descaracterizada a imputação. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 10%. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 1%. Infrações parcialmente elididas. Rejeitada a argüição de nulidade do procedimento fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 13/11/2012, reclama ICMS e MULTA, no valor total de R\$78.471,36, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

Infração 01 - 01.02.41 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$419,99, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, nos meses de janeiro e outubro de 2007, conforme demonstrativo à fl. 12. Em complemento consta: *Mercadorias para industrialização oriundas do sul/sudeste com ICMS destacado a maior que os 7% devidos em operações interestaduais.*

Infração 02 - 01.02.02 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$15.262,59, referente a aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2008, conforme documentos às fls.13 a 17. Em complemento consta: *Não ficou comprovado que o gás adquirido pela empresa era utilizado no processo industrial da Empresa.*

Infração 03 - 02.04.03 – Deixou de recolher o ICMS diferido no valor de R\$ 23.251,49, nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, nos meses de janeiro de 2007 a dezembro de 2008, conforme documentos às fls.18 a 22. Em complemento consta: *O contribuinte não fez o recolhimento do ICMS na condição de substituto como manda o RICMS.*

Infração 04 – 01.03.11 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$11.811,76, referente a aquisição de energia elétrica em percentual superior ao efetivamente consumido no processo de industrialização, nos meses de fevereiro a julho, outubro a dezembro de 2007, janeiro a março, maio a dezembro de 2008, conforme documentos às fls. 23 a 24.

Infração 05 - 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2007, janeiro, março a agosto, outubro e dezembro de 2008, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$20.480,85, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme documentos às fls.25 a 26.

Infração 06 - 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, no período de janeiro, fevereiro, abril, maio, setembro, novembro e dezembro de 2007, janeiro, abril, junho a dezembro de 2008, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$7.244,68, equivalente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme documentos às fls. 27 a 29.

O autuado em sua defesa às fls.34 a 49, declara o reconhecimento do débito no valor de R\$419,99, referente à infração 01, e impugnou totalmente as infrações 02, 03 e 04, e parcialmente as infrações 05 e 06, com base nas seguintes razões defensivas.

Infração 02

Destaca que a empresa faz uso de Gás Natural canalizado em denso volume, única e exclusivamente para fins de produção industrial, e que não há sob qualquer ótica a utilização do mesmo para qualquer outro fim que não o aquecimento dos fornos industriais.

Informa que os contratos formalizados com as empresas fornecedoras de Gás demonstram o modo de fornecimento em condições específicas para produção, cuja contabilização se faz por medidores que aferem à combustão industrial, conforme documentos juntados no Anexo 1 às fls. 84 a 115.

Salienta que as próprias atividades fins das empresas emissoras das notas fiscais demonstram se tratarem de fornecedoras de gás industrial canalizado em grande volume, não havendo por parte dessas empresas a comercialização de outro tipo de gás além do industrial canalizado.

Além disso, diz que suas atividades demonstram inexistir qualquer registro operacional que pudesse ensejar a utilização de gás natural canalizado em denso volume para outros fins além da produção industrial.

Destaca, ainda, que dentre as notas fiscais apresentadas pelo Fisco no presente Auto de Infração grande parte não foi utilizada para a apropriação do crédito do ICMS, conforme destaque no levantamento fiscal no Anexo 2, fls.116 a 121, ou seja, que apenas as notas referentes ao consumo de gás canalizado foram utilizadas para creditação do ICMS correspondente .

Conclui requerendo a improcedência deste item.

Infração 03

Reproduziu os artigos 127, 342, 343, XVIII, 348 e 349, todos do RICMS/97, para argüir que não podem os fatos identificados pelo fisco serem enquadrados nas condutas tipificadas nos artigos retromencionados.

Aduz que a situação prevista no art. 343, XVIII se refere “*aos fornecimentos de refeições destinadas a consumo por parte de seus empregados, no momento em que acontecer a entrada no estabelecimento adquirente.*“

Observa que não há fornecimento de refeições destinado ao consumo dos funcionários da Mitti no seu estabelecimento, pois conforme se pode constatar nas notas fiscais acostadas ao Auto se tratam de notas emitidas por restaurantes escolhidos pelos seus funcionários para sua alimentação, nos momentos em que esses funcionários se encontravam em obras realizadas em áreas situadas fora da cidade de Salvador.

Afirma que jamais possuiu qualquer contrato, acordo, convênio, ou sequer indicação de estabelecimento para o fornecimento de alimentos, visto que, os seus funcionários, em regra, se alimentam mediante recebimento de Tickets Refeição, nos termos do regramento estabelecido pelo PAT.

Contudo, diz que o ocorrido no presente caso, foi a alimentação de alguns funcionários alocados em obras, que trouxeram notas fiscais dos restaurantes em que se alimentaram para o recebimento do reembolso pela empresa.

Informa que em meados de 2010 já havia sido autuado pelo Fisco estadual, por uma [suposta]

falta de recolhimento do ICMS nas entradas de refeições destinadas aos seus funcionários (*UMA AUTUAÇÃO EXATAMENTE IGUAL A QUE ORA LHE ESTÁ SENDO IMPUTADA*), e que naquela oportunidade, a terceira Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual, entendeu, (por unanimidade) que para a configuração dessa infração deveria estar comprovada que a empresa autuada recebera as refeições e as fornecera para consumo dos seus funcionários dentro do estabelecimento do autuado.

Transcreveu a conclusão Acórdão JJF nº 0346-03/10, da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual no julgamento do Auto de Infração 148714.0017/09-3, a saber:

Improcedência do Auto. “O Fisco não comprova que houve a entrada das refeições no estabelecimento do autuado. Também não está comprovada a existência de contrato para fornecimento das refeições.”

“Tal como assevera o contribuinte, para que estivesse caracterizado o termo final do prazo do diferimento, teria que estar provado, neste processo, que de fato o autuado recebera as refeições e as fornecera para consumo de seus empregados.”

Nesse contexto, sustenta que alguns de seus prestadores de serviços foram reembolsados pelos gastos com alimentação, livremente exercidos em estabelecimentos diversos, e afirma que são clientes comuns que se alimentaram rotativamente em distintos restaurantes, não havendo qualquer vinculação com o fornecimento de alimentação no seu estabelecimento.

Com base nisso, argumenta que a obrigação de recolher o imposto é do restaurante, visto que, os prestadores de serviço que lá se alimentaram eram clientes comuns, não havendo, no seu entender, razões para que o restaurante não recolhesse normalmente o imposto .

Registra que o reembolso foi um ajuste firmado exclusivamente entre a Mitti e os prestadores de serviço, que trabalhavam temporariamente em outra localidade, não havendo, sob qualquer ótica, qualquer vinculação com fornecimento de alimentos ao seu estabelecimento.

Desse modo, assevera que a emissão de nota fiscal em nome da empresa serviu apenas para a comprovação dos gastos com alimentação, posteriormente reembolsados pela Mitti aos seus prestadores de serviços, concluindo que não é, e jamais foi seu fornecedor de alimentos. Além disso, que tampouco jamais destinou quaisquer refeições ao seu estabelecimento, razão pela qual entende que não se enquadra em qualquer hipótese de diferimento do imposto, devendo ser julgada totalmente improcedente este item.

Infração 04

Ressalta que o Fisco lhe imputa a utilização de crédito de energia elétrica em percentual superior ao efetivamente consumido no processo de industrialização, utilizando um critério esdrúxulo para definir o consumo de energia no seu processo de industrialização, ou seja, com base no seu faturamento de vendas em relação ao faturamento total da empresa.

Desse modo, diz que a fiscalização atribuiu como “industrial”, o percentual de consumo de energia elétrica proporcional ao percentual de faturamento das vendas sobre o faturamento total da empresa.

Evidencia que “*a relação entre o FATURAMENTO DE CADA ATIVIDADE E O SEU CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA SÃO ABSOLUTAMENTE INDEPENDENTES E NÃO GUARDAM UMA PROPORCIONALIDADE DIRETA COMO TENTA SUSTENTAR O FISCO.*”

Esclarece que o seu estabelecimento desenvolve atividades de: 1- PRODUÇÃO-VENDA de equipamentos, 2- LOCAÇÃO de andaimes, 3- PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, de modo que, o consumo de energia elétrica para a produção e venda de equipamentos é infinitamente superior ao consumo de energia elétrica para uma prestação de serviços ou para a própria locação de andaimes.

Destaca que o consumo de energia elétrica atrelado a atividade de locação de andaimes é praticamente “inexistente”, e que tal consumo se restringe à iluminação do escritório (que

contabiliza as entradas e saídas de material no pátio, ao longo dos anos).

De igual modo, que não existem custos com energia elétrica vinculados aos serviços de montagem de andaimes, pois se trata de um serviço estritamente braçal que se desenvolve fora do ambiente da empresa sem qualquer consumo de energia elétrica. Assim, sustenta que também se mostra absolutamente irrazoável a equiparação dos faturamentos advindos das montagens de andaimes com o seu respectivo consumo de energia elétrica.

Por outro lado, diz que tamanha é a desproporção entre o consumo de energia elétrica e os respectivos faturamentos das atividades, posto que o seu maior volume de faturamento advém da locação de andaimes desenvolvida em sua filial Dias D'Avila (onde não há qualquer processo de produção industrial). Contudo, diz que seu consumo de energia é quatro vezes menor que o da matriz, conforme documentos no Anexo 4, fls. 128 a 134.

Para demonstrar que em face ao irrisório consumo de energia elétrica não industrial, a tarifação de todo o seu consumo é contabilizado sob os custos e taxas do consumo industrial, explica que para lançar uma pá de cal acerca da predominância absoluta do consumo industrial, a própria conta de energia elétrica do estabelecimento tem um indicativo claro de que todo o consumo de energia elétrica da empresa é tarifado como industrial.

Assim, por considerar equivocado o critério adotado pelo Fisco para lhe imputar irregularidade no creditamento do ICMS sobre a energia elétrica, pugna pela improcedência deste item.

Infração 05

Alega que a maior parte das notas fiscais apontadas pelo Fisco está devidamente escriturada nos livros de registro fiscal nas datas de entradas das mercadorias no estabelecimento ou por lançamento extemporâneo, conforme Anexo 5, fls. 136 a 148, no valor contábil de R\$172.339,91, o que representaria uma suposta infração total de R\$17.233,99, e descaracteriza qualquer descumprimento de obrigações acessórias com relação às essas notas.

Esclarece que algumas notas não foram devidamente escrituradas pela empresa, fato que ensejou o reconhecimento do débito que já está sendo devidamente quitado junto ao fisco estadual, no total de R\$32.468,61, representando uma infração total de R\$ 3.246,86 em notas não escrituradas, conforme discriminado no Anexo 6, fl. 148.

Infração 06

Destaca que dentre as notas fiscais apontadas pelo Fisco como não escrituradas, incorreram cinco situações distintas:

a) A maior parte das notas foi encontrada e devidamente escriturada nos livros fiscais nas datas de entrada das mercadorias ou por lançamento extemporâneo.

Registra que grande parte das notas consideradas pelo fisco como não escrituradas, está devidamente escriturada no livro fiscal nas datas de entrada das mercadorias, ou por lançamento extemporâneo, nos termos do que se verifica na documentação anexada no Anexo 7, fls. 150 a 163, totalizando um valor contábil de R\$180.053,35 em notas fiscais devidamente escrituradas, o que representa uma suposta infração total de R\$1.800,53.

Desse modo, dizendo comprovada a escrituração dessas notas fiscais não há o que se falar em descumprimento de obrigações acessórias, devendo, por isso, ser declarada a improcedência deste item da autuação, especificamente quanto às notas fiscais retromencionadas.

b) Algumas notas foram consideradas como não escrituradas na matriz, quando em verdade deveriam ter sido procuradas na escrituração da filial (onde de fato estavam escrituradas).

Alega que conforme se verifica na documentação acostada à sua defesa, algumas notas fiscais foram consideradas como não devidamente escrituradas na Matriz (CNPJ 15.153.265.0001-05). Todavia, diz que ao avaliar as referidas notas se constata que se tratam de notas emitidas para a filial Dias D'Ávila, CNPJ 15.153265.0002-88, e que estão devidamente escrituradas no livro fiscal da filial, conforme Anexo 8, fls. 165 a 197.

Desse modo, diante da comprovação da regular escrituração dessas notas fiscais aduz que não há o que se falar em descumprimento de obrigações acessórias, devendo ser declarada a improcedência das infrações imputadas à empresa autuada (infração 06), especificamente quanto às notas fiscais retomencionadas, no valor contábil de R\$30.699,02, que representaria uma suposta infração total de R\$306,99, Anexo 8, fls. 165 a 197.

c) As notas fiscais “emitidas” pela empresa Votorantim Cimentos S/A jamais foram entregues à Mitti Andaimes e Equipamentos Ltda.

Alega que verificando a relação de notas imputadas como não escrituradas, algumas notas de REMESSAS “emitidas” pela empresa Votorantim Cimentos S/A jamais foram lhe entregues, apesar da efetiva prestação dos serviços e da quitação das notas de serviços.

Diz que após a informação do Fisco acerca da existência dessas notas de remessa, entrou em contato, via correspondência eletrônica, com o setor fiscal/contábil da Votorantim solicitando algum comprovante de entrega das referidas notas, sendo informado que aquelas notas fiscais jamais teriam sido recebidas pela MITTI ANDAIMES, estabelecendo um prazo de 10 dias para a apresentação dos comprovantes de recebimento das notas (canhotos assinados/ termo de recebimento etc.) sob pena de serem consideradas como não entregues.

Diz que antes mesmo do vencimento do prazo, recebeu uma resposta do fornecedor de que até o momento não tinham sido localizados os registros de entrega e que “provavelmente não haviam sido entregues essas notas”, inclusive que após vencido o prazo não foi identificado quaisquer registros de entrega das notas fiscais à Mitti Andaimes.

Desse modo, diz que não pode ser responsabilizado pela não escrituração de notas fiscais que jamais chegaram ao seu domínio, razão porque, pede a improcedência da autuação no valor contábil de R\$19.041,67 em notas fiscais, que representaria uma suposta infração total de R\$190,42, conforme Anexo 9, fls. 190 a 191.

Assim, diz que, além dos argumentos retomencionados, também devem ser consideradas que essas operações de simples remessa onde não há tributação de ICMS são passíveis de cancelamento das multas nas hipóteses em que ficar comprovada a inexistência de dolo e não implicar em falta de recolhimento de tributo.

Observa que na sua escrita contábil e no próprio RICMS/BA., sobre as Notas Fiscais de Simples Remessa não incide o ICMS. Diz que a emissão dessas notas serve meramente para acobertar as mercadorias em trânsito urbano ou intermunicipal, e que consoante previsão expressa no artigo 23 inciso III do [RICMS-BA], compete às Juntas Julgamento Fiscal reduzir ou cancelar as multas por descumprimento das obrigações acessórias, quando estiver provado que as infrações foram praticadas sem dolo, e não tenham implicado em falta de recolhimento de tributo. Assim, observa que não houve qualquer dolo no não lançamento das notas de remessa, na medida em que, não há incidência de tributos sobre essas operações.

Em razão do exposto, requer seja observado o teor do art. 23, III, cancelando a multa lavrada neste item, tendo em vista que não recebeu as referidas notas fiscais de remessas.

d) Algumas dessas notas fiscais, de fato, deixaram de ser escrituradas, cujo débito está sendo quitado junto ao Fisco.

Neste ponto, destaca que algumas notas foram recebidas pelo estabelecimento, porém não foram devidamente escrituradas, e declara assumir os débitos referentes essas notas fiscais, relacionadas no Anexo 10, fl.202, no valor total de R\$ 365.455,77, representando uma infração total de R\$3.654,56, débito esse, devidamente reconhecido e quitado junto ao fisco estadual.

e) A nota de substituição dos produtos emitida pela Braskem S/A não foi entregue à Mitti Andaimes.

Observa que duas notas de REMESSAS “emitidas” pela empresa BRASKEM S/A não lhe foram entregues, conforme se verifica na documentação anexada, que foi realizada uma operação de

venda de braçadeiras à empresa Braskem S/A. (ANEXO 12, fl. 203 a 206), visto que naquele interstício, em razão de problemas de ordem técnica, se fez necessária a substituição de dois lotes do produto.

Diante desse fato, foram emitidas pela Mitti duas notas de remessa que está devidamente escriturada no livro de saída, no valor total de R\$131.100,00, encaminhando os novos produtos à Braskem S/A, de modo que, a Braskem se comprometeu à posteriormente, encaminhar uma nota de devolução dos produtos substituídos [fechando a operação de substituição dos dois lotes]. Fato que foi devidamente registrado nas correspondências eletrônicas trocadas entre as empresas em junho de 2008, conforme Anexo 14, fls. 214 a 217.

Salienta que, apesar da substituição dos produtos, a BRASKEM jamais lhe disponibilizou as notas de devolução dos produtos substituídos, razão porque, somente com a lavratura do presente auto de infração tomou conhecimento de que a Braskem havia registrado a nota de devolução dos produtos substituídos, mesmo não havendo qualquer comprovante de entrega das referidas notas à Mitti Andaimes.

Dessa forma, sustenta que não pode ser responsabilizado pela não escrituração fiscal de uma nota que jamais lhe fora disponibilizada.

Em razão do exposto, requer a improcedência da infração 06 em relação à suposta não escrituração fiscal das notas emitidas pela BRASKEM (ANEXO 15, fl.219) que perfazem um valor de R\$131.100,00, que representaria uma suposta infração de R\$ 1.311,00, não havendo, portanto, qualquer descumprimento de obrigação acessória de sua parte.

f) erro material – erro na soma das notas não tributáveis.

Por fim, aduz que apenas para efeito de registro é imperioso informar que foi detectado um erro material na soma dos valores apontados pela fiscalização em seu relatório descritivo de “entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro da escrita fiscal.”

Desse modo, conclui que a soma das notas indicadas correspondem ao montante de R\$427.584,86, apesar de que no relatório descritivo do autuante consta equivocadamente essa soma como correspondente a R\$435.992,15, resultando em uma diferença de R\$8.407,77, no valor total contábil. (Anexo 11, fls. 221 a 225. Por essa razão pugna pela retificação dos valores mencionados.

Ao final, ante as razões e em consonância com os dispositivos da Legislação Tributária Estadual, requer o deferimento dos pedidos acima veiculados nos ITENS II, III, IV, V (impugnação parcial) e VI - (impugnação parcial) do Auto de Infração, julgando improcedentes as suas respectivas infrações, pelas razões de fato anteriormente explanadas.

Na informação fiscal às fls. 228 a 229, a autuante, inicialmente, salienta que o presente auto de infração teve origem numa revisão fiscal efetuada pela Corregedoria e que lhe coube a obrigação da lavratura do auto de infração.

Frisa que nem sempre a fiscalização concorda com as indicações da Corregedoria, porém é instada a fazê-lo e questionada quando não inclui esta ou aquela infração apontada nos valores autuados.

Isto posto, observa que o presente AI é composto de seis infrações, sendo que a primeira, crédito indevido – erro de alíquota, não foi objeto de contestação tendo sido reconhecida e paga.

Sobre as demais infrações, formulou sua informação na forma que segue.

A infração 02 – crédito indevido – uso e consumo (gás natural), foi contestada integralmente pela Autuada usando argumentação para mim plenamente convincente: “a Empresa faz uso de gás natural canalizado em denso volume, única e exclusivamente para fins de produção industrial. Não havendo sob qualquer ótica a utilização de gás natural para qualquer outro fim que não o aquecimento dos fornos industriais.” A Empresa apresentou os contratos formalizados com as empresas fornecedoras de gás onde fica demonstrado o modo de fornecimento em condições específicas para produção, cuja contabilização se faz por medidores

que aferem a combustão industrial. Apresentou ainda uma grande quantidade de notas fiscais de gás natural que não tiveram o crédito aproveitado.

No meu entendimento ficou comprovada a utilização do produto no processo industrial da Empresa sendo portanto válida a apropriação dos créditos aqui glosados. Acato a contestação no valor da infração de R\$ 15.262,59, o que faz este item cair a zero.

A infração 03 – ICMS diferido nas entradas de refeições destinada a consumo por parte de seus funcionários – também totalmente impugnada, não contou com argumentos tão convincentes: “neste contexto, o que se verifica, de fato, é que alguns prestadores de serviço da reclamada foram reembolsados pelos gastos com alimentação, livremente exercidos em estabelecimentos diversos. Portanto são clientes comuns que se alimentaram rotativamente em distintos restaurante, não havendo qualquer vinculação com o fornecimento de alimentação ao estabelecimento da empresa autuada.”

Não é bem assim. São notas fiscais de seis empresas, apenas uma em Dias D`avila, em valores expressivos, haja vista o valor do imposto cobrado: R\$ 23.251,49. No entanto, para sermos justos, fomos ao cadastro de contribuintes e verificamos que: a principal fornecedora é a Empresa: KABANA DAS ÁGUAS, IE: 73.409.361, microempresa, localizada em Pirajá, e cuja referência para localização do endereço é: ATRÁS DA MITT!!! A atividade econômica é Restaurante e similares. Que existe, ou existia, um contrato de fornecimento de refeição, ainda que não formalizado, parece óbvio. Não é reembolso. É pagamento em valores razoáveis: R\$6.750,00, R\$4.038,00, R\$4.482,00, R\$5.606,00, e por aí vai...Mas trata-se de um estabelecimento regularmente inscrito, com localização vizinha, não dentro, da Empresa. E aí? Cabe a autuação? Na dúvida mantenho a autuação.

Seguindo o mesmo caminho encontrei Notas Fiscais emitidas por um atacadista de bebidas, que estou excluindo da autuação, e da NUTRICASH, empresa fornecedora de vales refeições, que também estou excluindo. O Restaurante de Dias D`Ávila, também foi excluído. As demais empresas têm como atividade econômica: fornecimento de refeições preparadas preponderantemente para empresas, que no meu entendimento caracteriza um contrato de fornecimento.

Assim sendo, acato parcialmente a contestação da presente infração, tendo reduzido este item em R\$ 1.902,05, o que reduz para R\$ 21.349,49 o valor da infração.

A infração 04 – crédito fiscal de energia elétrica – industrialização, também totalmente impugnada. O contribuinte usa 70% do crédito. O critério utilizado, chamado de esdrúxulo pela autuada, pode ser questionado: proporcional ao faturamento. Faturamento expressivamente maior na prestação de serviço. Que uma parte da energia consumida pela Empresa é fora do processo industrial é inegável. Embora nenhum laudo técnico tenha sido apresentado acho fundamentada a argumentação da Empresa, e com a devida vênia deste colendo Conselho acato em sua totalidade.

Desta forma este item fica reduzido a zero.

Quanto a infração 05 - entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem registro na escrita fiscal (informação obtida através do cruzamento com o registro Sintegra); foram apresentadas [comprovação] de lançamentos extemporâneos de parte das notas fiscais autuadas, que reduziram o valor em R\$ 17.233,98, o que faz com que este item seja reduzido a R\$3.246,87.

Finalmente a infração 06 – entrada no estabelecimento de mercadoria não tributada sem registro na escrita fiscal (informação obtida através do cruzamento com o registro Sintegra); foram apresentadas comprovações de lançamentos extemporâneos que reduziram o valor em R\$1.578,50, o que faz com que este item tenha sido reduzido a R\$ 5.666,18.

Pelo exposto, acatou parcialmente as alegações da contestação do presente Auto de Infração, com a redução do valor de R\$ 47.788,88, resultando no valor a ser mantido de R\$30.682,48.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.231 a 232, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls.228 a 229, sendo-lhe entregues cópias, o qual, se manifestou às fls.235 a 242, dizendo que ao analisar o parecer emitido pelo fiscal verifica-se haver total convergência em relação à sua defesa de algumas autuações e parcial de divergência em relação a outros itens impugnados, destacando que:

...OS ITENS 02 (CRÉDITO INDEVIDO USO DE GÁS E CONSUMO) 04 (CRÉDITO RELATIVO AO CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA) e 05 (ENTRADA NO ESTABELECIMENTO DE MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO), houve um entendimento COMUM EM RELAÇÃO AO CONTEÚDO DAS IMPUGNAÇÕES.

Frisa que no item 05 do presente Auto, a empresa já havia reconhecido o débito de R\$3.246,86, valor que correspondente exatamente ao débito sustentado pela fiscal em seu parecer fl. 229.

Passa a analisar os itens 03 e 06, onde há divergência entre o entendimento fiscal e a impugnação.

Quanto ao argumento da autuante em seu parecer que o estabelecimento KABANA DAS ÁGUAS, situada em Pirajá é uma microempresa cuja referência de localização é: “ATRÁS DA MITTI”, salienta que o fato de um estabelecimento fornecer como referência de localização a proximidade de uma empresa bastante conhecida na região, não configura qualquer vinculação com essa empresa, pois se assim fosse, a Mitti também estaria vinculada a outros três restaurantes e outros pequenos estabelecimentos que utilizam referência de localização em relação à Mitti e à GDK.

Além disso, repete que não possui e jamais possuiu qualquer contrato, acordo, convênio, ou sequer indicação de estabelecimento para o fornecimento de alimentos aos seus funcionários. Até mesmo porque, diz que os seus funcionários, em regra, se alimentam mediante recebimento de Tickets Refeição, nos termos do regramento estabelecido pelo PAT.

Aduz que o que ocorre no presente caso é a quitação de alguns débitos relativos a clientes prestadores de serviços e outros que se alimentam rotativamente em estabelecimentos próximos da empresa.

Reitera seus argumentos apresentados em sua defesa inicial, no sentido da inexistência da hipótese de incidência tributária, devendo, por isso, ser julgada inteiramente improcedente a infração reajustada pelo Fisco no valor de R\$ 21.349,49.

Quanto à infração 06, destaca que dentre os valores acima indicados já reconheceu e quitou o valor de R\$3.654,56. Quanto ao valor de R\$3.608,94, frisa que estão sendo impugnados na forma dos itens “a”, “b” e “c”.

Observa que a autuante retifica a existência de R\$ 5.666,18 em débitos, sendo que R\$3.654,56 corresponde aos valores já confessados.

Quanto ao item “a”, observa que as notas fiscais apresentadas em sua defesa, lançadas referentes a lançamento extemporâneo reduziram o valor do débito em R\$1.578,50, apontando que as NFs escrituradas extemporaneamente correspondem a R\$180.053,35, o que representa uma redução de R\$1.800,53. Assim, argumenta que diferentemente dos R\$ 1.578,50 em débitos identificados pela autuante, tem de fato o valor de R\$ 1.800,53 referentes a supostos débitos, os quais devem ser excluídos do AI.

Sobre o item “b”, nota fiscal não escriturada na Matriz, por se tratar notas emitidas para a Filial e nesta devidamente escriturada. Salienta que apesar de não haver qualquer manifestação da autuante de exclusão destes débitos, observa que a documentação acostada à defesa, algumas notas fiscais foram consideradas como não devidamente escrituradas na Matriz (CNPJ 15.153.265.0001-05). Todavia, diz que ao avaliar as referidas notas constata-se que se tratam de notas emitidas para a Filial Dias D’Ávila - CNPJ (15.153265.0002-88), e nela escrituradas. Assim, deve ser declarada a improcedência da infração 06, especificamente quanto às notas fiscais retromencionadas, no valor contábil de R\$30.699,02, que representaria uma suposta infração total de R\$ 306,99.

Relativamente ao item “c”, notas fiscais não entregues, diz que também não houve manifestação

da autuante no sentido de exclusão destes débitos. Repete que verificando a relação de notas imputadas como não escrituradas, constata-se que algumas notas de REMESSAS “emitidas” pela empresa Votorantim Cimentos S/A jamais foram entregues à Mitti Andaimes e Equipamentos Ltda. (Apesar da efetiva prestação dos serviços e da quitação das notas de serviços). Diz, ainda, que após a informação da autuante acerca da existência dessas notas de remessa, a Mitti entrou em contato eletronicamente com o setor fiscal/contábil da Votorantim solicitando algum comprovante de entrega das referidas notas, sendo enviada a notificação anexa que informava à empresa “emissora” de que aquelas notas fiscais jamais teriam sido recebidas pela MITTI ANDAIMES. Estabelecendo um prazo de 10 dias para a apresentação dos comprovantes de recebimento das notas (canhotos assinados/ termo de recebimento etc.) sob pena de serem consideradas como não entregues. Informa que no vencimento do prazo, recebeu uma resposta do fornecedor de que até o momento não tinham sido localizados os registros de entrega e que “provavelmente não haviam sido entregues essas notas”, ou seja, que vencido o prazo para esclarecimentos a Votorantim não identificou quaisquer registros de entregas das notas fiscais à Mitti Andaimes. Desse modo, entende que não pode ser responsabilizado pela não escrituração de uma nota fiscal que jamais chegou ao seu domínio. Conclui que deve ser julgada improcedente a imputação de falta de escrituração das notas fiscais emitidas pela Votorantim. Assim, diz que o valor contábil de R\$ 19.041,67 em notas fiscais, que representaria uma suposta infração total de R\$190,42.

Feitas estas considerações, reitera que essas operações de simples remessa onde não há tributação de ICMS são passíveis de cancelamento das multas nas hipóteses em que ficar comprovada a inexistência de dolo e não implicar em falta de recolhimento de tributo.

Repete que em sua escrita contábil e na própria Lei de ICMS (RICMS-BA), sobre as Notas Fiscais de Simples Remessa não incide o ICMS, as quais, servem meramente para acobertar o trânsito das mercadorias em trânsito urbano ou intermunicipal.

Volta a salientar que de acordo com o artigo 23 inciso III do RICMS-BA, compete às Juntas Julgamento Fiscal reduzir ou cancelar as multas por descumprimento das obrigações acessórias, quando estiver provado que as infrações foram praticadas sem dolo, e não tenham implicado em falta de recolhimento de tributo, como é o caso em comento, onde se percebe que não houve qualquer dolo no não lançamento das notas de remessa, na medida em que, não há incidência de tributos sobre essas operações.

Em razão do exposto, requer seja observado o teor do art. 23, III, cancelando a multa lavrada na infração 06, tendo em vista que autuada não recebeu as referidas notas fiscais de remessa.

No item “d”, notas fiscais recebidas e não escrituradas: reconhecimento do débito, destaca que algumas notas foram recebidas pelo estabelecimento, porém não foram devidamente escrituradas. Por essa razão, diz já ter assumido os débitos referentes essas notas fiscais (ANEXO 10), no valor total de R\$365.455,77, representando uma infração total de R\$3.654,56, inclusive já quitado.

Já no item “e”, notas fiscais de remessa não entregues pela Braskem, observa que apesar de não haver manifestação da autuante, no sentido de exclusão destes débitos, reitera que na relação de notas imputadas como não escrituradas, se constata que duas notas de REMESSAS “emitidas” pela empresa BRASKEM S/A não foram entregues à Mitti Andaimes e Equipamentos Ltda. Aponta que conforme se verifica na documentação anexa foi realizada uma operação de venda de braçadeiras à empresa Braskem S/A. (ANEXO 12), e que naquele interstício, em razão de problemas de ordem técnica, se fez necessária a substituição de dois lotes do produto. Diante desse fato, diz que foi emitida pela Mitti duas notas de remessa que estão devidamente escrituradas no livro de saída, no valor total de R\$131.100,00, (ANEXO 13) encaminhando os novos produtos à Braskem S/A, de modo que, a Braskem se comprometeu à posteriormente, encaminhar uma nota de devolução dos produtos substituídos (fechando a operação de substituição dos dois lotes), fato que foi devidamente registrado nas correspondências eletrônicas trocadas entre as empresas em junho de

2008. (ANEXO 14).

Salienta que, apesar da substituição dos produtos, a BRASKEM jamais disponibilizou à Mitti Andaimes as notas de devolução dos produtos substituídos. Assim, apenas agora, com a lavratura do presente auto de infração a Mitti tomou conhecimento de que a Braskem havia registrado a nota de devolução dos produtos substituídos. Mesmo não havendo qualquer comprovante de entrega das referidas notas à Mitti Andaimes.

Dessa forma, entende que não pode ser responsabilizado pela não escrituração fiscal de uma nota que jamais lhe fora disponibilizada.

Em razão do exposto, requer a improcedência da infração 06 em relação à suposta não escrituração fiscal das notas emitidas pela Braskem (ANEXO 15) que perfazem um valor de R\$131.100,00, que representaria uma suposta infração de R\$1.311,00, não havendo, portanto, qualquer descumprimento de obrigação acessória de sua parte.

Por fim, no item “e”, erro material – erro na soma das notas fiscais não tributadas - , registra que, apenas para efeito de registro é imperioso informar que foi detectado um erro material na soma dos valores apontados pela fiscal em seu relatório descritivo de “entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro da escrita fiscal.” (Infração 06).

Desse modo, diz que a soma das notas indicadas correspondem ao montante de R\$427.584,86, apesar de que no relatório descritivo da autuante consta equivocadamente essa soma como correspondente à R\$ 435.992,15, resultando em uma diferença de R\$8.407,77 no valor total contábil. (ANEXO 11).

Concluindo, reitera o pleito pelo acolhimento das razões referentes ao item 03 e parte do item 06, julgando improcedentes as suas respectivas infrações, pelas razões de fato anteriormente explanadas.

À fl.245, a autuante se manifestando sobre a defesa do autuado, observa que houve contestação sobre a manutenção da autuação do item 03 – “deixou de recolher o ICMS deferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus funcionários.”, cujas razões de defesa apresentadas são as mesmas já expostas e já contestadas, tendo sido acatada parcialmente a contestação e este item ficado reduzido a R\$21.349,49.

Quanto ao item 06 – “deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal” – diz que já fêz a retificação do valor autuado ante a apresentação das cópias dos livros fiscais onde se verificaram os lançamentos extemporâneos. Sobre o questionamento do erro material na soma dos valores mensais no demonstrativo do débito anexado ao auto de infração, diz que apesar de verdadeiro, não teve nenhum reflexo no citado auto, visto que o que houve foi a soma em duplicidade do valor do mês de dezembro, no entanto este valor foi lançado apenas uma vez no auto de infração.

Conclui mantendo o teor do presente auto de infração com as retificações efetuadas na defesa apresentada às fls. 228 e 229.

Constam às fls. 248 a 252, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Relatório Débito do PAF”, referente ao pagamento das parcelas reconhecidas, de R\$419,99; R\$3.246,85 e R\$3.654,56, totalizando R\$7.321,40, objeto de processo de parcelamento de débito, referente às infrações 01, 05 e 06.

Considerando que em relação ao item 06 que trata de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória em razão de falta de escrituração no Registro de Entradas de notas fiscais relativas a operações de entradas de mercadorias não tributáveis, conforme demonstrativo às fls. 27 a 29, o lançamento foi impugnado com base nas seguintes alegações:

- a) A maior parte das notas encontradas foi devidamente escriturada nos livros fiscais nas datas de entrada das mercadorias ou por lançamento extemporâneo. (fls.150 a 164)
- b) Algumas notas foram consideradas como não escrituradas na matriz, quando em verdade

deveriam ter sido procuradas na escrituração da filial (onde de fato estavam escrituradas). (fls.165 a 164, e cópias de notas fiscais fls.171 a 197)

c) As notas fiscais “emitidas” pela empresa Votorantim Cimentos S/A jamais foram entregues à Mitti Andaimes e Equipamentos Ltda. (fl.190)

d) Algumas dessas notas fiscais, de fato, deixaram de ser escrituradas pela autuada (Débito está sendo quitado junto ao Fisco). (fl.202)

e) A nota de substituição dos produtos emitida pela Braskem S/A não foi entregue à Mitti Andaimes. (fls.204 e 219)

Considerando que na informação fiscal a autuante acolheu apenas a comprovação das notas que foram escrituradas no Registro de Entradas (item “a”), conforme relação e documentos às fls.150 a 164, mas não elaborou nenhum demonstrativo, indicando apenas o valor acolhido.

Considerando as alegações contidas nos itens “c” e “e”, acima, bem assim, que consta no levantamento às fls. 27 a 29 que as notas fiscais foram informadas por terceiros em arquivos magnéticos e não constam no processo cópias das notas fiscais.

Conforme despacho de diligência às fls. 262 a 263, visando instruir o processo com todos os elementos de provas e permitir ao sujeito passivo exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório, bem como oferecer ao Estado a segurança do crédito tributário, ora exigido, foi proposto pelo Relator e acolhido pelos demais membros desta 2ª JJF, na Pauta Suplementar desta data, pela conversão do processo em diligência à Infaz de origem, no sentido de que fossem adotadas as providências abaixo:

AUTUANTE:

1. *Obter diretamente nos emitentes cópias das notas fiscais relacionadas às fls.190, 204 e 219, fazendo a juntada ao processo das mesmas.*
2. *Excluir do levantamento fiscal, fls.27 a 29, as notas fiscais para as quais não forem carreadas aos autos as respectivas cópias.*
3. *Excluir do levantamento fiscal as notas fiscais que foram comprovadas como lançadas no Registro de Entradas, conforme relatório à fl.150.*
4. *Juntar ao processo o levantamento fiscal resultante das providências anteriores, indicando, o débito a ser mantido, se for o caso.*

INSPETORIA

Após o cumprimento pelo autuante dos itens anteriores:

a) fazer a entrega ao autuado, mediante recibo, dos novos elementos juntados aos autos por força da presente diligência, e de cópia deste pedido, reabrindo o prazo de defesa por 30 (trinta) dias para que o autuado possa se manifestar, caso entenda necessário;

À fl. 267, a autuante atendendo ao pedido do órgão julgador, informou que as empresas que declararam no SINTEGRA as notas fiscais foram intimadas a apresentar cópias das notas fiscais que motivaram o lançamento dos débitos dos itens 05 e 06, mas, não atenderem ao seu pedido.

Aduz que seguindo a orientação do CONSEF, sobre o débito a ser mantido, no caso da falta das notas fiscais, apresentou demonstrativo de débito retificado com um débito no valor de R\$1.347,28, e cópias das notas fiscais nº 375371, 375397, 27052 e 1160, conforme documentos às fls. 268 a 272.

Quanto a infração 05, informou que nenhum contribuinte encaminhou cópia das notas fiscais intimadas.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.275 a 276, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante à fl.267, sendo-lhe entregues cópias, o qual, se manifestou à fl.278, solicitando a juntada ao processo das cópias das notas fiscais nº 41280, 009704 (nº do formulário) e 008456.

Em nova informação fiscal, fl.293, a autuante toma conhecimento da manifestação do autuado, e

aduz que da leitura dos documentos por ele anexados, verificou que nada foi dito quanto a sua informação fiscal.

VOTO

Na análise das peças processuais, constato que o sujeito passivo em sua defesa administrativa declarou o reconhecimento do débito no valor de R\$419,99, da infração 01 - 01.02.41, referente a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, nas aquisições de mercadorias para industrialização oriundas do sul/sudeste com ICMS destacado a maior que os 7% devidos em operações interestaduais. Portanto, diante do reconhecimento do débito pelo sujeito passivo, considero subsistente a infração.

Quanto às demais infrações que foram impugnadas (totalmente as infrações 02 - 01.02.02; 03 - 02.04.03 e 04 - 01.03.11, e parcialmente as infrações 05 - 16.01.01 e 06 - 16.01.02), passo a proferir o meu voto com base no que constam nos autos.

Infração 02 - 01.02.02

Trata de acusação de apropriação indevida crédito fiscal de ICMS, sobre a aquisição de Gás, sem a comprovação de que o referido produto foi utilizado no processo industrial da Empresa, conforme documentos às fls. 13 a 17.

Constatou que a autuante em sua informação acolheu a comprovação feita pelo autuado, fls.84 a 115, representada por contratos formalizados com as empresas fornecedoras de gás onde ficou, segundo a autuante, demonstrado o modo de fornecimento em condições específicas para produção, cuja contabilização foi feita por medidores que aferem a combustão industrial, bem assim, que foi apresentada ainda uma grande quantidade de notas fiscais de gás natural que não teve o crédito aproveitado, tendo concluído, que “*..a Empresa faz uso de gás natural canalizado em denso volume, única e exclusivamente para fins de produção industrial.*”

Assim, restando evidenciado que a utilização do gás natural através das notas fiscais objeto da autuação não foi para qualquer outro fim que não o aquecimento dos fornos industriais, ou seja, a utilização do produto no processo industrial da Empresa, acompanhando a conclusão da autuante, considero insubstancial a acusação de apropriação indevida de crédito fiscal.

Infração 03 - 02.04.03

Diz respeito a falta de recolhimento do ICMS deferido, na condição de substituto tributário, nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, conforme notas fiscais relacionadas às fls.18 a 22, fornecidas pelos seguintes contribuintes.

INSC.ESTADUAL	CONTRIBUINTE	ATIVIDADE
58.094.491	Braz de Almeida	Fornecimento de Alimentos
54.995.369	Sapore	Fornecimento de Alimentos
ISENTO	Melore Crisp	Restaurante
73.409.361	Kabanas das Águas	Restaurante
39.419.770	QCHEF	S.Adm.
55.362.540	Rest.de Deus Proverá	Fornecimento de Alimentos
75.124.940	Malbec Com.Atacadista	Com.atac.de bebidas
48.327.510	Valdir C. dos Santos	Restaurante
36.185.287	Nutricash	Emissão de V.Alimentação

A acusação fiscal foi enquadrada nos artigos 343, XVIII, 348 e 349, do RICMS vigente na data dos fatos geradores, com base na conclusão de houve fornecimento de refeições destinadas a consumo dos funcionários do contribuinte autuado.

Consoante o inciso XVIII do artigo 343 do RICMS/97, o lançamento do ICMS incidente 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;

No mesmo sentido, o artigo 348 do RICMS estabelece que o contribuinte que adquirir as refeições efetuará o recolhimento do imposto por ele lançado, na condição de responsável solidário.

Já o artigo 349 estabelece que a responsabilidade tributária por substituição relativa ao imposto cujo lançamento seja deferido, correspondente às operações ou prestações antecedentes, é atribuída ao contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer a operação, evento, fato ou circunstância que encerre a fase do deferimento.

Ao defender-se o sujeito passivo se insurge contra o lançamento fiscal argüindo que não houve fornecimento de refeições destinado ao consumo dos seus funcionários no seu estabelecimento, tendo em vista que:

- a) as notas fiscais acostadas ao Auto se tratam de notas emitidas por restaurantes escolhidos pelos seus funcionários para sua alimentação, nos momentos em que esses funcionários se encontravam em obras realizadas em áreas situadas fora da cidade de Salvador, e foram reembolsados pela empresa;
- b) jamais possuiu qualquer contrato, acordo, convênio, ou sequer indicação de estabelecimento para o fornecimento de alimentos, visto que, os seus funcionários, em regra, se alimentam mediante recebimento de Tickets Refeição, nos termos do regramento estabelecido pelo PAT.

Verifico que consoante o que consta no levantamento fiscal às fls. 18 a 22, as notas fiscais foram emitidas em nome do autuado, e servem como prova de que houve a entrada das refeições no estabelecimento, não havendo, por isso, necessidade de qualquer contrato entre o autuado e seus fornecedores. Ressalto que o entendimento do CONSEF é de que a nota fiscal originada neste Estado serve como elemento de prova de que as mercadorias entraram no estabelecimento do contribuinte.

Portanto, a realidade documental constante nos autos prova que as refeições foram fornecidas ao estabelecimento autuado, e foram utilizadas pelos respectivos funcionários. Quanto ao argumento defensivo, de que houve o ressarcimento das refeições aos funcionários, não foi apresentado qualquer documento de prova nesse sentido.

Nestas circunstâncias, apesar de a 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual através do Acórdão JJF nº 0346-03/10, no julgamento do Auto de Infração nº 148714.0017/09-3, ter decidido que para que estivesse caracterizado o termo final do prazo do deferimento, teria que estar provado, que de fato o autuado recebera as refeições e as fornecera para consumo de seus empregados, não acompanho tal decisão, visto que, como dito acima, no caso em comento, as notas fiscais emitidas em nome do autuado servem como prova de que houve o fornecimento das refeições para consumo dos funcionários. Além do mais, repito, não foi carreada ao processo, pelo autuado, qualquer prova de que houve o desembolso aos seus funcionários das refeições consumidas fora do estabelecimento.

Quanto a alegação defensiva de que os seus funcionários, também se alimentam mediante recebimento de Tickets Refeição, constato que a autuante acolheu tal alegação, e informou que excluiu do levantamento fiscal as notas fiscais de fornecedores de vales refeições, inclusive de notas fiscais referentes a contribuinte atacadista de bebidas, concluindo pela redução do débito para o valor de R\$21.349,49.

Considerando que a autuante não cumpriu o item “4” do pedido de diligência, fls. 262 a 263, deixando de elaborar o levantamento fiscal resultante das exclusões de que cuidam os itens anteriores do referido pedido, apenas informando o débito resultante das exclusões, por medida de celeridade processual, exclui do levantamento fiscal às fls.18 a 22, as notas fiscais emitidas

pelos contribuintes Malbec Com.Abacaxi (75.124.940); Valdir C. dos Santos (48.327.510); e Nutricash (36.185.287), resultando na diminuição do débito deste item para o valor de R\$21.349,03, conforme planilha abaixo:

INSC.ESTADUAL	VLS. INICIAIS			EXCLUSÕES				VALORES DEVIDOS
	2007	2008	TOTAL	NF 2959	NF 2959	NF 1752	NF 1556	
58.094.491	399,36	47,19	446,55					446,55
54.995.369	191,48	1.800,94	1.992,42					1.992,42
ISENTO	315,84	410,55	726,39					726,39
73.409.361	6.243,46	10.466,21	16.709,67					16.709,67
39.419.770	40,39	173,32	213,71					213,71
55.362.540	894,64	365,57	1.260,21					1.260,21
75.124.940	-	428,11	428,11	326,72	101,39			-
48.327.510	-	283,93	283,93			283,93		-
36.185.287	-	1.190,50	1.190,50				1.190,50	-
SOMA	8.085,17	15.166,32	23.251,49	326,72	101,39	283,93	1.190,50	21.348,95

Ressalto que a autuante apurou o débito no valor de R\$21.349,49, que diferiu do total apurado acima, em razão de arredondamentos nos “centavos”.

Item procedente em parte.

Infração 04 – 01.03.11

Acusa a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de energia elétrica em percentual superior ao efetivamente consumido no processo de industrialização, conforme demonstrativos às fls. 23 a 24.

O sujeito passivo ao defender-se considerou inadequado o critério utilizado pelo Fisco para definir o consumo de energia no seu processo de industrialização, por entender que foi apurado com base no seu faturamento de vendas em relação ao faturamento total da empresa, tomando por base o percentual de consumo de energia elétrica proporcional ao percentual de faturamento das vendas sobre o faturamento total da empresa.

Sua justificativa para não aceitação do critério adotado pela autuante, está fundamentado no fato de que o consumo de energia elétrica atrelado a atividade de locação de andaimes é praticamente “inexistente”, e que tal consumo se restringe à iluminação do escritório, e que não existem custos com energia elétrica vinculados aos serviços de montagem de andaimes.

Assim, considerou desproporcional adotar o consumo de energia elétrica em relação aos respectivos faturamentos das atividades, visto que o seu volume de faturamento advém da locação de andaimes desenvolvida em sua filial Dias D’Avila.

A autuante, por seu turno, apesar de entender proporcional o consumo de energia em relação ao faturamento, acolheu as razões defensivas com base na conclusão de que embora nenhum laudo técnico tenha sido apresentado, considerou fundamentada a argumentação da Empresa, acatando-a em sua totalidade.

Diante desta declaração da autuante, não subsiste a infração.

Infração 05 - 16.01.01

Neste item foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória em razão da falta de escrituração, no Registro de Entradas, de notas fiscais de aquisições de mercadorias sujeitas à tributação, conforme demonstrativo às fls. 25 a 26.

O lançamento foi impugnado com base na informação de que a maior parte das notas fiscais constantes no levantamento fiscal está devidamente escriturada no RE nas datas de entradas das

mercadorias no estabelecimento ou por lançamento extemporâneo, conforme Anexo 5, fls.136 a 148, no valor contábil de R\$172.339,91, o que representaria uma suposta infração total de R\$17.233,99, e descharacteriza qualquer descumprimento de obrigações acessórias com relação às essas notas. Quanto às demais notas fiscais, foi reconhecido pelo autuado que realmente não tinha escriturado tais notas fiscais, reconhecendo a multa no valor de R\$3.246,86, calculada sobre o total de R\$32.468,61, conforme discriminado no Anexo 6, fl. 148.

Considerando que a autuante na informação fiscal confirmou que foi apresentada comprovação de lançamentos extemporâneos de parte das notas fiscais autuadas, que reduziram o valor em R\$17.233,98, considero subsistente em parte este item no valor reconhecido de R\$3.246,87.

Cumpre observar que quando do pedido de diligência, fls. 262 a 263, para apresentação de documentos relativos à infração 06, a autuante ao produzir a informação fiscal sobre dita diligência, informou que nenhum contribuinte encaminhou cópia das notas fiscais intimadas referente a este item. Considerando o reconhecimento parcial do débito pelo autuado, tal informação não será levada em consideração para o voto em questão.

Infração 06 - 16.01.02

Trata de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória em razão da falta de escrituração, no Registro de Entradas, de notas fiscais de aquisições de mercadorias não tributáveis, conforme demonstrativo às fls. 27 a 29.

O lançamento da multa foi impugnado, sendo destacado que dentre as notas fiscais apontadas pelo Fisco como não escrituradas, incorreram cinco situações distintas:

O lançamento foi impugnado com base nas alegações de que:

- a) A maior parte das notas foi encontrada e devidamente escriturada nos livros fiscais nas datas de entrada das mercadorias ou por lançamento extemporâneo, conforme documentação anexada no Anexo 7, fls.150 a 164, totalizando um valor contábil de R\$180.053,35 em notas fiscais devidamente escrituradas, o que representa uma suposta infração total de R\$1.800,53.
- b) Algumas notas foram consideradas como não escrituradas na Matriz, (CNPJ 15.153.265.0001-05), se tratam de notas emitidas para a filial Dias D'Ávila, (CNPJ 15.153265.0002-88), e que estão devidamente escrituradas no livro fiscal da referida Filial, no valor contábil de R\$30.699,02, conforme Anexo 8, fls. 165 a 164, e cópias de notas fiscais fls.171 a 197, que representaria uma suposta infração total de R\$306,99.
- c) As notas fiscais “emitidas” pela empresa Votorantim Cimentos S/A jamais foram entregues à Mitti Andaires e Equipamentos Ltda. (fl.190)
- d) Admite que algumas notas fiscais recebidas pelo estabelecimento, de fato, deixaram de ser escrituradas, cujo débito está sendo quitado junto ao Fisco, e declara assumir o débito referente a essas notas fiscais, relacionadas no Anexo 10, fl.202, no valor total de R\$ 365.455,77, representando uma multa no valor de R\$ 3.654,56, débito esse, devidamente reconhecido e quitado junto ao fisco estadual.
- e) A nota fiscal de remessa de substituição dos produtos emitida pela Braskem S/A não lhe foi entregue, conforme documentação anexada, que foi realizada uma operação de venda de braçadeiras à empresa Braskem S/A. (Anexo 12, fl.204 a 206), visto que naquele interstício, em razão de problemas de ordem técnica, se fez necessária a substituição de dois lotes do produto.
- f) erro material – erro na soma das notas fiscais não tributáveis, correspondente ao montante de R\$427.584,86, que equivocadamente foi apurado pela fiscalização essa soma como correspondente à R\$435.992,15, resultando em uma diferença de R\$8.407,77, no valor total contábil, conforme Anexo 11, fls. 221 a 225.

Apesar de a autuante na informação fiscal ter acolhido apenas a comprovação das notas que foram escrituradas no Registro de Entradas (item “a”), conforme relação e documentos às fls.150 a 164, mas não elaborou nenhum demonstrativo, indicando apenas o valor acolhido.

Considerando as alegações contidas nos itens “c” e “e”, acima, bem assim, que consta no levantamento às fls. 27 a 29 que as notas fiscais foram informadas por terceiros em arquivos magnéticos e não constam no processo cópias das notas fiscais.

Conforme despacho de diligência às fls. 262 a 263, visando instruir o processo com todos os elementos de provas e permitir ao sujeito passivo exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório, bem como oferecer ao Estado a segurança do crédito tributário, ora exigido, foi proposto pelo Relator e acolhido pelos demais membros desta 2ª JJF, na Pauta Suplementar do dia 28/98/2013, pela conversão do processo em diligência à Infaz de origem, no sentido de que a autuante adotasse as providências abaixo:

1. Obtivesse diretamente nos emitentes cópias das notas fiscais relacionadas às fls.190, 204 e 219, fazendo a juntada ao processo das mesmas.
2. Excluisse do levantamento fiscal, fls.27 a 29, as notas fiscais para as quais não forem carreadas aos autos as respectivas cópias.
3. Excluisse do levantamento fiscal as notas fiscais que foram comprovadas como lançadas no Registro de Entradas, conforme relatório à fl.150.
4. Juntasse ao processo o levantamento fiscal resultante das providências anteriores, indicando, o débito a ser mantido, se for o caso.

A autuante em sua informação à fl.267, informou que as empresas que declararam no SINTEGRA as notas fiscais foram intimadas a apresentar cópias das notas fiscais que motivaram o lançamento do item em comento, mas, não atenderem ao seu pedido.

Levando-se em conta o acima alinhado, ou seja, que não foram carreadas ao processo todas as cópias das notas fiscais identificadas no SINTEGRA, o lançamento do débito em relação a tais notas fiscais não subsistem, haja vista que a jurisprudência do CONSEF nestes casos exige a apresentação das cópias das notas fiscais, inclusive, se for o caso, da comprovação do efetivo recebimento das mercadorias.

A autuante cumprindo a diligência concluiu o débito a ser mantido é de R\$1.348,27, no caso das cópias das notas fiscais nº 375371, 375397, 27052 e 1160, obtidas junto aos fornecedores, (fls.268 a 272). Em relação a tais notas fiscais o autuado comprovou o lançamento nos livros fiscais. Contudo, considerando o autuado já havia reconhecido o débito no valor de R\$3.246,86, referente às notas fiscais relacionadas no demonstrativo à fl.202, conluso que deve ser mantido o referido valor, o que resulta na subsistência parcial deste item.

No que concerne à redução da multa, pleiteada pelo autuado, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo a infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, considerando a inexistência de demonstração da não ocorrência de dolo, haja vista tratar de uma questão subjetiva, não há como contemplar o pedido do impugnante para de redução ou cancelamento da multa.

Ante o exposto, voto PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no valor de R\$28.670,36, conforme planilhas abaixo:

ESTADO DA BAHIA
 SECRETARIA DA FAZENDA
 CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)

INFRAÇÃO	VL. AUTUADO	VL.RECONHEC.	VL.JULGADOS	VL.IMPROC.
1	419,99	419,99		
2	15.262,59			15.262,59
3	23.251,49		21.348,95	
4	11.811,76			11.811,76
5	20.480,85		3.246,86	
6	7.244,68		3.654,56	
TOTAIS	78.471,36	419,99	28.250,37	27.074,35

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Data Ocor.	D. Vencto.	B. Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	V. Débito	Exclusões	Vl.Devido	INF.
31/01/2007	20/02/2007	1.790,00	4	60	71,60		71,60	3
28/02/2007	20/03/2007	1.503,00	4	60	60,12		60,12	3
31/03/2007	20/04/2007	8.786,25	4	60	351,45		351,45	3
30/04/2007	20/05/2007	12.661,00	4	60	506,44		506,44	3
31/05/2007	20/06/2007	11.380,00	4	60	455,20		455,20	3
30/06/2007	20/07/2007	12.289,25	4	60	491,57		491,57	3
31/07/2007	20/08/2007	25.109,00	4	60	1.004,36		1.004,36	3
31/08/2007	20/09/2007	24.313,25	4	60	972,53		972,53	3
30/09/2007	20/10/2007	20.818,50	4	60	832,74		832,74	3
31/10/2007	20/11/2007	26.018,25	4	60	1.040,73		1.040,73	3
30/11/2007	20/12/2007	30.107,75	4	60	1.204,31		1.204,31	3
31/12/2007	20/01/2008	27.353,00	4	60	1.094,12		1.094,12	3
31/01/2008	20/02/2008	33.416,75	4	60	1.336,67		1.336,67	3
29/02/2008	20/03/2008	32.023,00	4	60	1.280,92		1.280,92	3
31/03/2008	20/04/2008	24.686,50	4	60	987,46		987,46	3
30/04/2008	20/05/2008	25.798,50	4	60	1.031,94		1.031,94	3
31/05/2008	20/06/2008	54.619,00	4	60	2.184,76		2.184,76	3
30/06/2008	20/07/2008	41.242,25	4	60	1.649,69		1.649,69	3
31/07/2008	20/08/2008	21.258,75	4	60	850,35		850,35	3
31/08/2008	20/09/2008	5.517,50	4	60	220,70		220,70	3
30/09/2008	20/10/2008	15.835,50	4	60	633,42		633,42	3
31/10/2008	20/11/2008	39.459,25	4	60	1.578,37	- 428,11	1.150,26	3
30/11/2008	20/12/2008	41.633,50	4	60	1.665,34	- 283,93	1.381,41	3
31/12/2008	20/01/2009	43.667,50	4	60	1.746,70	- 1.190,50	556,20	3
					TOTAL	23.251,49	- 1.902,54	21.348,95

D. Ocor.	D. Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	V.Débito	INF.
31/12/2007	20/01/2008	12.389,06	-	10	1.238,91	3
31/01/2008	20/02/2008	1.567,50	-	10	156,75	5
31/03/2008	20/04/2008	1.990,00	-	10	199,00	5
31/05/2008	20/06/2008	7.210,90	-	10	721,09	5
30/06/2008	20/07/2008	7.410,44	-	10	741,04	5
31/08/2008	20/09/2008	1.900,71	-	10	190,07	5
					TOTAL	3.246,86

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	V. Débito	INF.
31/01/2007	16/07/2012	14.365,00	-	1,00	143,65	6
28/02/2007	16/07/2012	2.890,00	-	1,00	28,90	6
30/04/2007	16/07/2012	144.900,00	-	1,00	1.449,00	6
31/05/2007	16/07/2012	1.276,00	-	1,00	12,76	6
30/09/2007	16/07/2012	64.392,00	-	1,00	643,92	6
31/01/2008	16/07/2012	64.872,00	-	1,00	648,72	6
30/04/2008	16/07/2012	1.490,00	-	1,00	14,90	6
31/07/2008	16/07/2012	2.650,00	-	1,00	26,50	6
31/08/2008	16/07/2012	62.968,00	-	1,00	629,68	6
31/10/2008	16/07/2012	1.818,00	-	1,00	18,18	6
30/11/2008	16/07/2012	2.815,00	-	1,00	28,15	6
31/12/2008	16/07/2012	1.020,00	-	1,00	10,20	6
TOTAL					3.654,56	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108595.0022/12-2**, lavrado contra **MITTI ANDAIMES E EQUIPAMENTOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.768,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$6.901,42**, prevista nos incisos IX e XI do citado dispositivo legal e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAUJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA – JULGADOR