

.I. N° - 206961.0006/12-4
AUTUADO - CHAME PEDREIRA LTDA.
AUTUANTE - MARIA CRISTINA MASCARENHAS DE SOUZA ANDRADE
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 28. 07. 2014

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0145-01/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Levantamento fiscal relativo a situações heterogêneas e inconciliáveis. Falta de certeza e liquidez. Lançamento nulo. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Discrepância entre o cerne da acusação fiscal e o fato real. A acusação é de que se trataria de imposto lançado e não recolhido, mas no curso do processo ficou patente que não se trata de imposto lançado e não recolhido – a questão seria relativa à adoção indevida de base de cálculo. Lançamento nulo, por mudança do fulcro da autuação. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Falta de prova do cometimento imputado ao sujeito passivo. Consta que os documentos foram entregues na repartição, conforme combinado com a autoridade fiscal, o que não foi negado por esta na informação fiscal. Multa indevida. 4. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Fato demonstrado nos autos. Multa mantida. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Levantamento fiscal relativo a situações heterogêneas e inconciliáveis. Falta de certeza e liquidez. Lançamento nulo. 6. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. MULTA. ENVIO DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS PELA INTERNET ATRAVÉS DO PROGRAMA VALIDADOR SINTEGRA COM DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS CORRESPONDENTES. Fato demonstrado nos autos. Multa mantida. 7. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Fato demonstrado nos autos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13.8.12, diz respeito aos seguintes fatos:

1. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, sendo glosado crédito no valor de R\$ 9.957,34, com multa de 60%;
2. falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, de ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo lançado imposto no valor de R\$ 180.291,53, com multas de 50% e 60%;
3. falta de apresentação de documentos fiscais quando regularmente intimado, sendo aplicada multa de R\$ 460,00;
4. declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do [da] DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), sendo aplicada multa de R\$ 420,00;
5. falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de material de consumo do estabelecimento, sendo lançado imposto no valor de R\$ 20.752,45, com multa de 60%;
6. fornecimento de arquivos magnéticos enviados via internet através do programa Validador/Sintegra com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas pelo estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes – multa de R\$ 22.972,64;
7. omissão de saída de mercadoria apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao “fornecido” [informado] por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, sendo lançado imposto no valor de R\$ 136,00, com multa de 100%.

O autuado na defesa (fls. 268/277) requer em preliminar que todas as questões da defesa sejam apreciadas e, com base nelas, seja decidido o ato administrativo-fiscal, fundamentalmente e com a necessária e indispensável motivação adequada e pertinente, dando-se embasamento fático e jurídico ao lançamento. Reclama da inexistência de intimações para esclarecimentos. Com relação às imputações constantes no Auto, alega que, se o agente do fisco encontra qualquer falta de recolhimento do imposto, antes de autuar deve intimar o contribuinte, por escrito, na pessoa de seu representante legal, a prestar no prazo razoável todos os esclarecimentos necessários, da origem ou das causas dessa falta de recolhimento, em face de existência do princípio do contraditório assegurado pela Constituição, mesmo na fase que precede à lavratura do Auto de Infração e da imposição da multa, porque depois de lavrada a peça básica que será julgada pelo próprio fisco qualquer tentativa de descaracterizar da falta de recolhimento será inútil. Protesta que neste caso nenhuma intimação foi feita nesse sentido, antes de ser lavrado o Auto, não tendo a autuante percebido que a atividade do contribuinte é extração e britamento de pedras, em que utiliza diversos materiais e produtos na sua atividade fim para extração da brita, sendo estes produtos considerados insumos, não sendo por isso devida a exigência de imposto.

Quanto ao mérito, alega que o Auto de Infração deve ser revisado, para que sejam verificados os equívocos cometidos pela autuante.

Com relação ao item 1º, chama a atenção para as regras dos arts. 19 e 20 da Lei Complementar nº 87/96 sobre a não cumulatividade do ICMS e o direito do contribuinte creditar-se do imposto anteriormente cobrado. Questiona o lançamento do imposto com relação aos bens objeto da autuação, materiais e equipamentos de segurança aplicados na produção e extração de brita, assim como diversos materiais para ser utilizado no britador, equipamento indispensável à produção e extração de britas, como respirador facial, filtro mecânico, Wurth co polímetro, Taper Bit, balança, pá carregadeira, rolamento de esfera, impressora BLC, carregadeira, dinamite elegel, carbonitrato granulado, dinamite emulsão NP gel, cordel detonante, detonadores, cordel detonante flexível, mangueira flexível, maskara Wurth, broca conificada, chave seta volvo, mandíbula fixa para o britador, espoleta de retardo e parafuso, válvula, mola e bucha para o britador, disco tacógrafo fio, peças, tidos pela autuante como sendo destinados para o uso e consumo do estabelecimento, o que

diz não ser verdade, haja vista que o estabelecimento tem como atividade a extração de pedra britada, e tais elementos são considerados insumos, sendo integrantes do produto final, ou seja, são adquiridos para serem aplicados nas atividades-fins da empresa, ou seja, assim como o óleo diesel, dinamite e energia elétrica, conforme estabelece o parecer anexo, que cita o direito do crédito do ICMS dos produtos discriminados acima, são essenciais para atividade empresarial de uma empresa extratora de brita, pois são aplicados diretamente no custo da produção e são materiais e insumos indispensáveis que são absorvidos diariamente na extração de brita. Cita lição de Aliomar Baleeiro acerca do conceito de insumos. Sustenta que os referidos itens não são utilizados para uso e consumo, e sim como insumos na produção, não devendo se falar em utilização indevida do crédito fiscal de ICMS, tendo em vista não ter ocorrido nenhum fato ilícito no recolhimento do tributo, e portanto é insubstancial a infração.

Impugna também o lançamento do item 2º, tomando por fundamento nos incisos III e IV do art. 82 do RICMS, que cuidam da redução da base de cálculo das operações com minerais. Argumenta que o regramento nesse sentido é impositivo, e não opcional, haja vista a atividade da empresa, que tem em seu portfólio de atividades apenas a atividade industrial de extração e britamento de pedras e outros materiais para construção, estando obrigada a tributar as saídas de pedra britada e de mão de forma que a carga tributária seja correspondente a 4%, sendo-lhe vedada a apropriação de quaisquer créditos fiscais, conforme o Parecer nº 01636/2012. Sustenta que as operações escrituradas nos livros fiscais estão corretas, não ensejando recolhimento do ICMS, dada a peculiaridade da atividade desenvolvida pela empresa, para redução da sua base de cálculo, tanto assim que em 7.10.11, através do Decreto nº 13.339, com vigência a partir de 1º.11.11, foi determinada a fixação na apuração do ICMS “normal”, em que a base de cálculo seja reduzida com alíquota final de 4% sobre as receitas.

Requer a realização de diligência por outro fiscal para verificar “in loco” quais são os produtos utilizados como insumos na extração de pedra britada.

Também impugna o item 3º, alegando que não procede a imputação de que tivesse deixado de apresentar documentos fiscais, pois quando a empresa foi intimada para apresentação dos livros e documentos entrou em contato com a fiscal autuante, sendo informada por ela a data e o local onde poderia deixar os livros e documentos solicitados, uma vez que estavam na sede da empresa, localizada em uma zona rural, fora da cidade, pois a autoridade fiscal não se disponibilizou a ir até a empresa, solicitando ao contador por telefone que deixasse os livros e documentos na inspetoria de Itabuna, o que o fez prontamente e dentro do prazo estipulado por telefone pela fiscal, de modo que improcede a cobrança de multa pela não entrega tempestiva, uma vez que a empresa não concorreu para que este fato pudesse acontecer, pois sempre estiveram à disposição da fiscal todos os documentos e livros solicitados.

Alega que também improcede a imputação do item 4º, pois as DMAs foram entregues de forma correta, sendo tempestivamente retificadas, não influindo no pagamento do ICMS e não houve nenhum prejuízo aos cofres do Estado, conforme cópias das DMAs do período fiscalizado, anexas, de modo que deve ser anulada a multa.

Alega que a acusação do item 5º não condiz com a realidade dos fatos, de acordo com o demonstrativo anexo ao Auto. Observa que as mercadorias constantes nas cópias da Notas Fiscais anexas, relativas a respirador facial, filtro mecânico, Wurth co polímetro, Taper Bit, balança pá carregadeira, rolamento de esfera, impressora BLC carregadeira, dinamite elegel, carbonitrato granulado, dinamite emulsão NP gel, cordel detonante, detonadores, cordel detonante flexível, mangueira flexível, maskara Wurth, broca conificada, chave seta volvo, mandíbula fixa para o britador, espoleta de retardo, parafuso para britador, válvula, mola e bucha para o britador, disco tacógrafo fio e peças também para o britador, não são utilizadas para consumo do estabelecimento, conforme relatado também na suposta infração nº 1. Sustenta que essas mercadorias são consideradas insumos, e o insumo é parte integrante do processo produtivo na fabricação de produtos que posteriormente são destinados a comercialização, neste caso na extração de pedra britada e são consumidas diariamente na atividade-fim da empresa, sendo essencial em todo o

processo produtivo, e por conseguinte não houve fato gerador da incidência do ICMS, tendo em vista, conforme previsão legal, o contribuinte somente seria obrigado a recolher o devido imposto estadual se as mercadorias fossem destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, o que não ocorre neste caso.

Aduz que a extração de brita é um ramo de atividade específica, onde vários produtos adquiridos são classificados como compra de industrialização e escriturados no livro de entradas com os CFOPs 1.101 e 2.101, em vez de serem escriturados como de uso e consumo, como seriam classificados em outros ramos de atividade, pois para a extração da pedra britada é indispensável serem consumidos no processo produtivo os explosivos, a energia elétrica, assim como todo material de segurança do pessoal envolvido na operação, assim como todo material consumido pelo britador, equipamento fundamental na extração da pedra britada, conforme já demonstrado na justificativa da infração 1ª, de modo que não pode ser cobrado o ICMS relativo à diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias e produtos para aplicar diretamente na extração de minerais, conforme determina o art. 93, letra “e”, do RICMS, pois a legislação do ICMS permite o aproveitamento do crédito de ICMS pela empresa na aquisição dos produtos.

Quanto à multa do item 6º, afirma que os arquivos magnéticos mensais foram entregues, conforme recibos juntados aos autos e recibos de entrega do Sintegra anexos, não procedendo a infração. Aduz que os livros Registro de Apuração de ICMS, Registro de Saídas, Registro de Entradas e Registro de Inventário estavam devidamente escriturados e foram entregue para fiscalização dentro do prazo legal, como também todas as DMAs, não tendo havido portanto omissão de obrigações acessórias por parte da empresa, conforme demonstrado com o cumprimento no prazo das obrigações acessórias e principal.

Salienta que em 2011 a empresa não estava obrigada a informar o arquivo magnético Sintegra completo, apenas estava obrigada enviar o arquivo de entradas de mercadorias, de modo que é indevida a multa, por não estar caracterizada a infração.

Com relação ao item 7º, questiona a presunção da fiscal em querer cobrar ICMS alegando a simples falta de indicação, na Nota Fiscal ou Cupom Fiscal, de que a venda realizada foi em dinheiro, cheque, cartão, etc. Alega que as vendas efetuadas são muito superiores aos valores informados pelas empresas administradoras de cartão de crédito. Questiona o entendimento da autuante de que a mencionada falta de indicação nos documentos fiscais implicou falta de recolhimento de ICMS, o que afirma não ser verdade, pois o imposto foi devidamente recolhido, não constando nos autos documentos que comprovem essa suposta diferença, de modo que é indevido o imposto.

Pede que sejam analisadas, apreciadas e decididas uma a uma as questões, com motivação adequada e pertinente e fundamentadamente, dentro do princípio do contraditório pleno e amplo assegurado pela Constituição, assim como que a autoridade autuante obedeça aos prazos de vistas estabelecidos no RPAF. Requer que as decisões sejam encaminhadas ao endereço do patrono da autuada. Protesta por juntada posterior, dizendo que se coloca à disposição da autuante e do órgão julgador para diligência, que requer. Pede que o Auto de infração seja julgado improcedente. Juntou documentos.

A auditora responsável pelo lançamento prestou informação (fls. 384/386) dizendo que ratifica os valores “reclamados”, inclusive multas aplicadas.

Diz que constatou utilização indevida de crédito tributário, em que o autuado considera produtos de manutenção, segurança, equipamentos e peças de reposição equivocadamente como insumos e ou matérias-primas. Aduz que, conforme parecer às fls. 112 e 113, respaldado no art. 93 do RICMS/97, os produtos contemplados na infração não constituem objetos que ensejam o uso do crédito, pois se trata de materiais de uso e consumo não desgastados no processo produtivo e que efetivamente caracterizam as matérias-primas ou insumos.

Diz que também constatou recolhimento do ICMS referente a operações escrituradas, e apurou valores a recolher do ICMS com base em lançamentos em livros e documentos da empresa à luz do art. 82, III, que contempla o benefício da redução da base de cálculo de 33,33% sobre pedra britada e

à mão, porém o autuado não faz a distinção exigida, ou seja, inclui erroneamente outros produtos e similares na premissa do benefício de redução da base de cálculo, conforme exemplo de Nota Fiscal de saída. Quanto à adoção da forma de apuração do ICMS conforme o Decreto 13.339/11, adverte que só ocorreu a partir de dezembro de 2011, excluindo, desta forma, o período fiscalizado.

Outro fato apurado foi a falta de entrega de documentos fiscais solicitados, e, em conformidade com o art. 43, XVIII-c, da Lei 7.014/96, aplicou “multa formal” pela omissão na entrega de Notas Fiscais de entradas de mercadorias solicitadas através de intimação constante à fl. 15.

Quanto às informações econômico-fiscais, diz que verificou divergências entre lançamentos em livros fiscais e declarações prestadas através da DMA à fl. 122, sintetizadas à fl. 119.

Com relação à diferença de alíquotas, informa que apurou valores relativos à aquisição em outros Estados de peças de reposição, pás carregadeiras, peças para segurança do trabalho, impressoras, rolamentos e similares, caracterizando “produtos” de uso e consumo, desde que são utilizados durante processo produtivo em diversos ciclos, diferindo frontalmente com “produtos veículos” de produção, desgastados a cada fase de transformação em produtos acabados, sendo inclusive o custo apropriado em conta específica de gastos com matérias-primas e insumos, razão pela qual ratifica a infração, por entender que o autuado se baseou equivocadamente no art. 93, que não se comunica com a infração em questão.

No tocante aos arquivos magnéticos, diz que, conforme demonstrativo de entradas e saídas de mercadorias no exercício de 2010, à fl. 385, observou ocorrência de faturamento acima de R\$ 600.000,00, constituindo assim a obrigatoriedade na apresentação dois arquivos, porém ressalta que no processo de compatibilização das informações prestadas e as registradas na escrita fiscal do autuado identificou divergências de valores, o que motivou a aplicação da multa com base no art. 42, XIII-A da Lei 7.014/96, conforme demonstrativo à fl. 200 e cópia do livro de apuração do ICMS às fl. 241 a 263.

Quanto à omissão de saída apurada através de pagamento com cartão de crédito, diz que, após verificação, constatou que os valores apurados nos documentos emitidos são inferiores aos informados pelas operadoras de cartão de crédito, caracterizando omissão de saídas de mercadorias. Com relação à indicação, no documento, das formas de pagamento, adverte que o documento emitido “pela” ECF deve conter a forma de pagamento, e neste caso, especificamente, objetivou compatibilizar os valores de pagamentos efetuados com cartão de crédito e os informados pelas operadoras, e, se não identificar a venda com cartão de crédito, não há como mensurar.

Conclui dizendo que ratifica os levantamentos e procedência dos valores “reclamados”, embasados em livros e documentos fiscais do autuada e em consonância com normas regulamentares, e encaminha o processo para adoção de procedimentos pertinentes que o conduzam à constatação da veracidade dos fatos, haja vista que as infrações apontadas foram cometidas ferindo normas que regem tratamentos tributários pertinentes à atividade comercial desenvolvida pelo autuado nos exercícios fiscalizados.

Na fase de instrução, considerando-se que, com relação aos itens 1º e 5º, a simples indicação do nome de um bem nem sempre permite conhecer a sua natureza, o processo foi remetido em diligência (fls. 391-392) a fim de que a autoridade fiscal autuante intimasse o contribuinte, concedendo-lhe o prazo de 30 dias, para que ele descrevesse a função, na empresa, de cada categoria ou tipo dos bens objeto dos referidos itens, de modo a ficar clara a forma como cada uma das referidas categorias ou tipos de bens é empregada, utilizada ou consumida na empresa, com indicação inclusive do setor ou local em que são empregados, utilizados ou consumidos, devendo a descrição ser feita, separadamente, em relação ao item 1º, que cuida da glosa dos créditos, e em relação ao item 5º, que cuida da diferença de alíquotas. Recomendou-se que, tanto em relação ao item 1º quanto em relação ao item 5º, no caso de bens do mesmo gênero compreendendo diversos tipos, fossem feitas as descrições relativamente a cada tipo, a menos que todos eles tivessem a mesma função na empresa. Em face das explicações prestadas pela empresa, deveria a autoridade

fiscal autuante prestar nova informação, analisando os elementos apresentados por ela, levando em conta os critérios jurídico-contábeis atinentes à distinção entre insumos e bens de uso ou consumo, à luz do art. 93, § 1º, do RICMS/97, refazendo, se fosse o caso, o demonstrativo do débito.

Foi anexada aos autos uma relação discriminando cada categoria ou tipo dos bens (fls. 396/399).

A autoridade fiscal autuante prestou nova informação (fl. 400) dizendo que, em atendimento à diligência, após intimação, no dia 15.8.13, foi parcialmente apresentado, no dia 16.9.13, pelo autuado, relatório contendo os “produtos” e suas funções no processo produtivo no que tange à glosa dos créditos, deixando de apresentar informações sobre a diferença de alíquotas, também solicitadas através da intimação anexa. Informa que constatou que os “produtos” relacionados e com suas devidas funções se caracterizam por peças de reposição, equipamentos de uso repetido e similares, como, por exemplo, balança pá carregadeira, brocas, retentores, impressora carregadeira, botinas, filtros, porcas, retificadeiras, barra rosada, alicates, esquadro, arruelas, fusíveis, chave seta, etc., ou seja, constituem materiais de uso e consumo utilizados em diversos processos produtivos.

Prosegue dizendo que, utilizando o princípio da analogia, enfatiza que na confecção de um bolo de aniversário os ovos, a farinha de trigo e a manteiga constituem matérias-primas, que serão consumidas naquele bolo, enquanto que a forma de alumínio, onde foi colocada a massa, constitui material de uso, que será utilizado em outro bolo de aniversário, no dia seguinte.

Conclui dizendo que, baseada na relação descriptiva apresentada pelo autuado, em conceitos universais de contabilidade de custos, que distinguem contas das matérias-primas das peças e equipamentos de uso e em normas regulamentares, encaminha o resultado conclusivo da diligência para que produza seus efeitos legais.

Dada ciência do resultado da diligência ao contribuinte, este se manifestou (fls. 411-412) dizendo que atendeu à intimação para que no prazo de 30 dias entregasse a planilha com as informações solicitadas na diligência no dia 16.9.13, segunda-feira, tendo em vista que o prazo final foi no sábado, dia 14.9.13. Diz que a planilha com o relatório apresentado contém os “produtos” e suas funções no processo produtivo no que tange à glosa de crédito, e também apresentou informações sobre a descrição em relação ao item 5º, que cuida da diferença de alíquotas. Diz que não foi possível separar o item 1º e o item 5º, conforme foi solicitado na intimação, porque a auditora não fez um demonstrativo de débitos de cada item, individualizando o valor cobrado em cada Nota Fiscal, com planilha mensal, tendo em vista que várias Notas Fiscais têm vários produtos, sendo que uns gozam créditos ou têm diferença de alíquotas e outros não têm crédito ou diferença de alíquotas, no mesmo documento fiscal, e por essa razão ficou inviável fazer duas planilhas separadamente em relação aos itens cobrados, uma vez que a fiscal cobrou a diferença de alíquotas e créditos utilizados indevidamente dos mesmos produtos em algumas Notas Fiscais e ao mesmo tempo não utilizou o mesmo critério com outras Notas Fiscais, ou seja, a planilha apresentada na diligência contém a descrição e a função de todos os produtos que foram objeto da cobrança dos dois itens, sendo que não foi possível separar os itens pelo fato de não haver no processo um demonstrativo de débito mensal discriminando quais foram as Notas Fiscais que deram origem à cobrança do débito.

Aduz que os produtos relacionados e discriminados na planilha fazem parte do processo produtivo, pois a empresa tem como atividade a extração de pedra britada, e os materiais em questão são insumos, ou seja, são adquiridos para ser aplicados nas atividades-fins da empresa e diretamente nos custos da produção, sendo insumos indispensáveis que são absorvidos diariamente na extração da brita.

Quanto à analogia citada pela autuante, enfatizando a confecção de um bolo de aniversário para demonstrar o que é material de uso e consumo, o autuado contrapõe que tal comparação não pode ser feita com a atividade produtiva de uma empresa que extrai pedra britada, pois o processo produtivo é totalmente diferente da confecção de um bolo, contrariando a contabilidade de custos para definir insumos consumidos na produção e de matérias-primas.

Reitera o pleito de improcedência do Auto de Infração.

Em outra petição (fls. 414/426), o autuado reitera os termos da impugnação inicial (fls. 269/277). Volta a suscitar a preliminar de nulidade por inexistência de intimações para esclarecimentos.

No mérito, quanto ao item 1º, depois de repetir os argumentos acerca do direito ao crédito, com base nos arts. 19 e 20 da Lei Complementar nº 87/96, acrescenta novos argumentos, sustentando que não houve utilização de crédito de ICMS indevido no período, tendo em vista que somente foi utilizado o crédito de ICMS nas Notas Fiscais com a escrituração fiscal no Registro de Entradas com os CFOPs 1.126, 1.101 e 2.101, conforme livros de entradas dos anos de 2009, 2010 e 2011 anexo aos autos e cópias de Notas Fiscais juntadas nas fls. 16 a 111, pois as Notas Fiscais das quais a autuante está cobrando o crédito indevido de ICMS na aquisição de material de uso e consumo foram de compras de materiais para serem aplicados na extração e produção de pedra britada, sendo operações com direito ao crédito de ICMS, conforme o art. 93 do RICMS, letra “e”.

Fala da distinção entre materiais de uso e consumo e insumos, dizendo que os materiais de uso e consumo se caracterizam por não se agregarem fisicamente ao produto final, sendo meramente utilizados nas atividades de apoio administrativo, comercial e operacional, como, por exemplo, papéis para escritório, lâmpadas para utilização nos prédios administrativos, etc., ao passo que os materiais de utilização direta na produção são caracterizados por serem imprescindíveis na produção do respectivo produto, como, por exemplo, respirador facial, filtro mecânico, Wurth co polímetro, Taper Bit, balança pá carregadeira, rolamento de esfera, impressora BLC carregadeira, dinamite elegel, carbonitrato granulado, dinamite emulsão NP gel, cordel detonante, detonadores, cordel detonante flexível, mangueira flexível, maskara Wurth, broca conificada, chave seta volvo, mandíbula fixa para o britador, espoleta de retardo, parafuso para britador, válvula, mola e bucha para o britador, disco tacógrafo fio e peças também para o britador, que não são utilizados para consumo do estabelecimento.

Apresenta planilha especificando as datas, as Notas Fiscais, os CFOPs, os valores contábeis e os créditos utilizados, dizendo que esses valores foram indevidamente glosados como sendo relativos a material de uso e consumo, mas na verdade foram devida e corretamente escriturados no livro de entradas e no livro de apuração, nas operações de aquisições com material aplicado nos insumos e produção da brita com CFOPs 1.101, 2.101 e 1.126, e portanto o crédito foi utilizado corretamente.

Reitera que, conforme a legislação já citada, os referidos itens não são utilizados para uso e consumo, e sim como insumos na produção, não devendo, portanto, se falar em utilização indevida do crédito fiscal de ICMS, tendo em vista não ter ocorrido nenhum fato ilícito no recolhimento do tributo praticado pela contribuinte, e por conseguinte é insubstancial a infração.

No tocante ao item 2º, volta a frisar que os incisos III e IV do art. 82 do RICMS prevêem a redução da base de cálculo das operações com minerais. Repete que, pela redação transcrita, esse regramento é impositivo, não é opcional, conforme a atividade da empresa, e, em se tratando de empresa que tenha em seu portfólio de atividades apenas a atividade industrial de extração e britamento de pedras e outros materiais para construção, estará ela obrigada a tributar as saídas de pedra britada e de mão de forma que a carga tributária seja correspondente a 4%, sendo-lhe vedada a apropriação de quaisquer créditos fiscais, conforme Parecer nº 01636/12.

Reitera que as operações foram escrituradas corretamente. Insiste em que a autuante apurou equivocadamente os valores relativos a 2009, 2010 e 2011, pois os valores corretos estão escriturados no livro de apuração de ICMS do período, já apresentado anteriormente à fiscalização e anexado às fls. 278 a 285 (2009), fls. 214 a 264 (2010 e 2011), onde é demonstrada a apuração correta do ICMS devido. Aduz que o valor incorreto que originou esta suposta infração decorre da não consideração dos créditos lançados como indevidos na infração 1ª, que teve também como consequência a cobrança indevida na suposta infração 2ª deste Auto, e portanto o valor de R\$ 180.291,53 é totalmente improcedente.

Apresenta tabela com os valores do imposto apurados no livro de apuração, com especificação do mês, saldo credor do mês anterior, débitos, créditos, imposto a pagar e saldo credor para o mês seguinte, indicando um saldo de ICMS a pagar no valor de R\$ 2.221,80.

Quanto aos itens 3º, 4º, 5º, 6º e 7º, repete em termos gerais os mesmos argumentos expendidos na impugnação originária.

Renova os pedidos feitos na impugnação originária.

Dada vista dos autos à fiscal autuante, esta se manifestou (fls. 432-433) dizendo que ratifica os valores “reclamados”, inclusive multas aplicadas.

Diz que constatou utilização indevida de crédito tributário, em que o autuado considera produtos de manutenção, segurança, equipamentos e peças de reposição equivocadamente como insumos e ou matérias-primas. Aduz que, conforme parecer às fls. 112 e 113, respaldado no art. 93 do RICMS/97, produtos contemplados na infração não constituem objeto que enseje o uso do crédito, pois se trata de materiais de uso e consumo não desgastados no processo produtivo e que efetivamente caracterizam as matérias-primas ou insumos. Aduz que, conceitualmente, assim como na contabilidade de custos, máquinas, peças, kit motor, pás, carrinhos de ferro, etc. constituem produtos de uso e consumo, assim entendido partindo da premissa de que sofrem depreciação pelo uso, tendo caráter transitório naquele processo produtivo, enquanto que as matérias primas têm absorção total e imediata naquele processo produtivo, sendo assim plenamente cabível a reclamação do uso do crédito indevidamente.

Diz que também constatou recolhimento do ICMS referente a operações escrituradas, e apurou valores a recolher do ICMS com base em lançamentos em livros e documentos da empresa à luz do art. 82, III, que contempla o benefício da redução da base de cálculo de 33,33% sobre pedra britada e à mão, porém o autuado não faz a distinção exigida, ou seja, inclui erroneamente outros produtos e similares na premissa do benefício de redução da base de cálculo, conforme exemplo de Nota Fiscal de saída. Quanto à adoção da forma de apuração do ICMS conforme o Decreto 13.339, adverte que só ocorreu a partir de dezembro de 2011, excluindo, desta forma, o período fiscalizado.

Outro fato apurado foi a falta de entrega de documentos fiscais solicitados, e, em conformidade com o art. 43, XVIII-c, da Lei 7.014/96, aplicou “multa formal” pela omissão na entrega de Notas Fiscais de entradas de mercadorias solicitadas através de intimação constante à fl. 15.

Quanto às informações econômico-fiscais, diz que verificou divergências entre lançamentos em livros fiscais e declarações prestadas através da DMA, sintetizadas à fl. 119.

No tocante aos arquivos magnéticos, diz que, conforme demonstrativo de entradas e saídas de mercadorias no exercício de 2010, à fl. 385, observou o faturamento acima do R\$ 600.000,00, valor exigido para obrigação de apresentação do referido documento, porém ressalta que no processo de compatibilização das informações prestadas e as registradas na escrita fiscal da autuada identificou divergências de valores, o que motivou a aplicação da multa com base no art. 42, XIII-A da Lei 7.014/96, conforme demonstrativo à fl. 200 e cópia do livro de apuração do ICMS às fl. 241 a 263.

Quanto à omissão de saída apurada através de pagamento com cartão de crédito, diz que, após verificação, constatou que os valores apurados nos documentos emitidos são inferiores aos informados pelas operadoras de cartão de crédito, caracterizando omissão de saídas de mercadorias. Com relação à indicação, no documento, das formas de pagamento, diz que adverte que o documento emitido “pela” ECF deve conter a forma de pagamento, e neste caso, especificamente, objetivou compatibilizar os valores de pagamentos efetuados com cartão de crédito e os informados pelas operadoras, e, se não identificar a venda com cartão de crédito, não há como mensurar.

Conclui dizendo que ratifica os levantamentos e procedência dos valores “reclamados”, embasados em livros e documentos fiscais do autuada e em consonância com normas regulamentares, e encaminha o processo para adoção de procedimentos pertinentes que o conduzam à constatação da veracidade dos fatos, haja vista que as infrações apontadas foram cometidas ferindo normas que

regem tratamentos tributários pertinentes à atividade comercial desenvolvida pelo autuado nos exercícios fiscalizados.

VOTO

O autuado reclamou em preliminar da inexistência de intimações para esclarecimentos antes da autuação, em atenção ao princípio do contraditório.

A fiscalização pode realmente procurar obter esclarecimentos antes de proceder à autuação, mas tal providência não é obrigatória, e isso não afeta o princípio do contraditório, pois o contraditório se impõe somente a partir da instauração do processo, quando o contribuinte apresenta defesa. Na fase que antecede a lavratura do Auto de Infração ainda não existe processo, existe apenas procedimento.

No mérito, os itens 1º e 5º devem ser analisados em conjunto, dada a vinculação dos materiais de consumo envolvidos em ambos: o item 1º cuida de utilização indevida de crédito fiscal relativo à aquisição de material de uso e consumo, e o item 5º, de falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de material de consumo.

A análise dos bens e materiais objeto do levantamento fiscal é dificultada porque nos demonstrativos não foi feita a especificação das mercadorias: fls. 16 e 42-43 (item 1º) e fls. 123 e 129/131 (item 5º)

Em face das alegações da defesa, tendo em vista que, embora se perceba de plano que o levantamento envolve materiais e equipamentos de segurança, juntamente com bens do ativo imobilizado, insumos aplicados na extração de brita e peças de reposição, e considerando-se que a simples indicação do nome de alguns bens não permite conhecer a sua natureza e finalidade, além do fato de os demonstrativos fiscais não conterem a especificação dos bens, o processo foi remetido em diligência à repartição de origem, a fim de que a autoridade fiscal autuante intimasse o contribuinte, concedendo-lhe o prazo de 30 dias, para que ele descrevesse a função, na empresa, de cada categoria ou tipo dos bens objeto dos itens 1º e 5º, de modo a ficar clara a forma como cada uma das referidas categorias ou tipos de bens é empregada, utilizada ou consumida na empresa, com indicação inclusive do setor ou local em que são empregados, utilizados ou consumidos. Na mesma diligência foi solicitado que, em face das explicações prestadas pela empresa, a autoridade fiscal autuante prestasse nova informação, analisando os elementos apresentados por ela, levando em conta os critérios jurídico-contábeis atinentes à distinção entre insumos e bens de uso ou consumo, à luz do art. 93, § 1º, do RICMS/97, refazendo, se fosse o caso, o demonstrativo do débito.

A primeira parte da diligência foi cumprida: a autuante intimou o contribuinte, e este apresentou listagem (fls. 396 a 399) discriminando os bens e materiais e informando em que consiste e qual a função na empresa, informando ainda a qual item do Auto se referem (itens 1º e 5º).

Porém a autoridade fiscal não cumpriu a segunda parte da diligência, na qual foi solicitado que, em face das explicações prestadas pela empresa, a autoridade fiscal autuante prestasse nova informação, analisando os elementos apresentados por ela, levando em conta os critérios jurídico-contábeis atinentes à distinção entre insumos e bens de uso ou consumo, à luz do art. 93, § 1º, do RICMS/97.

Noutras circunstâncias, seria o caso de se devolver o processo à repartição de origem, a fim de que fosse cumprida a segunda parte da diligência. Porém, por economia processual, concluo que tal medida é inócuia, porque o levantamento fiscal neste caso envolve situações heterogêneas e inconciliáveis. Isto porque, analisando-se os bens objeto da glosa do crédito e da exigência de diferença de alíquotas (fls. 275 e 396/399), fica patente que o levantamento envolve tanto bens do ativo imobilizado, quanto insumos e também materiais de consumo:

- a) bens do ativo imobilizado, dentre outros:
 - carreta de perfuração, utilizada para perfurar as pedras

- equipamento utilizado no bombeamento de concreto
- componente mecânico das máquinas de perfuração das pedras
- equipamento para pesagem do mineral (balança carregadeira)
- perfuratriz
- tração do motor elétrico utilizado no processo de extração
- equipamento para impressão da pesagem das britas (Impressora BLC Carregadeira)
- triturador de brita
- peneira (máquina para classificar as britas)
- equipamento de aferição da temperatura dos materiais

b) insumos, dentre outros:

- broca
- explosivos usados na detonação das rochas
- espoleta de retardo (detonante)
- carbonitrato granulado (explosivo)
- dinamite emulsão (explosivo)
- espoletopim (detonante)
- cordel detonante

c) bens de uso e consumo, dentre outros:

- peças de reposição
- EPI (equipamentos de proteção individual)
- luvas
- válvulas
- tubos
- parafusos

No caso dos insumos e dos materiais de consumo, seria fácil a revisão do lançamento, pois tal medida consistiria simplesmente em manter a glosa dos créditos (item 1º) e a exigência da diferença de alíquotas (item 5º) dos materiais de uso e consumo, excluindo-se os insumos. Porém a depuração dos créditos relativos aos bens do ativo imobilizado é muito complexa, não se restringe simplesmente a manter ou excluir valores, pois o crédito a ser utilizado é de 1/48 a cada mês. Isso muda tudo, constituindo na verdade uma nova ação fiscal: o roteiro de fiscalização de créditos do CIAP, relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte, segue metodologia própria, disciplinada na Instrução Normativa nº 53/13, e não pode ser feito de permeio com outras situações que envolvam a aferição de créditos fiscais de origens diversas.

Tendo em vista que isso não foi observado no levantamento fiscal, a depuração dos créditos do item 1º implica uma nova ação fiscal, e como parte dos bens objeto do item 1º integra também o levantamento do item 5º, este fica igualmente prejudicado.

Em face dessas considerações, concluo que são nulos os lançamentos dos itens 1º e 5º, por falta de certeza e liquidez. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

O item 2º acusa o contribuinte de ter deixado de recolher ICMS nos prazos regulamentares relativamente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

O contribuinte impugnou o lançamento com base nos incisos III e IV do art. 82 do RICMS, que cuidam da redução da base de cálculo das operações com minerais. Alega que nas saídas de pedra britada e de mão de forma a carga tributária seja correspondente a 4%. Requer a realização de diligência por outro fiscal para verificar “in loco” quais são os produtos utilizados como insumos na extração de pedra britada.

Ao prestar a informação fiscal, o autuante contrapôs que apurou os valores à luz do art. 82, III, do RICMS, que contempla o benefício da redução da base de cálculo de 33,33% sobre pedra britada e à mão, porém o contribuinte inclui outros produtos e similares na redução da base de cálculo.

Nota que há um descompasso entre o cerne da acusação fiscal e os fatos reais. A acusação é de que se trata de imposto lançado e não recolhido: “Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios”. Mas, lendo-se a defesa e o que disse o fiscal na informação, fica patente que não se trata de imposto lançado e não recolhido. A questão seria relativa a uma possível adoção indevida de redução da base de cálculo.

Ora, uma coisa é o lançamento de imposto apurado e não recolhido. Coisa bem diversa é a verificação de utilização indevida de redução da base de cálculo. Em face disso, o lançamento do item 2º é nulo, por mudança do fulcro da autuação, o que implica evidente falta de certeza e liquidez. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

O item 3º é uma multa por falta de apresentação de documentos fiscais.

O contribuinte nega que tivesse deixado de apresentar documentos fiscais, alegando que quando foi intimado para apresentação dos livros e documentos entrou em contato com a fiscal autuante, sendo informada por ela a data e o local onde poderia deixar os livros e documentos solicitados, uma vez que estavam na sede da empresa, localizada em uma zona rural, fora da cidade, pois a autoridade fiscal não se disponibilizou a ir até a empresa, solicitando ao contador por telefone que deixasse os livros e documentos na inspetoria de Itabuna, o que o fez prontamente e dentro do prazo estipulado por telefone pela fiscal, de modo que improcede a cobrança de multa pela não entrega tempestiva, uma vez que sempre estiveram à disposição da fiscal todos os documentos e livros solicitados.

Esses fatos, narrados em detalhes na defesa, não foram negados ou sequer postos em dúvida pela autoridade fiscal, que nada diz a respeito, limitando-se a mencionar a previsão legal da multa e o termo de intimação à fl. 15.

Infração não caracterizada. A multa do item 3º é improcedente.

No item 4º está sendo aplicada uma multa por declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS).

O contribuinte alega que as DMAs foram entregues de forma correta, sendo tempestivamente retificadas, não influindo no pagamento do ICMS e não houve nenhum prejuízo aos cofres do Estado, conforme cópias das DAMs [DMAs] do período fiscalizado, cujas cópias teriam sido anexadas.

As divergências constatadas constam no demonstrativo à fl. 119. O contribuinte alegou que teria anexado cópias das DAMs (DMAs) do período fiscalizado, para provar que havia feito as correções. Não apresentou. Alegações, portanto, sem provas. Mantendo a multa.

O item 6º é uma multa por fornecimento de arquivos magnéticos enviados via internet através do programa Validador/Sintegra com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes.

O contribuinte defendeu-se dizendo que os arquivos magnéticos mensais foram entregues, conforme recibos juntados aos autos e recibos de entrega do Sintegra anexos. Aduz que os livros Registro de Apuração do ICMS, Registro de Saídas, Registro de Entradas e Registro de Inventário estavam devidamente escriturados e foram entregue para fiscalização dentro do prazo legal, como também todas as DMAs.

Ora, a multa em questão não foi por falta de entrega dos arquivos, e sim pelo fato de os arquivos terem sido entregues com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes. As menções feitas aos livros de apuração, saídas, entradas e inventário nada têm a

ver com a imputação fiscal. O demonstrativo do cálculo da multa encontra-se à fl. 200. Infração caracterizada.

O lançamento do item 7º diz respeito a omissão de saída de mercadoria apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

O autuado na defesa apenas questiona a presunção da autuante em querer cobrar ICMS alegando a simples falta de indicação, na Nota Fiscal ou Cupom Fiscal, de que a venda realizada foi em dinheiro, cheque, cartão, etc. Alega que as vendas efetuadas são muito superiores aos valores informados pelas empresas administradoras de cartão de crédito. Alega que a falta de indicação nos documentos fiscais não implicou falta de recolhimento de ICMS.

Alegações sem prova. Mantendo o lançamento.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206961.0006/12-4, lavrado contra **CHAME PEDREIRA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 136,00**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 23.392,64**, previstas nos incisos XIII-A, “i”, e XVIII, “c”, do art. 42 da supracitada lei, e dos acréscimos moratórios, conforme dispõe a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de junho de 2014

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR