

A. I. Nº - 276473.0301/14-3
AUTUADO - PEDREIRA RIO GRANDE LTDA.
AUTUANTE - ROSAMARIA BARREIROS FERNANDEZ
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 02.06.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0093-05/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE USO E CONSUMO. Reconhecida pelo impugnante. Infração mantida. b) AQUISIÇÃO DE MERCADORIA COM SAÍDA POSTERIOR BENEFICIADA COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Confirmada a redução nas saídas. Infração procedente. c) AQUISIÇÃO DE ATIVO IMOBILIZADO. Confirmada a redução nas saídas. Infração procedente. 2. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Reconhecida pelo impugnante. Infração mantida. 3. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO. Erro de fato. A descrição dos fatos não corresponde ao efetivamente ocorrido, ou seja, a não inclusão das despesas de frete cobradas ao destinatário na base de cálculo, não cabendo a correção do lançamento, através da informação fiscal, com base no art. 18, §1º do RPAF/BA. Infração nula. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. Infração reconhecida pelo impugnante. Mantida a exigência. 5. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO. Demonstrada pelo impugnante que as saídas ocorreram internamente, devendo ser mantido o benefício da redução da base de cálculo. Infração improcedente. 6. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. Infração reconhecida pelo impugnante. Mantida a exigência. 7. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Infrações reconhecidas pelo impugnante. Mantidas as exigências. Auto de Infração PROCEDENTE EMPARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/03/2014, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$328.370,33 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Art. 29, parágrafo 1º, inciso II, da Lei nº 7014/96. ICMS com valor de R\$771,88. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 2 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS com valor de R\$722,52. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 3 – Deixou de recolher no prazo regulamentar, ICMS referente à Prestação de Serviço de Transporte, devidamente escriturada(s) no(s) livro(s) fiscal (is) próprio(s). Art. 82, III do RICMS/97 e Art. 268, II do Decreto nº 13780/2012. Redução válida até 30/11/2012. ICMS com valor de R\$26.030,06. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 4 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Art. 15, inciso I, letra "b" Lei nº 7014/96. ICMS com valor de R\$2.227,73. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 5 – Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. ICMS com valor de R\$256.795,98. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 6 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS com valor de R\$400,09. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 7 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Art. 272, inciso I, do Decreto nº 13780/12. Multa de 1% com valor de R\$71,00;

INFRAÇÃO 8 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 10% com valor de R\$646,17;

INFRAÇÃO 9 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Art. 267, inciso VII do Decreto nº 13780/12. Proibida utilização de quaisquer créditos devido à redução. ICMS com valor de R\$19.921,13. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 10 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Art. 267, inciso VII do Decreto nº 13780/12. Crédito de Ativo Imobilizado proibido devido à redução nas saídas. ICMS com valor de R\$20.783,75. Multa de 60%.

O sujeito passivo apresenta defesa, às fls. 609 e 633, inicialmente argui a tempestividade da impugnação, relata os fatos da fiscalização imputada contra ao contribuinte e descreve as infrações com seus enquadramentos.

Disse ser uma empresa de sociedade empresária limitada, constituída no Estado da Bahia, com estabelecimento comercial à margem da BA 290, Teixeira de Freitas x Alcobaça, s/n, Km 5,5; CEP: 45.985-970, no Município e Cidade de Teixeira de Freitas, desde o ano de abertura (2005), tendo destaque regional e nacional, nas atividades de extração e britamento de pedras e outros materiais para construção e beneficiamento associado; fabricação de artefatos de cimento para uso na construção; obras de terraplenagem; serviços especializados para construção não especificados anteriormente; comércio atacadista de materiais de construção em geral e transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças.

Afirma que sempre procurou cumprir corretamente com suas obrigações fiscais, tendo a presente notificação, ora alvo de defesa/impugnação, incorrido em erro que a torna nula de todos os efeitos, sejam fiscais ou legais. Entende que a notificação não tem esteio tributário e ainda, que as multas exponenciadas significam um enriquecimento ilícito ao Estado da Bahia, em ofensiva à igualdade das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira.

Alega a suspensão da exigibilidade do tributo e da multa advinda do Auto de Infração, conforme legislação Estadual, no Art. 151 do CTN, o que requer.

Requer que Auto de Infração seja anulado ou reformado parcialmente.

No mérito, o autuado reconheceu as infrações 1- 01.02.02; 2-02.01.03; 6-06.02.01; 7-16.01.02 e 8-16.01.01. Alegando que o reconhecimento não foi por dolo ou culpa, mas por erro humano do setor contábil. Não reconhece as infrações de números 3-02.07.01; 4-03.02.02; 5-03.02.06; 9-01.02.26 e 10-01.02.26, pois estas são insubsistentes.

Ressalta que, o Auto de Infração trata na sua grande maioria de vendas de britas diversas, pó de brita e areia lavada para o 11º Batalhão de Engenharia de Construção, que tem sua base/sede à

Rua Professora Lourdes Naves, nº 750, Bairro Santo Antônio, Araguari/MG, CEP: 38.444-900, entretanto com destacamento na BR 418, Km 12, no Município de Caravelas/BA.

No que se refere à infração 3-02.07.01, afirma não poder prosperar, tendo em vista que, a ilustre autuante apresenta o levantamento denominado *“venda de mercadoria sem destaque do ICMS devido na prestação de serviço de transporte intermunicipal e interestadual por conta do emitente”*, porém, fazendo uma análise preliminar da referida infração, lamentavelmente a Autuante, não deixou caracterizada a infração cometida pela autuada, uma vez que, no enquadramento da suposta infração não traz elementos, nem indica de forma precisa quais os dispositivos que foram infringidos pela Autuada, limitando-se a indicar os termos dos *“artigos 124, inciso I e Art. 2, inciso VI C/C art. 332 todos do RICMS /BA”*, o que implica cerceamento de defesa, ante a violação direta de uma das mais importantes garantias constitucionais, que é o direito ao contraditório e da ampla defesa.

Pontua, além disso, que a referida operação de serviço de transporte (frete), foi realizada pela autuada de acordo com o próprio RICMS/BA, no, § 7º do Art. 1º, que estabelece, consoante vejamos abaixo: *“Fica dispensado o lançamento e o pagamento do imposto incidente nas prestações internas de serviços de transporte de carga” com base na Lei 7.014/96 e inciso XCIV do Art. 264 do Decreto nº 13.780/2012 “as operações internas serviços de transporte de carga”*.

Ressalta, portanto, como pode ser visto no próprio levantamento apresentado pela autuante, que as operações que supostamente a autuada teria infringido, indica na coluna “UF Dest.”, que a maioria das operações foram realizadas dentro do território do Estado da Bahia, assim sendo, não há falar em pagamento e recolhimento do ICMS referente a tais operações, conforme tenta imputar o autuante, inclusive dispensando o seu lançamento, não sofrendo assim incidência do ICMS.

Além do mais, registra que houve equívoco por parte da autuante em relação ao valor do ICMS sobre o frete nas operações para os Estados do ES e MG, pois, no próprio levantamento fiscal indicado pelo Fisco, informa que essas operações foram tributadas a alíquota 17% (dezessete por cento), sendo que a alíquota que deveria ser aplicada seria a de 12% (doze por cento), por se tratar de uma operação interestadual, conforme estabelece a legislação no art. 50, II, do RICMS – DECRETO Nº 6.284 DE 14 DE MARÇO DE 1997, que teve vigência até 16/03/2012, o qual foi revogado pelo Decreto nº 13.780/2012, com publicação no dia 17/03/2012, que prevê, consoante vejamos abaixo: *“12%, nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens ou serviços de transporte ou de comunicação a contribuintes do imposto”*.

Ressalta que no levantamento apresentado pela Autuante, referente aos valores das bases de cálculos das operações de frete em relação à Nota Fiscal nº 3083 no valor de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), houve equívoco, pois o valor correto seria de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), e assim sucessivamente as Notas Fiscais de nºs 3160; 3370; 3577; 3925, nas quais os valores corretos seriam respectivamente de R\$ 270,00 (duzentos e setenta reais); R\$ 80,00 (oitenta reais); R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) e R\$ 510,00 (quinhentos e dez reais), enquanto que no levantamento constam os valores respectivamente de R\$ 300,00 (trezentos reais); R\$ 90,00 (noventa reais); R\$ 485,00 (quatrocentos e cinquenta reais) e R\$ 800,00 (oitocentos reais), conforme se comprova através das notas fiscais em anexo.

Ainda no lançamento apresentado pela autuante, diz que verificou que no mês de agosto em diversas Notas Fiscais de nºs 04; 15; 16; 17; 27; 28; 29; 39; 40; 42; 43; 48; 56; 61; 62; 63 e 66 todas com série de número 900, que corresponde ao importe total de R\$ 5.795,00 (cinco mil setecentos e noventa e cinco reais), não são de emissão da Autuada, pois as referidas notas não fazem parte da sequência de notas fiscais que foram emitidas pela Autuada. Ainda no mesmo levantamento apresentado pelo Fisco, foi cobrada indevidamente a Nota Fiscal de nº 4324 no valor do frete no importe de R\$ 1.100,00, tendo em vista que a referida operação foi cancelada, conforme se comprova através da Nota Fiscal de Devolução nº 4.339. Sendo assim, já é motivo bastante para que seja julgada improcedente a infração em comento.

Diante de tais constatações, requer-se pois, a anulação da presente infração 3-02.07.01, pelos erros e vícios constatados e, acaso não seja a presente infração julgada improcedente ou nula, que se proceda à revisão do valor imputado na referida infração, visto que só seria devido a cobrança do referido imposto das operações interestaduais com a imputação de uma alíquota de 12%, para que não se cometa injustiça fiscal.

No que tange a infração 4-03.02.02, diz que também merece procedência, posto que, a autuante mais uma vez se equivoca quanto à presente autuação. O demonstrativo elaborado pela autuante indica que a empresa utilizou alíquota de (12%) em relação às operações interestaduais a suposto consumidor final, ou seja, a não contribuinte. Como podem ser constatadas nas notas fiscais anexas, inclusive indicadas na presente infração pela própria Autuante, através do levantamento fiscal apresentado, as referidas operações foram realizadas para sociedades empresariais devidamente constituídas e inscritas no cadastro no CNPJ, e inclusive com indicação da Inscrição Estadual do seu Estado destinatário. Sendo assim, uma vez que as empresas destinatárias são sociedades empresariais devidamente inscritas no CNPJ e ainda, inscritas no Estado destinatário, não há que se falar em atribuir alíquota de (17%) como se fosse venda feita ao consumidor final.

Além disso, registra que é entendimento pacífico que, no caso de empresa que tem como atividade construção civil e empreendimentos imobiliários como é o caso das empresas apontadas no levantamento do Fisco, como por exemplo, “*NANUQUE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIOS, GALAPOTEC CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA*”, dentre outras relacionadas no referido levantamento, estas adquirem material/mercadoria para produzir seus próprios bens ou para produzir para terceiro, com efeito, praticam ato de mercancia, portanto, são contribuintes e não consumidora final como tentar imputar a autuante.

Dessa forma, assegura que não há diferença de imposto recolhido a menor, requerendo-se, pois a anulação da presente infração. Só para argumentar, caso a autuante não reconheça a insubsistência da referida infração no sentido de anulá-la, que de imediato requer seja baixada em diligência no sentido de apurar a verdade material e revisão da presente infração.

No que se refere à infração 5-03.02.06 trata-se em tese na sua grande maioria de vendas de britas diversas feita ao 11º Batalhão de Engenharia de Construção, que tem sua base/sede à Rua Professora Lourdes Naves, nº 750, Bairro Santo Antônio, Araguari/MG, CEP: 38.444-900.

Observa que apesar do 11º Batalhão ter sua sede no Estado de Minas Gerais, inobstante, todas as mercadorias (britas 1, britas diversa, areia, pó de brita, dentre outras), que foram vendidas para o Batalhão, efetivamente foram entregues no KM 12 e Km 84,5 da BR 418, no Município de Caravelas/BA, conforme se comprova através dos contratos de nºs, 120-11ºBEC/2010 e 078-11BECnst/2009 e também do Termo Aditivo nº 001-2012/11º BEC, ainda das notas fiscais e dos empenhos, todos anexos, portanto, logo caracterizada está a venda interna e não interestadual.

Repete que, apesar de o 11º Batalhão de Engenharia de Construção ter sua base no Estado de Minas Gerais, entretanto, *todas as mercadorias (britas, pó de brita, areia e outras), foram entregues pela Autuada no destacamento do batalhão que fica localizado na BR 418, Km 12 e 84,5 no Município de Caravelas/BA; e ainda, as referidas mercadorias foram usadas/empregadas pelo Batalhão no Município de Caravelas/BA, na “Construção de Trecho Rodoviário da BR 418 – Caravelas no Estado da Bahia – DECAV e na Restauração das Pistas e Pátio do Aeroporto de Caravelas/BA.*

Informa que a Autuada na data de 20 de dezembro de 2010 celebrou um contrato de nº 120 -11º BEC/2010, com vigência entre 20/12/2010 a 19/01/2013, com o referido Batalhão do Exército para fornecer-lhe, 21.320m³ (vinte e um mil trezentos e vinte metros cúbico) de brita 01, originado do Processo Licitatório- na Modalidade Pregão Presencial nº 051-2010/11º BEC, onde no contrato nas cláusulas segunda e terceira, respectivamente nos itens 2.4 e 3.1, dão conta de que as mercadorias foram entregues na “*Obra no Município de Caravelas/BA*” nos Kms 12 e 84,5 para serem utilizadas na “*Construção de Trecho Rodoviário da BR 418 – Caravelas no Estado da Bahia –*

DECAV e na Restauração das Pistas e Pátio do Aeroporto de Caravelas/BA....”; conforme cópia do contrato anexo.

Esclarece que, posteriormente na data de 19/01/2011, o autuado celebrou um segundo contrato de nº 078 – 11º BECnst/2009, originado do Processo Licitatório – Modalidade Pregão Eletrônico nº PR 041-2009/11BECnst, com vigência entre 18/12/2009 a 17/01/2011, com o 11º Batalhão de Engenharia de Construção, para o fornecimento de mercadorias tipo: Pó de Brita; Brita 0; Brita 1; Brita 2; Areia média lavada, a ser entregue também entre o KM 12 e Km 84,5 da BR 418, no Município de Caravelas/BA, conforme pode se comprovar através das cláusulas primeira e segunda itens 2.4; 2.4.1 e 2.4.2, ainda, na cláusula quarta (lote 4), conforme cópia do contrato anexo. Assim, o referido Contrato de nº 078 – 11º BECnst/2009 acima citado, teve sua vigência prorrogada para 01/01/2012 a 31/12/2012, conforme comprova a cópia do termo aditivo nº 001-2012/11º BEC, anexo.

Ressalta, ainda, que todas as notas de empenhos emitidas pelo 11º Batalhão, que ora anexa aos autos, as quais constam elencadas na planilha apresentada pelo Fisco, o próprio Batalhão, apesar da sede do mesmo ser no Estado de Minas Gerais, inobstante, teve o cuidado de registrar na parte inferior dos referidos empenhos que as mercadorias/britas foram entregues *“entre os Km 12 e Km 84,5 da BR 418-BA, Município de Caravelas/BA”*. Além disso, os empenhos, ainda foram descritas na parte inferior das notas fiscais no campo “informações complementares”, que as mercadorias/britas foram entregues *“entre os Km 12 e Km 84,5 da BR 418-BA, Município de Caravelas/BA”*.

Afirma que demonstrado está que, apesar de as notas fiscais terem sido emitidas pela Autuada para o 11º Batalhão com endereço destinatário do Estado de Minas Gerais, mas efetivamente, as mercadorias foram entregues entre o KM 12 e Km 84,5 da BR 418, no Município de Caravelas/BA, portanto, não há falar em venda interestadual e sim em venda interna, assim sendo, correto está a utilização da redução da base de cálculo no percentual de 33,33% (trinta e três por cento).

Registra que o fato de ter emitido as notas fiscais com endereço do Estado de Minas, se deu apenas porque a sede do Batalhão fica lá situada, com o objetivo de apenas atender as formalidades legais para recebimento dos valores constantes nos diversos fornecimentos das mercadorias entregues pela Autuada nas obras do Batalhão no Município já indicado. Ainda, as referidas notas fiscais foram emitidas apenas para simples faturamento. O fato de a Autuada ter descrito o endereço de Minas Gerais nas notas fiscais, assim como, o CNPJ do Batalhão, também o fez por exigência legal, tendo em vista, que o endereço legal do Batalhão é o de Minas Gerais e não o local da obra onde estava sendo entregue a mercadoria no Município de Caravelas no Estado da Bahia.

Assevera que como pode ser visto nas supracitadas notas fiscais e nos empenhos, a quantidade de mercadoria faturada seria impossível de ser transportada por caminhão ou carreta para o Estado de Minas Gerais, pois, seria necessário no mínimo que o transporte fosse feito através de navio ou talvez de trem, o que seria impossível, pois não existe sistema de transporte de navio ou de trem de Teixeira de Freitas x Minas Gerais, assim sendo, a autuação, que tenta a fiscalização imputar como sendo o Estado de destino da mercadoria o de Minas Gerais, para assim, caracterizar, operação interestadual não pode prosperar, sob pena de causar uma injustiça fiscal.

Reitera que também pode ser comprovado pelo Fisco de que as referidas mercadorias foram entregues no Estado da Bahia, notadamente no Município de Caravelas/BA, tendo em vista que, as referidas notas fiscais foram emitidas eletronicamente e, com efeito, é de imediato conhecimento da SEFAZ/BA, quando as notas fiscais são emitidas eletronicamente, podendo, portanto, ser comprovado por este ente público se houve a circulação das mercadorias para outro ente da Federação, no caso, o Estado de Minas Gerais.

Destaca que *“a legislação possibilita que seja emitida nota fiscal com indicação de que se destina a simples faturamento, contudo sem o destaque do ICMS nas vendas para entrega futura, o que tal fato, na pior das hipóteses, o que talvez pudesse incidir seria em tese uma multa pelo descumprimento de uma obrigação acessória e não uma multa por obrigação principal, tendo*

em vista que, o ato de a Autuada não ter destacado o imposto nas referidas notas fiscais, por si não causou nenhum prejuízo ao erário público, como quer induzir o Fisco.” Em suma a circulação jurídica das mercadorias se deu para o 11º Batalhão, entretanto, a entrada física da mercadoria ocorreu nas obras do Batalhão com destacamento no Estado da Bahia, notadamente no Município de Caravelas/BA, portanto, o fato gerador para efeito de cobrança do ICMS é no Estado da Bahia. Requer o julgamento improcedente da infração 5-03.02.06.

Pede, também, pela improcedência da infração 9-01.02.26, tendo em vista que, “data vênia” equivocadamente a autuante interpreta a legislação de forma generalizada, posto que, conforme pode ser constatado no levantamento fiscal no mês de dezembro elaborado pelo próprio Fisco, a autuada não utilizou o benefício fiscal de redução, consoante preconiza o Art. 267, inciso VII do Decreto nº 13780/12, portanto podia sim utilizar os créditos de seus insumos.

Explica que tal afirmativa em relação à utilização do benefício de redução de 4% não procede, posto que, o tal benefício, não foi utilizado pela autuada, consoante pode ser comprovado através das notas fiscais de saída de mercadorias e cópia do livro de saída e apuração do imposto, que efetivamente comprova a ilegalidade da autuação. Além disso, a vedação ao crédito refere-se apenas a pedra britada e mão de obra, que diante do exposto, a autuada não praticou a redução do referido benefício desses produtos. Ademais, a autuada produz e comercializa outros produtos, a exemplo de artefatos de cimentos (bloco, telhas, manilha, bloquinho/ossinho, meio fio e outros blocos para pavimentação).

Por fim, ressalta que, não houve saída de mercadoria que estava sob a guarida de redução ou isenção de imposto, como pode ser comprovado no próprio campo valor do ICMS das notas fiscais, pelo contrário as referidas operações foram tributadas legalmente com aplicação da alíquota de 17%, portanto, não há falar que a Autuada utilizou de isenção ou redução de imposto.

Requer, novamente, a anulação da infração ora impugnada por ser insubsistente, haja vista não ter a autuada cometido a irregularidade apontada no art. 267 do RICMS, conforme lhe **arresta** a autuante.

Na infração 10-16.02.26, diz que também é totalmente improcedente e um tanto quanto insubsistente, pois, o creditamento em relação à aquisição de bem do ativo imobilizado, segundo a legislação, a autuada podia se creditar do imposto destacado nas notas fiscais de entradas dos bens adquirido para compor o ativo imobilizado da autuada na razão de 1/48 mensalmente sobre o valor do imposto destacado, o que realmente ocorreu através do lançamento do referido valor no livro CIAP e transferido para o livro Registro de Apuração do ICMS, conforme cópia anexa. Assim sendo, não há falar que a autuada utilizou indevidamente de crédito fiscal, pois, a mesma poderia se creditar do referido valor autuado na proporção acima aduzida.

Frisa a vedação a utilização do crédito com base no art. 267 do RICMS, já demonstrados exaustivamente, e comprovados através dos documentos, e descritos na infração 9, a autuada não utilizou o referido benefício da forma que entendeu a autuante. Desta forma, requer a anulação da infração ora impugnada, por ser insubsistente, haja vista não ter a autuada cometido a irregularidade apontada no art. 267 do RICMS, consoante lhe imputou a autuante.

Afirma que o valor alocado pela notificação e as multas impostas, são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática, vedada pela Constituição Federal, de ofensa aos direitos dos contribuintes e ainda, de defesa do consumidor.

Argui que o Art. 150 da Constituição sedimenta o pretendido pela ora Autuada quando preconiza: “*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios*”: IV- “*Utilizar tributo com efeito de confisco*”.

Salienta que a multa no percentual de 60% (sessenta por cento), acrescida ao suposto valor principal da obrigação, sofreu a incidência dos juros moratórios, criando assim uma capitalização indevida e uma onerosidade ilícita.

Sustenta que as multas, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderiam ser de 2% (dois por cento) sobre o valor corrigido, e não no percentual que restou imposto a notificada. Assim o Auto de Infração esbarra na inexistência de liame legislado entre os valores pretendidos e a exigência efetuada, devendo essa ausência de liame restar declarada ilegal, pois estas penalidades, multa e juros, se mantidas, deverão ser reduzidos ao suportável pela capacidade contributiva, esvaziando os contribuintes e locupletando o Estado.

Explica que existindo cobrança a mais, o auto de infração perde os requisitos da liquidez e certeza, necessários para a configuração da obrigação tributária passível de cobrança, e restando impossível a manutenção dos gravames, devendo estes seguirem ao arquivo administrativo da repartição fazendária. Em caso de entendimento contrário, mister se faz a elaboração de nova planilha contábil, reduzindo as multas e os juros incidentes sobre o valor principal aos índices preconizados em lei, primando pela observância dos dispositivos legais e conferindo à notificada a mais perfeita justiça! Apoiado ao exposto e nas provas documentais acostadas ao procedimento, permite-se a Autuada, na exata forma processual administrativa.

Requer as seguintes providências:

- a) Demonstrada a insubsistência e improcedência da Ação Fiscal, especificamente do auto de infração ora em questão, espera e requer seja acolhida a presente Impugnação/Defesa, para o fim de assim ser decidido, via de consequência, anulando o Auto de Infração e, cancelando-se o débito fiscal reclamado em face da autuada, sobretudo as infrações de números 03-02. 07.01; 04-03.02.02; 05-03.02.06; 09-01.02.26 e 10-01.02.26, em todos seus termos, para que possa surtir os efeitos legais e jurídicos.*
- b) Amparada pelo princípio Constitucional do contraditório pleno, amplo e irrestrito, sejam todas as questões levantadas nesta impugnação, objeto de apreciação, exame e decisão fundamentada e motivada, sob pena de nulidade do auto de infração.*
- c) Por fim, face à dificuldade em avaliar todos os demonstrativos elaborados pela a autuante em função do exíguo prazo para a apresentação da presente defesa, podem ter ocorrido outros equívocos não avaliados pela defesa. Diante dessa situação requer diligência para que seja procedida uma revisão completa da presente autuação.*
- d) Decidindo assim, podem sentir-se convictos de estarem fazendo prevalecer à lei, a justiça e o Direito.*
- e) Requer também, conforme dispõe o art. 126 do PAF, que seja a Autuada informada e notificada, a despeito de qualquer decisão do presente processo, no prazo hábil, no seu endereço cadastrado junto a esta Inspeção Fazendária e, ainda ao seu advogado **José Netto Cruz de Souza, OAB/BA, nº 23.702, com endereço profissional na Cidade de Teixeira de Freitas/BA, à Rua Antônio Simplicio de Barros, nº 259- Loja "A", Bairro Centro, CEP: 45.985-188, e-mail: netto.souza@globo.com**, sob pena, de nulidade.*
- f) Requer, pois, a juntada do comprovante de pagamento/recolhimento das infrações de números 01-01.02.02; 02-02.01.03; 06-06.02.01; 07-16.01.02 e 08-16.01.01, via de consequência o arquivamento das mesmas, para que possa surtir os efeitos legais e jurídicos.*
- g) Requer por fim, indicar, todos os meios de **provas**, admitidos no direito (art.332 do CPC), especialmente, realização de perícia contábil, juntadas de novos documentos, dentre outras provas, aplicáveis a matéria.*

Nas fls. 930/931, consta demonstrativo de débito das infrações 1, 2, 6, 7 e 8, no qual expressamente o autuado reconhece as imputações.

O autuante, às fls. 935 a 938, apresenta a informação fiscal, verifica que o contribuinte reconheceu as infrações 1, 2, 6, 7 e 8.

Na infração 3, informa que o argumento da defesa não procede, porque o artigo mencionado 264, XCIV não existe. Acho que o mesmo referiu-se ao artigo 265, XCIV.

Reproduz o dispositivo e afirma que este artigo refere-se às transportadoras que prestam serviço de transporte de cargas. O que procede é que a empresa realizou venda de mercadorias com cobrança de frete do destinatário por conta do emitente, como destacado nas notas fiscais constantes às páginas 34 à 453 do PAF. Tal fato tem respaldo nos seguintes artigos:

***Art. 54.** No tocante aos acréscimos e aos descontos relativos ao valor das operações ou prestações, observar-se-á o seguinte:*

I - incluem-se na base de cálculo do ICMS:

b) o valor do frete relativo a transporte intramunicipal, intermunicipal ou interestadual, caso o transporte seja efetuado pelo próprio vendedor ou remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado. RICMS/97.

Art. 438. *No transporte de mercadoria cuja operação de circulação seja realizada a preço FOB, sendo o transporte efetuado:*

II - pelo remetente, em veículo próprio, locado ou arrendado, quando a despesa acessória do frete for cobrada do destinatário ou a ele debitada, o documento fiscal que acobertar a circulação da mercadoria servirá, também, para acobertar o transporte, caso em que, na nota fiscal, além das demais exigências regulamentares, o remetente da mercadoria fará constar:

a) os dados do veículo transportador, para comprovação de que se trata de veículo próprio, locado ou arrendado;

b) o valor do frete - despesa acessória -, sendo que esse valor integrará a base de cálculo da operação mercantil;

c) a expressão: "Documento válido como Conhecimento de Transporte -Transportado pelo remetente" Decreto 13780/2012

Assim, diz que como a empresa vende mercadorias sujeitas a redução, no momento do cálculo do ICMS do frete das mercadorias, esta foi dada de acordo com os artigos 82, III e 267, VII - transcritos.

Salienta que com relação às notas fiscais de saídas da série 900, foram emitidas pela empresa, em regime de contingência, como consta às folhas 321 a 337 do RPAF, sendo que foram feitas as correções com referência aos valores errados na planilha (Notas Fiscais n^{os} 3083, 3160, 3370, 3577 e 3925) e à devolução (Nota Fiscal n^o 4324). Novos valores apurados:

01/2012 – R\$ 3.459,37
02/2012 – R\$ 1.389,05
03/2021 – R\$ 2.746,11
04/2012 – R\$ 1.958,98
05/2012 – R\$ 2.115,29
06/2012 – R\$ 2.796,91
07/2012 – R\$ 2.710,20
08/2012 – R\$ 1.466,03
09/2012 – R\$ 2.719,25
10/2012 – R\$ 770,71
11/2012 – R\$ 1.775,11
12/2012 – R\$ 1.911,95

Valor Infração R\$ 25.818,97

Quanto à infração 4, alega que as alíquotas interestaduais cobradas a 17% referem-se a vendas efetuadas a não contribuintes do ICMS como consta às folhas 496 a 506 do RPAF com registro das empresas no SINTEGRA, onde as mesma prestam serviços de engenharia, locação de veículos e compra e venda de imóveis. As que não têm inscrição são naturalmente não contribuintes. Reproduz o art. 15, I, "b" e mantém a autuação.

No que pertine à infração 5, disse que os destinatários nas vendas de mercadorias interestaduais não têm direito à redução na base de cálculo de venda de pedra britada e de mão por ser exclusiva nas vendas internas. Com relação às notas fiscais destinadas ao 11^o Batalhão de Engenharia de Construção, apresentou notas de empenho que comprovam a entrega do material dentro do Estado da Bahia. Assim, os valores remanescentes referem-se a vendas interestaduais com redução indevida:

01/2012 – R\$ 0,00
02/2012 – R\$ 0,00
03/2021 – R\$ 0,00
04/2012 – R\$ 0,00
05/2012 – R\$ 0,00
06/2012 – R\$ 67,38

07/2012 – R\$ 0,00
08/2012 – R\$ 46,74
09/2012 – R\$ 0,00
10/2012 – R\$ 0,00
11/2012 – R\$ 68,29
12/2012 – R\$ 50,59

Valor Infração R\$ 458,81

Em relação à infração 9 - estorno de crédito devido à alteração do Decreto nº 13780/2012 na forma de cálculo nas saídas internas de empresa de extração e britamento a partir de 01/12/2012. Reproduz o art. 267, VII.

Afirma que não foi feita nova cobrança do valor de ICMS normal do mês 12/2012 com aplicação da nova alíquota de 4%, pois mesmo sem utilizar os créditos glosados, a empresa possuía saldo credor do mês anterior.

Registra que como crédito, a partir deste mês é indevido. Foi feita glosa deste valor, neste mês. Concorde com a defesa que, como a empresa comercializa uma parte com redução e outra não, foi feita proporcionalidade e apurado novo valor para esta infração. Segue nova apuração de valor da proporcionalidade no valor de R\$15.418,96, em anexo.

Quanto à infração 10 - estorno de crédito devido à alteração da forma de cálculo nas saídas internas de empresa de extração e britamento a partir de 01/12/2012 como descrito em infração anterior. Assinala ser crédito de ativo imobilizado e que foi também utilizada a proporcionalidade no valor de R\$16.086,62.

O contribuinte volta a se manifestar, às fls. 959/962, explica que as informações e análises dos novos documentos pela *r. Auditora Fiscal*, sobretudo os documentos referente à infração 5, todavia a manifestante, “*data vênia*”, não se conforma com as informações e análises dos documentos referentes às infrações 3-02.07.01; 4-03.02.02; 5-03.02.06; 9-01.02.26 e 10-01.02.26.

No que tange às informações prestadas em face da infração 3-02.07.01, entende que as referidas informações e análises dos documentos, ainda continuam não fazendo a melhor justiça, posto que, o fato de ter a manifestante capitulado o nº do artigo equivocadamente (art. 264, XCIV) em vez de capitular o art. nº 265, XCIV, por si só, não torna a referida infração procedente, haja vista, que o erro material, sempre perceptível “*primo icto oculi*”, pode e deve ser corrigido a qualquer tempo, ainda que tenha havido trânsito em julgado, isso na seara judicial, porque na esfera administrativa não se faz coisa julgada.

Dessa forma, requer que se ratifique todos os termos da defesa apresentada tempestivamente, por conseguinte, seja julgada improcedente a infração 3-02.07.01, para que possa assim estar fazendo a melhor justiça.

No que refere às análises e informações prestadas em face da infração 4-03.02.02, afirma também que não se conforma a manifestante, tendo em vista, que as notas fiscais juntadas ao processo, inclusive as notas fiscais apontadas pela SEFAZ, demonstram nitidamente que as empresas destinatárias são sociedades empresariais regularmente inscritas no CNPJ e com indicação de Inscrição no Cadastro estadual do seu destino, com efeito, não há falar em venda feita a não contribuinte, ou seja, ao consumidor final, portanto, deve-se, pois ser julgado improcedente a infração ora em comento, o que desde já requer.

No que se refere à infração 5-03.02.06, ressalta que fez uma excelente análise dos documentos a Auditora Fiscal, e com isso, reconheceu que a manifestante comprovou ter entregado todas as mercadorias dentro do Estado da Bahia, mas ainda assim, considerou o valor histórico de (R\$ 458,81) a título de multa, o que não se conforma a manifestante, posto que, uma vez reconhecida pela autuante que a autuada entregou todas as mercadorias dentro do Estado da Bahia, não há porque falar que a redução da base de cálculo do ICMS foi ilegal. Dessa forma, requer, pois pela improcedência na sua totalidade da infração ora em comento.

Diz que não se conforma com a análise e informação referente à infração 9-01.02.26, no sentido de acolher a defesa, todavia apenas reduzir o valor histórico da infração, tendo em vista que os documentos, assim como as notas fiscais de saída de mercadorias e o livro de saída e apuração do imposto, demonstram claramente que a manifestante procedeu dentro da estrita legalidade (art. 267, VII do Decreto nº 13.780/12), portanto, não há se falar em apenas reduzir o valor histórico da multa e sim anulá-la na sua totalidade. O que desde já, requer, pois, pela improcedência total da infração ora debatida.

Por fim, sustenta que não se conforma a manifestante quanto à análise e informação a respeito da infração 10-16.02.26, tendo em vista que, repete o creditamento em relação à aquisição do bem do ativo imobilizado, segundo a legislação pertinente, a manifestante poderia ter se creditado do imposto na razão de 1/48, como realmente o fez, o que foi robustamente comprovado através do livro CIAP e do livro de Apuração do ICMS, portanto, não há falar em irregularidade, consequentemente, deve-se pois ser julgado absolutamente improcedente a infração ora guerreada.

Por fim, requer a ratificação de todos os termos da defesa tempestivamente apresentada, por conseguinte pela improcedência total do auto de infração.

O autuante não contestou a manifestação.

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla 10 infrações, já devidamente relatadas, em relação às quais o sujeito passivo reconhece as infrações 1- 01.02.02; 2-02.01.03; 6-06.02.01; 7-16.01.02 e 8-16.01.01, cabendo a procedência das mesmas na medida em que foram exigidas em consonância com o devido processo legal.

O sujeito passivo, contudo, não reconhece as infrações de números 3-02.07.01; 4-03.02.02; 5-03.02.06; 9-01.02.26 e 10-01.02.26, pois as considera insubsistentes.

Verifico que o impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, na medida em que os documentos fiscais, especialmente as cópias das notas fiscais, acostadas aos autos permitem a análise das questões levantadas, além de não serem necessárias outras provas a se produzir, razões pelas quais, com fulcro no art. 147, inciso I, “a”, indefiro a solicitação de diligência.

Em relação à infração 03, foi imputada, conforme descrição constante à fl. 02: “ *Deixou de recolher no prazo regulamentar, ICMS referente a Prestação de Serviço de Transporte, devidamente escriturados nos livros fiscais próprios*”. O enquadramento legal, por sua vez, não corresponde a infração imputada, Art. 82, III RICMS/97 e art. 268, II, art. 2º, inciso VI e art. 32 da Lei 7.014/96, c/c art. 332, inciso I do RICMS/BA, ou seja, os dispositivos apontados não se referem a exigência do imposto relativo à prestação de serviço transporte.

O autuante corrige em sua informação fiscal o enquadramento indicando o art. 54, II, “b” do RICMS/BA, para exigir o valor do imposto sobre operação de circulação de mercadorias, relativo aos serviços de transportes não incluídos na base de cálculo do ICMS, conforme planilha que elaborou, contudo a imputação trata da exigência sobre prestação de serviço de transporte. Ocorreu, portanto, um erro de fato, ou seja, a descrição dos fatos não corresponde ao efetivamente ocorrido, ou seja, a não inclusão das despesas de frete cobradas ao destinatário na base de cálculo, não cabendo a correção do lançamento, através da informação fiscal, com base no art. 18, §1º do RPAF/BA.

A infração 03, portanto, é nula com base no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

No que se refere à infração 04, o autuante acusa o sujeito passivo de ter aplicado as alíquotas interestaduais destinadas a contribuintes quando deveriam ser aplicadas as alíquotas de 17% referentes a vendas efetuadas a não contribuintes do ICMS, como consta às folhas 496 a 506 do RPAF com registro das empresas no SINTEGRA, onde as mesmas prestam serviços de engenharia, locação de veículos e compra e venda de imóveis. Atividades que os classifica como não contribuintes do ICMS.

Informa corretamente o autuante que aquelas que não têm inscrição nos Estados destinatários não se pode acolher como contribuintes.

Conforme determina o art. 15, I, “b” do RICMS/97, nas operações e prestações em que os destinatários das mercadorias ou os tomadores dos serviços estejam localizados em outra unidade da Federação e não sejam contribuintes do imposto, cabe aplicação da alíquota de 17%.

Diante do exposto considero mantida a infração 04.

No que pertence à infração 5, o autuante acusa o sujeito passivo de ter recolhido a menos o ICMS por utilização incorreta da redução da base de cálculo. Afirma o autuante que os destinatários nas vendas de mercadorias interestaduais não têm direito à redução na base de cálculo de venda de pedra britada e de mão por ser exclusiva nas vendas internas. Afirma o autuante que: *Com relação às notas fiscais destinadas ao 11º Batalhão de Engenharia de Construção. Apresentou notas de empenho que comprovam a entrega do material dentro do estado da Bahia.*

O art. 267, VI, aponta que a redução da base de cálculo de Brita ocorre nas saídas internas. Verifico que as mercadorias foram destinadas a unidade do Batalhão que executa a obra em Teixeira de Freitas-BA, não descaracterizando as saídas internas. O fato de o 11º Batalhão de Engenharia estar sediado em Minas Gerais, não descaracteriza a saída interna para sua unidade na Bahia.

Acompanho, portanto, o entendimento do autuante ao excluir as operações com entrega das mercadorias internas, para realização das obras em Caravelas Bahia pela unidade do 11º Batalhão de Engenharia de Construção.

O autuante afirma que remanescem ainda 04 notas fiscais com operações interestaduais, contudo não identifiquei nessas, situação distinta das que foram excluídas, ou seja, elas têm o mesmo destinatário, o Batalhão e a mercadoria tem como local de entrada a sua unidade em Teixeira de Freitas na Bahia, razão pela qual não considera que devam remanescer para cobrança do imposto.

Diante do exposto, considero improcedente a infração 05.

Em relação à infração 9, o sujeito passivo foi acusado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Art. 267, inciso VII do Decreto nº 13.780/12. Proibida utilização de quaisquer créditos devido à redução.

O autuante aplicou o estorno de crédito devido à alteração do Decreto nº 13780/2012 relativa à forma de cálculo nas saídas internas de empresa de extração e britamento a partir de 01/12/2012, conforme art. 267, VII do RICMS/2012.

Art. 267. *É reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais:*

...

VII - *nas saídas internas de pedra britada e de mão, efetuadas por contribuinte com atividade de extração e britamento de pedras que não seja beneficiário do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, de forma que a carga tributária seja correspondente a 4% (quatro por cento).*

Afirma o autuante que não foi feita nova cobrança do valor de ICMS normal do mês 12/2012 com aplicação da nova alíquota de 4%, pois mesmo sem utilizar os créditos glosados, a empresa possuía saldo credor do mês anterior.

A partir de 12/2012, com aplicação de 4% sobre as saídas, os créditos são indevidos, foi feita glosa deste valor. Aceita o autuante que a empresa comercializa uma parte com redução e outra não, realizando a proporcionalidade e apurando novo valor para esta infração. Segue nova apuração de valor da proporcionalidade no valor de R\$15.418,96, em anexo.

Assim, a infração 09 é parcialmente procedente.

No que alude a infração 10, trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, conforme determina o benefício previsto no Art. 267, inciso VII do Decreto nº 13.780/12.

No caso em tela, cabe a aplicação da proporcionalidade para utilização dos créditos do Ativo Imobilizado, uma vez que foi proibida a utilização dos créditos devido a redução nas saídas internas de pedra de brita de empresa de extração e britamento a partir de 01/12/2012.

Trata-se, portanto, de crédito de ativo imobilizado e que foi também utilizada a proporcionalidade resultando no ajuste dos valores exigidos para R\$16.086,62.

Considero, portanto, parcialmente mantida a infração 10, remanescendo o valor a ser exigido de R\$ 16.086,62.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme resumo a seguir:

| INF. | RESULTADO | VLR. HISTÓRICO | VLR. JULGADO | MULTA |
|-------|---------------------|----------------|--------------|-------|
| 01 | RECONHECE | 771,88 | 771,88 | 60% |
| 02 | RECONHECE | 722,52 | 722,52 | 60% |
| 03 | NULA | 26.030,06 | 00,00 | 60% |
| 04 | PROCEDENTE | 2.227,73 | 2.227,73 | 60% |
| 05 | IMPROCEDENTE | 256.795,98 | 00,00 | 60% |
| 06 | RECONHECE | 400,09 | 400,09 | 60% |
| 07 | RECONHECE | 71,00 | 71,00 | ----- |
| 08 | RECONHECE | 646,19 | 646,19 | ----- |
| 09 | PROCEDENTE EM PARTE | 19.921,13 | 15.418,96 | 60% |
| 10 | PROCEDENTE EM PARTE | 20.783,75 | 16.086,62 | 60% |
| TOTAL | | 328.370,33 | 36.344,99 | |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **276473.0301/14-3**, lavrado contra **PEDREIRA RIO GRANDE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$35.627,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$717,19**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já pagos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2015.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR