

A. I. N° - 206888.0041/13-7
AUTUADO - MINERAÇÃO FAZENDA BRASILEIRO S/A
AUTUANTE - JOSÉ OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20/06/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0113-03/16

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias tributáveis não escrituradas, e 1% sobre o valor comercial daquelas que não estão sujeitas a tributação. Excluídos os valores relativos às notas fiscais comprovadas, ficando reduzido o valor originalmente exigido. Reduzida a multa sobre as mercadorias tributáveis, de 10% para 1%, com fundamento na alteração promovida pela Lei 13.461/2015, aplicando-se a retroatividade benigna nos termos da alínea “c” do art. 106 do CTN. 2. DIFERIMENTO. REFEIÇÕES. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO RESPONSÁVEL. Refeitos os cálculos para excluir as operações comprovadas, o débito originalmente apurado ficou reduzido. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A legislação prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao ativo permanente. Infração subsistente em parte, considerando a exclusão pelo autuante, de valores correspondentes às comprovações apresentadas. 4. CRÉDITO FISCAL. MANUTENÇÃO DE SALDO CREDOR NÃO ESTORNADO. De acordo com a revisão efetuada pelo autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Infração parcialmente subsistente. 5. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Efetuada revisão pelo autuante, sendo constatado que as entradas no estabelecimento dos produtos objeto da autuação, se dera com a proteção da figura da isenção, justificando o procedimento do autuado de não ter destacado o imposto nas notas fiscais em questão. Infração insubsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2013, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$854.515,87, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2009; janeiro abril e junho de 2010. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$73.607,42.

Infração 02 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a novembro de 2009; janeiro e abril de 2011. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$10.310,24.

Infração 03 – 02.10.01: Falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. Aquisição de refeições para serem consumidas por seus empregados sem o recolhimento do ICMS de sua responsabilidade, conforme estabelece o art. 343, inciso XVII do RICMS-BA/97, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2010. Valor do débito: R\$138.644,52. Multa de 60%.

Infração 04 – 06.02.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a abril, junho, agosto a outubro e dezembro de 2009; janeiro, maio, junho, setembro a dezembro de 2010. Valor do débito: R\$225.367,52. Multa de 60%.

Infração 05 – 01.05.26: Manutenção de saldo credor não estornado, decorrente de crédito indevido de ICMS, nos meses de janeiro a abril, junho a dezembro de 2009; janeiro a dezembro de 2010. Valor do débito: R\$379.712,57. Multa de 60%.

Infração 06 – 02.01.03: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a abril, junho a dezembro de 2009; janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2010. Valor do débito: R\$26.873,60. Multa de 60%.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 198 a 232, informando que ao analisar detidamente cada uma das infrações capituladas pela fiscalização, constatou a procedência parcial da cobrança em apreço, mais precisamente no que se refere a parte dos valores glosados por meio dos itens 03, 04 e 05, já que não logrou localizar os documentos hábeis a elidir tais exigências, diante do que, imbuído da boa-fé que lhe é peculiar, abster-se-á de manifestar qualquer insurgência no particular, comprometendo-se, inclusive, a providenciar o recolhimento das importâncias correlatas, nas condições e prazo estipulados pela Lei Estadual n.º 12.903/2013.

No que diz respeito ao restante da autuação, alega que não merece prosperar, com lastro na análise individual e pormenorizada das infrações cujo cometimento lhe foi imputado, na ordem em que dispostas na peça fiscal acusatória que formalizou o presente lançamento.

Comenta sobre a tempestividade da defesa apresentada e apresenta contestação quanto às infrações 01 e 02, reproduzindo o teor da acusação fiscal. Alega nulidade do lançamento no que se refere à infração 01, mais especificamente em relação à quantia de R\$ 53.588,08.

Transcreve o art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN e salienta que de acordo com o art. 18, IV, alínea ‘a’, do RPAF/BA, “é nulo o lançamento de ofício (...) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator” Diz que a imprecisão dos aludidos elementos impede o sujeito passivo de empreender qualquer questionamento no que tange à cobrança que lhe é direcionada, acarretando, em última análise, violação ao art. 5º, LV, da Lei Maior, a teor do qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”..

Diz que a tese aqui defendida encontra-se em consonância com o posicionamento pacificado por esse órgão julgador administrativo acerca da questão, que, sensível à necessidade de munir os contribuintes de dados suficientes acerca das exigências que lhes são direcionadas, firmou o

entendimento de que é nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método de apuração do tributo, tal como veiculado pela sua Súmula nº 1, delimitando, nesta medida, os parâmetros que haverão de ser observados em sede de decisões alusivas ao tema.

Quanto à infração 01, alega que no presente processo, outra não pode ser a conclusão senão a de que é nula a exigência no valor de R\$ 53.588,08, haja vista que, muito embora a penalidade pecuniária em foco totalize R\$ 73.607,42, tal como estampado no Auto de Infração, fato é que o demonstrativo elaborado pela fiscalização com vistas a respaldar este lançamento abarca, apenas, a importância de R\$ 20.019,34.

Afirma que neste panorama, não há meios de verificar, sequer, quais foram as Notas Fiscais coletadas no CFAMT que teriam deixado de ser escrituradas, ficando o impugnante, em consequência, impedido de exercer seu direito de defesa, uma vez que, para tanto, não lhe cabe fazer ilações ou mesmo valer-se de expedientes imaginativos a fim de decifrar informações cuja indicação precisa incumbia ao Fisco.

Também destaca que, das operações autuadas e devidamente demonstradas, algumas foram regularmente escrituradas no livro Registro de Entradas do ICMS (doc. 04 e doc. 05), tal como explicitado no quadro que elaborou, indicando as NFs 4280 e 4288. Neste caso, afirma que devem ser excluídas dos lançamentos em combate as quantias de R\$ 394,33 (infração 01) e R\$ 62,00 (infração 02).

No que se refere às demais operações versadas nestes itens, o impugnante alega que não se concretizaram as cogitadas entradas, seja em vista da recusa dos bens que tinham por objeto – em decorrência de razões diversas, a exemplo da dissonância com as especificações técnicas constantes do pedido de compra apresentado ao fornecedor –, seja porque a emissão das Notas Fiscais coletadas pelo autuante decorreu de equívocos incorridos pelos fornecedores, que, todavia, deixaram de providenciar o necessário cancelamento dos documentos inadvertidamente expedidos, sendo certo que o impugnante já está diligenciando, junto a estes, a obtenção dos devidos comprovantes para fins de apresentação a esse órgão de julgamento.

No entendimento do defendente, ainda que se cogitasse da efetiva ocorrência das supostas entradas – o que diz admitir por mera hipótese e em observância ao princípio da eventualidade, face à clareza do quanto acima exposto, mesmo assim os saldos remanescentes das comentadas penalidades pecuniárias, após os ajustes perquiridos, haveria de ser desconstituído por esse órgão julgador, em atenção ao art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96.

Alega que a penalidade pecuniária se presta, unicamente, a desestimular o ilícito e punir o infrator, sendo certo que não poderá ser utilizada pelo Estado como meio de lançar mão do patrimônio do contribuinte, sob pena de violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, os quais vedam, dentre outros excessos, a imposição de sanções que extrapolem a sua finalidade. A esse respeito, reproduz lições de Helenilson Cunha Pontes.

Afirma que, sensível a estas diretrizes, cuidou o legislador estadual de estabelecer, no bojo do art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96, a possibilidade de as autoridades administrativas dosarem a penalidade aplicável ao contribuinte infrator, levando em conta seu grau de culpabilidade, assim como os prejuízos causados ao Erário.

Salienta que a partir da leitura do dispositivo acima mencionado, verifica-se que a redução e/ou cancelamento da penalidade pecuniária tributária pelo órgão julgador está condicionado ao atendimento de alguns requisitos, quais sejam, (i) a sanção deve decorrer do descumprimento de obrigação acessória; (ii) a conduta à qual se atribui o caráter de infração não pode ter sido adotada de forma dolosa, fraudulenta, ou eivada de artifícios simulatórios; e (iii) a infração não pode implicar a falta de recolhimento do imposto. Aplicando estas disposições à hipótese vertente, advém clara a necessidade de cancelamento das multas cominadas à Impugnante por meio dos itens 01 e 02 do Auto de Infração ora combatido.

Registra que os procedimentos versados encontram-se livres de quaisquer dos vícios a que alude a norma em apreço, cuja eventual concretização, inclusive, haveria de ser regularmente comprovada, de forma incontestável, pela autoridade fiscal. Afirma que não se configurou, na espécie, prejuízo aos cofres públicos, já que (i) o item 02 da guerreada autuação abarca operações não sujeitas à incidência do ICMS; e (ii) a cogitada ausência de registro das entradas objeto do item 01 implicou, isto sim, prejuízo para o Impugnante, que ficou impedido de se apropriar dos créditos correspondentes.

Entende que restou evidente que se fazem presentes, no caso concreto, todos os requisitos eleitos pela legislação de regência como aptos a possibilitar que essa Junta de Julgamento Fiscal determine o imediato cancelamento das exigências correspondentes aos valores cuja nulidade ou efetiva escrituração a Impugnante não logrou demonstrar.

Quanto à infração 03, salienta que, a partir da análise do demonstrativo anexo à peça fiscal acusatória, em cotejo com algumas das Notas Fiscais ali referidas, constatou que deverá ser sumariamente excluído da exigência o ICMS cobrado relativamente às aquisições realizadas junto às pessoas jurídicas a seguir discriminadas:

Razão Social	CNPJ
REINALDO ALVES MONTEIRO ME	97.501.969/0001-88
NK COMÉRCIO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA. - ME	07.445.390/0001-63
SUPER CENTER MINIMERCADOS LTDA.	07.764.768/0001-80
RESTAURANTE BIRITINGA	06.867.728/0001-00
TÂNIA MARIA MATOS	106.270.840/0001-41
FERREIRA E RIBEIRO LTDA.	11.078.083/0001-58
JAILTON OLIVEIRA DE JESUS	02.495.496/0001-31
AGAMENON CAVALCANTE BARBOSA ME	08.194.146/0001-27

Alega que as referidas operações abrangeram o fornecimento de alimentação em hotéis, buffets e restaurantes situados em localidades próximas à mina lavrada, não havendo, portanto, ingresso no estabelecimento do impugnante. É o que demonstra, a título exemplificativo, o contrato em anexo, firmado com a fornecedora NK COMÉRCIO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA. - ME, que abarca, dentre outros serviços, o fornecimento de refeições na Pousada de Trânsito, no município de Barrocas - BA (doc. 06).

Diz que não se configura, nestes casos, a hipótese genericamente prevista na norma em tela como apta a ensejar o lançamento diferido do tributo em apreço para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente, impondo-se, em consequência, o imediato afastamento da exigência correlata, que perfaz a cifra de R\$ 9.673,44, conforme planilha em anexo (doc. 07). Feito este ajuste, remanesceria a exigência no montante de R\$ 128.971,08, conforme abaixo demonstrado:

Valor autuado (A)	R\$ 138.644,52
Refeições que não ingressaram no estabelecimento (B)	R\$ 9.673,44
Exigência remanescente após ajustes (C = A-B)	R\$ 128.843,08

Deste saldo, o impugnante informa que, imbuído da boa-fé que sempre pautou sua conduta perante o Fisco, efetivamente deixou de recolher a quantia de R\$ 48.335,66 (doc. 08). Quanto aos R\$ 80.507,32

restantes, destaca que foram devidamente recolhidos aos cofres públicos em montante ligeiramente superior ao devido, a saber R\$ 80.635,41 (vide doc. 08) – tal como demonstra a planilha ora colacionada sob a rubrica de doc. 09 em cotejo com os correlatos Documentos de Arrecadação Estadual – DAES, alguns dos quais juntados a PAF, em caráter exemplificativo, sob a designação de doc. 10, sendo certo que as demais quitações em foco podem ser comprovadas pela autoridade fiscal, sem qualquer entrave, junto à base de dados fazendária. Pede que seja revisto o lançamento em tela.

Sobre a infração 04, alega que boa parte da exigência em foco não se sustenta, já que algumas das operações fiscalizadas revestem-se de naturezas distintas daquela aventada, não ensejando, por certo, a incidência da diferença de alíquota.

Cita o art. 155, §2º, VII, alíneas ‘a’ e ‘b’, da Constituição Federal, e diz que o legislador baiano, no bojo do art. 5º, I do RICMS/97, estabelece que, para efeitos do pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinadas a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento.

Afirma que de acordo com a legislação de regência da matéria, o imposto relativo à diferença de alíquota só pode ser exigido em operações interestaduais realizadas pelo contribuinte do ICMS na condição de consumidor final, em operações, portanto, com bens destinados ao uso e consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Que a despeito da clareza das normas atinentes à matéria, fato é que a exigência objeto do item ora guerreado abarca, dentre outras, entradas de mercadorias recebidas a título de brinde (CFOP 2910), compras para comercialização originada de encomenda para recebimento futuro (CFOP 2117), bem como devoluções de vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros (CFOP 2202).

Entende que restou clara a improcedência da exigência quanto às comentadas operações, conforme, inclusive, ratificado pelo posicionamento desse órgão de julgamento administrativo acerca da questão, conforme ementa e voto que transcreveu. Afirma que devem ser excluídas da cobrança em foco as quantias lançadas sob esta égide, nos importes de R\$ 1.167,70 (exercício 2009) e R\$ 3.444,69 (exercício 2010), conforme demonstrativo colacionado sob a rubrica de doc. 11.

Também registra que o combatido lançamento não prospera no que se refere às aquisições de insumos empregados nos expedientes fabris do impugnante. Diz que os insumos ou produtos intermediários, designam produtos que, apesar de participarem da atividade fabril, não necessariamente integram o produto final, caracterizando-se, pelo fato de se apresentarem indispensáveis ao citado processo, ao longo do qual exauem suas propriedades, tornando-se, desta forma, imprestáveis. É o que se depreende da disciplina conferida pelo RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos geradores autuados, quando da tutela acerca da garantia o direito ao crédito fiscal decorrente de suas aquisições.

Frisa que à luz destas prescrições normativas, constata-se que a definição geral de insumo erigida pela legislação atinente ao tema é a de mercadoria que, não sendo alheia à atividade do estabelecimento, é adquirida para emprego no processo de industrialização, nele se consumindo. E o consumo a que alude a norma em referência, não necessariamente pressupõe sua incorporação ao produto final, designando o desgaste sofrido ao longo do processo industrial, ao qual se afigura indispensável, de tal forma que eventuais resíduos não terão qualquer utilidade posterior.

Registra que, corroborando esta linha de interpretação, há o entendimento do próprio ente fazendário acerca da questão, estampado no Parecer Normativo n.º 01/81 da Procuradoria Fiscal deste Estado, e não destoa do referido posicionamento a jurisprudência deste órgão de julgamento administrativo, conforme julgado da lavra da 2ª Junta de Julgamento Fiscal.

Entende que no caso concreto, conclui-se que a presente autuação carece de qualquer respaldo no que tange à cobrança de diferença de alíquotas sobre aquisições de insumos empregados na sua atividade industrial. Informa que seu processo produtivo tem início com a extração de compostos

rochosos da mina, mediante utilização de equipamentos de perfuração e escavação, empregando-se, ainda, explosivos, especialmente nos casos em que a jazida em exploração se encontra muito distante da superfície. Descreve as demais etapas do seu processo produtivo e informa que essas considerações foram realizadas para contextualizar, em caráter exemplificativo, a aplicação, nas suas atividades, de alguns dos produtos objeto das operações autuadas, chamando a especial atenção desse órgão julgador para o fato de que seu processo produtivo não é desenvolvido mediante *agregação de produtos e sim a partir da desagregação de rochas para buscar o produto final que é o minério aurífero nela existente, os quais serão, posteriormente, fundidos e resultarão em barras de ouro.*

Diz que se pode constatar que os produtos descritos nas razões de defesa se mostram essenciais ao regular desempenho da atividade de extração mineral que desenvolve, sendo certo que exaurem suas propriedades ao longo do ciclo produtivo, tornando-se imprestáveis para novos empregos.

Afirma que igual conclusão se aplica aos demais itens listados nos demonstrativos que colacionou sob a rubrica de doc. 12 (ano 2009) e doc. 13 (ano 2010), elaborados por profissionais especializados da área de mineração - o que pode ser comprovado, caso a caso, mediante a realização de diligência fiscal, nos termos dos artigos 123, §3º e 145 do Decreto nº 7.629/99, caso assim entenda necessário essa Junta de Julgamento -, impondo-se, com isto, seja também excluída da cobrança objeto do item em combate o importe de R\$ 202.701,98.

Infração 05: Alega que o autuante limitou-se a suscitar que o impugnante teria mantido indevidamente, na sua conta gráfica, créditos a cujo estorno estaria adstrita nos termos da legislação de regência, impingindo-lhe, em consequência, penalidade pecuniária correspondente a 60% do montante cuja manutenção reputou inidônea.

Informa que procurou investigar a natureza das operações versadas, como forma de compilar os elementos necessários à regular elaboração da defesa apresentada, partindo da análise das Notas Fiscais arroladas nos demonstrativos anexados aos autos. A partir destes expedientes, informa que constatou que a exigência perpassa a suposta configuração, na espécie, das seguintes condutas infratoras da legislação tributária então vigente:

1. excesso de apropriação no que se refere a aquisições de óleo diesel, face à redução da base de cálculo das operações em percentual inferior àquele previsto na legislação de regência;
2. creditamento indevido sobre aquisições de graxas e lubrificantes;
3. apropriação indevida de créditos na aquisição de ativos fixos;
4. excesso de creditamento no que tange à contratação de frete aéreo;
5. falta de estorno de créditos decorrentes de baixas de estoques.

Informa que não olvida a incorreção do aproveitamento de créditos no que se refere às aquisições de graxas e lubrificantes, por se tratar de material efetivamente destinado a uso e consumo do estabelecimento, diante do que se absterá de manifestar qualquer insurreição neste particular. Todavia, no que se refere aos demais pilares do item em foco, pede a improcedência da exigência fiscal.

Diz que a autoridade fazendária apurou ter havido excesso de apropriação no que se refere a aquisições de óleo diesel ocorridas no período fiscalizado, já que o ICMS destacado nas correspondentes Notas Fiscais haveria de ter sido quantificado sobre 60% do valor da operação, conforme a previsão estampada no art. 87, XXXII, do RICMS/97, a teor do qual *é reduzida a base de cálculo das operações internas com óleo diesel em 40% (quarenta por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 15% (quinze por cento)*, ao passo que fora computado sobre montante superior. Alega que tais assertivas não merecem prevalecer, uma vez que, em atenção ao princípio constitucional da não-cumulatividade do imposto em voga, bem assim como forma de evitar o enriquecimento ilícito do ente tributante em detrimento do contribuinte, impõe-se assegurar a tomada de créditos proporcionalmente aos débitos suportados.

Cita o art. 155, §2º, I da Constituição Federal de 1988, e diz que se trata de sistemática de incidência consagrada como diretriz constitucional imperativa, que visa distribuir a carga tributária de forma equânime entre os agentes econômicos, ao longo de toda a cadeia de produção de riquezas, em atendimento, inclusive, ao cânone da capacidade contributiva, estampado no art. 145, § 1º, da Lei Maior.

Entende que impor qualquer restrição ao aproveitamento do crédito efetivamente destacado na Nota Fiscal de aquisição, como pretende a fiscalização, acarreta a apuração e recolhimento de imposto em montante superior àquele efetivamente devido, se integralmente considerados os créditos alusivos às etapas prévias, ensejando o rechaçado enriquecimento sem justa causa do Fisco baiano, já que a ele efetivamente entregue o montante incidente sobre as operações de saídas internas de óleo diesel do estabelecimento dedicado à sua comercialização, que se pretende ver abatido do débito quantificado pela Impugnante em suas operações próprias. Que haverá de ser garantido ao impugnante o direito de se creditar na exata medida do *quantum* recolhido aos cofres públicos, não se justificando a glosa empreendida quanto a este item.

No que se refere à aventada apropriação indevida na aquisição de ativos fixos, diz que o lançamento está relacionado às Notas Fiscais de números 37556, emitida em 28/12/2009; 8930, emitida em 18/02/2010 e 1023, emitida em 10/12/2010. Salienta que, contrariamente ao quanto asseverado na autuação, não promoveu a tomada de qualquer crédito sobre a operação amparada pela Nota Fiscal de nº 8930, como se pode constatar a partir da simples análise do aludido documento, não restou ali destacado qualquer montante a título do comentado tributo estadual (doc. 14). Quando da escrituração da referida NF no seu livro Registro de Entradas cuidou de consignar que não aproveitara qualquer montante em decorrência da operação que se prestava a acobertar, como atesta a informação “0,00” no campo IMPOSTO CREDITADO (doc. 15). Afirma que foi constatada a insubsistência do entendimento fazendário no que se refere à exigência de estorno de ICMS quanto à operação acobertada pela NF em tela.

Ainda no que se refere ao lançamento objeto do item 05 do presente Auto de Infração, diz que a autoridade fazendária afirmou que teria havido excesso de creditamento no que tange à contratação de frete aéreo. Salienta que constatou divergências na apuração perpetrada quanto a este item, perceptíveis a partir do simples cotejo entre o DEMONSTRATIVO DE CONSOLIDAÇÃO da lavra do autuante (doc. 16), e a planilha analítica igualmente elaborada pelo dito preposto fiscal. Diz que no primeiro demonstrativo anteriormente citado, a sanção em testilha é computada sobre uma base de R\$ 14.069,10, que corresponderia ao total dos créditos cujo aproveitamento fora reputado indevido, ao passo que, no segundo, a base utilizada para tal quantificação é de R\$ 4.815,37.

Alega que não há como delimitar, com segurança, as operações que ensejaram apropriações cogitadas inidôneas até o montante de R\$ 9.253,73, ficando o impugnante, em consequência, impedido de exercer seu direito de defesa, uma vez que, para tanto, não lhe cabe fazer ilações ou mesmo valer-se de expedientes imaginativos a fim de decifrar informações cuja indicação precisa incumbia ao Fisco. Pede que seja reconhecida e decretada a nulidade do lançamento em voga quanto à multa correspondente a 60% da diferença supra referida, a saber, R\$ 5.552,24, face à total inconsistência das bases em que perpetrado, ao alvedrio das disposições constantes da legislação de regência, precipuamente do art. 18, IV, alínea ‘a’ do RPAF/BA, Decreto nº 7.629/99, com a aplicação que lhe foi dispensada pela Súmula de nº 01 desse CONSEF.

Quanto às operações correspondentes à contratação de serviços de transporte terrestre junto à pessoa jurídica TRANSPORTADORA E LOCADORA DE VEÍCULOS MCR LTDA., inscrita no CNPJ sob o nº 01.099.497/0001-00, informa que de acordo com o contrato de prestação de serviços sob a égide do qual foram realizadas, tombado sob o nº 1142/08 (doc. 17), bem assim as Notas Fiscais alusivas às operações em voga, das quais expressamente constam as informações *Natureza da Operação – aquisição de serviço de transporte de pessoas para indústria – CTR* e, ainda, *Via Transporte: 1 – Rodoviário* (doc. 18). Diz que a referida avença aponta em seu preâmbulo, mais especificamente no item III, que tem por objeto *serviços de transporte de funcionários*, elencando, ainda, no bojo do *Anexo III –*

Especificações dos Serviços – Transporte Coletivo os seguintes esclarecimentos: “O presente documento tem como objetivo estabelecer as condições para a execução dos serviços de transporte coletivo de empregados da Mineração Fazenda Brasileiro, nos trechos que interligam as cidades de Serrinha, Barrocas, Teofilândia e Araci à Mina Fazenda Brasileiro e vice-versa”..

Evidencia-se, nestes moldes, a total insubsistência do entendimento fazendário no que se refere à exigência de estorno de ICMS quanto às prestações sob análise.

Em relação à acusação fiscal de que o impugnante teria mantido, indevidamente, em sua escrita fiscal, créditos advindos de aquisições de itens posteriormente baixados, diz que não se sustenta. Alega que a fiscalização, em momento algum, se desincumbiu do ônus de comprovar que os itens baixados teriam efetivamente ensejado a apropriação de crédito quando das suas aquisições, simplesmente presumindo tal fato. Diz que a fiscalização deixa de obedecer ao dever probatório que lhe é próprio, a teor das normas de regência, tal como corroborado, inclusive, pela jurisprudência emanada desse órgão de julgamento administrativo, que, de forma generalizada, veda a utilização de presunções para fins de lavratura de peças fiscais acusatórias, decretando, inclusive, a nulidade de procedimentos assim levados a cabo, conforme julgamento constante no Acórdão CJF Nº 0172-12/04, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Afirma que no caso concreto, essa comprovação jamais poderia se perfazer, simplesmente porque as aquisições objeto das devoluções questionadas, de fato, não ensejaram a tomada anterior de créditos do imposto estadual em foco. Compulsando as Notas Fiscais autuadas, verificou o impugnante que não mencionam os documentos de entrada a que se reportam. Informa que relacionou todas as operações que abarcaram os itens objeto das devoluções autuadas desde o início das suas operações, no ano de 2004, tendo constatado que nenhuma das aquisições realizadas a tais título junto aos fornecedores listados no demonstrativo anexo à peça fiscal acusatória ensejou a tomada de créditos do ICMS (doc. 19), exceção se fazendo, apenas, à ínfima apropriação de R\$ 4.232,37 verificada no período, que pode ser assim compilada:

Exercício	Crédito ICMS
2004	R\$ 999,47
2005	R\$ 564,68
2006	R\$ 2.214,55
2007	R\$ 250,00
2008	-
2009	-
2010	R\$ 203,67
Total	R\$ 4.232,37

Diante disto, entende que a conclusão não pode ser outra senão a de que não existiu qualquer apropriação relativa à imensa maioria das aquisições dos itens posteriormente devolvidos, objeto das NFs autuadas (doc. 19) - o que pode ser comprovado, caso a caso, mediante a realização de diligência, nos termos dos artigos 123, §3º e 145 do Decreto nº 7.629/99, caso assim entenda necessário essa Junta de Julgamento Fiscal -, restando clara, em consequência, a improcedência dessa exigência minimamente no que diz respeito aos valores que excedem o demonstrativo acima.

Infração 06: Quanto a este item, diz que abarca o ICMS que o impugnante teria deixado de recolher sobre devoluções de mercadorias tributáveis – material destinado a uso e consumo do

estabelecimento, mais especificamente –, restando violados, com isto, os arts. 651 e 652 do RICMS-BA/97.

O defendente alega que, diversamente do quanto consignado na peça acusatória, as operações de devolução somente devem ensejar o destaque do ICMS no documento fiscal que a acobertam *quando for caso*, para possibilitar *a utilização do crédito fiscal pelo estabelecimento de origem*. Diz que a desconsideração do procedimento adotado pelo contribuinte demanda a comprovação de que os itens devolvidos teriam efetivamente ensejado a apropriação de créditos quando das suas aquisições, o que não se verificou no caso concreto, já que a fiscalização, por razões de conveniência, simplesmente presumiu tal circunstância.

Diz que a fiscalização deixou de demonstrar a efetiva ocorrência do fato apto a desencadear o lançamento, distanciando-se do dever probatório que lhe é próprio, tal como corroborado, inclusive, pela jurisprudência emanada desse órgão de julgamento administrativo, que, de forma generalizada, veda a utilização de presunções para fins de lavratura de peças fiscais acusatórias, decretando a nulidade de procedimentos assim levados a cabo, a exemplo do ACÓRDÃO CJF Nº 0172-12/04.

Afirma que no caso concreto, essa comprovação não poderia mesmo se perfazer, simplesmente porque as aquisições objeto das devoluções questionadas, de fato, não ensejaram a tomada anterior de créditos do imposto estadual em foco, tal como evidencia, a título exemplificativo, o demonstrativo que elaborou, lastreado nas Notas Fiscais correlatas (doc. 20):

Diante disto, o defendente conclui que não pode ser outra senão a de que não existiu apropriação relativa às aquisições dos itens posteriormente devolvidos, objeto das NFs autuadas - o que pode ser comprovado, caso a caso, mediante a realização de diligência, nos termos dos artigos 123, §3º e 145 do Decreto nº 7.629/99, caso assim entenda necessário essa Junta de Julgamento -, restando clara, em consequência, a improcedência da exigência fiscal.

Por fim, o defendente requer seja decretada a nulidade da presente autuação, especificamente no que se refere às parcelas das infrações 01 e 05, consoante exposto nas razões de defesa.

No que se refere ao restante do lançamento, pugna seja julgado parcialmente procedente o Auto de Infração, mantendo-se, unicamente, parte da exigência objeto dos itens 03, 04 e 05, nos moldes em que expostos no bojo da defesa administrativa.

Requer, por fim, a juntada posterior de documentos, bem como a realização de diligências fiscais para a constatação dos fatos aqui alegados e análise dos documentos colacionados, caso assim entenda necessário essa Junta de Julgamento.

O defendente apresentou petição à fl. 611, informando adesão aos benefícios concedidos pelo Estado da Bahia por meio da Lei nº 12.903, de 05 de setembro de 2013, mediante a modalidade de pagamento parcial à vista.

Em cumprimento ao quanto disposto no art. 4º, inciso II da referida Lei, reitera o Termo de Confissão de Dívida apresentado à autoridade fazendária, ao tempo em que manifesta desistência de defesa e recursos administrativos referente apenas e tão somente no que concerne aos débitos quitados com os benefícios em questão.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 687 a 722 dos autos. Esclarece que em 30/09/2013, no cumprimento pleno de suas competências legais e atribuições lavrou o presente auto de infração contra o autuado, para reclamar R\$ 854.515,87, relativos ao ICMS que a empresa deixou de recolher em favor dos cofres públicos do Estado da Bahia, referentes aos exercícios de 2009 a 2010, em cumprimento à Ordem de Serviço 502022/2013.

Em relação às infrações 01 e 02, informa que o contribuinte é acusado de não ter efetuado a escrituração, nos livros fiscais próprios do estabelecimento, de notas fiscais de aquisição de mercadorias, tanto referente a operações tributadas como não tributadas pelo ICMS. Em relação às operações tributadas pelo imposto referido, as omissões na escrita fiscal resultaram na

aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória de 10% sobre os valores dos registros omitidos e em relação às operações não tributadas pelo ICMS a multa aplicada foi de 1%.

Diz que o defendente alegou que algumas das operações autuadas foram devidamente escrituradas no seu livro Registro de Entradas, apresentando planilha. Reconhece que, de fato, os documentos listados na planilha elaborada pelo defendente estão realmente escriturados nos livros fiscais do contribuinte, conforme comprovam folhas 295 e 304 do presente processo, juntadas ao auto de infração pelo autuado, de modo que os valores relativos a tais documentos serão excluídos do auto de infração.

Salienta que embora o autuado alegue nas folhas 203 a 205, a nulidade da infração apresenta as notas fiscais efetivamente registradas, exercendo plenamente o seu direito de defesa. Também esclarece que no decorrer de todo o processo de fiscalização, o contribuinte sempre tomou conhecimento das referidas omissões de registro por meio de seu representante legalmente constituído, o Senhor João Paulo de Góis, que inclusive assinou o auto de infração, conforme se constata às folhas 05 e 15 do processo administrativo fiscal.

Informa que este foi o primeiro roteiro concluído, sendo que na época de sua conclusão, foi encaminhada à empresa autuada relação contendo as notas fiscais para verificação, tendo o Contribuinte devolvido ao autuante, relação das notas fiscais registradas, de modo que as notas não encontradas em seus livros de registros de entradas de mercadorias pelo próprio contribuinte são as que constam do auto de infração litigado.

Comenta sobre o “princípio da proporcionalidade” e afirma que as alegações apresentadas pelo contribuinte, são extremamente exageradas, e desproporcionais, já que as multas aplicadas ao contribuinte têm percentuais mais baixos dentre as penalidades previstas no artigo 42, da Lei 7.014/96, e as repercussões jurídicas e financeiras que incidirão sobre indivíduo infrator serão inexpressivas, já que são de pouco ou nenhum vulto econômico.

Em que pese a possibilidade jurídica de cancelamento das penalidades pecuniárias resultantes de descumprimento de obrigações acessórias prevista na norma citada, opina pelo não cancelamento de tais penalidades, afirmando que o fim pretendido com a aplicação de multas desta modalidade, deve ser também pedagógico, objetivo que não será alcançado com os seguidos cancelamentos; pelo contrário, cancelamentos seguidos resulta em certeza de impunidades, que é fator determinante para o crescimento de omissões do tipo, até por que, conforme pode ser constatado no sistema de registros de autos de infração, o autuado é reincidente em relação a esta infração, conforme se verifica ao consultar o sistema de registros de autos de infração.

Informa que em 30/12/2011 foi lavrado contra o autuado o auto de infração nº 281508.0006/11-6 em que dentre as acusações impostas ao contribuinte, consta a infração agora combatida pelo impugnante.

Pugna pela procedência do valor remanescente da infração discutida, afirmando não houve o alegado cerceamento de defesa, já que o próprio autuado é quem, confrontando os documentos tidos como não escriturados, insurge-se contra os lançamentos das notas fiscais acima referidas que alega estarem escrituradas em seus livros fiscais.

Infração 03: Diz que o impugnante solicita a exclusão das notas fiscais emitidas pelos fornecedores REINALDO ALVES MONEIRO, NK COMÉRCIO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA ME, SUPER CENTER MINIMERCADOS LTDA, RESTAURANTE BIRITINGA, TÂNIA MARIA MATOS, FERREIRA E RIBEIRO LTDA, JAILTON OLIVEIRA DE JESUS E AGAMENON CAVALCANTE BAROBSA ME, sob o argumento de que “referidas operações tem por objeto o fornecimento de alimentação em hotéis, buffets e restaurantes, situados em localidades próximas à mina lavrada, não havendo, portanto, seu ingresso no estabelecimento impugnante”.

Salienta que de acordo com o argumento apresentado pelo impugnante, as refeições fornecidas pelos contribuintes relacionados acima, não teriam ingressado no seu estabelecimento, de modo que “não se configura, nestes casos, a hipótese genericamente prevista na norma em tela, como

apta a ensejar o lançamento diferido do tributo em apreço para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente”.

Apresenta o entendimento de que houve aquisição de refeições para consumo por parte dos empregados do autuado, conforme declaração da própria empresa; ocorreu o consumo de tais refeições pelos empregados do defendente; existiu a celebração de contrato entre o contribuinte autuado e o fornecedor das refeições; a empresa fornecedora emitiu a nota fiscal confirmando o fornecimento das refeições; e o autuado registrou as notas de aquisições em seus livros de registros de entradas de mercadorias, de modo que o simples fato de as refeições não terem sido consumidas no estabelecimento do adquirente, não descaracteriza a figura do diferimento, mas é mera circunstância espacial que não desobriga a adquirente de sua responsabilidade tributária.

Informa que não são poucas as operações efetuadas pela própria empresa em que a mesma adquire bens diversos, seja para uso ou consumo, para uso como insumos, materiais intermediários, matéria-prima, ou mesmo bens do ativo permanente, mas que tais bens, no momento das operações de aquisições ainda não se encontram aptos para uso no estabelecimento, necessitando que antes de serem colocados em uso, sejam encaminhados para um processo de industrialização em outro estabelecimento, para só depois de adaptados às necessidades da adquirente, serem finalmente postos em operação. Diz que essas operações são acobertadas pelos CFOPs seguintes:

- 1.118 - Compra de mercadoria para comercialização pelo adquirente originário, entregue pelo vendedor remetente ao destinatário, em venda à ordem;
- 1.125 - Industrialização efetuada por outra empresa quando a mercadoria remetida para utilização no processo de industrialização não transitou pelo estabelecimento adquirente da mercadoria;
- 1.124 - Industrialização efetuada por outra empresa;
- 1.901 - Entrada para industrialização por encomenda;
- 1.902 - Retorno de mercadoria remetida para industrialização por encomenda;
- 1.903 - Entrada de mercadoria remetida para industrialização e não aplicada no referido processo;
- 1.122 - Compra para industrialização em que a mercadoria foi remetida pelo fornecedor ao industrializador sem transitar pelo estabelecimento adquirente;
- 5.125 - Industrialização efetuada para outra empresa quando a mercadoria recebida para utilização no processo de industrialização não transitar pelo estabelecimento adquirente da mercadoria”.

Informa que a lista apresentada é meramente exemplificativa, já que operações do tipo são previstas em todos os grupos e subgrupos da tabela completa dos CFOPs, ou seja, nos CFOPs 1.000 - ENTRADAS OU AQUISIÇÕES DE SERVIÇOS DO ESTADO; 2.000 - ENTRADAS OU AQUISIÇÕES DE SERVIÇOS DE OUTROS ESTADOS; 3.000 - ENTRADAS OU AQUISIÇÕES DE SERVIÇOS DO EXTERIOR; 5.000 - SAÍDAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS PARA O ESTADO; 6.000 - SAÍDAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS PARA OUTROS ESTADOS; 7.000 - SAÍDAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS PARA O EXTERIOR.

Diz que no caso sob análise, o fato de as refeições terem sido consumidas no estabelecimento fornecedor, não as descaracterizam quanto ao diferimento a que estavam submetidas, pois como dito anteriormente, é mera circunstância espacial, pois o que as caracterizam como sujeitas a regime de diferimento, é a existência do contrato celebrado entre a autuada e os fornecedores com o propósito de alimentar os empregados da contratante. No caso concreto, não restavam aos empregados do autuado opções de escolha quanto ao estabelecimento fornecedor, posto que se não quisessem pagar por suas próprias refeições, teriam que se alimentar nos restaurantes contratados para tal fim, situação totalmente diversa daquelas em que os empregados pagam com seus próprios recursos as despesas incorridas com alimentação para posterior ressarcimento por parte do empregador, à vista do documento fiscal comprobatório do encargo.

Diz que o empregado não recebeu nota fiscal pela refeição consumida, já que o referido documento, sequer foi emitido no momento mesmo do fornecimento da refeição, posto que a fatura com a cobrança das refeições deverá ser emitida na forma especificada no contrato pela empresa fornecedora, fazendo nela constar o total das refeições fornecidas aos empregados da

autuada sem a necessidade de identificação dos reais "consumidores alimentandos efetivos", e em nome, não dos empregados, mas da contratante, diferente de quando o empregado paga por sua própria refeição para futuro ressarcimento, quando a nota constará como adquirente o empregado ou consumidor final da refeição adquirida.

Salienta que às folhas 313 a 335 o autuado alega ter recolhido do ICMS incidente sobre as notas fiscais listadas nas folhas 319 e 320, juntando cópias de extratos bancários comprovando tais alegações, de modo que serão excluídas do auto de infração os valores cobrados de referência a tais documentos, que acata, de modo que ditos documentos fiscais e os seus respectivos valores serão excluídos do auto de infração.

Mantém a infração 03 nos valores para os quais o autuado não logrou êxito em comprovar quaisquer recolhimentos, de modo que o valor total da infração 03, excluindo os valores apontados na peça defensiva do contribuinte, na própria planilha e no demonstrativo de débito em relação a esta infração.

Infração 04: Informa que o autuado adquiriu mercadorias provenientes de outros Estados da Federação, destinadas a uso, consumo ou ativo, não vinculado ao processo produtivo do estabelecimento, entretanto, quando do lançamento no livro Registro de Apuração do ICMS, seja por que lançou equivocadamente alguns itens que, de fato, são materiais de uso e consumo, mas foram lançados como ativo imobilizado, efetuou lançamentos a débitos em valores inferiores aos efetivamente devidos, omitindo recolhimentos do imposto nos exercícios, meses e valores que relacionou.

Repete a alegação defensiva de que “boa parte da exigência em foco não se sustenta, já que algumas das operações fiscalizadas revestem-se de naturezas distintas daquelas aventadas, não ensejando, por certo, a incidência do DIFAL”.

Reproduz as demais alegações defensivas e informa que à fl. 235 do presente PAF, encontra-se o comprovante de inscrição e de situação cadastral junto ao Ministério da Fazenda indicando que a atividade econômica declarada pelo contribuinte, para a obtenção da inscrição necessária e imprescindível para iniciar suas atividades que é voltada para o "beneficiamento de minério de metais preciosos".

Transcreve o artigo 97 do RICMS-BA/97, vigente à época das operações, que trata da vedação ao direito ao crédito do ICMS.

Sobre o tema em questão, cita decisão do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, no Acórdão 19.558.12/2ª rito Sumário, publicado no Diário Oficial daquela Unidade da Federação.

Salienta que a LC 87/96 permite o aproveitamento do Crédito de ICMS nas aquisições de bens destinados ao ativo permanente. Contudo, são também explícitas as restrições que a referida Lei impõe para o aproveitamento de tais créditos. Diz que a Lei Complementar 116/03, que trata das operações tributadas pelo ISS de competência dos municípios, prescreve que são obras de construção civil a execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS). Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS). Pela descrição expressa da Lei Complementar nº 116/03, acima descrita, o ISS incide sobre obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e outras obras semelhantes, inclusive concretagem (pisos) e a instalação e montagem de produtos (galpões, máquinas e equipamentos).

Conclui que as obras em que foram utilizados os materiais objeto da cobrança da diferença de alíquotas, no caso sob análise, são atividades paralelas, marginais, secundárias e por tal motivo, incide sobre os bens adquiridos o ICMS e sobre tais aquisições, no caso concreto sob análise incide a diferença de alíquota, pois adquiridos pelo contribuinte na condição de usuário final e por que alheias à atividade fim do contribuinte.

Cita o art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/BA e afirma estar correto o procedimento adotado pela fiscalização, em relação à infração 04, que trata do ICMS incidente sobre aquisições de materiais destinados a uso ou consumo do estabelecimento e sobre aquisição de bens do ATIVO FIXO, não utilizados na atividade fim do estabelecimento, mas em atividade alheia àquela explorada pelo autuado.

Transcreve decisão do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, e apresenta o entendimento de que está patente o acerto da presente autuação, também no que se refere aos produtos de laboratório, cuja relação que elaborou absorve todos os itens presentes no auto de infração e que foram considerados corretamente no julgamento citado como materiais de uso e consumo. Apresenta comentários sobre produtos classificados como intermediários, materiais de consumo, bens alheios às atividades, sem direito a crédito.

Ressalta, ainda, que a empresa Mineração Fazenda Brasileiro é sucessora da antiga Vale do Rio Doce S/A, sobre a qual recaiu os efeitos do acórdão de cujo trecho se fez transcrição. São empresas que exploram a mesma atividade econômica, utilizam-se dos mesmos materiais de uso e consumo, bens do ativo, matérias-primas, produtos intermediários e materiais secundários, devendo submeter-se a idêntico tratamento tributário em respeito e observância aos princípios da equidade, isonomia e igualdade tributária.

Infração 05: Diz que o contribuinte reclamou da multa de 60% sobre os valores que lançou indevidamente em sua escrita fiscal, mas não os utilizou, em virtude de manter em sua escrita saldo credor de ICMS, conforme abaixo.

1. escrituração e manutenção de créditos fiscais em valores superiores aos os permitidos incidentes sobre aquisições de óleo diesel;
2. manutenção na escrita fiscal de créditos indevidos sobre aquisições de graxas e lubrificantes;
3. escrituração indevida de créditos nas aquisições de bens destinados ao ativo permanente do contribuinte;
4. escrituração de créditos fiscais indevidos na contratação de frete área, cujo crédito é limitado à alíquota de 4%; e
5. falta de estorno de créditos fiscais decorrentes de baixas de estoques

Informa que o impugnante reconhece a improcedência da manutenção dos créditos escriturados indevidamente incidentes sobre aquisições de graxas e lubrificantes, mas questiona as glosas dos lançamentos em relação aos demais itens. Quanto aos créditos escriturados indevidamente em relação às aquisições de óleo diesel, informa que, por expressa determinação do artigo 87, inciso XXXII, do RICMS-BA/97, vigente à época das operações, previa uma redução de base de cálculo de 40%, de modo que a carga tributária efetiva do produto corresponda a 15% sobre o valor da operação. Por conseguinte, também, o direito ao crédito fica limitado ao valor resultante da aplicação da alíquota efetiva (15%) sobre o valor da operação. É que a redução da base de cálculo já foi julgada pelo STF como sendo isenção parcial e não há previsão legal ou constitucional que autorize o aproveitamento de créditos de ICMS quando provenientes de operações alcançadas por isenção. Diz que esta foi a posição do Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do RE 465.236-AgR de 06/04/2010.

Frisa que ficou comprovado que o contribuinte escriturou e manteve em sua escrita fiscal créditos indevidos de ICMS aos quais não tinha direito, posto que lançou na escrita fiscal valores superiores aos que de fato tinha direito, de modo que em relação a este item da autuação, a

informação fiscal é no sentido de mantê-lo integralmente, conforme apontado no auto de infração, planilhas e demonstrativo de débito, que integram o auto de infração impugnado pelo contribuinte.

Quanto à escrituração indevida de créditos nas aquisições de bens destinados ao ativo permanente do contribuinte, informa que a cópia da folha 114, do livro de Registro de Entradas de mercadorias, folha 348 do processo, demonstra que de fato o contribuinte não se apropriou do crédito de ICMS no valor de R\$ 14.329,00, em relação à Nota Fiscal 8930, de R\$ 204.700, 00, muito embora conste tal valor nos arquivos magnéticos do contribuinte, conforme consta da planilha que instruiu o auto de infração questionado pelo contribuinte. Assim, o mencionado valor do crédito de ICMS referido acima será excluído do auto de infração.

Sobre a escrituração de créditos fiscais indevidos na contratação de frete área, cujo crédito é limitado à alíquota de 4%, informa que ficou constatado que o contribuinte apropriou-se de créditos de ICMS incidentes sobre a contratação de fretes aéreos em percentual de 12%, quando o artigo 50, inciso III, alínea “b”, do RICMS, aprovado pelo Decreto 6284/97, limita este crédito a 4% do valor da operação. Repete a alegação do autuado de que “os instrumentos que formalizam a contratação das referidas utilidades durante o período autuado, a BRINKS se propõe a efetivar o transporte interestadual de ouro bruto em invólucros lacrados, para entrega nas empresas que se incumbirão de do seu beneficiamento, obrigando-se, inclusive, à utilização da malha aérea para o cumprimento desse desiderato, sempre que necessário”

Frisa o RICMS/97, estabelece que o transporte aéreo é tributado com alíquota de 4%, de modo que o crédito a que tem direito o tomador de tal serviço, fica limitado ao percentual de tributação previsto para as operações da espécie.

Também cita o § 5º do artigo 93, do RICMS/97, salientando que houve a prestação do serviço de frete aéreo; ocorreu o aproveitamento do crédito correspondente à alíquota de 12% confirmado pela autuada; a norma específica não diz que tal alíquota só deva ser aplicada em relação às empresas propriamente áreas como entende o contribuinte; o dispositivo citado se refere a transporte aéreo de passageiro, carga e mala postal, ficando patente que a operação contratada pelo contribuinte esteja perfeitamente enquadrada na norma.

Conclui que o crédito a que tinha direito o contribuinte, em relação às operações de frete aéreo sempre esteve e continua limitado à alíquota de 4%, conforme determinado na norma tributária referida, de modo que em relação a esta infração pugna pela procedência na forma constante do auto de infração.

Infração 06: Informa que o autuado promoveu saídas por devolução de material de uso e consumo e não se debitou do ICMS incidente sobre tais operações, omitindo recolhimentos de ICMS nos exercícios de 2009 e 2010.

Transcreve o art. 2º, inciso I da Lei Complementar 87/96 e o art. 2º, I da Lei 7.014/96. Afirma que nas operações que tratem de devoluções de mercadorias, quando estas forem tributadas, seja pelo regime de tributação normal ou por antecipação, sempre haverá o destaque do imposto no respectivo documento fiscal, exceto nas operações internas, em que a fase de tributação já houver encerrado. Quando ocorrer operações de saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição em operações com tributação já encerrada, o próprio regulamento do ICMS, estabelece as regras para ressarcimentos ou estornos de débitos, tratamento idêntico é conferido também para as saídas tributadas de mercadorias adquiridas para uso e consumo do estabelecimento, quando a complementação da alíquota já houver sido efetuada.

Informa que mantém a autuação fiscal em sua integralidade, posto que nem no artigo 3º da Lei 87/96 ou na Lei 7014/96, encontra guarida legal que proteja ou acolha a conduta praticada pelo contribuinte.

Por fim, o autuante esclarece que no CD da "informação fiscal" constam apenas as planilhas que foram alteradas, em decorrência da defesa apresentada pelo contribuinte, pois aquelas planilhas que não sofreram alterações em seus valores, as infrações foram mantidas nos termos constantes do primeiro CD apensado ao presente Auto de Infração, conforme 192 deste processo.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 729 a 758, reafirmando que constatou a procedência parcial da exigência fiscal, mais precisamente no que se refere a parte dos valores glosados por meio dos itens 03, 04 e 05.

Quanto às infrações 01 e 02 ratifica a alegação de improcedência, afirmando que o autuante limitou-se a excluir da cobrança os valores de R\$394,33 (infração 01) e R\$62,00 (infração 02). Repisa a necessidade de que seja reconhecida a nulidade do lançamento correspondente à infração 01, referente à quantia de R\$53.588,08, alegando que embora a penalidade pecuniária totalize R\$73.607,42, o demonstrativo elaborado pela fiscalização com vistas a respaldar a exigência abarca apenas a importância de R\$20.019,34.

Frisa que em relação à importância de R\$53.588,08, não há meios de verificar quais as Notas Fiscais coletadas no CFAMT que teriam deixado de ser escrituradas, restando inviabilizado o exercício de seu direito de defesa. Lembra que a indicação minuciosa e precisa das bases em que levado a cabo determinado lançamento tributário é ônus impingido ao Poder Público, de sorte que a autoridade autuante não pode se furtar de determinar, com exatidão, os elementos que respaldam a sua pretensão.

Comenta sobre a Súmula nº 1 do CONSEF e salienta que em relação ao cancelamento da penalidade requerido, visa aplicação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, considerando o previsto no § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96.

Quanto à infração 03, alega que o autuante asseverou que haveria de excluir do lançamento o ICMS incidente sobre as notas fiscais listadas nas fls. 319/320 reduzindo o valor originariamente cobrado de R\$138.644,52 para R\$64.926,25. Mas a referida redução não foi concedida em toda a extensão pleiteada, haja vista que deixou de ser levado em consideração o efetivo pagamento do imposto incidente sobre as operações amparadas pelas Notas Fiscais de números 13 e 14, emitidas pela Unialimentar Comércio e Serviços de Alimentação, conforme destacado no doc. 08 anexo à impugnação. Afirma que as mencionadas quitações devem ser levadas na devida conta, validando o pagamento no montante de R\$80.507,32.

No que se refere à parcela da exigência concernente a operações que abrangeram o fornecimento de alimentação em hotéis, buffes e restaurantes situados em localidades próximas à mina lavrada, não havendo o ingresso no estabelecimento do autuado, diz que o autuante, em momento algum, aventa ter havido ingresso das comentadas refeições no estabelecimento autuado. Entende que o posicionamento do autuante configura distorção do texto da norma de regência, que é bastante claro quanto à necessidade de que a alimentação, de fato, adentre o estabelecimento adquirente, para que reste caracterizada a hipótese genericamente prevista na legislação correlata como apta a ensejar o diferimento.

Comenta sobre o princípio da legalidade e diz que cabe à lei, e somente a esta, a definição clara e precisa de todos os aspectos que conformam a subsunção do fato à norma impositiva, não se admitindo que tal encargo seja delegado aos agentes administrativos.

Cita o art. 343, XVIII do RICMS-BA/97 e decisão do CONSEF ao avaliar exigência fiscal nestes mesmos moldes. Pede que seja reformada a exigência, de modo a remanescer tão somente o lançamento de R\$48.335,66, cuja procedência foi reconhecida.

Infração 04: Alega que logrou demonstrar, no bojo da defesa apresentada, que as operações gravadas não ensejam a cobrança da diferença de alíquota. Neste sentido, comprovou que algumas das operações fiscalizadas abarcam, dentre outras, entradas de mercadorias a título de brinde (CFOP 2910), compras para comercialização originada de encomenda para recebimento

futuro (CFOP 2117), bem como devoluções de vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros (CFOP 2202).

No que se refere aos insumos empregados nos seus expedientes fabris, que se apresentam indispensáveis ao processo produtivo, insiste o autuante no posicionamento de que as aquisições se referem a materiais empregados em atividade alheia à sua atividade. Transcreve os arts. 93 e 97 do RICMS-BA/97 e diz que o insumo a que alude a norma não necessariamente pressupõe sua incorporação ao produto final, designando o desgaste sofrido ao longo do processo industrial, ao qual se afigura indispensável, de tal forma que eventuais resíduos não terão qualquer utilidade posterior.

Menciona o Parecer Normativo 01/81 da Procuradoria Fiscal do Estado da Bahia e conclui que a autuação carece de qualquer respaldo no que tange à cobrança da diferença da alíquota sobre aquisições de insumos empregados na atividade industrial do autuado.

Infração 05: Informa que não olvida a incorreção do aproveitamento de créditos no que se refere às aquisições de graxas e lubrificantes. Entretanto, no que se refere aos demais pilares em que lastrado o item em foco, o defendente não concorda com o posicionamento do autuante. Afirma que o tributo devido foi integral e validamente recolhido aos cofres públicos baianos, diante do que se impõe assegurar a tomada de créditos proporcionalmente aos débitos suportados, em atenção ao princípio constitucional da não-cumulatividade, bem assim como forma de evitar o enriquecimento ilícito do ente tributante em detrimento do contribuinte.

Frisa que o aproveitamento de créditos de ICMS deverá espelhar o ônus efetivamente arcado na etapa anterior, já que o tributo em abordagem só deve gravar o valor agregado que não tenha sido anteriormente cobrado.

Em relação ao transporte aéreo, alega que os dispositivos legais citados pelo autuante nada infirmam a idoneidade dos expedientes adotados pelo autuado, já que as prestações gravadas não correspondem a transporte aéreo e sim terrestre, contratado junto à pessoa jurídica Transportadora e Locadora de Veículo MCR Ltda. e não junto à Brinks Segurança e Transporte de Valores Ltda., como erroneamente aventado pelo autuante.

Em relação ao tratamento fiscal dispensado a itens objeto de baixa, alega que a fiscalização, em momento algum, se desincumbiu do ônus de comprovar que os itens baixados teriam efetivamente ensejado a apropriação de crédito quando das suas aquisições, simplesmente presumindo tal fato. Afirma que nenhuma das aquisições realizadas a tais títulos junto a fornecedores listados no demonstrativo anexo à peça fiscal acusatória ensejou a tomada de créditos do ICMS, fazendo exceção apenas ao valor de R\$4.232,37.

Infração 06: Alega que a argumentação desenvolvida pelo autuante em favor da manutenção deste item da autuação é inócua. As entradas analisadas eram isentas do imposto, decorrendo a impossibilidade de se destacar tributo nos documentos fiscais que acobertaram as devoluções das mercadorias nesses moldes, bem como a desnecessidade de se efetuar qualquer estorno no particular. Repisa que as aquisições objeto das devoluções questionadas, de fato, não ensejaram a tomada anterior de créditos do imposto em foco. Diz que a conclusão no pode ser outra senão a de que não existiu apropriação relativa às aquisições dos itens posteriormente devolvidos, objeto das Notas Fiscais autuadas.

Por fim, reitera em todos os seus termos a impugnação apresentada, pugnando no sentido de que seja decretada a nulidade da autuação quanto aos itens 01 e 05. Seja parcialmente procedente, mantendo parte da exigência objeto dos itens 03, 04 e 05, nos moldes expostos nas razões de defesa.

Às fls. 786/787 (VOLUME III) esta JJF encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando do autuante esclarecimentos quanto à divergência apontada pelo defendente

nos valores da infração 01. Em caso de notas fiscais coletadas no CFAMT, que fossem acostadas aos autos as cópias desses documentos fiscais.

Quanto à infração 03, que o autuante se manifestasse sobre a alegação defensiva de que a redução efetuada quando da informação fiscal não foi concedida em toda a extensão pleiteada, haja vista que deixou de ser levado em consideração o efetivo pagamento do imposto incidente sobre as operações amparadas pelas Notas Fiscais de números 13 e 14, emitidas pela Unialimentar Comércio e Serviços de Alimentação.

Foi solicitado para que fossem elaborados dois demonstrativos: um para as refeições em hotéis, buffets e restaurantes, e outro demonstrativo para as refeições que efetivamente ingressaram no estabelecimento autuado, conforme notas fiscais correspondentes a essas operações.

Em relação à infração 04, excluiu-se do levantamento fiscal, se comprovadas, as operações correspondentes às entradas de mercadorias a título de brinde, compras para comercialização, devoluções de vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros e insumos.

Infração 05: Se manifestasse sobre a alegação defensiva de que as prestações autuadas não correspondem a transporte aéreo e sim terrestre, contratado junto à pessoa jurídica Transportadora e Locadora de Veículo MCR Ltda. e não, junto à Brinks Segurança e Transporte de Valores Ltda., como erroneamente aventado pelo autuante, e que nenhuma das aquisições realizadas a tais títulos junto a fornecedores listados no demonstrativo anexo à peça fiscal acusatória ensejou a tomada de créditos do ICMS, fazendo exceção apenas ao valor de R\$4.232,37. Foi solicitado que excluiu-se do levantamento fiscal o que fosse comprovado pelo defendente, apurando o débito remanescente.

Infração 06: Se manifestasse sobre a alegação do autuado de que as entradas analisadas eram isentas do imposto, decorrendo a impossibilidade de se destacar tributo nos documentos fiscais que acobertaram as devoluções das mercadorias. Juntasse cópias dos documentos fiscais relativos às entradas e devoluções.

Foi solicitado, ainda, que a Inspeção Fiscal entregasse ao autuado cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos em cumprimento à diligência, mediante recibo firmado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de trinta dias para o mesmo se manifestar.

Em atendimento, o autuante informa às fls. 791 a 798 que todas as notas fiscais do CFAMT não escrituradas pelo contribuinte encontram-se anexadas ao processo, conforme se constata, por meio dos documentos numerados de 18 a 85 do PAF. Diz que houve equívocos na elaboração das planilhas que elaborou, no momento da efetivação da fiscalização, agora saneadas com a diligência fiscal.

Assim, com base nos documentos de folhas 18 a 85, foram refeitas 05 (cinco) planilhas com as seguintes informações e nomes:

1. CFAMT_2009_10_APÓS DILIGÊNCIA: Nesta planilha encontram-se relacionadas todas as notas fiscais não lançadas pelo contribuinte nos exercícios de 2009 e 2010.
2. CFAMT_2009_10%: Aqui estão relacionadas as notas fiscais do CFAMT, referentes às operações tributadas, cuja multa é de 10%.
3. CFAMT_2009_1%: Esta planilha relaciona as notas fiscais não lançadas pelo contribuinte, referentes às operações não tributadas, cuja multa é de 1%.
4. CFAMT_2010_10%: Lista das notas fiscais das operações tributadas, cujos documentos fiscais não foram escriturados pela empresa, multa de 10%.
5. CFAMT_2010_1%: Esta planilha relaciona as notas fiscais não lançadas pelo contribuinte, referentes às operações não tributadas, cuja multa é de 1%.

Esclarece que após a diligência, as infrações 01 e 02, tiveram os seus valores alterados conforme segue: INFRAÇÃO 01- EXERCÍCIO DE 2009: R\$ 5.298,66: Fev: R\$ 847,90; Mar: R\$ 377,33; Abr: R\$ 820,74; Jun: R\$ 890,00; Jul: R\$ 967,50; Ago: R\$ 239,89; Set: R\$ 196,20; Nov: R\$ 959,10. EXERCÍCIO DE 2010: R\$ 30.209,42: Fev: R\$ 8.692,59; Mar: R\$ 1.518,83; Jun: R\$ 19.998,00. O valor total da infração 01, que consta do auto de infração como sendo R\$ 73.607,42, está sendo reduzido para R\$ 35.508,08, alterações que serão demonstradas no novo demonstrativo de débito do auto de infração.

A infração 02 passa a apresentar a seguinte composição após a diligência: EXERCÍCIO DE 2009: R\$ 13.292,44; Mar: R\$ 63,24; Mai: R\$ 10.325,79; Jun: R\$ 1.456,27; Jul: R\$ 251,16; Set: R\$ 280,16; Out: R\$ 48,50; Nov: R\$ 154,90, Dez: R\$ 712,40. EXERCÍCIO DE 2010: R\$ 213,46: Jan: R\$ 62,03; Fev: R\$ 100,73; Abr: 50,70.

Acrescenta que as alterações em relação à infração 02, serão também incorporadas no novo demonstrativo de débito, após diligência, e que, serão excluídos também do auto de infração os valores reclamados de R\$ 394,33 e R\$ 62,00, referentes às notas fiscais 4280 e 4288, respectivamente, já que o contribuinte provou a escrituração de tais documentos nos livros da empresa.

Quanto à infração 03, o autuante informa que foram elaboradas as planilhas na forma solicitada na recomendação da diligência, assim como também excluiu das planilhas as exigências relativas às notas fiscais 13 e 14, a primeira no valor de R\$ 66,67 e a segunda no valor de R\$ 1.759,26, de modo que os débitos em atendimento ao pedido de diligência, apresentam a seguinte configuração:

Valores referentes aos CNPJ listados na folha 209 do Processo Administrativo Fiscal: Exercício de 2009 _ R\$ 4.855,17 - jan: R\$ 367,07; fev: R\$ 386,55; mar: R\$ 344,23; abr: R\$ 364,03; jun: R\$ 270,80; jul: R\$ 317,39; ago: R\$ 483,33; set: R\$ 385,11; out: R\$ 874,82; nov: R\$ 548,74; dez R\$ 513,10.

Exercício de 2010 _ R\$ 4.663,73 - jan: R\$ 636,85; fev: R\$ 438,86; abr: R\$ 178,63; mai: R\$ 251,79; jun: R\$ 272,45; jul: R\$ 457,85; ago: R\$ 500,87; set: R\$ 1.089,68; out: R\$ 534,21; nov: R\$ 124,50; dez R\$ 178,04.

Informa que os valores relativos às refeições servidas na empresa apresentaram os seguintes resultados: Exercício de 2009 _ R\$ 63.996,02 - fev: R\$ 3.187,65; mar: R\$ 2.758,81; abr: R\$ 9.009,30; set: R\$ 30.268,15; out: R\$ 6.917,15; nov: R\$ 5.781,14; dez R\$ 6.073,82.

Exercício de 2010 _ R\$ 63.303,66 - jan: R\$ 5.801,80; fev: R\$ 2.093,38; mar: R\$ 9.612,04; abr: R\$ 6.278,29; mai: R\$ 5.822,85; jun: R\$ 5.466,01; jul: R\$ 1.825,16; ago: R\$ 8.783,58; set: R\$ 5.617,31; out: R\$ 2.620,51; nov: R\$ 4.115,40; dez R\$ 5.267,33. Tais alterações, refletirão no novo demonstrativo de débito como resultado da diligência levada a efeito.

Em relação à infração 04, informa que foram excluídas as exigências relativas ao CFOPs 2910, 2117 e 2202, e uma nota fiscal de 2157, lançada em 08/09/2009, por se tratar de ESPOLETA.

Entende que a simples utilização equivocada do CFOP 2101, não é suficiente para a exclusão dos valores lançados sobre a proteção desta rubrica, pois é o fato de se classificar um item como 2101, que o torna como num passe de mágica num insumo. Para provar a assertiva, junta as operações de 2009 e 2010, desta infração e constatou que o contribuinte ora usa o CFOP 2556 para um produto, e logo em seguida, numa outra operação, com o mesmo produto faz uso do CFOP 2101. É o que demonstra a planilha denominada 2009_2010_juntos:

Feitas as exclusões dos valores relativos aos CFOPs citados, a infração 04 apresenta os seguintes valores:

Exercício de 2009 _ R\$ 120.431,19 - jan: R\$ 11.472,32; fev: R\$ 46.657,28; mar: R\$ 6.613,61; abr: R\$ 9.990,69; jun: R\$ 2.798,26; ago: R\$ 718,61; set: R\$ 13.941,67; out: R\$ 18.221,49; dez R\$ 10.017,25.

Exercício de 2010 _ R\$ 103.684,75 - jan: R\$ 12.769,40; mai: R\$ 26.430,04; jun: R\$ 20.092,44; set: R\$ 13.575,15; out: R\$ 22.880,37; nov: R\$ 2.344,97; dez R\$ 5.592,37.

Infração 05: Esclarece que em relação aos créditos de ativo, o contribuinte alega que não houve apropriação de créditos de referência à nota fiscal 8930. Contudo, ao analisar a planilha denominada "5-MFB_2009_2010_crédito_ativo, lá está a nota fiscal 8930, CFOP 2551, com declaração de BC ICMS de R\$ 204.700,00, alíquota de 7%, origem do Estado de São Paulo, com valor de ICMS lançado de 14.329,00. Afirma que consta da escrita fiscal do contribuinte o aproveitamento de tal valor, sendo coerente a manutenção da exigência fiscal.

Em relação aos Créditos sobre Lubrificantes e graxas, diz que mantém a exigência fiscal, reconhecido pelo próprio contribuinte, conforme se verifica no item 6.4, da peça defensiva, folha 219 do presente processo.

Quanto ao Crédito sobre aquisições de óleo diesel, informa que, na tentativa de desconstituir o crédito tributário lançado em relação a este item, o contribuinte, dentre outros argumentos, faz referência ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, dizendo que tal princípio tem por objetivo evitar o enriquecimento ilícito do ente tributante em detrimento do contribuinte. Mas o fato é que o item em questão, tem redução de base de cálculo de 40%, de modo que a carga tributária efetiva resulte em 15%. Ressalta que o STF já pacificou o entendimento de que Redução de Base de Cálculo é isenção parcial e nos casos de isenções existe a vedação expressa de aproveitamento do crédito sobre a parcela isenta. Além do que o crédito a ser tomado pelo contribuinte não deve ser o valor do imposto destacado, mas o valor corretamente calculado e previsto na legislação específica. Mantém a exigência do estorno do crédito na forma original constante do auto de infração, em relação ao ÓLEO DIESEL.

Referente ao Estorno de Crédito sobre baixa de estoque, acata os argumentos do contribuinte e informa que, de fato, os itens em relação aos quais foram efetuadas as baixas de estoque, são todos destinados a uso e consumo do estabelecimento autuado, operações que não permitem o aproveitamento de crédito de ICMS. Assim, valor do estorno de crédito exigido por este preposto fiscal, em relação a este item da autuação será excluído do auto de infração.

Quanto ao Estorno de Crédito sobre transporte aéreo, também acatou os argumentos da defesa às folhas 224 a 225 do PAF, especialmente aquela contida no item 6.29. Assim, os valores reclamados a este título serão excluídos do auto de infração.

Informa que os valores mantidos no Auto de Infração estão listados na planilha denominada "Resumo Créditos Indevidos Escriturados", separados por cada um dos itens que compõem a infração ora discutida, ou seja, transporte aéreo, baixa de estoque, óleo diesel, lubrificantes e graxas e ativo.

Diz que o valor a estornar, que originalmente era de R\$ 632.854,29, foi reduzido para R\$ 432.613,01, ao passo que o valor da multa foi reduzido de R\$ 379.712,57, para 260.167,81.

Infração 06: Informa que em visita ao estabelecimento autuado e em conversa com o representante da empresa, se convenceu quanto aos argumentos defensivos para justificar a emissão das notas fiscais em questão, sem o destaque do ICMS, razão por que o Auditor Fiscal fez constar do presente auto de infração o valor de 28.873,60.

Dentre as alegações, postas pelo autuado, afirma que a mais convincente é a de que os itens listados nos documentos fiscais, descrição do item, na coluna elaborada pelo preposto fiscal, referem-se a materiais de uso e consumo, em que há expressa vedação para o aproveitamento de crédito de ICMS, e que as entradas de tais produtos no estabelecimento autuado, se dera com a proteção da figura da isenção, ou seja, também outro argumento válido para justificar o seu procedimento de não ter destacado o imposto nas notas fiscais em questão.

Diz que o defendente, por meio do documento 20 (fls. 485 e seguintes) deste processo, fez juntar cópias das notas fiscais 144, 165, 274.600, 913, 988, 7461, 7752, 7557, 7787, 7953, 8065 e 8371, estas as notas fiscais de devoluções, emitidas pela autuada, acompanhadas das respectivas notas fiscais

de entradas, comprovando que de fato, não houve aproveitamento de crédito fiscal em relação a tais documentos fiscais.

Acata os argumentos da defesa, no sentido de excluir do auto de infração, o valor de R\$ 26.873,60, ao tempo em que solicita ao relator, a dispensa da exigência de juntar cópias dos documentos fiscais relativos às entradas e devoluções, face ao convencimento em relação à tese da defesa, e por entender que a amostra presente no documento 20 do presente processo, satisfaz e supre a sugestão ali consignada.

Finaliza dizendo que foi elaborado novo demonstrativo de débito após a conclusão da diligência solicitada, sendo que o auto de infração teve o seu valor original reduzido, de R\$ 864.515,87, para R\$ 670.380,28.

Intimado sobre a informação fiscal e demonstrativos apresentados pelo autuante, o defendente se manifestou às fls. 806 a 820, aduzindo a despeito do acerto das alegações defensivas, houve por bem a autoridade fazendária rechaçar a alegação de nulidade do lançamento no que se refere à infração 01, sob a perspectiva de que o autuado apresenta as notas fiscais efetivamente registradas, exercendo plenamente seu direito de defesa, contrapondo-se ao pedido de cancelamento de ambas as penalidades pecuniárias em voga, por entender que o fim pretendido com a aplicação das multas desta modalidade deve ser também pedagógico.

O defendente alega que a identificação de erro material no que diz respeito a discriminação dos débitos mantidos no corpo da diligência fiscal de fl. 792, o qual, ressalta, veio a ser corrigido na planilha intitulada *DEMONSTRATIVO DE DÉBITO APÓS DEFESA DILIGÊNCIA*, elaborada pelo autuante no intuito de espelhar as reduções reconhecidas em sede de procedimento averiguatório, donde se extrai a manutenção dos seguintes totais: 2009: R\$ 35.508,08; 2010: R\$ 13.505,90

Entende que devem prevalecer os valores consignados no novo demonstrativo de débito, seja porque, relativamente ao ano de 2009, coincidente com o total expressamente mencionado no bojo da diligência, seja porque, no que diz respeito ao ano de 2010 – relativamente ao qual não fora textualmente mencionada a redução perpetrada –, admitir os montantes ali relacionados implicaria na majoração da exigência em sede de Auto de Infração já formalizado, em evidente afronta não só ao art. 156 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal vigente no estado da Bahia – RPAF/BA, veiculado pelo Decreto nº 7.629/1999, como também à jurisprudência desse Conselho.

Conclui que deve ser efetivado, ato contínuo, o cancelamento das multas cominadas ao autuado por meio dos itens 01 e 02 do Auto de Infração em testilha, na parte em que ainda remanesce, em vista dos argumentos expendidos nos itens 3.16 a 3.27 da Impugnação, ora integralmente reiterados, que apontam para a indubitável materialização, na espécie, de todos os requisitos necessários a tanto.

Quanto à infração 03, diz que em resposta à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, o autuante afirmou que foram elaboradas as planilhas na forma solicitada na diligência, assim como também excluiu das planilhas as exigências relativas às notas fiscais 13 e 14, a primeira no valor de R\$ 66,67 e a segunda no valor de R\$ 1.759,26.

Tendo sido expurgadas do item em voga apenas as operações amparadas pelos aludidos documentos fiscais, entende que subsiste a infundada pretensão arrecadatória quanto ao fornecimento de refeições que sequer ingressaram no estabelecimento autuado. Lembra que a aludida ausência de ingresso é fato incontroverso, já que em momento algum contestado pelo representante fiscal – que não poderia mesmo tê-lo feito, em vista do manancial probatório produzido pelo autuado em sentido contrário –, não se concretizando, pois, quanto às aquisições versadas, a hipótese genericamente prevista na legislação correlata como apta a ensejar o diferimento do imposto, em vista dos fundamentos jurídicos já detalhadamente expostos nestes autos e nesta oportunidade integralmente reiterados. Ressalta a necessidade de imediata desconstituição da cobrança correlata, no montante de R\$ 9.673,44 (nove mil seiscentos e setenta e três reais e quarenta e quatro centavos), conforme doc. 07 juntado à peça impugnatória.

O defendente afirma que identificou erro material na planilha elaborada após a diligência, já que não reflete as reduções reconhecidas em sede de Informações Fiscais, relativas ao *ICMS incidente sobre as Notas Fiscais listadas nas fls. 319 e 320*, que implicaram na manutenção de débito da ordem de R\$ 64.926,25.

Alega que, relativamente ao item em questão, deve ser: (i) reconhecida a insubsistência do lançamento no que diz respeito às refeições não fornecidas no estabelecimento, no montante de R\$ 9.673,44 (vide doc. 07 anexo à Impugnação) e não de R\$ 9.518,90; (ii) determinada a retificação do demonstrativo de débito, a fim de que consigne as reduções já reconhecidas em sede de Informações Fiscais, no total de R\$ 73.718,27, bem assim (iii) reconhecida a improcedência da parcela dos valores já recolhidos aos cofres públicos, que não foram objeto de pronunciamento inaugural do autuante, no valor de R\$ 6.789,05 – correspondente à diferença entre os R\$ 80.507,32 arrecadados, inclusive, em montante ligeiramente superior ao devido, a saber R\$ 80.635,41 (vide doc. 08 a doc. 10 acostados à peça impugnatória) e o valor expressamente ali reconhecido, de R\$ 73.718,27, de modo a remanescer, tão somente, o lançamento de R\$ 48.335,66 (quarenta e oito mil trezentos e trinta e cinco reais e sessenta e seis centavos), cuja procedência foi reconhecida por meio do item 4.6 da defesa de fls. e anexo doc. 08.

Sobre a infração 04, diz que o autuante consignou à fl. 793 da diligência fiscal, que havia finalmente excluído da cobrança as exigências relativas aos CFOPs 2910, 2117 e 2202 e uma nota fiscal de 2157, lançada em 08/09/2009, por se tratar de ESPOLETA, cabendo destacar, quanto ao ponto, a necessidade de que os ajustes ali acatados sejam efetivamente implementados no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO APÓS DEFESA – DILIGÊNCIA, que não reflete sua realização quanto ao exercício de 2010, aptos a ensejar redução do valor em cobrança para o período no importe de R\$ 3.444,69 (três mil quatrocentos e quarenta e quatro reais e sessenta e nove centavos) (vide doc. 11 anexo à Impugnação – CFOP 2202), em paralelo à minoração de R\$ 1.167,70 (um mil cento e sessenta e sete reais e setenta centavos) para o exercício 2009, já efetivamente espelhada no citado documento.

Também alega que o autuante persiste na sua pretensão arrecadatória quanto às aquisições de itens indispensáveis ao processo produtivo desempenhado, ao longo do qual exaurem suas propriedades, tornando-se, desta forma, imprestáveis a novos empregos, assim o fazendo sob a infundada justificativa de que os produtos em voga se destinariam a uso e consumo do estabelecimento, de forma que *a simples utilização equivocada do CFOP 2101 não é suficiente para a exclusão dos valores lançados sobre a proteção desta rubrica* e aventando, ainda, no particular, não haver uniformidade nos critérios de contabilização adotados pelo autuado nessa seara.

Diz que se trata de alegações lançadas a esmo, na vã tentativa de infirmar a lisura e correção que sempre pautaram sua conduta perante o Fisco deste Estado, não tendo sido tecida pelo autuante uma linha sequer no sentido de refutar a qualificação dos produtos autuados como efetivos itens de produção.

Repisa que a definição geral de insumo erigida pela legislação vigente à época dos fatos geradores autuados é a de mercadoria que, não sendo alheia à atividade do estabelecimento, é adquirida para emprego no processo de industrialização ao qual se afigura indispensável, nele se consumindo, sendo certo que aludido consumo não necessariamente pressupõe a incorporação do item ao produto final, mas apenas a imprestabilidade a novos empregos, tal como inclusive acatado pela jurisprudência deste órgão de julgamento administrativo. Afirma restar claro que a autuação em debate carece de qualquer respaldo no que tange à cobrança de diferença de alíquotas sobre aquisições de insumos empregados na atividade industrial do autuado, conforme será ratificado adiante, a partir da contextualização ilustrativa de alguns dos produtos objeto das operações fiscalizadas na seara das atividades a que se dedica, chamando a especial atenção para o fato de que seu processo produtivo não é desenvolvido mediante agregação de produtos e sim a partir da desagregação de rochas para buscar o produto final que é o minério aurífero nela existente, os quais serão, posteriormente, fundidos e resultarão em barras de ouro:

- a) nitrito de prata: espécie de catalisador utilizado na etapa da fusão com vistas a propiciar que o derretimento do metal ocorra em menor tempo;
- b) adaptador perfuração, coroa alargadora botões, haste de perfuração, luva de perfuração, punho de perfuração, punho rosca R38: itens empregados na perfuração das rochas, afigurando-se indispensáveis à abertura de galerias verticais e horizontais dentro das minas;
- c) coroa botão 51 MM, coroa diamantada LTK48, coroa impregnada NQ 10 mm: insumos empregados nas sondas perfuratrizes, sem os quais referido equipamento não atingiria os fins a que se propõe, que, por sua vez, são deveras fundamentais ao objeto exercido pelo impugnante.

Reafirma que os produtos acima descritos se mostram essenciais ao regular desempenho da atividade de extração mineral que desenvolve, sendo certo que exaurem suas propriedades ao longo do ciclo produtivo, tornando-se imprestáveis para novos empregos, caindo por terra, a desacertada pretensão arrecadatória dirigida às correlatas aquisições.

Diz que igual conclusão se aplica aos demais itens listados nos demonstrativos colacionados ao expediente impugnatório sob as designações de doc. 12 (ano 2009) e doc. 13 (ano 2010), elaborados por profissionais especializados da área de mineração – o que pode ser comprovado, caso a caso, mediante a realização de nova diligência fiscal, nos termos dos artigos 123, §3º e 145 do RPAF/BA, caso assim entenda necessário essa Junta de Julgamento Fiscal, desta feita por profissional tecnicamente capacitado à incursão em mister dessa natureza –, impondo-se, com isto, seja também excluída da cobrança objeto do item em combate o importe de R\$ 202.701,98.

Infração 05: Alega que apesar de a peça fiscal inaugural não ter sido nada elucidativa, constatou que as condutas infracionais em foco perpassariam (i) excesso de apropriação no que se refere a aquisições de óleo diesel, face à redução da base de cálculo das operações em percentual inferior àquele previsto na legislação de regência; (ii) creditamento indevido sobre aquisições de graxas e lubrificantes; (iii) apropriação indevida de créditos na aquisição de ativos fixos; (iv) excesso de creditamento no que tange à contratação de frete aéreo; e (v) falta de estorno de créditos decorrentes de baixas de estoques (vide fl. 710).

Afirma que, tendo havido expresse reconhecimento da procedência do lançamento no que concerne ao item (ii), por se tratar as graxas e lubrificantes de material efetivamente destinado a uso e consumo do estabelecimento, como acatado já em sede impugnatória, mais precisamente no item 6.4 da defesa, em paralelo à desconstituição do lançamento atinente aos itens (iv) e (v), nos moldes em que consignados à fl. 797 da diligência fiscal de que aqui se trata, remanescem em debate, tão somente, os estornos aludidos nos itens (i) e (iii) acima destacados.

Reitera, em toda a sua extensão, as alegações jurídicas outrora expendidas em prol do afastamento da guerreada autuação, na firme expectativa de que sejam devidamente acolhidas por esse órgão julgador. Exalta a correção da conclusão quanto à insubsistência da exigência no item 06 da peça fiscal acusatória, tal como perpetrado pelo autuante à fl. 798 do vertente feito.

Por fim, pugna o autuado que essa 3ª Junta de Julgamento Fiscal afaste, de imediato, a exigência referente às parcelas reconhecidas como indevidas pelo própria autoridade autuante. Adotada esta providência, requer seja julgado parcialmente procedente o Auto de Infração ora guerreado, mantendo-se, unicamente, parte da exigência objeto dos itens 03, 04 e 05, nos moldes em que expostos no bojo da defesa administrativa e ratificados na manifestação.

Requer a juntada posterior de documentos, bem como a realização de diligências fiscais para a constatação dos fatos alegados, caso assim entenda necessário esta Junta de Julgamento Fiscal.

O autuante prestou nova informação fiscal sobre a manifestação do defendente após o cumprimento da diligência fiscal. Diz que fica patente o reconhecimento da procedência dos procedimentos adotados no decorrer do processo de fiscalização, já que houve o reconhecimento parcial em relação aos itens 03, 04 e 05.

Diz que o defendente informou que "posteriormente, promoveu a quitação de parte de todas as infrações apontadas na peça acusatória, mas precisamente os valores cujas chances de êxito se apresentavam remotas na esfera administrativa, valendo-se, para tanto, dos benefícios instituídos pela Lei Estadual nº 12.903/2013, conforme noticiado na petição tombada no SIPRO sob o nº 439499/2013-4, protocolizada em 16/12/2013".

Afirma que o contribuinte só conseguiu provar o registro das notas fiscais referidas anteriormente e na última manifestação o defendente fala de erro material, para no mesmo parágrafo informar que tal erro veio a ser corrigido na planilha intitulada DEMONSTRATIVO DE DÉBITO APÓS DEFESA. Se o erro foi corrigido, não existe erro a ser anotado, considerando que se houve erro material em parte do texto, mas no demonstrativo de débito aparece o valor correto, em nada influenciou o erro material, até por que, tal tipo de erro não implica em prejuízo ao contribuinte. Ressalta que nulidade é o vício que contamina determinado ato processual, praticado, mas não existe nulidade, sem prejuízo.

Em relação às infrações 01 e 02, mantém o posicionamento externado no relatório da diligência solicitada pelo CONSEF, cujo teor foi reproduzido.

Quanto à infração 03, esclarece que foram elaboradas as planilhas na forma solicitada na recomendação da diligência, assim como também excluiu das planilhas as exigências relativas às notas fiscais 13 e 14, a primeira no valor de R\$ 66,67 e a segunda no valor de R\$ 1.759,26, tendo sido elaborado novo demonstrativo de débito como resultado da diligência levada a efeito.

Em relação à infração 04, informa que foram excluídas as exigências relativas ao CFOPs 2910, 2117 e 2202, e uma nota fiscal de 2157, lançada em 08/09/2009, por se tratar de ESPOLETA. Diz que a simples utilização equivocada do CFOP 2101, não é suficiente para a exclusão dos valores lançados sobre a proteção desta rubrica, pois é o fato de se classificar um item como 2101, que o torna como num passe de mágica num insumo. Para provar a assertiva, junta as operações de 2009 e 2010, e diz que constatou que o contribuinte ora usa o CFOP 2556 para um produto, e logo em seguida, numa outra operação, com o mesmo produto faz uso do CFOP 2101, conforme planilha que elaborou. Indica os valores relativos aos CFOPs citados após as exclusões.

Quanto à infração 05 diz que é coerente a manutenção da exigência fiscal, analisando os seguintes itens:

- a) **Créditos sobre Lubrificantes e graxas:** Mantém a exigência fiscal em relação a este item, reconhecido pelo próprio contribuinte, conforme se verifica no item 6.4, da peça defensiva, folha 219 do presente processo.
- b) **Crédito indevido sobre aquisições de óleo diesel:** Diz que o item em questão, tem redução de base de cálculo de 40%, de modo que a carga tributária efetiva resulte em 15%. Ressalta que o STF já pacificou o entendimento de que Redução de Base de Cálculo, é isenção parcial e nos casos de isenções existe a vedação expressa de aproveitamento do crédito sobre a parcela isenta. Além do que o crédito a ser tomado pelo contribuinte não deve ser o valor do imposto destacado, mas o valor corretamente calculado e previsto na legislação específica. Mantém a exigência do estorno do crédito na forma original constante do auto de infração, em relação ao ÓLEO DIESEL.
- c) **Estorno de Crédito sobre baixa de estoque:** Informa que acatou os argumentos do contribuinte, pois de fato, os itens em relação aos quais foram efetuadas as baixas de estoque, são todos destinados a uso e consumo do estabelecimento autuado, operações que não permitem o aproveitamento de crédito de ICMS e historicamente, sempre que este preposto fiscal realizou fiscalizações seja em relação à própria autuada ou qualquer outro contribuinte, sempre que constatou a ocorrência de aproveitamento de créditos em relação a materiais destinados a uso e consumo do estabelecimento, além de glosar tais créditos, exigiu ainda do diferencial de alíquota em relação às operações de aquisições de tais mercadorias, quando

provenientes de outras unidades da federação. Assim, valor do estorno de crédito exigido em relação a este item da autuação será excluído do auto de infração.

- d) Estorno de Crédito sobre transporte aéreo: Informa que também acatou os argumentos da defesa em relação ao item Transporte aéreo, em vista das alegações do contribuinte presente às folhas 224 a 225 do PAF, especialmente aquela contida no item 6.29. Assim, os valores reclamados a este título serão excluídos do auto de infração. Os valores mantidos no auto de infração por este preposto fiscal, estão listados na planilha denominada "0000_MFB_2009_2010_RESUMO_CRÉDITOS_INDEVIDOS_ESCRITURAS", separados por cada um dos itens que compõem a infração ora discutida, ou seja, transporte aéreo, baixa de estoque, óleo diesel, Lubrificantes e graxas e Ativo.

Diz que o valor a estornar, que originalmente era de R\$ 632,854,29, foi reduzido para R\$ 432.613,01, ao passo que o valor da multa foi reduzido de R\$ 379.712,57, para 260.167,81.

Infração 06: Informa que em visita ao estabelecimento autuado e em conversa com o representante da empresa, no departamento de contabilidade, se convenceu quanto aos argumentos defendidos por aquele profissional para justificar a emissão das notas fiscais em questão, sem o destaque do ICMS, razão por que o autuante fez constar do presente auto de infração o valor de 28.873,60.

Dentre as alegações, postas pela autuada, diz que a mais convincente é a de que os itens listados nos documentos fiscais, Descrição do item, na coluna elaborada por este preposto fiscal, referem-se a materiais de uso e consumo, em que há expressa vedação para o aproveitamento de crédito de ICMS, e que as entradas de tais produtos no estabelecimento autuado, se dera com a proteção da figura da isenção, ou seja, também outro argumento válido para justificar o seu procedimento de não ter destacado o imposto nas notas fiscais em questão.

Acata os argumentos da defesa, no sentido de excluir do auto de infração, o valor de R\$ 26.873,60, ao tempo em que solicita do relator, a dispensa da exigência de juntar cópias dos documentos fiscais relativos às entradas e devoluções, face ao convencimento em relação à tese da defesa, e por entender que a amostra presente no documento 20 do presente processo, satisfaz e supre a sugestão ali consignada. Diz que elaborou novo demonstrativo de débito após a conclusão da diligência solicitada, sendo que o auto de infração teve o seu valor original reduzido, de R\$ 864.515,87, para R\$ 670.380,28.

VOTO

O defendente requer seja reconhecida a nulidade do lançamento correspondente à infração 01, referente à quantia de R\$53.588,08, alegando que embora a penalidade pecuniária totalize R\$73.607,42, o demonstrativo elaborado pela fiscalização com vistas a respaldar a exigência abarca apenas a importância de R\$20.019,34.

Apresentou o entendimento de que se configurou o cerceamento de defesa em razão da ausência de documentos fiscais que embasam as acusações das infrações 1 e 2, dizendo ser impossível determinar com segurança o infrator e o valor apurado.

Sobre essa alegação, conforme estabelece o § 1º do art. 18 do RPAF/BA, “as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo”.

Quando se constata a existência de erro na apuração do imposto devido ou na elaboração dos demonstrativos, encaminha-se o PAF em diligência para a necessária correção e intimação imediata ao sujeito passivo quanto à mencionada correção, o que foi feito no presente processo.

Como se trata de avaliação do mérito da autuação, os erros alegados pelo defendente serão analisados neste voto quando da apreciação do mérito, considerando que foi realizada diligência fiscal encaminhada por esta Junta de Julgamento, sendo efetuada revisão pela autuante para os necessários ajustes no levantamento fiscal, tendo sido encaminhadas ao defendente cópias dos novos demonstrativos e concedido prazo para a sua manifestação.

Rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide.

No mérito, as infrações 01 e 02 serão analisadas conjuntamente, tendo em vista que a caracterização dessas infrações foi efetuada mediante levantamento fiscal relacionado à entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação e não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal do Contribuinte.

A primeira infração trata da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2009; janeiro abril e junho de 2010. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$73.607,42.

Infração 02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a novembro de 2009; janeiro e abril de 2011. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$10.310,24.

A legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, sendo 10% para mercadorias sujeitas a tributação (art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96, vigente à época), e 1% para as mercadorias não tributáveis (art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96).

O autuado alegou que das operações autuadas e devidamente demonstradas, algumas foram regularmente escrituradas no livro Registro de Entradas, e o autuante, na primeira informação fiscal, reconheceu que, de fato, os documentos listados na planilha elaborada pelo defendente estão realmente escriturados nos livros fiscais do Contribuinte, conforme comprovam folhas do livro Registro de Entradas, 294 e 310 do presente processo, juntadas pelo autuado, de modo que os valores relativos a tais documentos são excluídos do auto de infração.

Diante das alegações defensivas e das provas apresentadas pelo autuado, foi determinada por esta Junta de Julgamento Fiscal a realização de diligência fiscal, e o autuante informou na fl. 791, que todas as notas fiscais do CFAMT não escrituradas pelo contribuinte encontram-se anexadas ao processo, conforme se constata, por meio dos documentos numerados de fls. 18 a 85 do PAF. Disse que houve equívocos na elaboração das planilhas que elaborou no momento da efetivação da fiscalização, saneadas com a diligência fiscal. Assim, com base nos documentos de folhas 18 a 85, foram refeitas as 05 (cinco) planilhas e, após a diligência, as infrações 01 e 02, tiveram os seus valores alterados conforme indicado à fl. 792 dos autos.

O valor total da infração 01, que consta do auto de infração como sendo R\$ 73.607,42, está sendo reduzido para R\$ 35.508,08. A infração 02 passa a apresentar a seguinte composição após a diligência: EXERCÍCIO DE 2009: R\$ 13.292,44. EXERCÍCIO DE 2010: R\$ 213,46, totalizando R\$13.505,90.

Em manifestação apresentada após a revisão efetuada pelo autuante, o defendente afirmou à fl. 812 dos autos, que devem prevalecer os valores consignados no novo demonstrativo de débito,

relativamente ao ano de 2009, coincidente com o total expressamente mencionado no bojo da diligência. No que diz respeito ao ano de 2010, alega que admitir os montantes relacionados na diligência implicaria na majoração da exigência em sede de Auto de Infração já formalizado, em evidente afronta ao art. 156 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal vigente no Estado da Bahia – RPAF/BA.

Observo que nos valores indicados pelo autuante à fl. 792 foram incluídos os meses de setembro de 2009 (R\$196,20), fevereiro (R\$8.692,59) e março de 2010 (R\$1.518,83), que não compõem o demonstrativo de débito original da infração 01 e os meses de dezembro de 2009 (R\$712,40) e fevereiro de 2010 (R\$100,73) da infração 02. Neste caso, considerando que houve inclusão de meses e respectivos valores no débito originalmente apurado, e que no julgamento é vedado majorar o débito originariamente lançado no Auto de Infração, neste caso, o julgamento é realizado excluindo os citados meses e valores, conforme quadro abaixo, e a repartição fiscal de origem deve instaurar novo procedimento fiscal, podendo preliminarmente, intimar o contribuinte a recolher espontaneamente o débito correspondente às diferenças encontradas.

Quanto à falta de escrituração de notas fiscais correspondentes a mercadorias sujeitas a tributação, saliento que a partir da alteração do inciso IX do art. 42 da Lei 7.014/96, através da Lei 13.461, de 10/12/2015, publicada no DOE de 11/12/2015, o percentual de 10% da multa anteriormente estabelecido foi reduzido para 1%.

Neste caso, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação acessória, e com base na alínea “c” do inciso II do art. 106 do CTN, entendo que deve ser utilizado o percentual da multa 1%, aplicando-se a retroatividade benigna prevista no mencionado dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

...

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

...

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

INFRAÇÃO 01

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
28/02/2009	09/03/2009	84,79
31/03/2009	09/04/2009	37,73
30/04/2009	09/05/2009	82,07
30/06/2009	09/07/2009	89,00
31/07/2009	09/08/2009	96,75
31/08/2009	09/09/2009	23,99
31/10/2009	09/11/2009	95,91
30/06/2010	09/07/2010	1.999,80
T O T A L		2.510,04

INFRAÇÃO 02

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
31/03/2009	09/04/2009	63,24
31/05/2009	09/06/2009	10.325,79
30/06/2009	09/07/2009	1.456,27
31/07/2009	09/08/2009	251,16
30/09/2009	09/10/2009	280,16
31/10/2009	09/11/2009	48,50
30/11/2009	09/12/2009	154,90
31/01/2010	09/02/2010	62,03

30/04/2010	09/05/2010	50,70
T O T A L		12.692,75

O defendente apresentou o entendimento de que o saldo remanescente das penalidades pecuniárias, após os ajustes realizados, haveria de ser desconstituído por este órgão julgador, em atenção ao §7º do art. 42 da Lei 7.014/96.

Não acato a alegação defensiva, considerando que a falta de escrituração ou lançamento de notas fiscais de forma incompleta em livros fiscais impede a realização de auditorias fiscais, não permitindo apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS. Ou seja, a falta de escrituração de notas fiscais causa dificuldades para a fiscalização desenvolver procedimentos fiscais, por isso é correto aplicar multa, conforme estabelece o art. 42, incisos IX e XI, da Lei 7.014/96, haja vista que interessa ao Estado manter o controle das entradas de mercadorias e prestações realizadas, e a falta de escrituração dos documentos fiscais impede o mencionado controle; a multa é estabelecida em dispositivo de lei, que não condiciona sua aplicação à ocorrência de prejuízo ao erário estadual.

Na falta de escrituração das notas fiscais, mesmo que tenha sido efetuado o recolhimento do imposto, ainda assim, é devida a multa pelo descumprimento da obrigação acessória. Portanto, conclui-se que o descumprimento da obrigação principal não é consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, e o fato da não escrituração de notas fiscais não constitui circunstância agravante ou atenuante, relativamente à falta de recolhimento do imposto.

Concluo pela subsistência parcial das infrações 01 e 02, relativamente às notas fiscais não lançadas na escrita fiscal, com os ajustes efetuados e reduzindo-se o valor da penalidade constante na infração 01 em razão da aplicação da retroatividade benigna da redução do percentual da multa,, calculada a partir dos novos demonstrativos e fl. 792.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. Aquisição de refeições para serem consumidas por seus empregados sem o recolhimento do ICMS de sua responsabilidade, conforme estabelece o art. 343, inciso XVII do RICMS-BA/97, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2010.

O defendente alegou que as referidas operações abrangeram o fornecimento de alimentação em hotéis, buffets e restaurantes situados em localidades próximas à mina lavrada, não havendo ingresso no estabelecimento da impugnante. Disse que foi devidamente recolhido aos cofres públicos o valor de R\$ 80.635,41 conforme demonstra a planilha colacionada sob a rubrica de doc. 09 em cotejo com os correlatos Documentos de Arrecadação Estadual – DAES, alguns dos quais juntados a PAF.

O autuante alegou que o simples fato de as refeições não terem sido consumidas no estabelecimento do adquirente, não descaracteriza a figura do diferimento, mas é mera circunstância espacial que não desobriga a adquirente de sua responsabilidade tributária. Afirmou que às folhas 313 a 335 o autuado alega ter recolhido do ICMS incidente sobre as notas fiscais listadas nas folhas 319 e 320, juntando cópias de extratos bancários comprovando tais alegações, de modo que serão excluídos do auto de infração os valores cobrados de referência a tais documentos, que acata, de modo que ditos documentos fiscais e os seus respectivos valores serão excluídos do auto de infração.

Em manifestação, o defendente alegou que o autuante asseverou que haveria de excluir do lançamento o ICMS incidente sobre as notas fiscais listadas nas fls. 319/320 reduzindo o valor originariamente cobrado de R\$138.644,52 para R\$64.926,25. Mas a referida redução não foi concedida em toda a extensão pleiteada, haja vista que deixou de ser levado em consideração o

efetivo pagamento do imposto incidente sobre as operações amparadas pelas Notas Fiscais de números 13 e 14, emitidas pela Unialimentar Comércio e Serviços de Alimentação, conforme destacado no doc. 08 anexo à impugnação. Afirmou que as mencionadas quitações devem ser levadas na devida conta, validando o pagamento no montante de R\$80.507,32.

Esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou diligência solicitando que o autuante elaborasse dois demonstrativos: um para as refeições em hotéis, buffets e restaurantes, e outro demonstrativo para as refeições que efetivamente ingressaram no estabelecimento autuado, conforme notas fiscais correspondentes a essas operações.

O autuante informou à fl. 793 que foram elaboradas as planilhas na forma solicitada na recomendação da diligência, assim como também excluiu das planilhas as exigências relativas às notas fiscais 13 e 14, a primeira no valor de R\$ 66,67 e a segunda no valor de R\$ 1.759,26, de modo que os débitos em atendimento ao pedido de diligência, apresentam valores relativos às refeições, apurados nos demonstrativos constantes no CD à fl. 799.

Na manifestação apresentada após a revisão fiscal, o defendente ressaltou que identificou erro material na planilha elaborada após a diligência, já que não reflete as reduções reconhecidas em sede de Informações Fiscais, relativas ao ICMS incidente sobre as Notas Fiscais listadas nas fls. 319 e 320, que implicaram na manutenção de débito da ordem de R\$ 64.926,25.

Efetivamente, na informação fiscal à fl. 696/697, o autuante afirmou que mantinha a autuação nos valores que o defendente não conseguiu comprovar quaisquer recolhimentos, tendo sido excluídos os valores apontados na peça defensiva, considerando as notas fiscais listadas às fls. 319/320, sendo excluídos os valores cobrados, acatando os documentos apresentados pelo defendente, que apenas contestou, em relação ao mencionado cálculo, a não exclusão dos valores concernentes às Notas Fiscais de números 13 e 14, fato reconhecido pelo autuante na última informação fiscal.

Ou seja, o autuante refez os cálculos em sua última manifestação, sem considerar aqueles pagamentos já acatados na informação fiscal anterior, quando apurou um débito total de R\$64.926,25. Dessa forma, excluindo do demonstrativo constante no CD à fl. 724 os valores exigidos correspondentes às Notas Fiscais 13 e 14, referentes ao mês de outubro de 2010, o débito apurado nesta infração fica reduzido para R\$64.853,23, conforme quadro abaixo, elaborado com base nos demonstrativos constantes à fl. 724. Infração parcialmente subsistente.

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
31/01/2009	09/02/2009	367,07
28/02/2009	09/03/2009	3.574,21
31/03/2009	09/04/2009	3.103,05
30/04/2009	09/05/2009	9.373,33
30/06/2009	09/07/2009	270,80
31/07/2009	09/08/2009	317,39
31/08/2009	09/09/2009	483,33
30/09/2009	09/10/2009	30.653,26
31/10/2009	09/11/2009	7.791,96
30/11/2009	09/12/2009	818,57
31/12/2009	09/01/2010	756,05
31/01/2010	09/02/2010	633,37
28/02/2010	09/03/2010	522,59
31/03/2010	09/04/2010	384,47
30/04/2010	09/05/2010	552,64
31/05/2010	09/06/2010	484,70
30/06/2010	09/07/2010	491,09

31/07/2010	09/08/2010	530,86
31/08/2010	09/09/2010	852,21
30/09/2010	09/10/2010	1.314,37
31/10/2010	09/11/2010	639,04
30/11/2010	09/12/2010	550,13
31/12/2010	09/01/2011	388,74
T O T A L		64.853,23

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a abril, junho, agosto a outubro e dezembro de 2009; janeiro, maio, junho, setembro a dezembro de 2010.

Observo que a legislação prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

O autuado alegou que a exigência objeto deste item abarca, dentre outras, entradas de mercadorias recebidas a título de brinde (CFOP 2910), compras para comercialização originada de encomenda para recebimento futuro (CFOP 2117), bem como devoluções de vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros (CFOP 2202). Afirmou que devem ser excluídas da cobrança em foco as quantias lançadas sob esta égide, nos importes de R\$ 1.167,70 (exercício 2009) e R\$ 3.444,69 (exercício 2010).

Foi determinado por esta Junta de Julgamento Fiscal, mediante diligência a ser efetuada pelo autuante que excluísse do levantamento fiscal, se comprovadas, as operações correspondentes às entradas de mercadorias a título de brinde, compras para comercialização, devoluções de vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros e insumos.

Em atendimento ao solicitado, o autuante informou às fls. 795/796, que foram excluídas as exigências relativas aos CFOPs 2910, 2117 e 2202, e uma nota fiscal 2157, lançada em 08/09/2009, por se tratar de ESPOLETA. Feitas as exclusões dos valores relativos aos CFOPs citados, a infração 04 apresentou os seguintes valores:

Exercício de 2009 _ R\$ 120.431,18 - jan: R\$ 11.472,32; fev: R\$ 46.657,28; mar: R\$ 6.613,61; abr: R\$ 9.990,69; jun: R\$ 2.798,26; ago: R\$ 718,61; set: R\$ 13.941,67; out: R\$ 18.221,49; dez R\$ 10.017,25.

Exercício de 2010 _ R\$ 103.684,74 - jan: R\$ 12.769,40; mai: R\$ 26.430,04; jun: R\$ 20.092,44; set: R\$ 13.575,15; out: R\$ 22.880,37; nov: R\$ 2.344,97; dez R\$ 5.592,37.

Na manifestação apresentada após a revisão efetuada em cumprimento à diligência fiscal, o defendente alegou que o autuante consignou à fl. 793, que havia finalmente excluído da cobrança as exigências relativas aos CFOPs 2910, 2117 e 2202 e uma nota fiscal 2157, entretanto, os ajustes ali acatados devem ser efetivamente implementados no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO APÓS DEFESA – DILIGÊNCIA, que não reflete sua realização quanto ao exercício de 2010, aptos a ensejar redução do valor em cobrança para o período no importe de R\$ 3.444,69 (três mil quatrocentos e quarenta e quatro reais e sessenta e nove centavos) (vide doc. 11 anexo à impugnação – CFOP 2202 – fls. 336/337), em paralelo à minoração de R\$ 1.167,70 (um mil cento e sessenta e sete reais e setenta centavos) para o exercício 2009, já efetivamente espelhada no citado documento.

Confrontando os valores constantes nos documentos apresentados pelo defendente às fls. 336/337 com o novo débito indicado pelo autuante, constato que não foi excluído do levantamento fiscal apenas o valor referente ao mês de novembro de 2010, que totaliza R\$3.360,69. Como foi apurado o débito de R\$2.344,97, com a exclusão das operações sob o CFOP 2202, fica excluído o valor exigido no referido mês, reduzindo-se o total apurado no exercício de 2010 para R\$101.339,78.

O defendente também alegou que a partir da contextualização ilustrativa de alguns dos produtos objeto das operações fiscalizadas na seara das atividades a que se dedica, chama a especial atenção para o fato de que seu processo produtivo não é desenvolvido mediante agregação de produtos e sim a partir da desagregação de rochas para buscar o produto final que é o minério aurífero nela existente, os quais serão, posteriormente, fundidos e resultarão em barras de ouro:

- a) nitrato de prata: espécie de catalisador utilizado na etapa da fusão com vistas a propiciar que o derretimento do metal ocorra em menor tempo;
- b) adaptador perfuração, coroa alargadora botões, haste de perfuração, luva de perfuração, punho de perfuração, punho rosca R38: itens empregados na perfuração das rochas, afigurando-se indispensáveis à abertura de galerias verticais e horizontais dentro das minas;
- c) coroa botão 51 MM, coroa diamantada LTK48, coroa impregnada NQ 10 mm: insumos empregados nas sondas perfuratrizes, sem os quais referido equipamento não atingiria os fins a que se propõe, que, por sua vez, são deveras fundamentais ao objeto exercido pelo impugnante.

No RICMS-BA/97, vigente à época, o legislador, deixando de lado a importância em se definir o que sejam “insumos” ou o que sejam “produtos intermediários”, preferiu especificar o que e em que casos dá direito ao crédito. Isso é feito no § 1º do art. 93 do mencionado Regulamento, estando previsto que, *“Salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que as mercadorias adquiridas integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso”*.

Dessa forma, entende-se que essas mercadorias devem integrar o produto final na condição de elemento indispensável ou necessário, conforme o caso, salientando-se que, embora a distinção entre insumos e materiais de consumo tenha sido voltada para a questão do crédito fiscal, o mesmo raciocínio aplica-se na definição do que deva ou não sujeitar-se ao pagamento da diferença de alíquotas.

Os critérios para definição de insumos industriais exigem que tais insumos sejam consumidos no processo produtivo, e de acordo com o levantamento fiscal constato que se trata de materiais de consumo, haja vista que são materiais como equipamento de mineração, chapa, bucha, anéis de vedação, arruelas, abraçadeiras, conector elétrico, além daqueles citados pelo defendente e outros. São peças de reposição de bens do ativo, necessárias em face do desgaste de toda e qualquer peça que compõe o maquinário industrial, além de materiais de consumo, sendo esses itens definidos como de uso e consumo do estabelecimento.

Da análise efetuada a partir dos elementos constantes nos autos, chego à conclusão de que os bens em discussão são típicos materiais de consumo. Assim, concluo pela subsistência parcial deste item do presente lançamento, no valor total de R\$221.770,95, conforme quadro abaixo elaborado a partir da revisão efetuada pelo autuante e com a exclusão do valor referente ao mês 11/2010, relativamente às operações com o CFOP 2202:

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
31/01/2009	09/02/2009	11.472,32
28/02/2009	09/03/2009	46.657,28
31/03/2009	09/04/2009	6.613,61
30/04/2009	09/05/2009	9.990,69
30/06/2009	09/07/2009	2.798,26
31/08/2009	09/09/2009	718,61
30/09/2009	09/10/2009	13.941,67
31/10/2009	09/11/2009	18.221,49
31/12/2009	09/01/2010	10.017,25

31/01/2010	09/02/2010	12.769,40
31/05/2010	09/06/2010	26.430,04
30/06/2010	09/07/2010	20.092,44
30/09/2010	09/10/2010	13.575,15
31/10/2010	09/11/2010	22.880,37
31/12/2010	09/01/2011	5.592,37
T O T A L		224.115,92

Infração 05: Manutenção de saldo credor não estornado, decorrente de crédito indevido de ICMS, nos meses de janeiro a abril, junho a dezembro de 2009; janeiro a dezembro de 2010.

Trata-se de multa de 60% sobre os valores lançados indevidamente na escrita fiscal, ou seja, penalidade pecuniária calculada sobre o montante cuja manutenção do crédito o autuante reputou inidônea.

O defendente alegou que não olvida a incorreção do aproveitamento de créditos no que se refere às aquisições de graxas e lubrificantes, por se tratar de material efetivamente destinado a uso e consumo do estabelecimento, diante do que se absterá de manifestar qualquer insurreição neste particular. Todavia, no que se refere aos demais pilares do item em foco, pede a improcedência da exigência fiscal.

Disse que a autoridade fazendária apurou ter havido excesso de apropriação no que se refere a aquisições de óleo diesel ocorridas no período fiscalizado. Citou o art. 87, XXXII, do RICMS/97 e afirmou que não promoveu a tomada de qualquer crédito sobre a operação amparada pela Nota Fiscal de nº 8930. Que a autoridade fazendária afirmou que teria havido excesso de creditamento no que tange à contratação de frete aéreo, mas o que houve foi a execução dos serviços de transporte coletivo de empregados.

Também alegou que constatou divergências na apuração entre o demonstrativo consolidado e a planilha analítica do autuante e que nenhuma das aquisições realizadas junto aos fornecedores listados no demonstrativo anexo à peça fiscal acusatória ensejou a tomada de créditos do ICMS, exceção fazendo, apenas, à ínfima apropriação de R\$ 4.232,37 verificada no período.

O autuante informou que o defendente manteve em sua escrita saldo credor de ICMS, em decorrência de:

1. escrituração e manutenção de créditos fiscais em valores superiores aos os permitidos incidentes sobre aquisições de óleo diesel;
2. manutenção na escrita fiscal de créditos indevidos sobre aquisições de graxas e lubrificantes;
3. escrituração indevida de créditos nas aquisições de bens destinados ao ativo permanente do contribuinte;
4. escrituração de créditos fiscais indevidos na contratação de frete aéreo, cujo crédito é limitado à alíquota de 4%; e
5. falta de estorno de créditos fiscais decorrentes de baixas de estoques

Em atendimento à diligência fiscal encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, o autuante esclareceu que em relação aos créditos de ativo, o contribuinte alegou que não houve apropriação de créditos de referência à nota fiscal 8930. Contudo, ao analisar a planilha denominada "5-MFB_2009_2010_crédito_ativo", lá está a mencionada nota fiscal 8930, CFOP 2551, com declaração de BC ICMS de R\$ 204.700,00, alíquota de 7%, origem do Estado de São Paulo, com valor de ICMS lançado de 14.329,00. Afirmou que consta da escrita fiscal do contribuinte o aproveitamento de tal valor, sendo coerente a manutenção da exigência fiscal.

Em relação aos créditos sobre lubrificantes e graxas, diz que mantém a exigência fiscal, reconhecido pelo próprio contribuinte.

Quanto ao Crédito sobre aquisições de óleo diesel, informa o item em questão, tem redução de base de cálculo de 40%, de modo que a carga tributária efetiva resulte em 15%. Ressalta que o crédito a ser tomado pelo contribuinte não deve ser o valor do imposto destacado, mas o valor corretamente calculado e previsto na legislação específica.

Referente ao Estorno de Crédito sobre baixa de estoque, acata os argumentos defensivos e informa que, de fato, os itens em relação aos quais foram efetuadas as baixas de estoque, são todos destinados a uso e consumo do estabelecimento autuado, operações que não permitem o aproveitamento de crédito de ICMS. Assim, valor do estorno de crédito exigido pelo autuante, em relação a este item da autuação é excluído do auto de infração.

Quanto ao Estorno de Crédito sobre transporte aéreo, também acatou os argumentos da defesa às folhas 224 a 225 do PAF, especialmente aquela contida no item 6.29. Assim, os valores reclamados a este título foram excluídos do auto de infração.

Informa que os valores mantidos no Auto de Infração estão listados na planilha denominada “Resumo Créditos Indevidos Escriturados”, separados por cada um dos itens que compõem a infração ora discutida, ou seja, transporte aéreo, baixa de estoque, óleo diesel, lubrificantes e graxas e ativo.

Diz que o valor a estornar, que originalmente era de R\$ 632.854,29, foi reduzido para R\$ 432.613,01, ao passo que o valor da multa foi reduzido de R\$ 379.712,57, para 260.167,81.

Após as informações fiscais e manifestações apresentadas pelo defendente, a lide gira em torno do excesso de apropriação no que se refere a aquisições de óleo diesel, face à redução da base de cálculo das operações em percentual inferior àquele previsto na legislação de regência e apropriação indevida de créditos na aquisição de ativos fixos.

Quanto ao crédito relativo ao ativo fixo, o autuante esclareceu que consta da escrita fiscal do contribuinte o aproveitamento do valor integral, sendo coerente a manutenção da exigência fiscal.

Observo que a utilização do crédito destacado nas Notas Fiscais de aquisição de bens destinados ao Ativo Permanente do estabelecimento deve observar a legislação vigente, notadamente o § 6º do art. 29 da Lei 7.014/96, considerando que a apropriação deverá ser feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento, e não foi comprovado nos autos que o defendente tenha cumprido tal determinação legal.

Em relação à utilização de crédito fiscal relativo a mercadoria entrada no estabelecimento com previsão de redução de base de cálculo e fixação expressa de carga tributária, a legislação estabelece que deverá ser considerado como limite o percentual equivalente a esta carga (§ 8º do art. 29 da Lei 7.014/96).

Nestes casos, entendo que está correto o posicionamento do autuante e acato a revisão por ele efetuada, quando reduziu o débito originalmente apurado. Infração parcialmente subsistente, no valor total de R\$260.347,79, conforme quadro abaixo de acordo com o demonstrativo de débito constante no CD à fl. 799.

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
31/01/2009	09/02/2009	7.329,44
28/02/2009	09/03/2009	6.628,51
31/03/2009	09/04/2009	9.296,63
30/04/2009	09/05/2009	8.270,63
30/06/2009	09/07/2009	10.280,05
31/07/2009	09/08/2009	8.750,48
31/08/2009	09/09/2009	10.495,19
30/09/2009	09/10/2009	13.451,60

31/10/2009	09/11/2009	10.709,52
30/11/2009	09/12/2009	10.167,20
31/12/2009	09/01/2010	11.283,19
31/01/2010	09/02/2010	15.023,34
28/02/2010	09/03/2010	15.832,42
31/03/2010	09/04/2010	21.690,93
30/04/2010	09/05/2010	10.586,21
31/05/2010	09/06/2010	12.091,19
30/06/2010	09/07/2010	11.857,69
31/07/2010	09/08/2010	8.260,66
31/08/2010	09/09/2010	7.190,35
30/09/2010	09/10/2010	10.587,27
31/10/2010	09/11/2010	11.981,91
30/11/2010	09/12/2010	7.046,67
31/12/2010	09/01/2011	21.536,71
T O T A L		260.347,79

Infração 06: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a abril, junho a dezembro de 2009; janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2010.

O autuante informou que o autuado promoveu saídas por devolução de material de uso e consumo e não se debitou do ICMS incidente sobre tais operações

O defendente alegou que as entradas analisadas eram isentas do imposto, decorrendo a impossibilidade de se destacar tributo nos documentos fiscais que acobertaram as devoluções das mercadorias nesses moldes, bem como a desnecessidade de se efetuar qualquer estorno no particular. Afirma que as aquisições objeto das devoluções questionadas, de fato, não ensejaram a tomada anterior de créditos do imposto.

Em atendimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, o autuante esclareceu que em visita ao estabelecimento autuado se convenceu quanto aos argumentos defensivos para justificar a emissão das notas fiscais em questão, sem o destaque do ICMS.

Dentre as alegações, postas pelo autuado, afirma que a mais convincente é a de que os itens listados nos documentos fiscais, descrição do item, na coluna elaborada pelo preposto fiscal, referem-se a materiais de uso e consumo, em que há expressa vedação para o aproveitamento de crédito de ICMS, e que as entradas de tais produtos no estabelecimento autuado, se dera com a proteção da figura da isenção, ou seja, é outro argumento válido para justificar o seu procedimento de não ter destacado o imposto nas notas fiscais em questão.

Diz que o defendente, por meio do documento 20 (fls. 485 e seguintes) deste processo, fez juntar cópias das notas fiscais 144, 165, 274,600, 913, 988, 7461, 7752, 7557, 7787, 7953, 8065 e 8371, estas as notas fiscais de devoluções, emitidas pela autuada, acompanhadas das respectivas notas fiscais de entradas, comprovando que de fato, não houve aproveitamento de crédito fiscal em relação a tais documentos fiscais.

Acata os argumentos da defesa, no sentido de excluir do auto de infração, o valor de R\$ 26.873,60, ao tempo em que solicita ao relator, a dispensa da exigência de juntar cópias dos documentos fiscais relativos às entradas e devoluções, face ao convencimento em relação à tese da defesa, e por entender que a amostra presente no documento 20 do presente processo, satisfaz e supre a sugestão ali consignada.

Considerando as informações prestadas pelo autuante, acatando as alegações defensivas no sentido de excluir do auto de infração, o valor de R\$ 26.873,60, concluo pela insubsistência deste item da autuação fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE EM PARTE	2.510,04
02	PROCEDENTE EM PARTE	12.692,75
03	PROCEDENTE EM PARTE	64.853,23
04	PROCEDENTE EM PARTE	224.115,92
05	PROCEDENTE EM PARTE	260.347,79
06	IMPROCEDENTE	-
TOTAL	-	564.519,73

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206888.0041/13-7, lavrado contra **MINERAÇÃO FAZENDA BRASILEIRO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$549.316,94**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$15.202,79**, prevista no art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

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, 08 de junho de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA