

A. I. N° - 206888.0042/13-3
AUTUADO - JACOBINA MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 29. 05. 2018

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0061-01/18

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIOS FISCAIS. PROGRAMA DESENVOLVE. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento da diferença do imposto entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento autuado, a exemplo de abraçadeira, adaptador, anel de regulagem, arruela de vedação, bucha, botina, cabo, calça masculina, calibrador, cartucho filtro, kit de reparo, kit anéis, lâmpadas fluorescentes, macacão manga curta, haja vista que se trata de peças de reposição, desse modo, destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Entretanto, entre os itens arrolados na autuação, discriminados nas planilhas elaboradas pelo autuante, existem aqueles que, de fato, estão amparados pelo diferimento do ICMS aduzido pelo impugnante, por se tratar de ativo permanente vinculado ao processo produtivo do autuado, cabendo, desse modo, a exclusão dos respectivos valores da exigência fiscal. Cabível, também, a exclusão dos valores exigidos na autuação atinente aos insumos que participam do processo produtivo do autuado. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Autuado elide a autuação ao comprovar que as operações de saídas realizadas, de fato, estavam amparadas pela isenção prevista no artigo 21, II, do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. O próprio autuante na Informação Fiscal reconheceu assistir razão ao autuado. Infração insubstancial. 3. DIFERIMENTO. FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO DESTINATÁRIO. Autuado elide parcialmente a autuação ao comprovar a existência de equívocos no levantamento levado a efeito pelo autuante, bem como ao comprovar que parte do valor do imposto exigido fora recolhida antes do início da ação fiscal. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. a) MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. Autuado comprovou que entre as notas fiscais arroladas na autuação existiam aquelas que foram escrituradas regularmente. O próprio

autuante na Informação Fiscal reconheceu assistir razão ao impugnante. Excluídas da exigência as Notas Fiscais regularmente escrituradas pelo autuado. Retificada de ofício a multa de 10% para 1%, em face da nova redação do inciso IX do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15, que passou a multa de 10% para 1%, do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal. Retificação fundamentada no art. 106 do Código Tributário Nacional, que determina que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração 4 parcialmente subsistente.

b) MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. Autuado comprovou que entre as Notas Fiscais arroladas na autuação existiam aquelas que foram escrituradas regularmente. O próprio autuante na Informação Fiscal reconheceu assistir razão ao impugnante e excluiu da exigência fiscal as Notas Fiscais regularmente escrituradas. Quanto às demais Notas Fiscais arroladas neste item da autuação efetivamente não foram escrituradas. Infração 5 parcialmente subsistente.

5. DEVOLUÇÃO DE MERCADORIA. FALTA DE DESTAQUE DO IMPOSTO NO DOCUMENTO FISCAL. Comprovado tratar-se de devoluções de mercadorias cujas saídas realizadas pelo autuado ocorreram sem destaque do imposto. O art. 268 do RICMS/BA determina que o contribuinte pode utilizar como crédito fiscal o valor destacado na nota fiscal de devolução, limitado ao crédito referente à nota de aquisição. Infração subsistente.

6. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Os bens importados e os materiais de uso/consumo objetos da autuação não estão amparados pelo deferimento do imposto previsto no Programa DESENVOLVE. Infração subsistente. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2013, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$4.690.883,48, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, março a dezembro de 2009, janeiro, março, maio, setembro, outubro e dezembro de 2010, janeiro, março a dezembro de 2011, janeiro a outubro e dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.143.734,32, acrescido da multa de

60%.

Consta, adicionalmente, na descrição da conduta infracional imputada ao autuado que: *Adquiriu mercadorias provenientes de outros estados da federação, destinadas a uso e consumo ou ativo não vinculado ao processo produtivo do estabelecimento, entretanto, quando do lançamento no Livro de Apuração do ICMS, seja por que lançou equivocadamente alguns itens que de fato são materiais de uso e consumo, mas que foram lançados como ativo immobilizado, efetuou lançamentos a débitos em valores inferiores aos efetivamente devidos relativas em tais operações, omitindo recolhimentos do imposto nos exercícios, meses e valores a seguir relacionados: [...].*

2. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, janeiro a junho, agosto a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$9.605,62, acrescido da multa de 60%.

Consta, adicionalmente, na descrição da conduta infracional imputada ao autuado que: *O contribuinte promoveu saídas de mercadorias tributadas acobertadas pelo CFOP 510 2, porém não ofereceu à tributação o imposto incidente sobre tais operações, omitindo recolhimentos de ICMS no valor total de R\$9.605,62 de 2009 e R\$5.052,01 do exercício de 2010, conforme segue: [...];*

3. Recolheu a menos ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo imposto diferido, em razão de não agregar na base de cálculo do imposto o valor a este correspondente, nos meses de março a maio, junho a dezembro de 2009, janeiro a junho, agosto, setembro e novembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$181.246,09, acrescido da multa de 60%;

4. 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, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$73.609,42, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias;

5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro fiscal, nos meses de janeiro a novembro de 2009, janeiro e abril de 2010, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$10.310,24, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias;

6. Deixou de recolher ICMS na devolução de mercadorias tributáveis, cuja entrada foi escriturada com utilização de crédito, e a respectiva saída se deu com documento fiscal sem destaque de imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, janeiro a maio, agosto a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$41.491,63, acrescido da multa de 60%.

Consta, adicionalmente, na descrição da conduta infracional imputada ao autuado que: *Promoveu saídas por devolução de material de uso e consumo e não se debitou do ICMS incidente em tais operações, omitindo recolhimento de ICMS nos exercícios de 2009 e 2010, nos meses relacionados abaixo: [...];*

7. Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas pelo estabelecimento, nos meses de maio, agosto e novembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$230.886,16, acrescido da multa de 60%.

Consta, adicionalmente, na descrição da conduta infracional imputada ao autuado que: *O contribuinte efetuou impostação de bens destinados a edificações, conforme DECLARAÇÃO DE IMPORTAÇÃO número 09/0657965-6, proveniente do exterior, e não recolheu o ICMS devido por tal operação, omitindo recolhimento de ICMS no valor de R\$ 230.886,16, referentes às Declarações de importações números 09/06577985-6, de 27/05/2009; DI 09/1525165-0, de 05/11/2009 e DI 09/1007684-1, DE 04/08/2009 que anexamos ao presente Auto de infração.*

O autuado, por intermédio de advogadas legalmente constituídas, apresentou Defesa (fls.306 a 339 – vol. II). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Consigna que ao analisar detidamente cada uma das infrações, constatou a

procedência parcial da exigência fiscal, mais precisamente no que se refere à parte dos valores glosados nas infrações 1 e 3, já que não logrou localizar quaisquer 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, de acordo com as condições e prazo veiculados pela Lei Estadual n.º 12.903/2013.

Sustenta, no entanto, que o restante da autuação não merece prosperar.

Reporta-se sobre a infração 1. Afirma que boa parte da exigência em foco não se sustenta, já que algumas das operações fiscalizadas não tiveram por objeto materiais daquela natureza, mas, isto sim, (i) itens destinados ao ativo fixo empregados no desenvolvimento de seu processo produtivo, aos quais se aplica o diferimento relativamente à comentada diferença para o momento em que ocorrer a respectiva desincorporação, face os favores fiscais que lhe foram concedidos no âmbito do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, bem como (ii) insumos utilizados na sua atividade fabril, também designados material secundário ou produtos intermediários, não havendo, desse modo, subsídios para a malsinada exigência, à luz das disposições constitucionais e regulamentares que tratam da questão.

No que tange aos itens adquiridos destinados a compor o ativo fixo da empresa, diz que por atender os requisitos estabelecidos nas normas de regência do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980/2001, pleiteou e obteve a concessão dos benefícios alusivos ao referido projeto de fomento e estímulo de empreendimentos industriais no território baiano, nos termos da Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE nº 33/2004, posteriormente alterada pela Resolução nº 10/2006 (doc. 04). Reproduz o teor da referida Resolução nº 10/2006.

Aduz que, conforme se verifica, a referida norma possibilita, entre outros favores fiscais ali previstos, que o “DIFAL” incidente sobre aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo fixo da empresa seja diferido para o momento em que ocorrer a respectiva desincorporação.

Alega, no entanto, que ao alvedrio da comentada benesse, pretende o autuante exigir-lhe o ICMS diferencial de alíquotas referente a determinadas operações ocorridas no período fiscalizado, sob a premissa de que teriam abarcado itens destinados a uso e consumo do estabelecimento, ou que, embora imobilizados, não se vinculam ao processo produtivo.

Assevera que a assertiva do autuante está completamente equivocada, sendo certo que as aludidas aquisições abarcaram, na realidade, bens destinados a compor o maquinário do seu parque de mineração, em virtude da implantação de projetos de modernização e ampliação, caracterizando-se, portanto, como ativo fixo, em estrita observância à legislação de regência da matéria, bem assim às normas técnicas de contabilidade.

Frisa que em conformidade com o art. 179, IV da Lei nº 6.404/76, que rege as Sociedades Anônimas, classificam-se como ativos imobilizados *os direitos que tenham por objeto bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da companhia ou da empresa ou exercidos com essa finalidade (...).*

Salienta que o INSTITUTO BRASILEIRO DE CONTADORES – IBRACON, por sua vez, por meio do seu Pronunciamento nº 07 (NPC 7), definiu como ativos imobilizados os itens tangíveis destinados a uso na produção ou fornecimento de mercadorias ou serviços, pra locação a terceiros, ou para finalidades administrativas, que possuam vida útil superior a um ano. Consigna que em linha com estas considerações, esclarece o MANUAL DE CONTABILIDADE TRIBUTÁRIA que *devem ser classificados no imobilizado os direitos representados por bens tangíveis ou intangíveis utilizados ou a serem utilizados na manutenção e na operação de atividades das entidades, cuja vida útil econômica, em praticamente todos os casos, seja igual ou superior a um ano e que não*

estejam destinados à venda ou à transformação em recursos financeiros.

Observa que no âmbito tributário estadual, o conceito de ativo imobilizado também pode ser extraído do Regulamento do ICMS vigente à época dos fatos geradores abarcados pela autuação, veiculado pelo Decreto n.º 6.284/97, como sendo bem destinado à manutenção das atividades do estabelecimento. Acrescenta que é o que se infere dos dispositivos regulamentares que transcreve.

Assinala que a partir da análise do manancial normativo referido acima, é possível constatar que são classificáveis no ativo imobilizado de determinada entidade os bens que, cumulativamente, (i) possuam vida útil igual ou superior a um ano; (ii) sejam aplicados na manutenção da atividade da empresa adquirente; e (iii) não se destinem à venda.

Diz que aplicando estas considerações à hipótese retratadas, constata-se que parcela das operações interestaduais objeto desta infração teve por objeto bens destinados a compor o ativo imobilizado da empresa diretamente empregados na sua atividade industrial, adquiridos em virtude da implantação de projeto de modernização e ampliação, iniciado no ano de 2007, que acarretou o aumento da média de produção de minério em mais de 2.500t/dia.

Registra que para propiciar o referido incremento, promoveu a construção de uma britagem nova e de novos tanques de lixiviação investindo, ademais, no aumento da capacidade de moagem e de bombeamento.

Esclarece que na britagem nova, foram instalados britadores primários, secundários e terciários, peneiras vibratórias, correias transportadoras, entre outras. Acrescenta que no sistema de moagem, foi substituído o revestimento do moinho, a bronzina e engrenagens, bem como instalado um novo bombeamento para incrementar a capacidade de produção. Diz, também, que foram construídos, ainda, novos tanques com sistema de agitação e um novo espessador E-CAT, e, para recuperação de uma maior quantidade de ouro, instalados gravimétricos Knelson e lixiviador intensivo acácia.

Salienta que além dos referidos investimentos, o sistema elétrico foi reformado como forma de suportar a nova carga de equipamentos, tendo sido criado, também, um novo bombeamento e linha de rejeito, tendentes a dar vazão ao aumento de produção.

Explica que neste panorama, adquiriu, entre outros itens, o INVERSOR DE FREQUÊNCIA objeto da Nota Fiscal nº 378, voltado à expansão da capacidade do sistema elétrico que suporta a lavra, assim como a BOMBA DE ÁGUA objeto da Nota Fiscal nº 3104, empregada no sistema de bombeamento da mina, ambos com vida útil estimada em 10 (dez) anos, conforme demonstrativo colacionado (doc. 05).

Assevera que, desse modo, inexistem dúvidas de que se trata de autênticos ativos imobilizados, já que:

- ✓ *o projeto de ampliação em voga, além de estar estritamente relacionado à atividade-fim da Impugnante, ocasionou o aumento da vida útil da planta de mineração como um todo, ao tempo em que incrementou sua capacidade produtiva, pelo que os itens adquiridos para tal finalidade integraram-se, de forma definitiva, ao seu parque fabril;*
- ✓ *referidos bens apresentam vida útil superior a um ano; e*
- ✓ *não se destinam, por óbvio, à venda.*

Afirma que idêntica conclusão se aplica aos demais itens nomeados no demonstrativo que colaciona sob a rubrica de “doc. 05 de ativo”. Destaca que a indicação dos referidos itens é meramente exemplificativa, e levou em consideração a representatividade numérica destes no lançamento, em face de cumprimento dos requisitos em destaque, 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 [RPAF], caso assim entenda necessário o órgão julgador.

Conclusivamente, diz que em vista do quanto exposto e levando-se na devida conta a literalidade das disposições veiculadas pela Resolução nº 10/2006, constata-se a impossibilidade de exigência do “DIFAL” sobre as aquisições dos bens designados como *ativo* no bojo do doc. 05, impondo-se, com isto, sejam tais operações excluídas do lançamento em testilha.

Prosseguindo, reporta-se sobre as aquisições de produtos intermediários. Diz que noutra vertente, observa-se que parte das operações objeto da autuação teve por objeto insumos empregados na sua atividade fabril, não havendo, portanto, subsídios para a malsinada exigência, à luz das disposições constitucionais e regulamentares que tratam da questão.

Observa que o art. 155 da Constituição Federal, no seu §2º, VII, alíneas ‘a’ e ‘b’, estabelece que *em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual quando o destinatário for contribuinte do imposto e a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele*, destacando, ainda, no inciso VIII daquele mesmo dispositivo, que, na primeira hipótese, *caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual*.

Diz que atento a tais prescrições previu o legislador baiano, no bojo do art. 5º, I do RICMS/97, 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*. Consigna que, assim sendo, somente o contribuinte revestido da qualidade de consumidor final fica adstrito a tal espécie de recolhimento, donde se conclui que não prospera a cobrança de diferencial de alíquotas sobre remessas que tenham por objeto insumos aplicados no desenvolvimento da atividade produtiva do contribuinte.

Aduz que fixadas tais premissas, cumpre perquirir os requisitos eleitos pelo legislador para caracterização dos bens como insumo, a fim de demonstrar a adequação da qualificação atribuída pela empresa aos itens assim denominados no demonstrativo elaborado por profissionais especializados da área de mineração, conforme doc. 05.

Registra que, efetivamente, os insumos, ou produtos intermediários, designam produtos que, apesar de participarem da atividade fabril, não necessariamente integram o produto final, caracterizando-se, isto sim, pelo fato de se apresentarem indispensáveis ao citado processo, ao longo do qual exaurem suas propriedades, tornando-se, desta forma, imprestáveis.

Consigna que é o que se depreende da disciplina conferida pelo RICMS/BA vigente à época dos fatos geradores autuados, veiculado pelo Decreto nº 6.284/97, quando da tutela acerca da garantia o direito ao crédito fiscal decorrente de suas aquisições.

Diz 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. Destaca que o consumo 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.

Assinala que corroborando esta linha de entendimento, é o posicionamento do próprio ente fazendário acerca da questão, estampado no Parecer Normativo nº 01/81 da Procuradoria Fiscal do Estado, cujo texto reproduz.

Ressalta que não destoa do referido posicionamento a jurisprudência do CONSEF, estampada no excerto que transcreve extraído de voto condutores de julgado da 2ª Junta de Julgamento Fiscal.

Destaca que trazendo tais considerações para o caso concreto, advém lógica a constatação de que a autuação rechaçada carece de qualquer respaldo, já que o preposto fiscal promoveu a cobrança de diferencial de alíquotas no que se refere a aquisições de autênticos insumos empregados na

atividade industrial da empresa, tendente à obtenção dos recursos minerais que serão beneficiados e comercializados.

Esclarece que o processo produtivo da empresa. Diz que este *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.*

O minério bruto destas formas obtido é, então, transportado por caminhões até o britador primário, onde terá início a etapa de beneficiamento.

Na fase inicial de britagem primária, os compostos rochosos obtidos na lavra passam por uma grelha fixa e um conjunto de britadores, submetendo-se, ainda, a peneiras vibratórias dotadas de detector de metais, sendo o produto resultante deste processo encaminhado, através de correias transportadoras, para a pilha de minério britado.

O minério britado será, então, submetido à moagem, que tem por objetivo gerar um produto granulometricamente compatível com a fase subsequente. Isto se dá mediante adição de água para ajuste de percentagem de sólidos na polpa do minério britado e encaminhamento desta mistura para as baterias de hidrociclones, que, a partir de sucessivas operações de ciclonagem, haverão de separá-la em compostos overflow – elementos em suspensão que serão espessados e bombeados para a etapa de cianetação – e underflow – elementos em sedimentação que, após passagem por uma centrífuga, com vistas à retirada do ouro livre e relativamente grosso, irão para a fase de lixiviação.

No que se refere ao composto overflow, destaque-se que, para fins de espessamento, passará por uma peneira mais estreita, resultando em água praticamente isenta de partículas sólidas, passível de reutilização no processo produtivo, bem assim numa polpa espessada, contendo cerca de 50% (cinquenta por cento) de material solidificado.

Referida polpa será, então, bombeada para a área de lixiviação CIL, integrada por 06 (seis) tanques dispostos em série, mecanicamente agitados, nos quais são empregados leite de cal, tendente ao ajuste do pH do composto, assim como grandes quantidades de carvão ativado, material dotado de conhecido poder de atrair o ouro, resultando na obtenção de cerca de um quilo deste por tonelada daquele.

Destaque-se que os rejeitos obtidos ao longo da lixiviação CIL serão objeto de tratamento, mediante adição de metabissulfito de sódio, sulfato de cobre e leite de cal, bem como passagem por peneiras, possibilitando, assim, sua disposição final em local próprio, com a devida observância dos ditames da legislação ambiental. É o que se chama de DETOX.

*Especificamente no que se refere ao carvão já utilizado durante a lixiviação CIL, submeter-se-á a processos de **lavagem ácida** – consubstanciada no emprego de ácido sulfúrico destinado à eliminação de íons alcalinos nos seus poros, que poderiam prejudicar a capacidade de adsorção do ouro e posterior adição de solução cáustica, especialmente preparada para tal fim na própria planta industrial da Requerente – **eluição** – deslocamento físico-químico do ouro adsorvido para o eletrólito pobre até seu esgotamento – e **regeneração** – passagem por fornos aquecidos a 700 °C – retornando, por fim, para a área do CIL.*

*Noutro giro, quanto ao composto underflow – correspondente, rememore-se, aos elementos em sedimentação obtidos na moagem –, elucide-se que sofrerá **lixiviação intensiva**, por força do emprego de cianeto e soda caustica, obtendo-se a polpa lixiviada, a ser tratada na área de CIL, nos moldes em que acima expostos, bem como o licor aurífero.*

*Referido líquido, por seu turno, sofrerá **eletrólise**, visando dele extrair ouro por força da diferença de potencial entre anodos (chapa perfurada de aço inoxidável) e catodos (palha de aço carbono) emparelhados para tal fim, que ensejarão a obtenção de uma torta seca, posteriormente objeto de **fusão** em forno hiperaquecido pela queima de gás liquefeito de*

petróleo (GLP), obtendo-se, finalmente, o minério visado.

Ressalta que feitas estas considerações, cumpre-lhe contextualizar, em caráter exemplificativo, a aplicação, nas suas atividades, de alguns dos produtos objeto das operações autuadas. Chama a especial atenção dos julgadores 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:

- ✓ **ácido clorídrico e ácido nítrico:** reagentes químicos utilizados na lavagem acida do carvão para retirada de cálcio, recuperando a eficiência na adsorção do ouro solubilizado;
- ✓ **adaptador piloto rosca R-32:** item empregado na perfuração das rochas, afigurando-se indispensável à abertura de galerias verticais e horizontais dentro das minas;
- ✓ **barrilete LTK48 1,5M, calibrador para perfuração LTK48, tubo interno para barrilete LTK48 3M:** 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 pela Requerente.

Afirma que conforme se pode constatar, os produtos acima descritos se mostram essenciais ao regular desempenho da atividade de extração mineral desenvolvida pela empresa, sendo certo, além disso, que exaurem suas propriedades ao longo do ciclo produtivo, tornando-se imprestáveis para novos empregos.

Assevera que igual conclusão se aplica aos demais itens listados no demonstrativo colacionado sob a rubrica de doc. 05 sob a rubrica de *intermediário* - impondo-se destacar que a indicação constante do item 3.47 supra é meramente exemplificativa, e levou em consideração a representatividade numérica dos aludidos itens no lançamento -, 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 [RPAF], caso assim entenda necessário essa d. Junta de Julgamento.

Rechaça a infração 2. Destaca que a partir da análise do demonstrativo anexo à peça fiscal acusatória, é possível constatar, sem qualquer dificuldade, a existência de lançamento dúplice no que se refere às Notas Fiscais de nºs 276 e 327, contempladas na competência junho de 2010, de forma que devem ser imediatamente excluídos deste item os valores de R\$321,73 e R\$238,00, respectivamente.

Diz que adotada esta providência, melhor sorte não assistirá ao restante da exigência em tela, já que as operações versadas são isentas do imposto.

Alega ter constatado que referidos documentos se prestaram a respaldar saídas de óleo queimado, quase todas destinadas à pessoa jurídica LWART LUBRIFICANTES LTDA., conforme campos INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES E DESTINATÁRIO das Notas Fiscais acostadas no doc. 06.

Esclarece que se inserem na hipótese de isenção prevista no art. 21, II, do RICMS/97, cuja redação reproduz.

Sustenta que em vista da incontestável natureza das saídas, devidamente estampada nos documentos fiscais correlatos, aliada ao fato de que o destinatário LWART LUBRIFICANTES LTDA., goza da necessária autorização da ANP para efetuar a coleta de resíduos dessa natureza, conforme atesta o Relatório anexado, obtido junto ao sítio eletrônico da aludida Agência Reguladora (doc. 07), dúvidas não podem pairar quanto à impossibilidade de exigência de ICMS, no particular.

Registra que a sua tese encontra ampla acolhida junto a este CONSEF, que, em situações análogas, afasta lançamentos desta monta reconhecidamente indevidos ainda em sede de diligência fiscal. Neste sentido, reproduz excerto da decisão proferida no Acórdão JJF Nº 0050-3/11, em sede de

análise de operações contratadas com a própria LWART LUBRIFICANTES LTDA.

Ressalta que ainda que assim não fosse, admitindo-se, a título meramente argumentativo, que de operações isentas não se tratasse, o que, segundo diz, cogita apenas hipoteticamente, haja vista a manifesta improcedência da autuação, no particular, a impossibilidade de o ente fazendário promover quaisquer exigências a título do imposto estadual enfocado, face à existência de saldos credores acumulados nos períodos correlatos.

Diz que caso ultrapassada a improcedência da exigência do ICMS em apreço, incumbir-lhe-ia promover a recomposição da escrituração fiscal da empresa nos meses analisados, de forma a aferir, a partir do cotejo entre a totalidade de débitos e créditos verificados, se haveria débitos passíveis de serem lançados.

Alega que isto se justifica em face do quanto disposto no art. 111, II e III, alínea “a”, do RICMS/BA/97, de acordo com o qual *constitui débito fiscal, para fins de cálculo do imposto a recolher (...) o valor dos créditos estornados; e o valor correspondente à diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo immobilizado do adquirente.*

Assinala que em consonância com o quanto alegado, é o posicionamento do CONSEF, refletido no excerto de decisão que reproduz.

Assevera que jamais poderia o autuante ter efetuado o lançamento de qualquer quantia a título de ICMS, tal como inadvertidamente o fez, uma vez que a empresa, consoante destacado no bojo do Auto de Infração 206888.0040/13-0, *ao final do exercício de 2012 apresentava SALDO CREDOR ACUMULADO DE ICMS no valor de R\$ 41.735.610,43*, suficiente para fazer face aos montantes objetos da refutada cobrança, ressalta.

Conclusivamente, diz que resta demonstrada a total insubsistência da infração 2.

Reporta-se sobre a infração 3. Salienta que neste item, o autuante promove o lançamento de todo o ICMS incidente sobre operações com refeições a partir do *gross up* das respectivas bases de cálculo, e não da diferença supostamente recolhida a menos, conforme a acusação fiscal.

Pontua que a partir da análise do demonstrativo elaborado pelo autuante, constata-se a existência de lançamento dúblice no que se refere à Nota Fiscal nº 148, emitida em 24 de junho de 2010, devendo ser prontamente excluído da autuação o valor de R\$176,52.

Acrescenta que, além disso, deverão ser igualmente excluídas da exigência rechaçada os supostos débitos alusivos às operações contratadas junto às pessoas jurídicas JOSEMAR SILVA CAVALCANTE, CRISTINA MARIA DA SILVA SAÚDE, EMPRESA SERTANEJA DE HOTÉIS LTDA., E ROCHA DESSA, TNM LIMA ROCHA & CIA. LTDA., NK COMÉRCIO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA. – ME, MR CORDEIRO & FILHO LTDA. – ME, . em face de referidas operações terem por objeto o fornecimento de alimentação em hotéis, buffets e restaurantes situados em localidades próximas à mina lavrada, não havendo, portanto, seu ingresso no seu estabelecimento. Exemplifica mencionando o contrato que anexou, firmado com o fornecedor EMPRESA SERTANEJA DE HOTÉIS LTDA., que abarca, entre outros serviços, o fornecimento de alimentação, indicando *Local da Execução: Hotel Serra do Ouro* (doc. 08).

Assevera que, desse modo, 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 quantia de R\$3.897,40, conforme planilha que colacionou (doc. 09).

Acrescenta que, além disso, constatou determinadas inconsistências no que se refere à delimitação da base imponível perpetrada pelo autuante sob a sistemática de *gross up*, as quais cuidou de evidenciar no demonstrativo colacionado sob a rubrica de doc. 10, que indica diferenças da ordem de R\$ 14.623,44.

Ressalta que feitos esses ajustes, remanesceria exigência no montante de R\$162.478,68, conforme demonstrativo que apresenta abaixo:

Valor autuado (A)	R\$ 181.246,09
Lançamento dúplice NF nº 148 (B)	R\$ 176,42
Refeições que não ingressaram no estabelecimento (C)	R\$ 3.897,40
Inconsistências <i>gross up</i> (D)	R\$ 14.623,44
Exigência remanescente após ajustes (E = A-B-C-D)	R\$ 162.548,83

Consigna que desse saldo, não olvida, imbuído da boa-fé que sempre pautou sua conduta perante o Fisco, que efetivamente deixou de recolher a quantia de R\$11.825,40, referente a aquisições efetuadas junto à pessoa jurídica SAPORE S/A, inscrita no CNPJ sob o nº 67.945.071/0046-30.

No que tange ao valor remanescente de R\$ 150.723,43, destaca que não somente recolheu aos cofres públicos, como o fez em montante superior, no caso R\$ 441.333,93. Acrescenta que é o que demonstra a planilha anexada (doc. 11), elaborada com o devido respaldo no seu DIÁRIO AUXILIAR CONTAS A PAGAR escriturado (doc. 12), bem como nos correlatos DOCUMENTOS DE ARRECADAÇÃO ESTADUAL – DAES, alguns dos quais colacionados aos autos em caráter exemplificativo sob a designação de doc. 13, referentes às aquisições realizadas junto à UNIALIMENTER COMÉRCIO E SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO LTDA. (nome fantasia “SEIVA”), sendo certo que as demais quitações em foco podem ser comprovadas pelo autuante, sem qualquer entrave, junto à base de dados fazendária.

Afirma que urge seja revisto o lançamento, subsistindo, tão somente, a exigência de R\$11.825,40, relativa às refeições adquiridas junto à SAPORE S/A, conforme já explicitado.

Reporta-se sobre as infrações 4 e 5, conjuntamente. Destaca que algumas das operações objeto da autuação foram devidamente escrituradas no seu livro Registro de Entradas de Mercadorias (doc. 14 e doc. 15), conforme tabelas que apresenta.

Alega que nesse panorama, certo é que devem ser prontamente excluídas dos lançamentos em combate as quantias de R\$25.367,12 (infração 4) e R\$ 529,06 (infração 5).

Acrescenta que, além disso, no que se refere ao saldo remanescente das referidas penalidades pecuniárias, haverá de ser desconstituído por este CONSEF, em atenção ao art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, cujo teor reproduz.

Discorre sobre a sanção tributária que deve punir o infrator na exata medida da sua culpabilidade, de forma que o *quantum* cominado sob esta égide haverá de ser proporcional ao tributo exigido, guardando coerência, ainda, com o grau de culpabilidade do agente. Neste sentido, invoca e reproduz lições de Helenilson Cunha Pontes.

Diz que a partir da leitura do referido dispositivo, 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.

Assevera que aplicando estas disposições à hipótese vertente, advém clara a necessidade de cancelamento das multas remanescentes cominadas à empresa por meio das infrações 4 e 5, haja vista que, consoante se extraí da acusação fiscal, a Fiscalização, por meio das referidas infrações, atribui à empresa prática consubstanciada na ausência de escrituração, no livro Registro de Entradas, de operações que haveriam de estar ali registradas. Diz que se trata, indubitavelmente, de autêntico descumprimento de obrigação acessória.

Registra que, além disso, 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, pelo autuante.

Nota que não se configura, na espécie, prejuízo aos cofres públicos, já que (i) o item 4 abarca operações não sujeitas à incidência do ICMS; e (ii) a cogitada ausência de registro das entradas objeto do item 5 implicaria, isto sim, prejuízo à empresa, que deixou de se apropriar dos créditos correspondentes.

Conclusivamente, diz que resta evidente que se fazem presentes, no caso concreto, todos os requisitos eleitos pela legislação de regência como aptos a possibilitar que esta Junta de Julgamento Fiscal determine o imediato cancelamento dos saldos remanescentes das infrações 4 e 5.

Rechaça a infração 6. Alega que a Fiscalização, em momento algum, se desincumbiu do ônus de comprovar que os itens devolvidos teriam efetivamente ensejado a apropriação de créditos quando das suas aquisições, tendo, simplesmente, presumido o creditamento.

Salienta que ao assim proceder, a Fiscalização claramente 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 deste CONSEF 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, tal como exemplifica o excerto adiante estampado referente ao Acórdão CJF Nº 0172-12/04.

Diz 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 ICMS.

Frisa que compulsando as Notas Fiscais arroladas na autuação, verificou que não mencionam os documentos de entrada a que se reportam. Acrescenta que, diante disso, relacionou todas as operações que abarcaram os itens objeto das devoluções autuadas, desde o início das suas operações, no ano de 2007, tendo constatado que nenhuma das aquisições realizadas sob tais títulos junto aos fornecedores listados no demonstrativo anexo ao Auto de Infração ensejou a tomada de créditos do ICMS (doc. 16), como erroneamente cogitado pelo autuante.

Sustenta que, diante disto, a conclusão não pode ser outra senão a de que não existiu qualquer apropriação relativa às aquisições dos itens posteriormente devolvidos, objeto das Notas Fiscais arroladas na autuação, conforme doc. 16, 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 [RPAF], caso assim entenda necessário esta Junta de Julgamento Fiscal, restando clara, em consequência, a improcedência dessa exigência.

Ressalta que ainda que se admitisse a procedência da exigência fiscal, o que, segundo diz, cogita a título meramente hipotético e por amor ao debate, mesmo assim haveria de ser observada, também nesta seara, a necessidade de recomposição da sua escrita fiscal, haja vista a existência de saldos credores acumulados do imposto, nos mesmos moldes em que defendidos linhas acima.

Rechaça a infração 7. Afirma que o ICMS alusivo às referidas importações não foi recolhido pelo simples fato de que não era devido no desembaraço aduaneiro.

Alega que diante do fato de que as operações abarcaram bens destinados a integrar o ativo fixo do estabelecimento, ficam diferidos para o momento em que ocorrer a sua desincorporação o lançamento e pagamento do ICMS, tal como possibilita o art. 1º, alínea “a”, da Resolução 33/2004, editada pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, posteriormente alterada pela Resolução nº 10/2006 (doc. 04), consoante a qual é concedido, dentre outros, o *benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação, nas (...) nas operações de importação de bens do exterior*.

Aduz que, tanto é assim, que os itens importados foram desembaraçados sem o recolhimento do ICMS a que estaria adstrita a empresa, nos termos da legislação de regência, não fosse o favor

fiscal acima destacado. Diz que é o que atestam as GUIAS PARA LIBERAÇÃO DE MERCADORIA ESTRANGEIRA SEM COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO ICMS colacionadas, expedidas pela própria Secretaria da Fazenda deste Estado, bem assim as Notas Fiscais de entrada dos bens importados que emitiu, devidamente visadas pelo Fisco baiano (docs 20 a 22).

Diz que exsurge hialina, nesta senda, a improcedência do vergastado lançamento, também neste particular.

Finaliza a peça defensiva requerendo seja julgado parcialmente procedente o Auto de Infração, mantendo-se, unicamente, os valores relativos à parcela das infrações 1 e 3, reconhecidas. Requer, ainda, a juntada posterior de documentos, bem como a realização de diligências fiscais para a constatação dos fatos alegados e análise dos documentos colacionados, caso assim entenda necessário este órgão julgador administrativo.

O autuado apresentou expediente (fl. 790 vol. III) no qual informa a 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, disciplinada pelo art. 1º, II e §3º, I do referido diploma legal.

Salienta que, nesse contexto, em cumprimento ao quanto disposto no art. 4º, II, do referido diploma legal, reitera os termos do *Termo De Confissão De Dívida* tempestivamente apresentado à autoridade fazendária competente (doc. 01), ao tempo em que manifesta desistência de defesas e recursos administrativos apresentados com vistas a desconstituir o Auto de Infração em referência apenas e tão somente no que concerne aos débitos quitados com os benefícios em questão, devidamente discriminados no demonstrativo anexado (doc. 01).

Finaliza requerendo a homologação da desistência formulada, e a certificação dos referidos pagamentos, efetuados dia 28/11/2013, com a consequente extinção dos créditos tributários correlatos, a teor do artigo 156, inciso I, do Código Tributário Nacional - CTN.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.845 a 879 – vol. III). Observa que a despeito de o impugnante informar que se absteria de discutir as matérias relacionadas às infrações 1 e 3, ao adentrar na discussão do mérito da autuação, consignou o seu inconformismo no tocante à infração 1, afirmando que boa parte da exigência não se sustenta, já que algumas das operações não tiveram por objeto materiais daquela natureza, mas, itens destinados ao ativo fixo empregados no desenvolvimento de seu processo produtivo, aos quais se aplica o diferimento.

Diz o autuante que não ignora a regra da concessão do benefício do DESENVOLVE ao autuado, tampouco desconhece os termos da Resolução 10/2006 aludida pelo impugnante.

Registra que o ICMS exigido na infração 1, decorre de aquisições de materiais destinados a uso ou consumo do estabelecimento, apurados conforme planilhas que integram o Auto de Infração, seja por que os valores apurados e lançados a título de “DIFAL” pelo contribuinte, como materiais de uso e consumo foi apurado com erro, ou por que adquiriu materiais destinados a uso e consumo, mas os escriturou como ativo fixo, com a utilização equivocada dos CFOPs 2551 ou 3551, quando deveriam ser acobertados pelos CFOPs 2556 ou simplesmente são de fato ativo fixo, mas tais bens não são destinados à atividade fim da empresa, pelo contrário, são utilizados em atividades secundárias, paralelas, marginais ao processo produtivo da empresa, alheias à atividade do estabelecimento, como é o caso de veículos adquiridos para transportes de passageiros, ambulâncias etc., que de fato devem ser escriturados como bens de ativo, mas não fazem jus ao benefício do DESENVOLVE, tampouco ao diferimento em relação à DIFAL.

Assinala que em consulta ao Portal da SEFAZ, na data da Informação Fiscal, consta que a atividade econômica declarada pelo contribuinte, para a obtenção da inscrição necessária e imprescindível para iniciar suas atividades no Estado da Bahia, cujo código está voltada para o “BENEFICIAMENTO DE MINÉRIO DE METAIS PRECIOSOS”.

Observa que o documento acostado à fl. 340 dos autos, colacionado à peça de defesa pelo

contribuinte, que vem a ser o comprovante de inscrição e situação cadastral do contribuinte, por ele mesmo extraído do site www.receitas.fazenda.gov.br, informa que a atividade econômica desempenhada pelo contribuinte mediante o código 07.24-3-02, seja, BENEFICIAMENTO DE MINÉRIO DE METAIS PRECIOSOS.

Registra que a Cória do Contrato Social da empresa, acostada à fl. 377, Cláusula 3^a, que trata do objeto social, assim se expressa: “*Cláusula 3^a – O objeto social compreende: (a) a exploração, prospecção, industrialização e comercialização de minérios de qualquer natureza*”.

Diz que o fato é que, de todos os documentos analisados, constata-se que nas diversas oportunidades em que o contribuinte pôde declarar o tipo de atividade econômica desenvolvida, em nenhum momento fez alusão à atividades relacionadas com a construção civil, como de fato são as atividades relatadas pelo contribuinte, não restando dúvidas que aquelas atividades referidas pelo impugnante, são atividades alheias à atividade econômica do autuado, de tal modo que são estranhas à atividade principal do contribuinte, não estando, portanto, amparadas, pelo benefício do DESENVOLVE e, por conseguinte, também não encontram acolhimento no regime de DIFERIMENTO, conforme alegado pelo impugnante.

Acrescenta que, além disso, o artigo 97 do RICMS/ BA/97, aprovado pelo Decreto n° 6.284/97, vigente à época das operações, veda o crédito do ICMS. Neste sentido, reproduz o referido dispositivo regulamentar.

Assinala que o § 2º do artigo 97, que cuida da definição do que sejam produtos alheios à atividade do contribuinte, dispõe ser entre eles, “os imóveis por acessão física”, confirmado, mais uma vez, que os materiais adquiridos para a construção de tanques de lexiviação, revestimentos de moinhos, bronzinhas e engrenagem, assim como de igual modo, os investimentos no sistema elétrico, são investimentos voltados ao campo da engenharia civil, também alheios à atividade fim do contribuinte, daí a razão por que foram consignado no Auto de Infração em lide.

Registra que sobre o tema em questão, já decidiu o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, no Acórdão 19.558.12/2^a Rito Sumário, publicado no Diário Oficial daquela Unidade da Federação: Reproduz o referido Acórdão.

Aduz que é certo que a LC 87/96 permite o aproveitamento do crédito de ICMS nas aquisições de bens destinados ao ativo permanente, entretanto, são também explícitas as restrições que a referida Lei impõe para o aproveitamento de tais créditos. Neste sentido, invoca e reproduz ensinamento de Alcides Jorge Costa.

Frisa que o ensinamento do insigne mestre, é exemplo perfeito das atividades do contribuinte relatadas no processo, que não geram créditos e se não geram direito a crédito, por se tratar de atividade alheia à atividade do contribuinte, sobre tais aquisições incidirá o ICMS diferencial de alíquota, já que não haverá uma saída tributada pelo ICMS na operação subsequentes, pois foram adquiridos para uso final do estabelecimento. Observa que o bem imóvel, resultado da aplicação de materiais de construção, bem imóvel por acessão física artificial, pela sua própria natureza, é coisa alheia aos eventos tributáveis pelo ICMS, está fora do campo da incidência definido na Regra-Matriz do ICMS, a CF/88. Diz que assim sendo, não há como associá-lo à atividade do estabelecimento. Salienta que os bens imóveis resultantes da aplicação destes materiais poderão ser tributados por outros tributos, no caso IPTU ou ITCD, ITR, jamais pelo ICMS, daí por que não gera direito a crédito do ICMS, sendo, portanto, correta a cobrança da DIFAL apontada no Auto de Infração.

Diz que a Lei Complementar nº 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 sub empreitada, 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 e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

Consigna que pela descrição expressa da Lei Complementar nº 116/03, 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).

Em conclusão, afirma que as obras em que foram utilizados os materiais objeto da cobrança de DIFAL no caso sob análise, são obras de construção civil, com incidência do ISS, desse modo, não se trata de evento tributado ou tributável pelo ICMS, por consequência lógica, os materiais empregados nas construções, ampliações e reformas relatadas pelo contribuinte, são obras de construção civil, estão no âmbito do ISS nos termos da Lei Complementar 116/03, não geram créditos relativos ao ICMS, e sobre tais aquisições, no caso concreto sob análise incide a DIFAL, pois adquiridos pelo contribuinte na condição de usuário final e por que alheias à atividade fim do contribuinte.

No tocante ao pedido do impugnante para realização de diligência, o autuante invoca o artigo 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto 7.629/99, cuja redação do seu § 1º tem o seguinte teor: *§1º - A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.*

Acrescenta que o artigo 147 do mesmo RPAF, inciso I, alínea “b”, estabelece que *será indeferido o pedido de diligência quando for destinado a verificar fatos vinculados à escrituração fiscal ou a documentos que estejam de posse do requerente e cuja cópia simplesmente poderia ter sido juntada aos atos.*

No intuito de confirmar o acerto da autuação, o autuante invoca e reproduz excertos do Acórdão 20894/13/3^a, referente ao Auto de Infração lavrado contra a empresa Minerações Brasileiras Reunidas S/A – MBR de lavra do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, no qual fica bem claro o que deve ser classificado como material de uso e consumo, produtos intermediários e produtos adquiridos para uso em atividade alheia à atividade fim do contribuinte.

Lembra o autuante que, no tocante ao ativo imobilizado, o direito ao crédito e a incentivos fiscais a exemplo do DESENVOLVE e DIFERIMENTO se dá em relação àqueles bens que, além de imobilizados, têm por finalidade a utilização efetiva e específica na atividade relacionada à tributação do ICMS, ou seja, vinculação à produção industrial.

Afirma que resta patente o acerto da autuação, também no que se refere aos produtos de laboratório, cuja relação transcrita absorve todos os itens arrolados no presente no Auto de Infração e que foram considerados corretamente no julgamento acima aduzido como materiais de uso e consumo.

Ressalta que a empresa Jacobina Mineração e Comércio Ltda., é sucessora da empresa Vale do Rio Doce S/A, sobre a qual recaiu os efeitos do acórdão de cujo trecho transcreveu, 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.

No tocante à infração 2, diz que o contribuinte promoveu saídas de mercadorias tributadas acobertadas pelo CFOP 5102, porém não ofereceu à tributação, o imposto incidente sobre tais operações, omitindo recolhimentos de ICMS no valor total de R\$9.605,62, à alíquota de 17%, vencidos nos prazos e valores indicados no Auto de Infração, sendo R\$4.453,61, referente ao exercício de 2009 e R\$ 5.052,01 do exercício de 2010, conforme discrimina.

Esclarece que o ICMS apontado no Auto de Infração como devido pelo contribuinte decorreu do fato de o mesmo ter promovido saídas de mercadorias tributadas, acobertadas pelo CFOP 5102, porém, as considerou como não tributadas, sendo que no Auto de Infração está assim relatado.

Registra que são verídicas e procedentes as alegações do impugnante, sendo todos os valores apontados no Auto de Infração em relação à infração 2 excluídos.

Quanto à infração 3, diz que o impugnante alega que a Nota Fiscal nº 148, emitida em 24/10/2010, foi lançada em duplicidade e solicita que o ICMS no valor de R\$ 176,52 relativo ao documento citado seja excluído da autuação.

Esclarece que consultando a planilha gravada em mídia eletrônica entregue ao contribuinte denominada “2-JACOBINA_2009_2010_REFEIÇÕES”, constatou que a Nota Fiscal nº 148, emitida em 24/06/2010, foi lançada em duplicidade e o valor a ser excluído do Auto de Infração de referência à citada Nota Fiscal é R\$204,16 e não R\$176,52 conforme apontado pelo impugnante.

Consigna que, desse modo, o valor do débito referente ao mês de junho desta infração passa a ser R\$204,16 e o valor total da infração, referente ao exercício de 2010 será reduzido de R\$ 108.192,66 para R\$107.988,50.

Quanto à pretensão defensiva de que sejam excluídas as Notas Fiscais emitidas pelos fornecedores JOSEMAR SILVA CAVALCANTE, CRISTINA MARIA DA SILVA SAÚDE, EMPRESA SERTANEJA DE HOTÉIS LTDA, E ROCHA DESSA, TNM LIMA ROCHA & CIA LTDA, NK COMÉRCIO E PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS LTDA E MR CORDEIRO & FILHO LTDA, afirma que fato é 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 seus empregados; existiu a celebração de contrato entre o autuado e o fornecedor das refeições; o fornecedor emitiu a nota fiscal confirmado o fornecimento das refeições; e o autuado registrou as notas fiscais 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 o adquirente de sua responsabilidade tributária.

Ressalta 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 mesmo das operações de aquisições ainda não se encontram aptos para uso no estabelecimento, necessitando que antes de serem colocados em uso, sejam encaminhando para um processo de industrialização em outro estabelecimento, para só depois de adaptados às necessidades da adquirente, serem finalmente postos em operação.

Salienta que se refere às operações acobertadas pelos seguintes CFOPs:

"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 transitou pelo estabelecimento adquirente da mercadoria".

Ressalta 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:

- - 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 presente caso, o fato de as refeições terem sido consumidas no estabelecimento fornecedor, não as descaracterizam quanto ao diferimento a que estavam submetidas, pois é mera circunstância espacial, pois o que as caracterizam como sujeitas a regime de diferimento, é a existência do contrato celebrado entre o autuado e os fornecedores com o propósito de alimentar os empregados da contratante. Acrescenta que, no caso concreto, não restava aos empregados da autuada opção 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 resarcimento por parte do empregador, à vista do documento fiscal comprobatório do encargo.

Observa 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 do autuado 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 resarcimento, quando a nota constará como adquirente o empregado ou consumidor final da refeição adquirida.

Conclusivamente, consigna que mantém a autuação nos valores, prazos e condições fixados no demonstrativo de débito que integra o Auto de Infração, exceto quanto ao valor referente à Nota Fiscal nº 148, em razão de efetivamente ter sido lançada em duplicidade.

No que concerne às infrações 4 e 5, reporta-se, também, conjuntamente, sobre as alegações defensivas. Diz que o impugnante apresenta singela planilha, na qual alega que algumas notas fiscais arroladas na autuação foram devidamente escrituradas no livro Registro de Entradas de Mercadorias, razão pela qual solicita que os valores apontados em cada uma delas sejam excluídos da autuação. Acata o argumento defensivo, pois, segundo diz, é procedente.

Salienta que, em que pese à possibilidade jurídica de cancelamento das penalidades pecuniárias resultantes de descumprimento de obrigações acessórias, previsto na Lei nº 7.014/96, opina pelo não atendimento do pedido formulado pelo impugnante, pois 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 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, no tocante ao cometimento desse tipo de infração.

Conclusivamente, após a exclusão dos valores atinentes às notas fiscais cujos lançamentos restaram comprovados pelo impugnante, opina pela procedência do valor remanescente da infração.

Relativamente à infração 6, afirma que as operações deveriam sair do estabelecimento do autuado acobertadas por notas fiscais com destaque do imposto, independentemente de ter se apropriado ou não do ICMS pelas operações de aquisições.

Consigna que por expressa disposição contida no artigo 2º da Lei Complementar nº. 87/96, o ICMS incide nas *operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares*.

Acrescenta que, do mesmo modo, o artigo 2º da Lei 7014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, ao tratar da incidência do ICMS estabelece que: *Art. 2º - O ICMS incide sobre: I - a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, incluídos os serviços prestados.*

Observa 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. Acrescenta que quando ocorrerem operações de saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição em operações com tributação já encerrada, o próprio Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, estabelece as regras para resarcimentos ou estornos de débitos. Diz que 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.

Registra que, quando verificou os livros de apuração do ICMS do contribuinte, referentes aos exercícios de 2009 e 2010, anexados por cópia às fls. 61 a 159 dos autos, constatou que no campo denominado “Outros Créditos – Estorno de débito” o valor total dos créditos apropriados pelo contribuinte nos exercícios citados alcança o montante de R\$71.535,66, enquanto o valor exigido neste item da autuação totaliza R\$ 41.491,63.

Conclusivamente, diz que mantém a autuação.

No respeitante à infração 7, esclarece que reclamou, em favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, ICMS incidente sobre aquisições de bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento do contribuinte, em virtude de tais ativos não se destinarem a uso em sua atividade fim, mas pelo contrário, os bens do ativo fixo importados por meio das Declarações de Importações nºs 09/06577965-6, 09/1007684-1 e 09/1525165-0, foram destinados a uso em fim alheios à atividade do contribuinte.

Salienta que, apesar do desconforto da repetição, pede vênia para transcrever parte dos comentários feitos em relação à infração 1, especialmente em relação às operações “alheias à atividade do contribuinte”, conforme faz.

Contesta a alegação defensiva. Ressalta que a GUIA PARA LIBERAÇÃO DE MERCADORIA ESTRANGEIRA SEM COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO ICMS – GLME, é documento emitido por solicitação do importador e ao que parece, o impugnante ignora tratar-se de desoneração provisória, não definitiva, passível de verificação posterior.

Diz que se o impugnante verificasse melhor e minuciosamente tal guia, verificaría que nela consta a seguinte informação: *Solicitamos a liberação ou bens abaixo descritos, sem a comprovação do recolhimento do ICMS. Estamos cientes de que o tratamento tributário está sujeito a reexame e confirmação.*

Afirma ser inegável, portanto, que a liberação de mercadoria estrangeira sem comprovação de recolhimentos do ICMS para que se torne definitiva, se faz necessária verificação posterior por parte do Estado, no presente caso, por ele mesmo, na condição de Auditor Fiscal, que constatou que a incidência do ICMS na referida operação de importação, por tratar-se de mercadoria não destinada à aplicação ou utilização na atividade fim da empresa.

Observa que o reexame posterior foi justamente a verificação que efetuou, que analisando os documentos que formam o processo de importação, em especial a Declaração de Importação, onde consta a descrição dos produtos importados, constatou que os produtos importados não foram adquiridos para uso na atividade fim do contribuinte, mas sim em atividade alheia aos fins do autuado, de modo que embora de ativo fixo tratasse, não encontrou amparo na figura do diferimento, tampouco, no programa DESENVOLVE, justamente por destinar-se a atividade alheia àquela desenvolvida pelo contribuinte.

Aduz que, com efeito, os materiais importados foram destinados a edificações e instalações que não fazem parte da atividade econômica desenvolvida pelo contribuinte como alhures ficou amplamente demonstrado.

Consigna que a insigne professora Maria Helena Diniz, no Livro Código Civil Anotado, p. 158-171, ed. 11^a, 2005, ministra que: *121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito jurídico a evento futuro e incerto.*

Assevera que é o próprio impugnante que, por meio de sua peça de defesa quem confirma o acerto da ação fiscal.

Ressalta que a Nota Fiscal nº 7322, acostada ao processo pelo próprio contribuinte, informa no campo destinado à descrição do produto, tratar-se de bens destinados a "EDIFICAÇÕES OPERACIONAIS", ou seja, acessões físicas, não amparadas pelo regime de diferimento, pois incompatível com a atividade fim do contribuinte que consiste no BENEFICIAMENTO DE MINÉRIO DE METAIS PRECIOSOS; tais bens foram destinados a atividades alheias à atividade econômica desempenhada pelo contribuinte. Eles foram destinados a atividades paralelas, secundárias, marginais ao processo industrial desempenhado pelo contribuinte autuado e para tais operações, não foi concedido diferimento como imaginado pelo contribuinte.

Já a Nota Fiscal nº 7682, e a Nota Fiscal nº 8199, melhor sorte não contempla o contribuinte, pois também foram emitidas pelo próprio autuado e em ambos os documentos fiscais, no campo destinado à informação quanto ao CFOP da operação, constam o CFOP "3556 - Compra de Material Para Uso ou Consumo adquiridos por importações", sobre os quais não são concedidos diferimento, de modo que, de fato, sobre tais operações incidiram o "ICMS - IMPORTAÇÕES," código de receita 903, não recolhido pelo contribuinte.

Consigna que postas estas considerações, mantém integralmente este item da autuação.

Finaliza a peça informativa nos seguintes termos:

- infração 1, manteve;
- infração 2, excluiu;
- infração 3, manteve parcialmente;
- infrações 4 e 5, manteve parcialmente. Excluiu a importância de R\$25.896,18, em face de o impugnante ter comprovado o registro na escrita fiscal das notas fiscais apontadas na peça de defesa;
- infração 6, manteve;
- infração 7, manteve.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal, se manifestou (fls.890 a 922 – vol. IV). Diz que em que pese os argumentos veiculados na Defesa inicial não deixem dúvidas quanto à improcedência do lançamento combatido, o autuante, muito embora destaque, acertadamente, a necessidade de afastamento da malsinada exigência quanto à totalidade da infração 2, bem assim quanto às infrações 3, 4 e 5, busca convencer a Junta de Julgamento Fiscal de que se afigura procedente o restante da autuação. Reitera que improcede a autuação quanto à parte mantida pelo autuante na Informação Fiscal.

No que tange à infração 1, diz que se trata de nítida tentativa de induzir a erro esse órgão julgador administrativo, já que o próprio autuante finda por reconhecer na Informação Fiscal, que apenas parte da exigência referente à infração 1, assim como na infração 3, da acusação fiscal deixou de ser impugnada.

Afirma que é legítima a defesa oportunamente protocolizada, no que tange à parcela da infração 1, assim como da infração 3, cuja procedência, em momento algum reconheceu.

Assevera que as demais alegações do autuante não se sustentam.

Salienta que, como visto, o autuante não contesta que alguns dos itens objeto da autuação, mais precisamente aqueles identificados como *ativo* no bojo do demonstrativo acostado à peça defensiva sob a rubrica de “doc. 05”, revestir-se-iam de tal qualidade.

Alega que ao contrário, o autuante termina por chancelar a classificação que lhes fora atribuída pela empresa. Registra a total insubsistência das ilações do autuante, uma vez que os itens em tela, devidamente identificados como *ativo* no bojo do “doc. 05”, longe de se distanciarem das atividades de lavra desenvolvidas pela empresa, foram adquiridos, justamente, para a implantação de projetos de modernização e ampliação do seu parque de mineração, que acarretaram o aumento da média de produção em mais de 2.500t/dia. Reitera o que afirmara na Defesa inicial. Afirma que inexistem dúvidas de que os itens em tela se configuram ativos intrinsecamente relacionados às atividades-fim desempenhadas pela empresa, tendo sido adquiridos e empregados justamente com vistas ao incremento destas.

Alega que, mesmo se se tratasse de itens destinados, em caráter definitivo e indissociável, à construção de imóveis diretamente empregados na atividade operacional do contribuinte, o que segundo diz não é a hipótese dos autos, haveria de ser reconhecida sua condição de ativo imobilizado sujeito ao diferimento acima abordado, haja vista suas vinculações diretas, e jamais alheias, ao processo produtivo por meio do qual se origina a mercadoria sujeita ao ICMS. Neste sentido, invoca e reproduz o voto proferido pelo ilustre Conselheiro Dr. Helcônio de Souza Almeida, no julgamento do Auto de Infração nº 279196.0004/03-2, realizado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal. No mesmo sentido, transcreve excerto do voto proferido pelo ilustre Conselheiro Valnei Sousa Freire nos autos acima mencionados.

Conclui dizendo que firmada a premissa de que as aquisições em análise perpassam itens destinados a compor o ativo imobilizado diretamente relacionado à lavra exercida pela empresa, compondo, portanto, o custo dos produtos vendidos, bem assim levando-se em consideração as disposições da Resolução DESENVOLVE nº 10/2006, constata-se a impossibilidade de exigência do “DIFAL”, impondo-se, consequentemente, a exclusão dos débitos vinculados às operações em destaque do lançamento em testilha.

Ressalta que melhor sorte não assiste ao item em foco no que diz respeito às aventureadas aquisições de itens destinados a uso e consumo, os quais representam, reitera, produtos intermediários empregados na atividade extrativista aduzida. Repete em todos os seus termos os argumentos apresentados na Defesa exordial.

No tocante à infração 3, observa que na Informação Fiscal, o autuante reconheceu que a *Nota Fiscal nº 148, emitida em 24/06/2010, foi lançada em duplicidade*, reduzindo o valor originariamente cobrado, relativamente ao exercício 2010, de R\$108.192,66 para R\$107.988,50, conforme demonstrativo de débito que elaborou com vistas a promover os ajustes que entendeu pertinentes.

Registra que a despeito do acerto incorrido nesta seara, noutra vertente, restou indevidamente mantida pelo autuante a parcela da exigência concernente a operações que abrangearam o fornecimento de alimentação fora do seu estabelecimento, mais precisamente em hotéis, buffets e restaurantes situados em localidades próximas à mina lavrada.

Assevera que se trata de evidente 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 concretizada a hipótese genericamente prevista na legislação correlata como apta a ensejar o diferimento. Alega que admitir tal raciocínio implicaria validar evidente afronta ao arcabouço de garantias constitucional e legalmente outorgadas aos contribuintes, conforme ampla elucidação que apresenta. 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. Salienta que militar em sentido

contrário, tal como pretende o autuante, implicaria outorgar aos próprios responsáveis pela fiscalização e cobrança do ICMS poderes para instituir tributo, concedendo-lhes descabida margem de discricionariedade, em evidente afronta não somente ao festejado primado da legalidade e tipicidade tributária, como também a outro preceito basilar do Estado Democrático de Direito, qual seja, o da segurança jurídica. Assinala que não foi por outra razão que o CONSEF, ao avaliar lamentável exigência nestes mesmos moldes perpetrada, se posicionou pelo seu afastamento, conforme excerto que reproduz atinente ao Acórdão JJF Nº 0346-03/10.

Sustenta que nesse panorama, constata-se a necessidade de imediato afastamento da cobrança do montante originário de R\$3.897,40, referente ao fornecimento de alimentação em hotéis, buffets e restaurantes, conforme explicitado por meio do “doc. 09” que colacionou.

Ressalta que, além disso, o autuante na Informação Fiscal não veicula qualquer pronunciamento acerca do quanto exposto e demonstrado na impugnação em prol da exclusão, desta infração, das seguintes parcelas:

- ✓ *do valor histórico de R\$ 14.623,44, oriundo de inconsistências no que se refere à delimitação da base imponível perpetrada pela autoridade fiscal sob a sistemática de gross up, as quais cuidou de evidenciar no demonstrativo colacionado à sua defesa administrativa sob a rubrica de doc. 10; e*
- ✓ *dos valores recolhidos aos cofres públicos, inclusive em montante superior ao devido, referentes às aquisições realizadas junto à UNIALIMENTER COMÉRCIO E SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO LTDA. (nome fantasia “SEIVA”), conforme estampado na planilha acostada à Impugnação sob a rubrica de doc. 11, elaborada com o devido respaldo no DIÁRIO AUXILIAR CONTAS A PAGAR escriturado pela Autada (vide doc. 12 juntado ao aludido expediente), bem como nos correlatos DOCUMENTOS DE ARRECADAÇÃO ESTADUAL – DAEs, alguns dos quais então apresentados em caráter exemplificativo (vide doc. 13 colacionado à festejada defesa), sem prejuízo da possibilidade de comprovação das demais quitações junto à base de dados fazendária.*

Em face disso, o impugnante requer que esta. Junta de Julgamento Fiscal solicite ao autuante a emissão de expresso juízo de valor quanto aos temas, promovendo os devidos ajustes no lançamento em voga, a fim de que subsista, tão somente, a exigência de R\$11.825,40, relativa às refeições adquiridas junto à empresa SAPORE S/A, conforme delimitado na peça defensiva.

No respeitante às infrações 4 e 5, afirma que na Informação Fiscal o autuante se limitou a excluir da exigência os valores de R\$25.367,12, referente à infração 4, e R\$ 566,86, referente à infração 5, haja vista o reconhecimento de que as correlatas Notas Fiscais, arroladas à fl. 868, estão realmente escrituradas nos livros fiscais próprios, reduzindo os montantes a estes títulos lançados para R\$48.242,30 (infração 4) e R\$ 9.689,38 (infração 5).

Alega que a despeito do acerto das considerações acima destacadas, houve por bem o autuante contestar a tese defensiva de que o saldo remanescente das referidas penalidades pecuniárias deve ser desconstituído por esse órgão julgador, em atenção ao art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96.

Ressalta que em sua peça defensiva, reconheceu expressamente que a penalidade pecuniária se presta, justamente, a desestimular o ilícito e punir o infrator.

Afirma que, dessa forma, sejam referidas diretrizes devidamente seguidas na hipótese vertente, haja vista que:

- ✓ *a prática consubstanciada na ausência de escrituração, no LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS, de operações que haveriam de estar ali registradas, como suscitado pela autoridade autuante, representa autêntico descumprimento de obrigação acessória;*
- ✓ *cuja eventual concretização, inclusive, haveria de ser regularmente comprovada, de forma incontestável os procedimentos versados encontram-se livres de quaisquer dos vícios a que alude a norma em apreço, pela d. autoridade fiscal; e, por fim,*

- ✓ *não se verifica a configuração de prejuízo aos cofres públicos, já que a cogitada ausência de registro das entradas objeto do item 04 implicou, em verdade, prejuízo para a Autuada, que ficou impedida de se apropriar dos créditos correspondentes, impondo-se observar, ademais, que o item 05 da guerreada autuação abarca operações não sujeitas à incidência do ICMS.*

Conclusivamente, diz que resta evidente, portanto, que se materializam, no caso concreto, todos os requisitos eleitos pela legislação de regência como aptos a possibilitar que esta Junta de Julgamento Fiscal determine o imediato cancelamento das penalidades em voga, sendo certo que a malsinada Informação Fiscal de fls. 845/884 não veicula qualquer alegação capaz de infirmar o quanto pretendido neste particular.

Quanto à infração 6, reitera o que dissera na Defesa vestibular. Diz que a despeito do minucioso levantamento perpetrado pela empresa nos moldes acima expostos, insiste o autuante na procedência do lançamento quanto a este item, sem trazer aos autos, todavia, qualquer argumento apto a tanto, e, o mais grave, olvidando-se do seu dever de se pronunciar acerca das provas cuidadosamente produzidas pelo contribuinte, as quais, ressalta, deveriam ter sido por ele constituídas, com o fito de legitimar o inadvertido lançamento.

Aduz que as ilações do autuante na Informação Fiscal não logram correlacionar os créditos apropriados no período abarcado pela autuação com os documentos fiscais que ampararam as devoluções questionadas.

Afirma que, longe disso, permanece o autuante na esfera das presunções, simplesmente cogitando a prática do ilícito que reputa configurado na espécie, sob a premissa de que *no campo denominado “Outros Crédito – Estorno de Débito” o valor total dos créditos apropriados pelo contribuinte nos exercícios citados alcança o montante de R\$ 71.535,66, enquanto que o valor reclamado através do presente auto de infração, em relação à infração comentada, totaliza R\$ 41.491,63*, não esboçando nem mesmo simples tentativa de estabelecer nexo de causalidade entre os valores autuados e os créditos que supostamente haveriam de ser estornados a partir das devoluções fiscalizadas.

Neste sentido, menciona, novamente, o posicionamento deste CONSEF, refletido no excerto que reproduz.

Assevera que, desse modo, jamais poderia o autuante ter efetuado o lançamento e cobrança de qualquer quantia a título de ICMS, tal como inadvertidamente o fez, uma vez que a empresa, consoante destacado no bojo do Auto de Infração nº 206888.0040/13-0, ao final do exercício de 2012 apresentava saldo credor acumulado de ICMS no valor de R\$41.735.610,43, portanto, suficiente para fazer face aos montantes objetos da refutada cobrança.

Relativamente à infração 7, reitera as alegações consignadas na peça defensiva, no sentido de que:

- ✓ *os itens objeto do lançamento ora guerreado tratam-se de ativos aplicados na planta de mineração, que sofrem desgastes individualizados em função de suas afetações na lavra, demandando, não raro, substituições impassíveis de comprometerem as estruturas físicas nas quais são empregados, diante do que jamais poderiam ser caracterizados como imóveis por acessão física, que pressupõe, como sabido, suas incorporações permanentes ao solo; bem como,*
- ✓ *mesmo que destinados, em caráter inalterável, à construção de imóveis diretamente empregados na atividade operacional do contribuinte – o que, repise-se, não é a hipótese dos autos! –, haveria de ser reconhecida sua condição de ativo immobilizado sujeito ao diferimento concedido no âmbito do DESENVOLVE, haja vista suas vinculações diretas, e jamais alheias, ao processo produtivo através do quais se originam a mercadoria sujeita ao tributo em destaque.*

Finaliza a Manifestação reiterando, em todos os seus termos a Defesa inicial apresentada. Pugna no sentido de que seja julgado parcialmente improcedente o Auto de Infração, mantendo-se, unicamente, os valores relativos à parcela das infrações 1 e 3, reconhecidas. Requer a realização de diligências fiscais para a constatação dos fatos alegados e análise dos documentos colacionados, caso assim entenda necessário esta Junta de Julgamento Fiscal.

O autuado apresentou petição (fls. 946 a 948), na qual diz que restou formalizado o lançamento da multa capitulada no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, então correspondente a 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal..

Registra que inconformado com a autuação, demonstrou, no bojo da impugnação a necessidade de cancelamento da exigência, mediante aplicação, à espécie, das disposições constantes do art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96.

Finaliza dizendo que, caso mantida a infração 4, seja a penalidade pecuniária recalculada, desta feita à razão de 1% do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço tributável objetos de operações que teriam deixado de ser registradas na escrita fiscal, reduzindo-se a exigência para um décimo das quantias ali designadas.

Por sugestão do então Julgador/Relator do presente processo, Dr. José Bizerra Lima Irmão, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência à Inspetoria Fazendária de origem (fls.952/953), a fim de que fosse intimado o autuado a apresentar detalhadamente as parcelas que reconheceria e efetuaria o pagamento, bem como as parcelas que impugnara, referentes às infrações 1, 3, 4 e 5.

O Auditor Fiscal designado cumpriu a diligência (fls.1.023 a 1.025). Assinala que em atendimento à solicitação de diligência, verificou que o autuado respondeu aos quesitos suscitados pela JJF, conforme explicitado abaixo:

- no caso da infração 1, foi anexado em mídia gravada uma planilha analítica intitulada de “DIFAL a menor AI 42-13” onde consta uma aba com a denominação de “DIFAL Contestado”, discriminando de forma analítica cada item contestado pelo autuado. Registra que da análise da planilha apresentada verificou que os valores dos débitos mensais contestados + os valores reconhecidos por meio dos Demonstrativos de Débito que originaram os pagamentos dos valores na anistia, conforme fls. 998, 999 e 1007, perfazem a quantia exigida no Auto de Infração. Diz que dessa forma, pode afirmar que na aba “DIFAL Contestado” não consta nenhum lançamento que fora objeto de pagamento na anistia. Informa que apenas a título de resumo e de convalidação de valores elaborou uma planilha “Diligência Infração 01” com os valores contestado, os valores reconhecidos e pagos na anistia e somatório de ambos que perfazem o valor cobrado no Auto de Infração;
- no caso da infração 3, diz que o autuado identifica como reconhecidamente devidos os valores exigidos referentes às Notas Fiscais nºs 12791, 12983, 13120, 13311, 13426, e 13671 todas referentes ao mês de competência de abril de 2009. Informa que o valor reconhecido perfaz a quantia de R\$11.825,40 plenamente identificado no “Demonstrativo de Débito” e pagamentos efetuados a época da anistia, conforme se verifica às fls. 1000 e 1009 dos autos. No que tange aos demais valores pagos, ou seja, R\$8,82; R\$1.759,97 e R\$450,50 referentes aos meses de agosto de 2010, setembro de 2010 e novembro de 2010, respectivamente, afirma que nem o autuado tampouco a diligência conseguiram identificar a quais documentos fiscais se referem, pois, na planilha analítica que originou os lançamentos da infração, efetuado pelo autuante, não há nenhum documento fiscal com o valor devido igual ao valor pago pelo contribuinte. Esclarece que nem se somados alguns documentos se chegará ao valor exato objeto dos referidos pagamentos. Diz que, dessa forma, é possível afirmar apenas, que foram reconhecidos os valores devidos das notas fiscais acima citadas remanescente a exigência fiscal quanto às demais, cabendo ao órgão Julgador, caso ache pertinente, abater os valores pagos sem causa vinculada, isto é, sem nota fiscal correspondente, dos valores devidos na infração, no mês de

competência ou então, desconsiderá-los;

- no caso da infração 4, assinala que o autuado apresentou as planilhas analíticas nas quais indica os documentos fiscais que reconhece, a falta de lançamento e os que não reconhece todos numa única planilha denominada “Pagamento Infração 04 e 05 AI42-13”. Esclarece que a título de resumo e confronto dos valores reconhecidos e pagos e dos não reconhecidos, segregou a planilha elaborada pelo impugnante e confrontou com os valores do demonstrativo de débito e valores pagos a época da anistia, fls. 1001 a 1011. Diz que assim sendo, anexou planilhas segregando as notas fiscais reconhecidas e as não reconhecidas pelo autuado;
- no caso da infração 5, observa que o impugnante apresentou as planilhas analíticas nas quais indica os documentos fiscais que reconhece, a falta de lançamento e os que não reconhece todos numa única planilha denominada “Pagamento Infração 04 e 05 AI42-13”. Esclarece que a título de resumo e confronto dos valores reconhecidos e pagos e dos não reconhecidos, segregou a planilha elaborada pelo autuado e confrontou com os valores do demonstrativo de débito e valores pagos a época da anistia, fls. 1002 e 1013. Diz que, dessa forma, anexou planilhas segregando as notas fiscais reconhecidas e as não reconhecidas pelo autuado.

Finaliza manifestando o entendimento de que as solicitações feitas foram atendidas. Registra que anexou aos autos mídia gravada com os resumos efetuados por meio da diligência ao tempo que informa que nenhum dos valores apresentados pelo autuado foi alterado para elaboração de tais resumos.

O autuado, cientificado do resultado da diligência, se manifestou (fl. 1.055). Consigna que concorda com o resultado apresentado pelo diligenciador, no que diz respeito aos valores quitados com benefícios da anistia estadual por item de lançamento.

VOTO

O Auto de Infração em exame versa sobre exigência de crédito tributário em decorrência do cometimento de sete infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.

Inicialmente, cabe consignar que considero os elementos que compõem o presente processo suficientes para formação do meu convencimento e decisão da lide, razão pela qual, com fulcro no art. 147, I, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro o pedido de realização de novas diligências formulado pelo impugnante.

No mérito, no que concerne à infração 1, a acusação fiscal é de que autuado deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Observo que impugnante rechaça esta infração sustentando que descabe a autuação, em face de ser beneficiário do Programa DESENVOLVE e, desse modo, as aquisições terem ocorrido com o diferimento do lançamento e pagamento do imposto.

De fato, constato que o autuado é beneficiário do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE instituído pela Lei nº 7.980/2001, nos termos da Resolução nº 33/2004, posteriormente alterada pela Resolução de nº 10/2006, e na sua habilitação consta o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação, nas seguintes hipóteses:

- a) nas operações de importação de bens do exterior;
- b) nas operações internas relativas às aquisições de bens produzidos neste Estado;
- c) nas aquisições de bens em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de

alíquotas.

O exame dos elementos que compõem o presente processo atinente a este item da autuação, permite constatar que se trata de infração que versa sobre matéria recorrente no âmbito deste CONSEF, inclusive em Auto de Infração no qual o autuado figurou no polo passivo, a exemplo do Acórdão JJF Nº 0244-04/13, cuja decisão de Primeira Instância restou mantida pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, conforme o Acórdão CJF Nº. 0351-12/14.

No referido Acórdão CJF Nº. 0351-12/14, cujos excertos do voto são reproduzidos abaixo a título ilustrativo, o ilustre Conselheiro/Relator consignou sobre o mesmo tipo de conduta infracional imputada ao autuado de que cuida este item da autuação no Auto de Infração em tela o seguinte:

[...]

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Cinge-se o presente Recurso à apreciação das razões recursais atinentes à Decisão de primo grau que julgou procedentes as acusações fiscais de que o Sujeito Passivo deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento; Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, mercadorias destinadas ao uso e consumo classificados equivocadamente como destinadas ao ativo permanente; Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento; e deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal.

Referente às infrações 1, 2 e 3, todas correlacionadas entre si, a tese recursal atinge ao fato de que as mercadorias que deram azo à acusação fiscal foram efetivamente adquiridas, na sua grande maioria, para compor o maquinário do seu parque de mineração em virtude da implementação de projetos de modernização e ampliação, o que torna tais mercadorias classificáveis como bens do ativo permanente.

Pois bem, analisando os autos, e tomado como referência as definições de bens para o ativo fixo e permanente, bem como dos bens destinados ao uso e consumo, as quais deixo de tecer maiores considerações, vejo que a análise da querela deve ser feita tomando-se por base as mercadorias em referência, pois, elas, e apenas elas, é que terão o condão de definir a manutenção ou não nas acusações fiscais.

Nesse terreno, analisando item a item, a exemplo de anel de vedação, rolamento, radiador de máquina, mangote, conjunto de polia motriz, rotor, kit vedação, válvula, trilho de aço, mangueira, retentor, vejo, de plano, que tais itens jamais poderiam ser destinados ao ativo permanente do recorrente, conquanto, tem características eminentemente de peças de reposição, ou seja, itens destinados ao uso e consumo.

Avançando, ainda que se pretendesse entender que os itens inicialmente mencionados seriam do ativo permanente, a rigor da jurisprudência assente neste CONSEF, haveria que se demonstrar que os referidos itens participam diretamente das diversas etapas do processo produtivo, sendo consumidos ou passando a fazer parte do produto final, a exemplo dos itens bola de aço, cal, catalizador, hidróxido de sódio, floculante, cianeto, carvão ativado, ácido, tetraborato de sódio, carbonato de sódio, nitrato de sódio.

Assim, considerando que da descrição dos produtos objeto das infrações 1, 2 e 3, fls. 461/464, 35/45 e 513/515, não incorporam a propriedade da perenidade exigível aos bens do ativo imobilizado, sendo entendidos como mercadorias destinadas à reposição e troca, entendo que nenhum reparo merece a Decisão recorrida.

Portanto, acorde com o entendimento esposado no Acórdão acima invocado e reproduzido, os itens arrolados neste item da autuação, a exemplo de abraçadeira, adaptador, anel de regulagem, arruela de vedação, bucha, botina, cabo, calça masculina, calibrador, cartucho filtro, kit de reparo, kit anéis, lâmpadas fluorescentes, macacão manga curta, não são bens destinados ao ativo permanente do estabelecimento, haja vista que se trata de peças de reposição, desse modo, destinados ao uso e consumo, sendo, desse modo, procedente a exigência quanto a todos os itens desta natureza indicados no levantamento levado a efeito pelo autuante, conforme as planilhas que elaborou acostadas aos autos, inclusive em mídia magnética (CD).

Entretanto, verifico que entre os itens arrolados na autuação, discriminados nas planilhas elaboradas pelo autuante, existem aqueles que, de fato, estão amparados pelo diferimento do

ICMS, por se tratar de ativo permanente vinculado ao processo produtivo do autuado, no caso rompedor hidráulico (R\$27.229,40), bombas d'água (R\$5.602,17), inversor de frequência (R\$21.301,61), cabendo, desse modo, a exclusão dos valores respectivos exigidos no valor total de R\$54.133,18.

Do mesmo modo, cabível a exclusão dos valores referentes aos itens arrolados na autuação, ácido clorídrico (R\$19.033,65) e ácido nítrico (R\$5.320,77) por se tratar de insumos que participam do processo produtivo do autuado, no total de R\$24.354,42.

Diante do exposto, com a exclusão do valor total de R\$78.487,60, esta infração é parcialmente subsistente no valor de R\$4.059.008,37, conforme demonstrativo abaixo, devendo ser homologado o pagamento do valor do débito reconhecido pelo autuado.

OCORR	VLR. LANÇADO	PRODUTOS E VALORES EXCLUÍDOS					VLR. REMANESC.	MULTA %
		ROMP. HIDRAÚLICO	BOMBA D'ÁGUA	INV. FREQUÊNCIA	ÁC. CLORÍDRICO	ÁC. NÍTRICO		
31/01/2009	6.238,35						6.238,35	60
31/03/2009	27.228,54						27.228,54	60
30/04/2009	101.752,83		1.151,72				100.601,11	60
31/05/2009	25.620,29		746,85				24.873,44	60
30/06/2009	82.485,52		1.941,80				80.543,72	60
31/07/2009	117.444,13						117.444,13	60
31/08/2009	204.710,37						204.710,37	60
30/09/2009	177.762,74						177.762,74	60
31/10/2009	54.096,37		105,73				53.990,64	60
30/11/2009	23.814,93		647,27				23.167,66	60
31/12/2009	15.362,92						15.362,92	60
31/01/2010	1.220,95				72,00	129,18	1.019,77	60
31/03/2010	2.810,91	14.429,40	163,38				-11.781,87	60
31/05/2010	4.913,70		845,42				4.068,28	60
30/09/2010	60.224,25			5.400,00		129,18	54.695,07	60
31/10/2010	20.664,42				86,40		20.578,02	60
31/12/2010	106.935,86				97,20	96,89	106.741,77	60
31/01/2011	27.519,23						27.519,23	60
31/03/2011	97.166,37			2,46			97.163,91	60
30/04/2011	348.810,35					3.740,00	345.070,35	60
31/05/2011	118.957,64				509,80		118.447,84	60
30/06/2011	167.577,45				175,00		167.402,45	60
31/07/2011	30.842,63					360,13	30.482,50	60
31/08/2011	78.745,80						78.745,80	60
30/09/2011	43.837,29						43.837,29	60
31/10/2011	191.850,96						191.850,96	60
30/11/2011	301.501,66				16.797,00	589,39	284.115,27	60
31/12/2011	233.107,61			59,78	818,65		232.229,18	60
31/01/2012	57.293,47						57.293,47	60
28/02/2012	25.089,55				168,00		24.921,55	60
31/03/2012	104.579,12					138,00	104.441,12	60
30/04/2012	38.248,75					138,00	38.110,75	60
31/05/2012	167.455,38				159,60		167.295,78	60
30/06/2012	82.879,21			179,90			82.699,31	60
31/07/2012	55.098,07						55.098,07	60
31/08/2012	203.321,65						203.321,65	60
30/09/2012	73.191,37				150,00		73.041,37	60
31/10/2012	236.078,37	12.800,00					223.278,37	60
31/12/2012	427.295,31			15.659,47			411.635,84	60
TOTAL	4.143.734,32	27.229,40	5.602,17	21.301,61	19.033,65	5.320,77	4.077.028,59	

No tocante à infração 2, constato que assiste razão ao impugnante. Efetivamente, descabe a exigência fiscal de que cuida este item da autuação, haja vista que as operações de saídas realizadas pelo contribuinte objeto da autuação estavam amparadas pela isenção prevista no art. 21, II, do RICMS/BA/97, portanto, não sendo tributadas. Verifico que o próprio autuante na Informação Fiscal reconheceu assistir razão ao autuado.

Diante disso, este item da autuação é insubsistente.

Relativamente à infração 3, em face de seu exame envolver diversos aspectos aduzidos pela impugnante, considero pertinente tecer considerações sobre cabe tópico suscitados, para uma melhor compreensão do deslinde da questão, conforme procedo abaixo:

(i) o autuado alega a existência de lançamento em duplicidade da Nota Fiscal nº 148, no valor de R\$176,52. O autuante acatou a alegação defensiva, contudo, esclareceu que o valor a ser excluído é de R\$204,16.

De fato, assiste razão ao autuado quanto à duplicidade de exigência atinente à Nota Fiscal nº 148, contudo, não no valor de R\$176,52, mas sim no valor de R\$204,16, conforme esclarecido pelo autuante na Informação Fiscal. Assim sendo, cabível a exclusão do valor de R\$204,16;

(ii) o autuado alega que devem ser excluídos da autuação os valores atinentes às Notas Fiscais emitidas pelos fornecedores JOSEMAR SILVA CAVALCANTE, CRISTINA MARIA DA SILVA SAÚDE, EMPRESA SERTANEJA DE HOTÉIS LTDA, E ROCHA DESSA, TNM LIMA ROCHA & CIA LTDA, NK COMÉRCIO E PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS LTDA E MR CORDEIRO & FILHO LTDA, por não se configurar, nestes casos, a hipótese genericamente prevista na norma apta a ensejar o lançamento diferido do ICMS, i.e., *para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente*, impondo-se, em consequência, a exclusão do valor total de R\$3.897,40, conforme planilha que colacionou (doc. 09).

No caso dessa alegação não há como prosperar a pretensão defensiva. Assiste razão ao autuante quando diz que, o fato de as refeições terem sido consumidas no estabelecimento fornecedor, não descaracteriza o diferimento a que estavam submetidas às operações, haja vista que se trata de mera circunstância espacial, pois o que as caracterizam como sujeitas a regime de diferimento, é a existência de contratos celebrados entre o autuado e os fornecedores com o propósito de fornecimento de refeições aos empregados da empresa contratante.

Efetivamente, no caso, na fica ao talante dos empregados da empresa decidir quanto ao estabelecimento fornecedor, mas sim ao autuado na forma dos contratos firmados com os estabelecimentos fornecedores das refeições. Pertinente o registro feito pelo autuante no sentido de que, se os empregados 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.

Também relevante o registro feito pelo autuante de que, o empregado não recebeu nota fiscal pela refeição consumida, já que o referido documento, sequer foi emitido no momento do fornecimento da refeição, já 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 do autuado 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.

Diante disso, correta a manutenção da exigência fiscal no tocante às Notas Fiscais emitidas pelas empresas fornecedoras de refeições aos empregados do autuado, no caso JOSEMAR SILVA CAVALCANTE, CRISTINA MARIA DA SILVA SAÚDE, EMPRESA SERTANEJA DE HOTÉIS LTDA, E ROCHA DESSA, TNM LIMA ROCHA & CIA LTDA, NK COMÉRCIO E PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS LTDA E MR CORDEIRO & FILHO LTDA, no total de R\$3.897,40;

(iii) o autuado alega a existência de inconsistências no que se refere à delimitação da base imponível perpetrada pelo autuante sob a sistemática de *gross up*, as quais cuidou de evidenciar no demonstrativo colacionado sob a rubrica de doc. 10, que indica diferenças da ordem de R\$14.623,44. O autuante na Informação Fiscal não se pronunciou sobre esta alegação defensiva.

Entretanto, verifico que assiste razão ao autuado. De fato, houve um equívoco na sistemática adotada pelo autuante, haja vista que na apuração do imposto devido, apesar de ter utilizado corretamente a alíquota de 4%, ao proceder os cálculos considerou equivocadamente a alíquota de 12%.

Diante disso, cabe a exclusão do valor de R\$14.623,44, conforme apontado pelo autuado.

(iv) o autuado alega que feitos esses ajustes, remanesceria exigência no montante de R\$ 162.548,83, conforme demonstrativo reproduzido abaixo:

Valor autuado (A)	R\$ 181.246,09
Lançamento díplice NF nº 148 (B)	R\$ 176,42
Refeições que não ingressaram no estabelecimento (C)	R\$ 3.897,40
Inconsistências <i>gross up</i> (D)	R\$ 14.623,44
Exigência remanescente após ajustes (E = A-B-C-D)	R\$ 162.548,83

Na realidade, conforme consignado no item (i) do exame desta infração, o lançamento em duplicidade da Nota Fiscal nº 148, não foi no valor de R\$176,52, mas sim no valor de R\$204,16.

Do mesmo modo, conforme explanado no item (ii), o valor de R\$3.897,40 é devido, portanto, sendo mantido na autuação.

Em face disso, o valor remanescente apontado pelo autuado no demonstrativo acima reproduzido não seria R\$162.548,83, mas sim de R\$166.418,49, conforme demonstrado abaixo:

Valor autuado (A)	R\$ 181.246,09
Lançamento díplice NF nº 148 (B)	R\$ 204,16
Refeições que não ingressaram no estabelecimento (C)	0
Inconsistências <i>gross up</i> (D)	R\$ 14.623,44
Exigência remanescente após ajustes (E = A-B-C-D)	R\$ 166.418,49

(v) o autuado consigna que do valor remanescente de R\$162.548,83 [conforme corrigido acima R\$166.418,49], reconhece que, efetivamente, deixou de recolher a quantia de R\$11.825,40, referente às aquisições efetuadas junto à empresa fornecedora de refeições SAPORE S/A, inscrita no CNPJ sob o nº 67.945.071/0046-30.

Entretanto, quanto ao valor remanescente de R\$150.723,43 [R\$166.418,49], alega que não somente recolheu aos cofres públicos, como o fez em montante superior de R\$441.333,93.

O autuado alega que a planilha que elaborou anexada aos autos, (doc. 11), com o devido respaldo no seu DIÁRIO AUXILIAR CONTAS A PAGAR escriturado (doc. 12), bem como nos correlatos Documentos de Arrecadação Estadual - DAES, alguns dos quais colacionados aos autos em caráter exemplificativo sob a designação de “doc. 13”, referentes às aquisições realizadas junto à empresa UNIALIMENTER COMÉRCIO E SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO LTDA. (nome fantasia “SEIVA”), sendo certo que as demais quitações em foco podem ser comprovadas pelo autuante, sem qualquer entrave, junto à base de dados fazendária.

No que tange a esta alegação, constato que o autuado colacionou aos autos elementos comprobatórios do alegado, no tocante aos recolhimentos realizados atinentes aos fornecimentos de refeições efetuados pela empresa UNIALIMENTER COMÉRCIO E SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO LTDA. (nome fantasia “SEIVA”), elidindo, desse modo, a exigência fiscal quanto a esta empresa no valor de R\$95.132,27.

Quanto às demais empresas fornecedoras o autuado não comprovou o alegado, cabendo, no caso, a manutenção da exigência fiscal.

Diante do exposto, considerando os ajustes e correções acima aduzidos, esta infração é parcialmente procedente no valor total histórico de ICMS de R\$86.113,84, conforme demonstrativo abaixo:

OCORR	VLR. LANÇADO	VLR. EXCLUÍDO	VLR. REMANESCENTE
31/03/2009	325,15		325,15
30/04/2009	12.307,26		12.307,26
31/05/2009	437,71		437,71
31/07/2009	212,49		212,49
31/08/2009	257,02		257,02
30/09/2009	112,08		112,08

31/10/2009	42.055,28	41.547,82	507,46
30/11/2009	8.947,56	8.663,33	284,23
31/12/2009	8.398,87	8.002,57	396,30
31/01/2010	9.750,95	9.431,31	319,64
28/02/2010	10.338,77	10.177,56	161,21
31/03/2010	16.207,15	10.127,01	6.080,14
30/04/2010	7.065,89	6.774,32	291,57
31/05/2010	249,54		249,54
30/06/2010	408,33	408,33	0,00
31/08/2010	255,07		255,07
30/09/2010	50.890,48		50.890,48
30/11/2010	13.026,49		13.026,49
TOTAL	181.246,09	95.132,27	86.113,84

Quanto às infrações 4 e 5, constato que o autuado apresentou planilhas nas quais indica as notas fiscais arroladas na autuação que foram devidamente escrituradas no livro Registro de Entradas de Mercadorias, razão pela qual solicita que os valores apontados em cada uma delas sejam excluídos da autuação.

Noto, também, que o autuante, acertadamente, acatou as razões defensivas e excluiu de ambas as infrações os valores atinentes às notas fiscais indevidamente arroladas na autuação.

No tocante às demais notas fiscais a exigência se apresenta correta, haja vista que, de fato, não foram regularmente escrituradas.

Observo que o impugnante invoca o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, para pleitear a redução da multa imposta. Não acolho a pretensão defensiva. Isto porque, apesar de constituir em obrigação acessória, a falta de escrituração de documentos fiscais implica em prejuízo ao Fisco, haja vista que impossibilita a realização de diversos roteiros de auditoria, especialmente a auditoria de estoques, podendo, inclusive, implicar em recolhimento do imposto – obrigação principal. Ademais, não consta nos autos ou foi apresentada qualquer justificativa plausível para não haver a escrituração das notas fiscais ao longo dos exercícios de 2009 e 2010. Ou seja, não se trata de falta de escrituração de poucas notas fiscais, mas sim de várias notas fiscais por um longo período. Indefiro, portanto, o pedido de redução da multa.

Assim sendo, as infrações 4 e 5 são parcialmente subsistentes, conforme demonstrativos elaborados pelo autuante na Informação Fiscal.

Entretanto, no que concerne à infração 4, cabe a retificação de ofício da multa de 10% para 1%, em face da nova redação do inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15, que passou a multa de 10% para 1%, do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos à tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal. Retificação fundamentada no art. 106 do Código Tributário Nacional, que determina que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Diante disso, as infrações 4 e 5 são parcialmente subsistentes nos valores, respectivamente, de R\$4.824,23 e R\$9.743,39.

Ocorrência	Infração 4		Infr. 5 - Multa 1%
	Multa 10%	Multa 1%	
Jan/2009	552,22	55,22	26,00
Fev/2009	898,50	89,85	0,00
Mar/2009	0,00	0,00	6.329,44
Abr/2009	6.298,12	629,81	350,03
Mai/2009	3.334,50	333,45	6,80
Jun/2009	280,00	28,00	115,42
Jul/2009	1.532,50	153,25	11,00
Ago/2009	112,86	11,29	1.220,42

Set/2009	0,00	0,00	133,53
Out/2009	0,00	0,00	1.318,43
Nov/2009	0,00	0,00	82,13
Dez/2009	1.237,60	123,76	87,80
Jan/2010	0,00	0,00	0,00
Abr/2010	0,00	0,00	62,39
Jun/2010	33.996,00	3.399,60	0,00
Total	48.242,30	4.824,23	9.743,39

No respeitante à infração 6, assiste razão ao autuante. A alegação defensiva de que, apesar de não haver efetuado o destaque do imposto nas notas fiscais de devolução também não lançou crédito o valor do imposto destacado no documento fiscal não prospera. Na realidade, o próprio RICMS/BA determina no seu art. 268 que o contribuinte pode utilizar como crédito fiscal o valor destacado na nota fiscal de devolução, limitado ao crédito referente à nota de aquisição. Infração subsistente.

Relativamente à infração 7, observo que a acusação fiscal diz respeito à exigência de ICMS incidente sobre aquisições de bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento, para uso em fim alheios à atividade do contribuinte, importados por meio das Declarações de Importações nºs 09/06577965-6, 09/1007684-1 e 09/1525165-0, sem o pagamento do imposto devido.

O autuado alega que diante do fato de que as operações abarcaram bens destinados a integrar o ativo fixo do estabelecimento, ficam diferidos para o momento em que ocorrer a sua desincorporação o lançamento e pagamento do ICMS, tal como possibilita o art. 1º, alínea “a”, da Resolução nº 33/2004, editada pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, posteriormente alterada pela Resolução nº 10/2006.

Diz que tanto é assim, que os itens importados foram desembaraçados sem o recolhimento do ICMS, conforme atestam as GUIAS PARA LIBERAÇÃO DE MERCADORIA ESTRANGEIRA SEM COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO ICMS expedidas pela própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, bem assim as Notas Fiscais de entrada dos bens importados que emitiu, devidamente visadas pelo Fisco baiano.

Certamente que a alegação defensiva atinente à emissão da GUIA PARA LIBERAÇÃO DE MERCADORIA ESTRANGEIRA SEM COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO ICMS – GLME, não se sustenta, haja vista que a liberação da mercadoria está passível de reexame e confirmação pela Fiscalização. Ou seja, não se trata de uma liberação definitiva, homologatória, aliás, registre-se, como ocorreu no caso em exame, tendo em vista que a autuação decorreu justamente do reexame pela Fiscalização dos elementos que compuseram o procedimento de importação, o que culminou com a presente autuação.

Verifico que o autuante contesta as alegações defensivas sustentando que os materiais importados foram destinados a edificações e instalações que não fazem parte da atividade econômica desenvolvida pelo contribuinte.

O exame dos elementos que compõem este item da autuação, notadamente as Declarações de Importações nºs 09/06577965-6, 09/1007684-1 e 09/1525165-0 e as Notas Fiscais nºs 7322, 7682 e 8199, emitidas e colacionadas aos autos pelo próprio autuado, permite concluir que assiste razão ao autuante.

Isto porque, relativamente à Nota Fiscal nº 7322, no campo destinado a discriminação do produto, consta se tratar de bens destinados a edificações operacionais, contudo, na realidade, não se trata de bens utilizados diretamente na processo produtivo desenvolvido pelo autuado, portanto, sendo devido o imposto exigido na autuação.

Relevante consignar que a ilustre patrona do autuado ao exercer o direito de sustentação oral de suas razões, na sessão de julgamento, alegou que a “Câmara de Refúgio” se trata de um bem indispensável no processo produtivo, razão pela qual descabe a exigência.

Essa alegação foi submetida à discussão pelos Julgadores, tendo sido concluído, por unanimidade, que a tese defensiva não poderia ser acatada, em face de a “Câmara de Refúgio” não participar diretamente do processo produtivo do autuado.

No tocante às Notas Fiscais nºs 7682 e 8199, o próprio autuado consignou em ambos os documentos fiscais, no campo destinado à natureza da operação o CFOP 3556 - *Compra de Material Para Uso ou Consumo adquiridos por importações*, portanto, restando claro que se trata de aquisições/importações não amparadas pelo diferimento concedido, sendo, por consequência, devido o imposto exigido neste item da autuação.

Diante do exposto, a infração 7 é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado. Assim, o montante do débito do Auto de Infração fica conforme o demonstrativo abaixo:

INF	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO	MULTA	RESULTADO
01	4.143.734,32	4.077.028,59	60%	PROCEDENTE EM PARTE
02	9.605,62	0,00	-----	IMPROCEDENTE
03	181.246,09	86.113,84	60%	PROCEDENTE EM PARTE
04	73.609,42	4.824,23	-----	PROCEDENTE EM PARTE
05	10.310,24	9.743,39	-----	PROCEDENTE EM PARTE
06	41.491,63	41.491,63	60%	PROCEDENTE
07	230.886,16	230.886,16	60%	PROCEDENTE
Total	4.690.883,48	4.450.087,84		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206888.0042/13-3, lavrado contra **JACOBINA MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$4.435.520,22, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$14.567,62, previstas nos incisos IX e XI, com redução da multa de 10% para 1%, em obediência a nova redação do inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15, e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já pagos, com os benefícios da Lei nº 12.903/13.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR