

PROCESSO - A. I. N° 206888.0042/13-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e JACOBINA MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDOS - JACOBINA MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0061-01/18
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/08/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0140-12/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. BENEFICIOS 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 Autuado, 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 atinentes 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 Art. 21, II do RICMS/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. Foram excluídas também as operações realizadas fora do estabelecimento, com base em Parecer da PGE/PROFIS. Infração insubstancial. 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 Autuado. 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 13.461/15, 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 aplique-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 Autuado 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.** Trata-se de materiais de uso e consumo, cujo crédito é vedado pela legislação, não cabendo o recolhimento do imposto por conta das devoluções. Infração insubsistente. **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. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO.** Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, interpostos contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2013, no valor de R\$4.690.883,48, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 06.02.01 - 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 e março a dezembro de 2009, janeiro, março, maio, setembro, outubro e dezembro de 2010, janeiro, março a dezembro de 2011 e janeiro a outubro e dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.143.734,32, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente em parte e é objeto dos Recursos de Ofício e Voluntário.

Consta que o Autuado adquiriu mercadorias provenientes de outros Estados, 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 imobilizado, efetuou lançamentos a débitos em valores inferiores aos efetivamente devidos relativas em tais operações, omitindo recolhimentos do imposto.

Infração 02 - 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2009 e janeiro a junho e agosto a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$9.605,62, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada improcedente e é objeto do Recurso de Ofício.

Consta que o Autuado promoveu saídas de mercadorias tributadas acobertadas pelo CFOP 5.102, porém não ofereceu à tributação o imposto incidente sobre tais operações, omitindo recolhimentos de ICMS.

Infração 03 - 03.03.03 - Recolheu a menor 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 e julho a dezembro de 2009 e janeiro a junho, agosto, setembro e novembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$181.246,09, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente em parte e é objeto dos Recursos de Ofício e Voluntário.

Infração 04 - 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2009 e janeiro, abril e junho de 2010, sendo aplicada multa no valor de R\$73.609,42, correspondente a 10% do valor das notas fiscais não registradas, prevista no Art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente em parte e é objeto dos Recursos de Ofício e Voluntário.

Infração 05 - 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro fiscal, nos meses de janeiro a novembro de 2009 e janeiro e abril de 2010, sendo aplicada multa no valor de R\$10.310,24, correspondente a 1% do valor das notas fiscais não registradas, prevista no Art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente em parte e é objeto dos Recursos de Ofício e Voluntário.

Infração 06 - 02.01.05 - 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 e janeiro a maio e agosto a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$41.491,63, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e é objeto do Recurso Voluntário.

Consta que o Autuado promoveu saídas por devolução de material de uso e consumo e não se debitou do ICMS incidente em tais operações, omitindo recolhimento de ICMS.

Infração 07 - 12.02.01 - 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%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e é objeto do Recurso Voluntário.

Consta que o Autuado efetuou importação de bens destinados a edificações, conforme Declaração de Importação nº 09/0657965-6, e não recolheu o ICMS devido por tal operação, omitido recolhimentos de ICMS, referentes às Declarações de Importação nº 09/06577985-6, de 27/05/2009, 09/1525165-0, de 05/11/2009, e 09/1007684-1, de 04/08/2009.

A 1ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão nº 0061-01/18 (fls. 1.064 a 1.093), com base no voto do Relator a seguir transcrita:

“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 tomando 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 corrente, 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 duplidade 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 duplidade 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 deferido 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 des caracteriza o deferimento 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 deferimento, 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 ficha 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 resarcimento 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 resarcimento, 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:

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

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:

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

(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.

Nota, 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 no 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		

A 1ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 1.103 a 1.136), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual afirmou ter promovido a quitação, com os benefícios da Lei nº 12.903/13, de parte dos valores glosados nas Infrações 01, 03, 04 e 05, conforme já noticiado mediante os Processos SIPRO nºs 424137/2013-8 e 228754/2016-5.

Em relação à Infração 01, reiterou o quanto já exposto e documentalmente comprovado, no sentido de que os itens identificados como ativo foram adquiridos para a implantação de projetos de modernização e ampliação do seu parque de mineração (doc. 05 da Defesa), que acarretaram o aumento da média de produção em mais de 2.500 toneladas/dia, com a construção de uma britagem nova e de novos tanques de lixiviação, bem como a ampliação do sistema elétrico, para suportar a nova carga de equipamentos, e um novo bombeamento e linha de rejeito, tendentes a dar vazão ao aumento de produção extrativista.

Alegou ter adquirido, dentre outros itens que findaram erroneamente reputados como peças de reposição, diversos tubos e colarinhos e um braço para instalação de telas, que despontam como autênticos ativos imobilizados, por se tratar de itens não destinados à revenda, com vida útil estimada de 15 anos e indubitavelmente vinculados à sua atividade-fim.

Esclareceu que os tubos e colarinhos propiciam o bombeamento de ar comprimido e água de serviço para o interior das galerias, com vistas ao resfriamento e propulsão de equipamentos diretamente empregados na lavra, enquanto o braço para instalação de telas é utilizado para fixação de telas de proteção no subsolo da mina.

Destacou que este CONSEF, ao avaliar a possibilidade de tomar créditos do ICMS quanto às aquisições de óleo diesel empregado em determinados equipamentos, veículos e máquinas cuja vinculação ou não à atividade de extração mineral foi debatida no bojo do Processo Administrativo Fiscal decorrente do Auto de Infração nº 206888.0059/14-1, posicionou-se no sentido de validar ditas apropriações, uma vez constatada não somente relação direta com a lavra, como também a necessidade do item para viabilizá-la, conforme excerto do Acórdão CJF nº 0406-12/17 que transcreveu.

Informou que a Decisão ora recorrida só afastou a cobrança dos itens “ácido clorídrico” e “ácido

nítrico”, por se tratar de insumos que participam do seu processo produtivo, discorrendo sobre as fases de extração, britagem primária, moagem, lixiviação CIL, detox, lavagem ácida, eletrólise e fusão.

Explicou que, de forma exemplificativa, o item “adaptador piloto rosca R-32” é empregado na perfuração das rochas, afigurando-se indispensável à abertura de galerias verticais e horizontais dentro das minas, e os itens “barrilete LTK48 1,5M”, “calibrador para perfuração LTK48” e “tubo interno para barrilete LTK48 3M” são insumos empregados nas sondas perfuratrizes, essenciais ao regular desempenho da sua atividade de extração mineral, sendo certo que exaurem suas propriedades ao longo do ciclo produtivo, tornando-se imprestáveis para novos empregos.

Ressaltou que a Decisão recorrida só acatou parte dos argumentos da Defesa na Infração 03, mantendo equivocadamente a autuação quanto ao fornecimento de refeições dos funcionários efetuadas fora do seu estabelecimento, mais precisamente em hotéis, buffets e restaurantes, no valor total de R\$3.897,40, matéria já afastada pelo Acórdão JJF nº 0346-03/10.

Discorreu sobre a necessidade de reforma da Decisão recorrida em relação às Infrações 04 e 05, haja vista a indubitável materialização, na espécie, dos requisitos apontados pela legislação de regência como aptos a ensejar o cancelamento das sanções pecuniárias, quais sejam: decorrentes de descumprimento de obrigação acessória, praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não impliquem em falta de recolhimento de imposto.

Aduziu não haver qualquer razoabilidade ou lógica na exigência do destaque do imposto no documento que ampara as devoluções objeto da Infração 06, tendo em vista que não foi aproveitado o crédito fiscal na entrada das mercadorias devolvidas, cuja legislação, os Arts. 651 e 652 do RICMS/97 e 451 e 452 do RICMS/12, visa propiciar a neutralidade fiscal às operações de devoluções de mercadorias, colacionando excerto dos Acórdãos CJF nº 0353-12/13 e JJF nº 0025-01/16.

Declarou que as operações relacionadas na Infração 07 abarcaram bens importados destinados a integrar o seu ativo fixo, longe de se afigurar imóveis por acesso físico e alheios à sua atividade, ficando diferidos, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação, o lançamento e pagamento do propalado tributo, tal como possibilita a Resolução DESENVOLVE nº 10/2006, tanto que foram desembaraçados sem o recolhimento do ICMS, consoante atestam as Guias para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem comprovação do recolhimento do ICMS expedidas pela própria Secretaria da Fazenda deste Estado, bem como as notas fiscais de entrada dos bens importados por si emitidas e devidamente visadas pelo ente fazendário baiano.

Lecionou, precisamente quanto ao item “câmara de refúgio”, que se trata de um bem indispensável, sem o qual o Autuado fica impedido de realizar a extração mineral, por ser destinado a abrigar trabalhadores em situações de emergência, garantindo suas sobrevivências até que adotadas medidas de resgate, tanto que o Ministério do Trabalho editou a Norma Regulamentadora - NR 22, estabelecendo, dentre outros requisitos, que nas minas de subsolo deve existir uma área reservada para refúgio, em caso de emergência, devidamente construída e equipada para abrigar o pessoal e prestação de primeiros socorros (item 22.32.4 da NR 22).

Também ensinou que dúvidas não podem pairar acerca da indiscutível afetação dos itens “filtros 50 MESH SCREE” aos expedientes minerais, por se tratar de itens integrados aos novos tanques de lixiviação que foram construídos com vistas a propiciar o incremento da sua capacidade produtiva, atuando especificamente na segregação dos compostos em lavra, para obtenção do produto final buscado, assim como os componentes elétricos empregados na reforma do sistema elétrico, levada a cabo com o propósito de suportar a nova carga de equipamentos, e o incremento e melhoria do sistema de comunicação no interior da mina.

Pugnou pelo provimento do seu Recurso Voluntário e pela realização de diligência fiscal para identificar os produtos intermediários objeto da Infração 01 e a inexistência de apropriação de crédito fiscal relativo às aquisições dos itens posteriormente devolvidos.

Na assentada do julgamento, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, por unanimidade, resolveu remeter o presente processo em DILIGÊNCIA à PGE solicitando a emissão de parecer jurídico definitivo a respeito do alcance do diferimento quanto ao fornecimento de refeições dos funcionários efetuadas fisicamente fora do seu estabelecimento com emissão de fatura contra o estabelecimento (Infração 03), diante dos seguintes fatos (fl. 1.141):

- a) O Acórdão JJF nº 0346-03/10 afastou a autuação, por não ter ocorrido a entrada física no estabelecimento, mas não foi avaliado por nenhuma das Câmaras deste CONSEF, por não ter sido objeto de Recurso de Ofício em razão do pequeno valor desonerado;
- b) Foi exarado parecer jurídico pela PGE em razão do Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 206888.0041/13-7 no sentido de que o citado diferimento não se aplica quando o fornecimento das refeições ocorre fora do estabelecimento do contratante;
- c) Já o Acórdão CJF nº 0060-11/17, que confirmou a Decisão do Acórdão JJF nº 0129-02/14, sustentou que o termo “entrada” do Art. 343, XVIII do RICMS/97, deve ser interpretado como a entrada jurídica, não sendo necessário ocorrer a entrada física no estabelecimento, sendo aplicável o diferimento em questão;
- d) Também o Acórdão CJF nº 0099-12/18 decidiu pela aplicabilidade do diferimento quando a fatura é emitida contra a empresa contratante, não sendo emitidos documentos fiscais para seus empregados.

A PGE/PROFIS exarou parecer jurídico, acolhido pela PGE/PROFIS/NCA (fls. 1.143 a 1.146), onde afirmou que o regime de diferimento se trata de um regime de exceção, devendo ser analisado de forma restritiva, sendo necessário o efetivo ingresso das refeições no estabelecimento físico do Autuado para que a Infração 03 fosse caracterizada.

Cientificado, o Autuado manifestou anuência em relação ao quanto consignado no parecer da PGE/PROFIS (fl. 1.148). Não houve a ciência do Autuante em virtude do mesmo estar aposentado.

Registro a presença na sessão de julgamento da advogada do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sra. Trícia Barradas Malheiros Mello - OAB/BA nº 20.131.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, interpostos contra a Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em decorrência de 7 (sete) infrações, sendo objeto do Recurso de Ofício as Infrações 01 a 05 e do Recurso Voluntário as Infrações 01 e 03 a 07.

Constatou que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância desonerou parcialmente o presente Auto de Infração no valor histórico de R\$240.795,64, conforme extrato (fls. 1.094 e 1.095), montante superior a R\$100.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99, com a redação vigente à época.

A desoneração na Infração 01, decorreu da constatação de que os itens “rompedor hidráulico”, “bomba d’água” e “inversor de frequência”, são classificados no ativo permanente, amparados por diferimento do ICMS para o momento das suas desincorporações, nos termos da Resolução DESENVOLVE nº 10/2006, e “ácido clorídrico” e “ácido nítrico” são insumos que participam do processo produtivo do Autuado.

Não merece reparo a Decisão recorrida quanto à Infração 01, já que efetivamente ocorreu um equívoco da autuação em relação a estes itens.

Também constato, que é irreparável a Decisão relativa à Infração 02, julgada improcedente, porquanto são isentas as saídas de óleo lubrificante usado ou contaminado, coletados por estabelecimento coletor cadastrado e autorizado pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), com destino a estabelecimento re-refinador ou coletor-revendedor, conforme comprovado nos autos e reconhecido pelo Autuante em sua Informação Fiscal.

Já a desoneração aplicada na Infração 03, decorreu da constatação da exigência em duplicidade da Nota Fiscal nº 148 e do equívoco no cálculo da inclusão do imposto dentro da sua base de cálculo, bem como pela comprovação do recolhimento do imposto relativo às aquisições junto ao fornecedor UNIALIMENTER COMÉRCIO E SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO LTDA. (nome de fantasia “SEIVA”).

Reputo corretas as exclusões efetuadas, devendo ser mantida a Decisão recorrida.

No tocante às Infrações 04 e 05, as quais exigem multas pelo descumprimento de obrigação acessória, a desoneração decorreu da apresentação da prova de registro de alguns documentos fiscais e da aplicação da retroatividade benigna na Infração 04.

Quanto à escrituração das referidas notas fiscais, está correta a Decisão recorrida, pois trata-se de matéria fática comprovada nos autos, inclusive com o reconhecimento pelo Autuante, assim como a retroatividade benigna, trazida mediante a Lei nº 13.461/15, é matéria já pacificada neste CONSEF, com a redução da multa do percentual de 10%, para 1%.

Portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Passo então a avaliar o Recurso Voluntário.

Preliminarmente, indefiro o pedido de realização de novas diligências, por considerar os elementos que compõem o presente processo suficientes para formação do meu convencimento e decisão da lide, com fulcro no Art. 147, I, “a” do RPAF/99.

O Autuado defende que a Infração 01 é improcedente, porque alguns itens relacionados são insumos e outros são bens do ativo permanente, não devendo ser exigido o imposto relativo à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, por ser beneficiário do Programa DESENVOLVE, nos termos da Resolução nº 33/2004, posteriormente alterada pela Resolução de nº 10/2006.

Na referida Infração 01, o que está sendo exigido é o imposto devido nas aquisições de material de uso e consumo, tanto que alguns itens reconhecidos como insumos e bens do ativo permanente, especificamente ácidos nítrico e clorídrico e bombas, rompedores e inversores, foram excluídos da autuação pela Decisão ora recorrida. Vejamos os demais itens relacionados:

Tubos, colarinhos, abraçadeiras, arruelas, cabos, fita isolante, conectores e diversos outros produtos são materiais para obras civis e elétricas, cuja legislação exige o pagamento do imposto por constituir imóveis por ação física.

Calças, camisas e macacões constituem fardamento, classificado notadamente como materiais de uso e consumo, como também as peças para manutenção de máquinas e veículos, tais como selo de bomba, alternador, alarme de ré, entre outros, independente dos veículos serem classificados ou não no ativo fixo.

Já os itens “adaptador piloto rosca R-32”, “barrilete LTK48 1,5M”, “calibrador para perfuração LTK48” e “tubo interno para barrilete LTK48 3M” são peças de reposição, classificadas como materiais de uso e consumo.

Apesar dos questionamentos do Autuado, não há na relação dos itens óleo diesel nem produto com a nomenclatura “braço para instalação de telas”, contendo apenas “braço auxiliar L/D”, “braço pitman”, “braço PN”, braço do limpador” e “braço Atlas Copco”, cujos valores de aquisição não caracterizam bens do ativo, mas peças de reposição e materiais de uso e consumo.

Além disso, conforme explicado na manifestação oral, tal item, é destinado a manter a segurança da mina, sendo alheio à efetiva extração e beneficiamento do minério.

Ressalto, que esta matéria é recorrente no âmbito deste CONSEF, a exemplo do Acórdão JJF nº 0244-04/13, cuja decisão de Primeira Instância restou mantida pela 2ª CJF, conforme o Acórdão CJF nº 0351-12/14, no qual o Autuado figurou no polo passivo.

Voto pela manutenção da Decisão recorrida em relação à Infração 01.

No tocante à Infração 03, o Autuado manteve a mesma argumentação de sua Defesa, solicitando a exclusão da autuação quanto ao fornecimento de refeições dos funcionários, efetuadas fora do seu estabelecimento, mais precisamente em hotéis, buffets e restaurantes, no valor total de R\$3.897,40, alegando que tal matéria já foi afastada pelo Acórdão JJF nº 0346-03/10.

Ocorre que o referido Acórdão, não foi avaliado por nenhuma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF, por não ter sido objeto de Recurso de Ofício em razão do pequeno valor desonerado.

Já o Acórdão CJF nº 0060-11/17, que confirmou a Decisão do Acórdão JJF nº 0129-02/14, decidiu em sentido contrário, conforme excerto do Voto Vencedor abaixo transscrito:

“Com relação à apreciação de que a legislação prevê o diferimento “nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários” e que o termo “entrada” deve ser interpretado como “a entrada física de refeições no estabelecimento”, também entendo que tal interpretação é equivocada, tendo em vista que o art. 343, XVIII do RICMS/97 vigente à época da ocorrência dos fatos geradores previa que:

Art. 343. É diferido o lançamento do ICMS incidente:

XVIII - nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados, para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente;

Neste caso, mediante um contrato (formal ou informal) entre o estabelecimento fornecedor e o adquirente das refeições, no caso o estabelecimento autuado, o primeiro fornece refeições ao empregado e o segundo se compromete a pagar pelas refeições fornecidas. Dessa forma, o termo entrada no estabelecimento deve ser interpretado pelo cumprimento do que foi pactuado, ou seja, entregar as refeições aos empregados, cuja obrigação de pagar é do estabelecimento onde está vinculado o empregado. No momento que há a entrega da refeição ao empregado e o contratante (recorrente) efetua o pagamento, materializa-se a transferência da mercadoria tanto em termos jurídicos como econômicos.”

Por se tratar de matéria eminentemente jurídica, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, por unanimidade, resolveu remeter o presente processo em diligência à PGE/PROFIS, solicitando a emissão de parecer jurídico para resolver a controvérsia, tendo o referido órgão se posicionado no sentido de que o regime de diferimento se trata de um regime de exceção, devendo ser analisado de forma restritiva, motivo pelo qual é necessário o efetivo ingresso das refeições no estabelecimento físico do Autuado para a caracterização da infração.

Entretanto, ressalto que o parecer da PGE/PROFIS não vincula as decisões deste CONSEF, e me alinho ao entendimento exposto na jurisprudência predominante neste CONSEF, no sentido do não provimento do Recurso, mantendo a Decisão recorrida pela procedência parcial da Infração 03.

Saliento, que esta decisão está amparada em diversos acórdãos deste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0294-12/13, 0319-12/13, 0375-11/13, 0323-11/14, 0312-11/15 e 0358-12/15.

No tocante às Infrações 04 e 05, o Autuado apenas requereu o cancelamento ou a redução da multa imposta, com base no §7º, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96. Não acolho tal pedido, tendo em vista que a falta de escrituração de notas fiscais dificulta a realização de diversos roteiros de auditoria, a exemplo da auditoria de estoques.

Informo, inclusive, que o referido dispositivo foi recentemente revogado pela Lei nº 14.183/19, com efeitos a partir de 13/12/2019.

Também mantenho a Decisão recorrida quanto a estes itens da autuação.

Para avaliar a Infração 06, faz-se necessário rever a sua descrição, acompanhada do seu complemento: 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. Consta que o Autuado promoveu saídas por devolução de material de uso e consumo e não se debitou do ICMS incidente em tais operações, omitindo recolhimento de ICMS.

Em tese, as devoluções de mercadorias são tributadas, nos termos dos Arts. 651 e 652 do RICMS/97, e 451 e 452 do RICMS/12, os quais transcrevo abaixo:

“Art. 451. Na devolução de mercadorias, o contribuinte inscrito no cadastro emitirá nota fiscal com destaque do imposto, se for o caso, mencionando o motivo da devolução, o número, a série e a data do documento fiscal originário, e ainda o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto, tomando por base de cálculo e alíquota as mesmas consignadas no documento originário.

Art. 452. Na hipótese de devolução de mercadoria cuja entrada tenha ocorrido sem utilização de crédito fiscal pelo recebedor, será permitido a este creditar-se do ICMS lançado na nota fiscal de devolução, desde que em valor igual ao do imposto lançado no documento originário.”

Entretanto, conforme consta como complemento da descrição da infração, trata-se de devolução de materiais de uso e consumo, os quais não admitem a utilização de crédito fiscal por ocasião das entradas. Caso tenha sido efetuado o creditamento nas entradas, o fulcro da autuação seria a utilização indevida de crédito fiscal. Por outro lado, sem ter havido o creditamento, não há imposto a recolher, conforme dispõe os Arts. 652 do RICMS/97, e 452 do RICMS/12.

Portanto, deve ser modificada a Decisão recorrida quanto à Infração 06, de forma a julgá-la improcedente.

A Infração 07 exigiu ICMS sobre a importação de mercadorias que foram desembaraçadas sem o seu recolhimento, tratando-se de bens destinados à realização de obras e/ou alheias à atividade produtiva, além de materiais de uso e consumo.

Conforme explicado na avaliação da Infração 01, não há como classificar os materiais elétricos adquiridos como bens do ativo fixo, sendo materiais de uso e consumo, tais como o item “filtros 50 MESH SCREE”. Ressalto que o próprio Autuado classificou os referidos itens como materiais de uso e consumo, utilizando o CFOP 3.556 nas notas fiscais de entrada que emitiu.

Também não há como classificar como bem do ativo fixo o item “câmara de refúgio”, já que não participa da produção. Conforme descrito pelo Autuado, este item é destinado a abrigar trabalhadores em situações de emergência, garantindo suas sobrevivências até que adotadas medidas de resgate. Não é porque é indispensável ou obrigada a sua existência que o item pode ser classificado como bem do ativo, similarmente aos equipamentos para tratamento de efluentes.

Assim, também deve ser mantida a Decisão recorrida quanto à Infração 07.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, de forma a julgar IMPROCEDENTE a Infração 06, mantendo-se inalteradas as demais infrações, conforme demonstrativo a seguir:

Infração	Valor PAF	Valor JJF	Valor CJF	Multa	Resultado
1	4.143.734,32	4.077.028,59	4.077.028,59	60%	Recs. Não Providos/Procedente em Parte
2	9.605,62	0,00	0,00	-----	Rec. Não Provido/Improcedente
3	181.246,09	86.113,84	86.113,84	60%	Recs. Não Providos/Procedente em Parte
4	73.609,42	4.824,23	4.824,23	-----	Recs. Não Providos/Procedente em Parte
5	10.310,24	9.743,39	9.743,39	-----	Recs. Não Providos/Procedente em Parte
6	41.491,63	41.491,63	0,00	-----	Rec. Provido/Improcedente
7	230.886,16	230.886,16	230.886,16	60%	Rec. Não Provido/Procedente
Total	4.690.883,48	4.450.087,84	4.408.596,21		

VOTOS DISCORDANTE (Infração 01) e DIVERGENTE I (Infração 03)

Da análise dos autos, verifico tratar-se de Recursos de Ofício e Voluntário em relação a decisão de piso.

Em relação ao Recurso de Ofício, acompanho o voto do ilustre Conselheiro Relator, no sentido de dar NÃO PROVIMENTO ao mesmo, mantendo a decisão recorrida no valor que foi desonerado pela n. JJF deste CONSEF.

Quanto ao Recurso Voluntário, me atenho às infrações 01 e 03, que integram a peça recursal do

sujeito passivo. Em relação às citadas infrações acima, tenho entendimento diverso do voto exarado pelo n. Conselheiro Relator Marcelo Mattedi.

No que se refere à **infração 01**, a mesma trata da cobrança do ICMS DIFAL devido nas aquisições de material de uso e consumo, destinados ao estabelecimento autuado, inclusive o Relator expressou no seu voto, que vários itens foram aceitos como insumos e bens do ativo permanente, especificamente, ácidos nítrico e clorídrico e bombas, rompedores e inversores, os quais foram excluídos da autuação pela Decisão ora recorrida.

Todavia, com base na realidade fática e legal, entendo que alguns outros itens autuados deveriam também serem excluídos, pois os mesmos integram o ativo permanente da empresa na condição de serem indispesáveis, se desgastarem no processo e integrarem o processo fabril em alguma fase do processo de produção.

Como bem destacado pela recorrente, os **tubos e colarinhos**, bem como **o braço para instalação de telas**, são indubitavelmente bens dos ativos imobilizados não destinados à revenda, constituindo-se em insumos que integram a atividade produtiva para consecução do produto final, sem jamais se constituírem em materiais para uso e consumo.

A empresa recorrente esclareceu, de forma clara e justa, que os tubos e colarinhos propiciam o bombeamento de ar comprimido e água de serviço para o interior das galerias, com vistas ao resfriamento e propulsão de equipamentos diretamente empregados na lavra. Por sua vez, o braço para instalação de telas é utilizado para fixação de telas de proteção no subsolo da mina, restando demonstrado, não se constituírem itens de reposição.

Nesta esteira, voto pela **exclusão de tais itens acima** (grifos meus), contrário à decisão de 1º grau, que julgou procedente em parte a referida infração, apenas estou ampliando os itens que devem ser excluídos do lançamento, nos termos acima postos neste voto discordante.

No que tange à **infração 03**, trata-se de matéria eminentemente jurídica, que se cinge ao recolhimento a menor do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo imposto diferido, em razão de não agregar na base de cálculo do imposto.

No entendimento do n. Conselheiro Relator, a decisão de piso não merece reparo por entender que, apesar de Parecer diverso da PGE/PROFIS acerca da matéria em lide, o voto dele vai de encontro a esta clara posição do referido órgão acima. Ele ressalta que o Parecer da lavra da e. PGE/PROFIS não vincula as decisões deste CONSEF, e, portanto, se alinha ao entendimento exposto na jurisprudência predominante neste CONSEF, no sentido do não provimento do Recurso, mantendo a Decisão recorrida em relação a Infração 03.

Com a devida vênia do meu n. colega Relator, me permito divergir dele, por entender fundamentada e legal a posição exarada pela PGE/PROFIS, ao expressar, em parecer próprio, que o regime de diferimento é de clara exceção, devendo ser analisado de forma restritiva, motivo pelo qual, é necessário o efetivo ingresso das refeições no estabelecimento físico da empresa autuado, ora recorrente para a caracterização da **infração 03** (grifos meus).

Por conseguinte, voto pela exclusão da referida infração da autuação, para julgar IMPROCEDENTE o lançamento de ofício da mesma, consignado no Auto de Infração guerreado.

Enfim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, ampliando as desonerações inerentes as infrações 01 e 03, nos termos acima expostos neste meu voto, para julgar PROCENTDENTE EM PARTE o Auto de Infração em epígrafe.

VOTO DIVERGENTE II (Infração 01 e 07)

Em que pese a usual e costumeira perspicácia do relator na prolação de seus votos, peço-lhe vênia para discordar, *in casu*, do entendimento esposado em seu correlato voto, notadamente em relação às infrações 01 e 07.

Isto porque, a definição de ativo fixo em contraposição ao conceito de materiais de uso e

consumo é de suma importância, tendo em vista que embora a legislação do Desenvolve dispense a exigência do ICMS- Diferença de Alíquota em relação aos primeiros, exige expressamente o imposto nas aquisições dos últimos.

Não obstante terem natureza fiscal distintas, é notória a dificuldade para delimitar os critérios normativos que os identificam, o que prejudica a segurança dos contribuintes, assim como, provoca julgamentos incorretos por parte dos autuantes, pois acabam por inserir Ativos Fixos no tratamento jurídico pertinente aos materiais qualificados como de uso e consumo.

Ademais, importante adentrar nos conceitos associados à nossa legislação tributária e contábil. É que, conforme prevê o §1º, do art. 354 do RIR/2018, se dos reparos, conservação ou da substituição de partes e peças resultar aumento da vida útil do bem em mais de 1 ano, as despesas correspondentes devem ser capitalizadas, a fim de servirem de base a depreciações futuras.

Ou seja, a Receita Federal sinaliza para o obrigatório registro das referidas partes e peças no ATIVO, para fins de capitalização, sendo afastada a hipótese de registro no Resultado Operacional da empresa, a título de material de uso e consumo.

Sinalizo, inclusive, para o Pronunciamento Técnico NBC TG 27- ATIVO IMOBILIZADO. A referida norma, disciplina a classificação das partes e peças, concluindo que estes podem ser atribuídos ao valor contábil de um item do Ativo Imobilizado, desde que o custo tenha sido incorrido e os critérios de reconhecimento tenham sido atendidos.

Desse modo, e para fins contábeis, o item tangível será classificado como ativo imobilizado desde que obedeça ao critério temporal de utilização por mais de um período, o qual, se aplica a sobressalentes e peças de reposição. Ademais, diferente do quanto afirmado pelo autuante, na hipótese dos itens (partes e peças), serem utilizados exclusivamente em conexão com um ativo imobilizado, serão classificados juntamente a esse.

Diante de todo o exposto, considerando tratar-se de “tubos”, “colarinhos”, partes e peças de reposição, as aquisições realizadas e lançadas na infração 01, decorreram de autênticos ativos imobilizados, não havendo que se falar em cobrança de Diferença de alíquota.

Quanto à infração 07, trata-se de falta de recolhimento do ICMS, devido pelas importações realizadas pelo estabelecimento autuado. Entendeu o fiscal autuante, tratar-se de importação de bens destinados a edificações, sendo, portanto, exigido o ICMS-IMPORTAÇÃO.

Esclareço, todavia, que o Ativo imobilizado é o item tangível que: (a) é mantido para uso na produção ou fornecimento de mercadorias ou serviços, para aluguel a outros, ou para fins administrativos; e (b) se espera utilizar por mais de um período.

Assim, conforme determina o PRONUNCIAMENTO TÉCNICO CPC 27, o grupo do Ativo Imobilizado, representa bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da entidade ou exercidos com essa finalidade, inclusive os decorrentes de operações que transfiram a ela os benefícios, os riscos e o controle desses bens.

Assim, em relação à “Câmara de Refúgio”, divirjo do entendimento do autuante, visto não se tratar de edificações. De fato, a aquisição dos materiais de construção para serem aplicados nas obras de edificações da unidade fabril, são bens imóveis por acessão física, contudo, as câmaras de refúgio não são fixas ao imóvel, podendo ser desmontadas e transportadas para outros ambientes.

A câmara de refúgio é um bem indispensável para a atividade de extração mineral, sendo destinado ao abrigo dos trabalhadores em emergências. Os bens de segurança, independente do ramo de atividade da empresa, devem ser classificados como ativo imobilizado, pois, embora não diretamente vinculados à geração de fluxos de caixa da entidade, contribuem para a sua continuidade.

Pelo exposto, o item acima mencionado, integra o seu Ativo Fixo, não sendo admitido

caracterizá-lo como imóveis por acessão física. Em se tratando, portanto, de contribuinte beneficiário do Programa DESENVOLVE, o ICMS da referida operação é deferido para o momento em que ocorrer a efetiva desincorporação, sendo improcedente a exigência posta na infração 07.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, e, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206888.0042/13-3, lavrado contra **JACOBINA MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.394.028,59**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “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 à nova redação do inciso IX do mesmo artigo e lei já citados, dada pela Lei nº 13.461/15, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Infrações 01 e 07) – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, Eduardo Ramos de Santana e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCEDOR (Infração 03) – Conselheiros(as): Marcelo Mattedi e Silva, Leila Barreto Nogueira Vilas Boas, Eduardo Ramos de Santana e Maurício Souza Passos.

VOTO DISCORDANTE (Infração 01 – Tubos e colarinhos) – Conselheiro: Carlos Henrique Jorge Gantois.

VOTO DIVERGENTE I (Infração 03) – Conselheiros: Carlos Henrique Jorge Gantois e Henrique Silva de Oliveira.

VOTO DIVERGENTE II (Infração 01 – Tubos, colarinhas e peças e partes de reposição) – Conselheiros(as): Leila Barreto Nogueira Vilas Boas e Henrique Silva de Oliveira.

VOTO DIVERGENTE III (Infração 07) – Conselheiros(as): Leila Barreto Nogueira Vilas Boas, Carlos Henrique Jorge Gantois e Henrique Silva de Oliveira.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – VOTOS DISCORDANTE (Infração 01)
e DIVERGENTE (Infração 03)

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – VOTO DIVERGENTE
(Infrações 01 e 07)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS