

A. I. Nº - 279696.0006/20-6
AUTUADA - MINERAÇÃO CARAÍBA S/A
AUTUANTE - ANGERSON MENEZES FREIRE
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 02.08.2021

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0074-05/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. CIMENTO USADO PARA INCORPORAR-SE À ESTRUTURA DA MINA. Ficou demonstrado na instrução processual que o cimento tem a funcionalidade de dar suporte físico à estrutura da mina, configurando-se em material alheio ao processo de extração. Irregularidade procedente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MONTANTE SUPERIOR AO DESTACADO EM DOCUMENTOS FISCAIS. Contribuinte não se insurge quanto ao mérito da exigência, limitando-se a questionar o montante da multa consectária. Matéria ventilada extrapola a competência administrativa de julgamento. Irregularidade procedente. 3. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTA INTERNA E INTERESTADUAL. Trata-se de mera decorrência da cobrança da glosa dos créditos fiscais advindos das aquisições interestaduais de cimento. Considerando-se a procedência da infração 01, a subsistência do diferencial de alíquota constitui-se como corolário, vez ser o cimento material de uso e consumo sem direito a aproveitamento de créditos fiscais. Irregularidade procedente. 5. MULTA. FALTA DE REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Matéria ventilada extrapola a competência administrativa de julgamento. Irregularidade procedente. b) MERCADORIAS OU SERVIÇOS. Matéria ventilada extrapola a competência administrativa de julgamento. Irregularidade procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Vale salientar de início que o presente relatório atende aos parâmetros de elaboração desenhados no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais, inclusive adaptado para as sessões virtuais de julgamento.

Optou-se também em indicar neste relatório as folhas das principais peças existentes nos autos como orientação e localização por parte dos demais integrantes deste Colegiado.

O presente Auto de Infração, lavrado no dia 31.3.2020, num total histórico de R\$171.708,72, possui resumidamente os seguintes descritivos:

Infração 01 – 01.02.02: Uso indevido de créditos fiscais, referente a aquisições de materiais de uso e consumo. Trata-se de cimento a granel, empregado na acessão física de estruturas diversas, não usado diretamente na atividade de extração mineral, configurando-se como material acessório e não se desgastando pelo uso. Fatos geradores de maio e junho de 2017, além de maio de 2018. Cifra de R\$50.021,48.

Infração 02 – 01.02.40: Uso indevido de créditos fiscais em valores superiores aos destacados em

documentos fiscais. Fatos geradores ocorridos em maio de 2017. Cifra de R\$977,59.

Infração 03 – 06.02.01: Falta de pagamento da DIFAL, em face de aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo (cimento a granel). Fatos geradores ocorridos em maio de 2017. Cifra de R\$587,67.

Infração 04 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Aplicação da multa de 1% sobre a base de cálculo. Fatos geradores ocorridos de janeiro a dezembro de 2017. Cifra de R\$63.541,24.

Infração 05 – 16.01.06: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços tomados sem o devido registro na escrita fiscal. Aplicação da multa de 1% sobre a base de cálculo. Fatos geradores ocorridos de janeiro a dezembro de 2018. Cifra de R\$56.580,74.

Enquadramento legal para cada irregularidade encontra-se no corpo do lançamento de ofício.

Para dar lastro à exigência, auditor fiscal anexa: resumo do débito do crédito indevido – material de uso e consumo – 2017 e 2018 (fls. 07/08), demonstrativo analítico do crédito fiscal a maior destacado na nota fiscal (fl. 09), NF 1175 (fl. 10), resumo do débito da DIFAL (fl. 11), resumo do débito pela multa em face do não registro da entrada de notas fiscais – 2017 e 2018 (fls. 12/13), intimação para apresentação de livros e documentos (fl. 15), termo de início da ação fiscal (fl. 16), CD com demonstrativos (fl. 17).

Ciente do lançamento em 07.4.2020, contribuinte oferece defesa em 10.9.2020, com registro no sistema de protocolo (fls. 21/42).

A empresa alega em primeiro lugar ser a manifestação tempestiva, aduzindo que o prazo de 60 dias para defesa ficou suspenso até 15.8.2020, encerrando-se em 15.10.2020.

Depois de especificar o seu ramo de atividade, afirma, de modo geral, que possui os documentos que comprovam a inexistência da referida irregularidade.

Pondera em preliminar a nulidade do lançamento em face da precariedade da autuação e do descumprimento dos requisitos que regem o lançamento tributário.

Neste sentido, aponta que o trabalho fiscal inobservou os requisitos mínimos de validade da cobrança e a verdade material, além da norma impositiva correta aplicável no tempo, em testilha ao art. 142 do CTN.

O que ocorreu foi uma averiguação incompleta, imprecisa e obscura dos fatos e documentos dos quais se extrai a matéria tributável, em desatenção ao contido no art. 39, III e IV, do RPAF-BA, e à legalidade e tipicidade.

Logo, é de se reconhecer que a autuação se revela insegura, de modo a suscitar a nulidade da exigência, nos termos do art. 18, IV, “a”, do diploma processual atrás mencionado, até porque a fiscalização presumiu sem base legal que o diferencial de alíquota não foi calculado de acordo com a previsão normativa, sem indicação de qual equívoco teria sido cometido. Está o lançamento desprovido de vinculação e motivação.

No mérito, ainda que para alguns casos apenas subsidiariamente, atacou cada uma das irregularidades.

No que toca à infração 01, argui que a fiscalização partiu do ponto de vista de ser devida a DIFAL porque os produtos adquiridos e afetados pela autuação dizem respeito a **materiais de uso e consumo**. Entretanto, tais produtos são insumos.

Nesta linha de pensamento, sustenta que o cimento é parte integrante do processo de produção, sendo fundamental para as técnicas desenvolvidas no âmbito de suas atividades de exploração.

Lembra o disposto no art. 155, § 2º, I da CF/88 e nos arts. 19 e 20 da LC 87/96, que tratam da não-cumulatividade, e cita doutrina de Roque Carrazza.

Assegura que por tais disposições fica garantido o creditamento do ICMS atrelado a produtos integrados ao processo produtivo do contribuinte, assim tidos como insumos e matérias primas.

Logo, é preciso que os insumos estejam ligados à atividade essencial do estabelecimento, sem necessidade de que componham o produto final ou sejam consumidos integralmente no processo fabril, conforme entendimento do STJ – ementa reproduzida na peça defensiva (decisão no Resp 889.414/RJ).

Em verdade, o cimento constitui insumo fundamental à produção executada pela impugnante, sem o qual não seria possível desempenhar a sua atividade como o faz hoje. Isto porque implantou o *paste fill*, sistema de enchimento das escavações subterrâneas, juntamente com o seu novo método de lavra. Tal método, denominado de *vertical retreat mining* (VRT), tem o fito de dar mais recuperação à lavra. Para tanto, faz-se necessário o preenchimento das escavações (realces), visando a lavra adjacente dessas cavidades, feito principalmente com a aplicação da *paste fill* nos espaços vazios deixados pelas citadas escavações. O uso desta “pasta” contribui para a diminuição da água, “além da disposição de estéreis em superfície” (sic; fl. 32). Acrescenta que, a partir da utilização do enchimento e nas palavras de Diego Teixeira, tal técnica faz tornar possível realizar a lavra dos pilares entre os painéis, pilares de soleira e pilares intermediários, culminando assim na duplicação da reserva e redução da diluição do minério de cobre. Assim, o material depositado é composto por “78% de sólidos (rejeitos – material sem valor econômico, produzido internamente na usina de beneficiamento), 1,5% a 4% de cimento (atualmente é o CPV ARI, que fornece uma alta resistência inicial e final de cura) e o restante de água pura” (sic; fl. 33).

Prossegue a autuada: “após 56 dias, quando é atingida a resistência máxima do *paste fill* depositado, torna-se possível retirar o pilar remanescente do realce, de modo que é aumentada a recuperação de lavra” (sic; fl. 33). Referida “pasta” é preparada em uma planta construída exclusivamente para esta finalidade, sendo transportada para o subsolo por gravidade, através de tubulações até a “entrada” desses realces. E encarta duas fotos (fl. 33) mostrando a planta de *paste fill* com os seus silos de cimentos e tubulação na entrada do realce para o seu respectivo enchimento pela “pasta”.

Aduz que tal metodologia confere, à impugnante, ganhos econômicos, produtivos e tecnológicos, visto que para este tipo de enchimento a quantidade de água é suficiente para hidratar o cimento, não sendo necessária a utilização de grandes quantidades do ligante para atingir a resistência desejada, segundo ensina J. M. Silva.

Conclui dizendo que o uso do cimento permite uma técnica mais benéfica para a extração mineral, constituindo-se em elemento que integra o processo produtivo, entra em contato com o mineral extraído e se revela essencial às atividades desenvolvidas pela autuada.

No que toca à infração 03, adverte se tratar de situação que se atrela à infração 01, pois aqui se cobra a DIFAL em função de considerar o cimento material de uso e consumo.

Nestas circunstâncias, após transcrever o art. 4º, XV da Lei 7014/96, e o art. 305, § 4º, III do RICMS-BA, sublinha que as mercadorias objeto da autuação constituem “insumos/produtos intermediários” (sic.) e não bens de uso e consumo, na qualidade de “material acessório” (sic.), de modo que não geram a obrigação de recolhimento da diferença de alíquota. Referencia como reforço acordãos deste Conselho.

Já no que toca às infrações 02, 04 e 05, pondera haver a necessidade de cancelamento ou redução das multas aplicadas, em vista do caráter confiscatório do percentual fixado e da ausência de proporcionalidade, escorando-se em decisão do STF e parecer da PGR.

Para a penalidade de 1%, em especial, argumenta ser ela desproporcional perante o montante global exigido no auto de infração. Isto porque é cobrado o valor de R\$120.121,98 para as infrações 04 e 05, em total descompasso com a proporcionalidade reclamada entre a suposta conduta ilícita e o valor total da multa, até porque na primeira irregularidade mencionada a falta de registro se refere a mercadorias não tributáveis, inexistindo prejuízo para o erário. Pede a aplicação das normas constantes no art. 42, § 7º da Lei 7014/96, ou, quando nada, a “multa aplicada seja em valor não superior à 10% da multa imputada ordinariamente” (sic; fl. 39), conforme

decisões deste Conselho, citadas na nota de rodapé nº 08. Por fim, pede que a sanção pecuniária caia para R\$16.550,00.

Solicita, como pedido acessório e em acatamento à verdade material, a realização de diligência, no intuito de ser comprovada a correção da apuração efetuada pela contestante.

Pede, por fim, que as intimações sejam direcionadas para endereço que apontou à fl. 42, último parágrafo.

Juntados na peça de defesa, entre outros documentos, os instrumentos de representação legal e memorando interno do Coordenador de Geotecnica (não assinado) fornecendo informações sobre o uso do cimento no *paste fill* (fls. 45/99).

No seu informativo fiscal (fls. 102/105), o autuante:

Em face da infração 01, destaca que a própria autuada mencionou servir o cimento para encher escavações de produção para a lavra de locais adjacentes.

Exorta que a denominação insumo é muito ampla e genérica, com diversas terminologias e entendimentos de aplicações, de sorte que há insumos que dão direito a crédito, mas outros não. Portanto, o cimento é material de uso e consumo que não permite o creditamento.

Assinala que o memorando juntado pela defendantre repete a descrição do método “VRM” e seus benefícios e ganhos econômicos e produtivos, por intermédio do preenchimento dos espaços vazios deixados por escavações (anteriores) visando lavras adjacentes, ocasião em que o cimento é misturado com outros materiais.

Afirma que o cimento é usado “na construção para o ACESSO a locais adjacentes para a mineração. Isto é propriamente ACESSÃO FÍSICA, ainda que incrustada ou subterrânea, para permitir acessos às atividades de mineração do material a ser extraído – o minério de cobre” (sic; fl. 103). Logo, o cimento não é material desgastado diretamente na extração, não é matéria-prima, não é catalisador, não é ferramenta desgastada na extração como uma broca ou lâmina, não participa da atividade de mineração propriamente, sendo apenas material acessório.

Em face da infração 03, pontua que a DIFAL cobrada vem das mesmas aquisições do cimento a granel, material de uso e consumo, de forma que, por decorrência lógica, torna-se devida.

Em face das infrações 02, 04 e 05, sinaliza que os percentuais foram aplicados com base na Lei 7014/96 e o RICMS/2012, de acordo inclusive com os sistemas fazendários de formalização dos créditos tributários.

Rechaça os pedidos de nulidade e de improcedência do lançamento de ofício, visto que foram atendidos todos os requisitos materiais e formais da legislação pertinente.

Ao final, admite que o contribuinte não se inteirou dos documentos anexados com o auto de infração, até porque verificou no envelope de fl. 17 haver duas cópias do CD produzidas pela auditoria e constatou inexistir na mensagem via DT-e destinada à empresa qualquer evidência de encaminhamento dos anexos. Por conseguinte, cabe ser encaminhado ao sujeito passivo uma cópia do CD de fl. 17, no qual se vê arquivos eletrônicos fundamentais para seu conhecimento, sugerindo inclusive que seja reaberto o prazo para contestação.

Apensados em papel recibos de arquivos eletrônicos e *compact disk* contendo planilhas. (fls. 106/109).

Intimado para novamente se manifestar, interpõe a empresa novo libelo (fls. 113/135), dentro do qual acaba reiterando as razões defensivas anteriores, argumentando ainda que:

Reproduz outra decisão do STJ (proferida no REsp. 1486991/MT) que assegura ser passível de creditamento aquelas mercadorias essenciais à consecução das atividades que constituem o objeto social do estabelecimento, ainda que consumidas ou desgastadas gradativamente, desde que comprovada a necessidade de utilização.

Recorda que na base do art. 309, I, “b” do regulamento baiano, é possível a tomada de créditos relativos às matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e embalagens, empregados no processo de extração mineral.

Contrasta que o cimento listado no auto de infração é imprescindível ao ramo da extração mineral desenvolvida pela contestante. Isso porque sem a aquisição desse insumo não será factível o exercício de sua atividade extrativa.

Em pronunciamento extraído à fl. 137, a Supervisão da unidade fazendária de origem posiciona-se no sentido de considerar a defesa intempestiva, ponderando que o termo final para apresentá-la foi prorrogado para 30.6.2020, ao passo que o protocolo do manifesto empresarial se deu em 10.9.2020. Assim, determina o arquivamento da citada peça processual, nos termos do art. 112 do RPAF-BA, concedendo-se ao sujeito passivo o prazo de dez dias para impugnar a medida.

Ciente em 18.01.21, o estabelecimento autuado exercita este direito (fls. 139/143), afiançando que a sua defesa foi oferecida dentro do prazo legal, após explicações detalhadas acerca da contagem temporal.

Em manifesto de fl. 144, a Supervisão da IFEP Norte reconsidera a sua posição e registra o acatamento da defesa, devendo tal petição ser juntada aos autos, seguindo o PAF o seu curso normal.

Distribuído o processo para esta Junta, fiquei incumbido de examiná-lo.

Considero suficientes para formação da minha convicção os elementos probatórios carreados aos autos, estando o PAF devidamente instruído.

É o relatório.

Passo, então, a apresentar o meu voto.

VOTO

Cabe apreciar, inicialmente, as questões preliminares do processo.

Levanta o contribuinte uma preliminar sustentando a nulidade do lançamento de ofício *sub examen*, por força do art. 18, IV, “a” do RPAF-BA, dada a circunstância da averiguação fiscal resultar incompleta, insegura, imprecisa e obscura, cujo trabalho final terminou desprovido de motivação, suporte legal e da verdade material.

Não é isto que se extrai da análise do PAF.

Todas as infrações tiveram o indicativo da norma sob a qual se fundamentaram. Todas as infrações contaram com os elementos demonstrativos do seu cometimento, pelo menos do ponto de vista formal. Todas as infrações procuraram perseguir a verdade material. Todas as infrações encontraram motivação determinada, a partir da qual compreendeu-se perfeitamente o que o fisco postula em favor do erário.

Com efeito, as cinco irregularidades foram explicadas e quantificadas nas planilhas e documentos de fls. 07 a 13, sem falar nos arquivos eletrônicos inseridos no CD de fl. 17.

Deles se tem a exata noção do que trata a autuação, em cada uma das suas facetas, posteriormente desdobradas no informativo fiscal.

Ao contrário do que se argumenta, as irregularidades foram expostas de maneira clara, precisa, segura e completa, não sendo o caso de aplicar-se a nulidade prevista no art. 18, IV, “a” do regulamento administrativo tributário processual.

Assim, deve a preliminar ser afastada.

Dito isto, é de se dizer que o auto de Infração cumpre com os requisitos de lei, constatados todos os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade.

A defesa foi ofertada dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui anormalidades temporais, inclusive depois que a Supervisão da unidade fazendária de origem, inicialmente determinando o arquivamento da defesa, acabou reconsiderando sua posição e dando prosseguimento ao processo.

Defesa ofertada sem questionamentos do órgão de preparo acerca de ter havido defeitos de representação legal para o signatário da peça impugnatória funcionar nos autos.

Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa também a quaisquer princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Indefere-se o pedido de diligência formulado no petitório, considerando que os elementos fático-probatórios já se encontram presentes no PAF, suficientes para se deslindar a presente celeuma.

Observe-se também que apenas as infrações 01 e 03 encontraram resistência de mérito propriamente dita. As demais irregularidades foram tangenciadas no que respeitam à proporcionalidade da multa aplicada, a ser examinada mais adiante.

Efetivamente, as infrações 01 e 03 guardam correlação. Isto porquanto o fisco glosou os créditos fiscais relativos às aquisições de cimento, em face de considerá-lo material acessório por ação física e, por decorrência, naqueles recebimentos de outras unidades federativas, cobrou-se o diferencial de alíquota. Logo, a procedência da terceira irregularidade dependerá da subsistência da primeira.

Pondera o contribuinte que o referido produto se mostra essencial para a atividade da empresa. Seja na peça defensiva, seja no memorando feito pela Coordenação de Geotecnica juntado à fl. 98, seja nas explicações dadas pelo ilustre advogado da empresa na sessão de julgamento de 08.6.2021, depreende-se que o cimento a granel é comprado para ser misturado com outros componentes (rejeitos da produção e água), a partir dos quais se obtém uma “pasta” usada na construção das estruturas das galerias da mina de cobre – a chamada “paste fill”.

Apesar do citado *mix* aumentar a produtividade da extração, conforme estudo acessível pelo link <https://pt.scribd.com/document/509909476/Paste-Fill-Caraiba>, dúvidas não há da sua aplicação nas obras de construção civil da mina, usado para preenchimento das escavações subterrâneas, conferindo às galerias estabilidade e resistência.

Este mesmo estudo garante que o cimento é elemento integrante da “paste fill”, mistura usada para enchimento das escavações e usado após a lavra daquele local, conforme se pode extrair no tópico intitulado “Projeto da Planta”, item 3, no qual se confirma que um dos pontos importantes da técnica é trazer rapidez nos “enchimentos dos realces”, logo após a conclusão da lavra.

Logo, fica muito evidenciado que o cimento é usado depois mesmo da extração do minério, nada tendo a ver com o processo de extração propriamente dito, embora o enchimento possa funcionar concomitantemente à extração. Diferente da dinamite, por exemplo, usada para descolar as rochas de uma pedreira.

O método de “paste fill” é apenas uma das técnicas de “backfill” (que, em inglês, significa preenchimento de algo que foi escavado), ou seja, de preenchimento dos espaços vazios deixados com a exploração da mina, sobretudo depois que se faz a retirada do minério e se vê a necessidade de “verticalizar” a extração, com a formação de galerias. A este propósito, é interessante ver o que diz MARILIA ABRÃO ZENI, em sua dissertação de mestrado pela UFRGS, na área de engenharia de minas, acessível pelo link <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/143712> :

1 INTRODUÇÃO

Vários métodos de mineração subterrânea fazem o uso de pilares temporários ou permanentes como parte do suporte, dentre eles se podem citar como exemplo; câmaras e pilares, longhole, sublevel stoping entre outros. A utilização de pilares nesses métodos tem o objetivo de controlar movimentos no maciço rochoso nas áreas de influência da escavação.

(...)

Dentre os métodos de suporte artificiais com melhor aproveitamento do corpo mineral, se destaca o backfill, que é o preenchimento de espaços vazios com material estéril proveniente em geral da própria mina em áreas **onde já foi realizada a mineração ou concomitantemente ao processo**, minimizando assim a alteração e/ou desenvolvimento das descontinuidades. O backfill pode atuar de maneira superficial, local ou globalmente na estrutura da mina, dependendo das necessidades da operação, do tipo de deformação do maciço rochoso e também das propriedades da sua mistura.

(...)

5.1 CONCLUSÕES

Esta dissertação abordou a caracterização do enchimento de espaços vazios em uma mina subterrânea através do método backfill cimentado. Para contextualizar a pesquisa, inicialmente foi apresentada a localização da mina, seu método de produção e as características operacionais da planta de produção do backfill. Posteriormente foram abordados os conhecimentos teóricos necessários para a melhor compreensão da metodologia utilizada no estudo.

O cimento, quando se agrega à mistura, é utilizado nas obras de construção civil da mina, executadas em suas galerias, não fazendo parte do processo de extração propriamente dito, mas empregado com o fito de preencher “os espaços vazios deixados por essas escavações”, conforme declarado no memorando técnico de fl. 98. E, como tal, configura-se como material acessório classificável como de acesso física enquadrando-se, nestas condições, como material de uso e consumo.

Segundo a doutrina clássica sobre o assunto, considera-se bem de acesso física artificial as construções incorporadas ao bem imóvel, com previsão no art. 1253 do CC vigente.

Veja-se o posicionamento de Leonardo Gomes de Aquino, Mestre em Direito, Especialista em Processo Civil e em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, acessível através do link <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/aquisicao-da-propriedade-pela-acesso/>:

Conceito de acessões artificiais (arts. 1.253 a 1.259, CC): Resultam de trabalho humano, como *plantações e construções* (art. 1.248, V, CC), tendo caráter oneroso e submete-se à regra de que tudo aquilo que se incorpora ao bem, em razão de uma ação qualquer, cai sob o domínio do seu proprietário ante a presunção *juris tantum*, contida no art. 1.253, do CC.

Objetivamente falando: na qualidade de material classificável como de acesso física, o cimento não enseja aproveitamento de crédito fiscal, conforme enunciam os arts. 20, § 1º, 21, III, ambos da Lei Complementar 87/96, c/c os arts. 29, § 1º, e 30, III, ambos da Lei 7014/96, abaixo transcritos:

LC 87/96:

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

(...)

Art. 21. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

(...)

III - vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento;

Lei 7014/96:

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso

ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

§ 1º O uso do crédito fiscal ocorrerá:

(...)

II - a partir da data prevista na Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, tratando-se de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento e respectivos serviços de transporte;

§ 2º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou as utilizações de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento

(...)

Art. 30. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

(...)

III - vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento;

RICMS-BA:

Art. 310. É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

(...)

VII - destinados à construção de imóveis por ação física;

Nem mesmo o precedente judicial do STJ citado à fl. 126, publicado em 21.6.2017, se amolda ao caso sob apreciação. Note-se que nesta decisão fica claro que, para um produto ser considerado material intermediário, será preciso que se demonstre o consumo ou o seu desgaste gradual no processo produtivo da empresa. Não é este o caso do cimento a granel adquirido pelo estabelecimento autuado.

Logo, sendo correta a glosa efetuada, por se tratar o cimento a granel de material de uso e consumo, usado nas obras de construção civil da mina e, por conseguinte, mercadoria alheia ao processo de extração, é também de direito da Fazenda Pública a DIFAL atinente às aquisições interestaduais.

Irregularidades procedentes.

No que toca às infrações 02, 04 e 05, a argumentação do contestante fica adstrita ao caráter confiscatório e desproporcional das sanções pecuniárias aplicadas pelo fisco.

Não se atacou o mérito da irregularidade de nº 02, que tratou de crédito indevido em quantia superior àquela destacada no documento fiscal. O demonstrativo de fl. 09 e o documento de fl. 10 explicitam se tratar da NF 1175, expedida em 23.5.2017, com chave eletrônica do documento e CNPJ do fornecedor ali indicados, acusando divergência entre o imposto destacado na nota fiscal e o lançado na EFD, sem contestação empresarial. **Irregularidade subsistente.**

Por outro lado, é bem verdade que as infrações 04 e 05 só se referem à exigência de penalidades, à razão de 1% sobre o valor comercial apontado em notas fiscais, em face do não registro da entrada de mercadorias.

Sobre este aspecto, à vista do estatuto no art. 167, I do RPAF-BA, falece competência para este Colegiado examinar a constitucionalidade de dispositivos legais *stricto sensu* em vigor no Estado da Bahia.

As penalidades propostas têm previsão no art. 42 e respectivos incisos da Lei 7.014/96, de sorte que tem esteio na lei e não podem ser aqui menosprezadas em virtude de supostas desconformidades constitucionais.

Tem este Colegiado a obrigação de basear-se na penalidade prevista em lei. Para as situações retratadas neste PAF, as sanções cabíveis são aquelas consignadas no lançamento. Há a conformação do ilícito tributário à previsão normativa mencionada no corpo do auto de infração.

Por seu turno, irrelevantes o fato das multas de 1% significarem mais da metade da autuação. O que se deve mensurar é se o percentual aplicado traduz confisco ou desproporcionalidade e este, sem dúvida alguma, não traz em si uma carga sancionatória abusiva.

Ademais, o § 7º, do art. 42 da Lei 7.014/96 – de natureza processual instrumental - foi revogado pela Lei nº 14.183, com efeitos a partir de 13/12/19.

Afastado o pedido de cancelamento ou redução da multa para as irregularidades formalizadas, inclusive - e especialmente - para as de números 02, 04 e 05.

Isto posto, deve o auto de infração ser julgado **PROCEDENTE**.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279696.0006/20-6**, lavrado contra a **MINERAÇÃO CARAÍBA S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor histórico de **R\$51.586,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando **R\$120.121,98**, previstas no inciso IX do citado dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA - JULGADOR