

A. I. Nº - 207103.0002/03-6
AUTUADO - MILLENNIUM INORGANIC CHEMICALS DO BRASIL S.A.
AUTUANTES - LINDINALVA RODRIGUES DA SILVA e LAUDELINO PASSOS DE ALMEIDA
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 17.06.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0212/01-03

EMENTA: ICMS. **1.** CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** CRÉDITO UTILIZADO EM QUANTIA SUPERIOR À DESTACADA NO DOCUMENTO FISCAL. O crédito utilizado corresponde ao imposto efetivamente pago na operação. Autuação infundada. **b)** FRETES INTERESTADUAIS NÃO VINCULADOS A OPERAÇÕES SUBSEQÜENTES. USUÁRIO FINAL. Imputação não impugnada pela defesa. **c)** FRETE INTERESTADUAL DE SUCATAS SEM PAGAMENTO ANTECIPADO DO IMPOSTO. A legislação prevê o pagamento antecipado é relativamente à sucata, não ao serviço de transporte. Lançamento indevido. **d)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE SUCATAS. Provado que parte do imposto se encontrava paga. **e)** ATIVO IMOBILIZADO. Incerteza quanto à efetiva destinação dos bens. Procedimento nulo. **f)** BENS DE USO E CONSUMO. Fato não questionado pela defesa. **2.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** FALTA DE PAGAMENTO. **a.1)** FRETES INTERESTADUAIS NÃO VINCULADOS A OPERAÇÕES SUBSEQÜENTES. USUÁRIO FINAL. Lançamento não impugnado pela defesa. **a.2)** MATERIAL DE CONSUMO. Fato não questionado pelo sujeito passivo. **b)** PAGAMENTO EFETUADO A MENOS. Lançamento não impugnado. **3.** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SERVIÇOS DE TRANSPORTE. **a)** RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. Corrigido o percentual da multa. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. O serviço prestado neste caso não é de transporte, mas sim de reciclagem de materiais (lama neutralizante). Autuação descabida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/3/03, apura os seguintes fatos:

1. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS – valores superiores aos destacados nos documentos fiscais –, sendo lançado imposto no valor de R\$ 3.931,23, com multa de 60%;
2. falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS relativa à utilização de serviços de transporte iniciados em outro Estado, não sendo vinculados a operações subsequentes

- alcançadas pela incidência do imposto – fretes de materiais de uso e consumo –, sendo lançado imposto no valor de R\$ 37.902,46, com multa de 60%;
3. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviços de transportes não vinculados a operações subsequentes tributáveis – fretes de materiais de uso e consumo –, sendo lançado imposto no valor de R\$ 25.012,54, com multa de 60%;
 4. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviços de transportes não vinculados a operações subsequentes tributáveis – fretes com a cláusula CIF em operações simbólicas da empresa, sem incidência do imposto, relativamente a prestações de serviços de transporte entre o Porto de Santos e o armazém geral em Barueri (SP), sendo que as operações ocorrerem em São Paulo, nas saídas de armazéns gerais para clientes naquele Estado *[sic]*, envolvendo mercadorias importadas em São Paulo, tendo o tributo sido pago àquele Estado –, sendo lançado imposto no valor de R\$ 70.995,99, com multa de 60%;
 5. recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de divergências entre os valores lançados no livro de entradas e os escriturados no livro de apuração, relativamente a tributo devido a título de diferença de alíquotas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 6.741,13, com multa de 60%;
 6. retenção de ICMS efetuada a menos por erro de cálculo do imposto devido na condição de substituto tributário relativo a serviços de transporte prestados por terceiros (prestações continuadas), sendo lançado tributo no valor de R\$ 73.526,11, com multa de 150%;
 7. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a serviços de transporte tomados na condição de destinatário das mercadorias – aquisições interestaduais de sucatas com a cláusula CIF –, sendo lançado tributo no valor de R\$ 7.025,64, com multa de 60%;
 8. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS nas aquisições interestaduais de sucatas de limalha de ferro desacompanhadas dos correspondentes comprovantes de pagamento do imposto, sendo lançado tributo no valor de R\$ 12.934,55, com multa de 60%;
 9. recolhimento de ICMS efetuado a menos – diferença de alíquotas –, sendo lançado tributo no valor de R\$ 5.199,57, com multa de 60%;
 10. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS nas aquisições de automóveis destinados aos administradores da empresa, sendo lançado tributo no valor de R\$ 17.328,09, com multa de 60%;
 11. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisições de material para uso ou consumo, sendo lançado tributo no valor de R\$ 275.007,36, com multa de 60%;
 12. falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS relativa a aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, sendo lançado tributo no valor de R\$ 284.776,36, com multa de 60%;
 13. falta de apuração e recolhimento de ICMS na condição de substituto tributário, como tomador de serviços de transporte de lamas neutralizantes, sendo lançado tributo no valor de R\$ 19.923,06, com multa de 150%.

O contribuinte defendeu-se explicando que, no caso do item 1º do Auto de Infração, importou bens através da DI nº 99/0894180-4, sendo que, ao emitir a Nota Fiscal 11692, destacou erroneamente o imposto no valor de R\$ 2.937,72, quando o correto seria R\$ 5.504,72, mas, ao fazer o pagamento, preencheu corretamente o DAE. Fundamenta-se no art. 93, V, “a”, do RICMS/97.

No tocante ao item 7º, alega que os fretes se referem a sucata, tendo os auditores, a seu ver, se equivocado ao deduzirem que os fretes referentes a sucatas deveriam ter o imposto antecipado como se fosse a própria sucata. Juntou cópia de resposta de Consulta feita pelo prestador dos serviços ao fisco de Minas gerais. Reclama que as operações não foram CIF. Juntou comprovantes.

Também considera infundada a autuação no caso do item 8º. Anexou documentos de arrecadação.

Quanto ao item 10, argumenta que o direito ao crédito na situação ali contemplada é previsto no art. 93, V, “a”, do RICMS/97, por se tratar de bens do ativo imobilizado destinados à manutenção das atividades do estabelecimento. Alega haver contradição entre o demonstrativo fiscal, que se refere a veículos destinados à Millennium de São Paulo, e a descrição no corpo do Auto de Infração, que acusa a aquisição de material para uso e consumo. Assegura que os automóveis não se destinaram à filial de São Paulo, tanto assim que os carros se encontravam no pátio da companhia. Relativamente à questão suscitada pelos autuantes de que se trataria de bens alheios à atividade do estabelecimento, a defesa contrapõe que os veículos ficam à disposição dos empregados autorizados a conduzi-los a serviço da empresa. Observa que nas Notas fiscais consta o código fiscal das operações como sendo 2.92, concernente a transferências para o ativo imobilizado. Especifica as Notas Fiscais de aquisição e as Notas Fiscais de transferência dos bens em lide. Cita comentários da doutrina acerca do conceito do que seja coisa “alheia à atividade do estabelecimento”.

Também impugna o lançamento do item 13, dizendo que os autuantes cometeram erro insanável, pois os dispositivos invocados não têm relação com os fatos. Explica que, para reduzir custos com os resíduos industriais, que são danosos ao meio ambiente, optou por reciclá-los, remetendo-os a empresas ceramistas para fabricação de blocos. Diz que remunera os serviços prestados aos ceramistas. Fala das Autorizações de Fornecimento, que são os instrumentos contratuais firmados com os fornecedores de mercadorias e prestadores de serviços. Frisa que a natureza dos serviços é de “incorporação de lama tratada em blocos cerâmicos”. Reporta-se às Notas Fiscais de Prestação de Serviço (Avulsas) emitidas pela Prefeitura Municipal de Candeias, chamando a atenção para o fato de que a responsabilidade pelo transporte da lama é do prestador do serviço, o qual se encarrega de fazer a apanha do material descartado e o transporte do mesmo.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado improcedente em parte e que se homologue o recolhimento das parcelas reconhecidas como devidas.

Foi prestada informação por um dos autuantes. Apreciando os elementos apresentados pela defesa, relativamente ao item 1º, o informante diz que, em que pese o ICMS pago corresponder ao devido, o erro no preenchimento da Nota Fiscal autoriza o crédito apenas do que nela foi destacado. A seu ver, o contribuinte deve pagar o valor lançado neste Auto, podendo depois, mediante processo, requerer o crédito oriundo do pagamento, devendo emitir Nota Fiscal complementar.

No que concerne ao item 7º, o fiscal reconhece que o autuado apresentou documentos que comprovam ter ele suportado o pagamento dos fretes. Aduz que houve uma “situação inusitada”, qual seja, o desmembramento do ICMS da sucata em relação ao ICMS do frete. Conclui dizendo que o valor lançado é indevido.

No tocante ao item 8º, o autuante informa que a defesa comprovou apenas parcialmente os pagamentos do imposto relativo às aquisições de sucatas, notadamente de Walmar Júnior Com. e

Repres. Ltda. (fls. 553 e seguintes), não havendo pagamentos do outro fornecedor, Rosa Ind. e Com. de Sucatas. Deduzidos os valores comprovados, resta não comprovada a quantia de R\$ 1.962,11.

Quanto ao item 10, diz o autuante que não procede a alegação do autuado ao assinalar que o fisco teria considerado que os automóveis foram adquiridos para a filial de São Paulo. Os automóveis destinaram-se ao estabelecimento de Camaçari. Explica que glosou o crédito porque tomou conhecimento de que os veículos se destinavam aos administradores da empresa, e a legislação é clara ao vedar o crédito neste caso. Os aludidos veículos não podem ser utilizados para transportes de pequenas cargas ou de funcionários, pois para isso a empresa tem contratos com terceiros.

No tocante ao item 13, informa que em 1998, para descartar a lama neutralizada, produto indesejável resultante do processo produtivo, o autuado tinha contrato com a transportadora Translitorânea, e o ICMS era recolhido através de apuração mensal do imposto devido por substituição tributária. A partir do início de 1999, a lama passou a ser enviada sem que a empresa se responsabilizasse pelo imposto relativo aos serviços de transporte. A seu ver, não são as cerâmicas que efetuam os transportes, pois, de acordo com as Notas Fiscais de Prestação de Serviço (Avulsas) emitidas pela Prefeitura Municipal de Candeias, existem serviços de transporte de autônomos, inclusive com incidência de ISS. O fiscal conjectura que, se fossem transportes próprios, bastariam as cerâmicas emitirem Notas Fiscais de entrada próprias e fazerem referência ao transporte no corpo das Notas Fiscais. Comenta o teor dos dispositivos regulamentares em que se fundamenta a autuação. Opina pela manutenção do lançamento.

VOTO

O item 1º do Auto de Infração cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em virtude de o contribuinte ter-se creditado de valor superior ao destacado no documento fiscal.

Trata-se de uma importação feita através da DI nº 99/0894180-4 (fl. 537), sendo que, ao emitir a Nota Fiscal 11692 (fl. 539), a empresa destacou erroneamente o imposto no valor de R\$ 2.937,72, quando o correto seria R\$ 5.504,72. Observo que, apesar de na Nota Fiscal o imposto ter sido destacado erroneamente, ao fazer o pagamento preencheu corretamente o DAE (fl. 538), de modo que o imposto foi pago no montante devido – R\$ 5.504,72. Trata-se de bem do ativo imobilizado, um moinho de bolas planetário com recipientes de moagem. O contribuinte tem o direito ao crédito do imposto por ele pago no desembaraço aduaneiro do bem. A autuação é infundada.

O próximo item impugnado é o item 7º, no qual foi glosado crédito fiscal relativo a transporte de sucatas. A empresa provou ter sido ela quem arcou com o ônus do frete. Considera que os fiscais se equivocaram ao deduzirem que o frete referente a aquisições de sucatas deveriam ter o imposto antecipado como se fosse a própria sucata. O fiscal que prestou a informação contrapôs dizendo que houve uma situação inusitada, pois o ICMS da sucata foi “desmembrado” do ICMS do frete. Na verdade, a operação com a sucata tem natureza distinta da natureza do serviço de transporte. Constituem fatos geradores distintos e têm regimes jurídicos distintos. Concordo com o fiscal autuante, que conclui a informação reconhecendo não ser devido o lançamento do imposto neste caso.

O item 8º refere-se à glosa de crédito fiscal relativo a aquisições interestaduais de sucatas de limalha de ferro, por não terem sido apresentados os comprovantes do pagamento do imposto no Estado de origem. A defesa anexou comprovantes. O fiscal fez a conferência, chegando à conclusão de que a defesa comprovou apenas parcialmente os aludidos pagamentos, notadamente

de Walmar Júnior Com. e Repres. Ltda. (fls. 553 e seguintes), não havendo pagamentos do outro fornecedor, Rosa Ind. e Com. de Sucatas. Deduzidos os valores comprovados, resta não comprovada a quantia de R\$ 1.962,11. Faço a seguir as indicações necessárias à compreensão dos valores remanescentes:

DATA OCORR.	DATA VENC.	CTRC	ICMS
28/02/1998	09/03/1998	1550 da Walmar	60,90
31/10/1998	09/11/1998	9732, 3496, 9733, 9752, 9787, 9836, 9816, 9855, 9833, 9851, 9863, 9872, 9873, 9890, 9904 e 9905 da Rosa, e 1877 da Walmar	1.528,65
30/11/1998	09/12/1998	9880, 9896 e 9920 da Rosa	38,66
31/03/1999	09/04/1999	1997 da Walmar	60,90
31/05/1999	09/06/1999	2044 da Walmar	273,00
Soma			1.962,11

O item 10 diz respeito à glosa de crédito fiscal relativo a automóveis. O fisco considerou tratar-se de material para uso e consumo do estabelecimento (*sic*). Os automóveis seriam destinados aos administradores da empresa. Realmente a legislação veda o crédito relativo a mercadorias alheias às atividades da empresa. Em princípio, presumem-se alheios às atividades do estabelecimento veículos de transporte pessoal (individual), e o exemplo típico é aquele de uso exclusivo dos administradores da empresa ou de terceiros. Mas é evidente que se o veículo se destina a fins inerentes à atividade da empresa é legítimo o crédito. Pelo teor da informação prestada pelo autuante, percebo que ele não se baseou em dados concretos para concluir que os veículos são de uso dos administradores da empresa. O autuante diz que o crédito foi glosado por “tomarmos conhecimento” de que os veículos se destinavam aos administradores da empresa. Não explica de que modo tomou conhecimento disso. O ônus da prova nesse caso cabe ao fisco, que acusa. Teria ao menos de fundamentar sua suspeita em algo concreto. A defesa alega que os veículos se encontravam no pátio da companhia, à disposição dos empregados autorizados a conduzi-los a serviço da empresa. Não encontro nos autos elementos que me dêem certeza da imputação atribuída ao sujeito passivo. O lançamento é nulo. A repartição examinará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento quanto a este fato.

O item 13 acusa a falta de apuração e recolhimento de ICMS na condição de substituto tributário, como tomador de serviços de transporte de lamas neutralizantes. Antes de mais nada, observo que a multa para esse tipo de infração não é de 150%, mas de 60%. Aliás, o mesmo equívoco ocorreu no item 6º. A multa é de 150% quando se trata de tributo retido e não recolhido (Lei nº 7.014/96, art. 42, V, “a”). Quando o fato consiste em erros de cálculo do imposto que deveria ter sido retido, a multa, como já frisei, é de 60% (Lei nº 7.014/96, art. 42, II, “e”). No item 13, conforme reclama a defesa, há uma inadequação entre os fatos e o direito. A descrição do fato, em tese, está correta, e a autuação seria válida se o fato concreto correspondesse ao que foi descrito, ou seja, falta de apuração e recolhimento de ICMS, na condição de substituto tributário, como tomador de serviços de transporte de lamas neutralizantes. Porém não se trata, neste caso, de serviços de transporte. O autuado firmou contratos com duas empresas, a Agricom S.A. e a Carvalho e Brandão Ltda., para que estas prestassem “serviços de incorporação de lama tratada em blocos cerâmicos”. Os serviços foram documentados mediante Notas Fiscais de Prestação de Serviço (Avulsas) emitidas pela Prefeitura Municipal de Candeias (fls. 479/487). Com base nos valores consignados nas citadas Notas, os fiscais elaboraram demonstrativo do imposto em discussão (fl. 477), lançando-o como se fosse relativo a “serviços de transporte”. Ocorre que a Agricom e a Carvalho e Brandão não prestaram serviço de transporte. De acordo com as aludidas Notas, nas quais se baseou o fisco, os serviços prestados são “incorporação de lama em blocos

cerâmicos”. Analisando as Autorizações de Fornecimento (fls. 617/625), pelas quais o autuado contrata as empresas Agricom e Carvalho e Brandão para prestar os serviços de incorporação de lama em blocos cerâmicos, consta na primeira (fl. 617) que o transporte seria feito pela Transportadora Talmaq, sendo que nas demais consta no campo “Transportador” apenas a expressão “o próprio” (fls. 618/625). Não há registros quanto a valores nem quanto ao efetivo transportador. A defesa assegura que a responsabilidade pelo transporte da lama é do prestador do serviço, o qual se encarrega de fazer a apanha do material descartado e o transporte do mesmo. Seja como for, os valores levantados pelo fisco no demonstrativo à fl. 477 não se referem a “serviços de transporte”, como consta no cabeçalho do demonstrativo e na descrição do fato no Auto de Infração – trata-se, na verdade, de serviços de reciclagem da lama neutralizante, mais precisamente, “serviço de incorporação de lama em blocos cerâmicos”. Autuação descabida.

Os valores remanescentes são os seguintes:

ITEM	OBJETO DO PROCEDIMENTO	VALOR	MULTA
1º	Crédito fiscal (utilização a mais)	-	-
2º	Diferença de alíquotas (falta de pagamento)	37.902,46	60%
3º	Crédito fiscal (frete – usuário final)	25.012,54	60%
4º	Crédito fiscal (frete – usuário final)	70.995,99	60%
5º	Diferença de alíquotas (pagamento a menos)	6.741,13	60%
6º	Substituição tributária (retenção a menos)	73.526,11	60%
7º	Crédito fiscal (frete de sucatas)	-	-
8º	Crédito fiscal (sucatas)	1.962,11	60%
9º	Diferença de alíquotas (pagamento a menos)	5.199,57	60%
10	Crédito fiscal (ativo imobilizado)	-	-
11	Crédito fiscal (bens de uso ou consumo)	275.007,36	60%
12	Diferença de alíquotas (material de consumo)	284.776,36	60%
13	Substituição tributária (falta de retenção)	-	-
Total		781.123,63	

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207103.0002/03-6**, lavrado contra **MILLENNIUM INORGANIC CHEMICALS DO BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 781.123,63**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a”, “e” e “f”, e inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, devendo ser homologada a quantia já paga.

Esta Junta recorre da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA