

A. I. Nº - 206955.0011/05-4
AUTUADO - MILLENNIUM INORGANIC DO BRASIL S/A.
AUTUANTES - MARIA DAS GRAÇAS L. CARVALHO e CARMELIA P. GONÇALVES
ORIGEM - IFEP DAT/METRO
INTERNET - 29/09/06

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0283-03/06

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. a) DESEMBARAÇO ADUANEIRO EM OUTRO ESTADO. Nas operações de importação de mercadorias, quando destinadas a unidade federada diversa do domicílio do importador, sempre que houver transmissão de sua propriedade sem que as mesmas transitem pelo estabelecimento importador, o imposto caberá à unidade onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias. Infração insubstancial. b) ERRO NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. NÃO INCLUSÃO DAS DESPESAS ADUANEIRAS. Infração não impugnada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO DE SAÍDA TRIBUTADA DECLARADA COMO NÃO TRIBUTADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Se não houve crédito fiscal pela entrada simbólica das mercadorias, a saída, também simbólica, deve ser efetuada sem destaque do imposto. Infração não caracterizada. 3. IMPORTAÇÃO REGIME DRAWBACK. Infração não impugnada. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE CONSUMO. Refeitos os cálculos, o imposto apurado ficou reduzido. b) SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO VINCULADO. Após revisão efetuada pelas autuantes, apurou-se inexistência de débito do imposto a ser recolhido. c) SERVIÇO DE TRANSPORTE. TRANSFERÊNCIAS A PREÇO FOB. O direito ao crédito fiscal é do destinatário das mercadorias. Infração subsistente. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Conforme revisão efetuada pelas autuantes, a infração foi elidida, mediante comprovação apresentada pelo autuado. 6. ZONA FRANCA DE MANAUS. REMESSA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DO PRODUTO PELA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Autuado não contestou. Rejeitada a preliminar de nulidade e decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/12/2005, refere-se à exigência de R\$10.254.328,51 de ICMS, acrescido das multas de 50%, 60% e 150%, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do ICMS pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento. Consta, ainda, que o contribuinte importou dióxido de titânio no exercício de 2000 e desembaraçou em São Paulo, recolhendo o imposto naquele Estado, alegando o princípio do destino físico. Mas, as mercadorias ingressaram imediatamente no armazém geral, mediante uma nota fiscal de remessa sem destaque do imposto, contrariando a regra prevista no art. 573, I, do RICMS-BA. Valor do débito: R\$5.366.334,95.
2. Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta, ainda, que o contribuinte realizou operações de saídas de mercadorias com armazém geral localizado fora do Estado da Bahia. As notas fiscais foram emitidas com CFOP 699, sem o destaque do ICMS. Valor do débito: R\$3.782.917,84;
3. Falta de recolhimento do ICMS devido na importação de mercadorias com isenção de imposto sob o regime de DRAWBACK, na modalidade suspensão. Foi constatado que a empresa exportou produtos em quantidade inferior ao compromisso assumido no Ato Concessório, tendo em vista que, o contribuinte assumiu o compromisso de importar 1.100 toneladas de óxido de titânio e exportar 1.144 toneladas de dióxido de titânio. Mas, só exportou 752,50 toneladas de dióxido de titânio, restando 391,50 toneladas a exportar. Valor do débito: R\$23.997,58;
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Refere-se a produtos químicos destinados às unidades de tratamento de água de refrigeração, tratamento de lama, conservação dos equipamentos e produtos de limpeza. O contribuinte apresentou denúncia espontânea em 2003, referente à maioria desses produtos, mas não abrangeu a sua totalidade. Valor do débito: R\$383.086,93
5. Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Refere-se a produtos químicos destinados às unidades de tratamento de água de refrigeração, tratamento de lama, conservação dos equipamentos e produtos de limpeza. O contribuinte apresentou denúncia espontânea em 2003, mas não cobria a totalidade dos produtos. No exercício de 2000 os valores não contemplados na denúncia são somados aos valores recolhidos a menos. Valor do débito: R\$371.393,68.
6. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributáveis. Serviços de transporte de materiais de uso ou consumo utilizados nas unidades de tratamento de água, lamas, efluentes, anti-incrustantes, anti-corrosivos e materiais de limpeza. Valor do débito: R\$14.731,19.
7. Deixou de recolher o ICMS referente à diferença de alíquota na utilização de Serviço de Transporte cuja prestação teve inicio em outra unidade da Federação, não sendo vinculada a operação de prestação subsequente alcançada pela incidência do imposto. Serviço de transporte interestadual de materiais de consumo utilizados nas unidades de tratamento de água, lama, efluentes, anti-corrosivos, biocidas, etc. Valor do débito: R\$20.828,58.
8. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, na condição de remetente, relativo a frete de mercadorias saídas por transferência a preço FOB cuja prestação do serviço de transporte foi efetuada por transportadora. Valor do débito: R\$9.895,24.
9. Deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais. Consta, ainda, que o contribuinte, como tomador de serviços de transportes sucessivos em operações de fretes interno e interestaduais, e contratação de transporte de pessoal, apurou a menor o valor a recolher do ICMS referente a essas operações. Valor do débito: R\$206.982,26.

10. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquota na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. Valor do débito: R\$7.620,19.
11. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas. Serviços de transporte iniciados em São Paulo para o armazém geral em Santo André. Valor do débito: R\$50.356,51.
12. Recolhimento do ICMS efetuado a menos pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro da determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial. Valor do débito: R\$12.415,77.
13. Deixou de recolher o ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus (ZFM) com benefício de isenção do impostos sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA. O contribuinte foi autuado através do Auto de Infração de nº 00307494, de 29/10/93, por falta de comprovação do internamento das mercadorias destinadas à ZFM. O Auto de Infração foi julgado procedente e a empresa se creditou do valor pago em agosto de 2000. Valor do débito: R\$3.767,79.

O autuado apresentou impugnação (fls. 2732 a 2806), suscitando preliminar de **decadência** do crédito tributário quanto aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2000. Diz que se trata de imposto sujeito a **lançamento por homologação**, e em relação aos procedimentos adotados pelo contribuinte se aplica o prazo decadencial, conforme disciplinado no art. 150, § 4º, do CTN. O defendente transcreve o mencionado dispositivo legal, além do art. 156 do CTN, assegurando que a doutrina pátria corrobora o entendimento quanto à perda do direito de o Fisco Estadual exigir o complemento do imposto quando restou extinto o crédito tributário. Sobre o assunto transcreve lições de Sacha Calmon Navarro Coelho e a jurisprudência.

Em relação à falta de recolhimento do ICMS incidente sobre as importações realizadas através do Porto de Santos, no exercício de 2000 (infração 01), o autuado alega que, seguindo o princípio da destinação física, recolheu o imposto estadual incidente sobre as importações em favor do Estado de São Paulo. Diz que a exigência fiscal não pode subsistir, considerando que a legislação em vigor respalda o acerto do procedimento adotado pela empresa, e a Constituição Federal de 1988, deixa claro que o tributo é devido ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria. Transcreve o art. 155, II e § 2º, inciso IX, alínea “a”, da CF, além do art. 11, da Lei Complementar 87/96; arts. 13 e 14 da Lei 7.014/96; arts. 47, X e 573, I, do RICMS/97. Assim, o autuado apresenta o entendimento de que é inquestionável que as mercadorias por ele importadas jamais vieram fisicamente para o seu estabelecimento situado na Bahia, tendo sua entrada física ocorrido em armazéns gerais situados no Estado de São Paulo, num primeiro momento, e nos estabelecimentos de seus clientes situados em São Paulo, Paraná e Santa Catarina, por ocasião da revenda, inexistindo dúvida de que a revenda das mercadorias foi efetuada sem que as mesmas transitassesem pelo seu estabelecimento situado na Bahia, e de acordo com o art. 330, I do RICMS-BA, a empresa está obrigada a arrolar em seu Livro Registro de Inventário as mercadorias importadas mantidas em estoque nos armazéns gerais situados em São Paulo na data do encerramento do balanço anual, se as mesmas ainda não tiverem sido vendidas. Salienta que no período compreendido entre agosto de 1999 e março de 2000 recolheu o imposto sobre operações idênticas às que são objeto do presente lançamento em favor do Estado da Bahia e o Fisco do Estado de São Paulo promoveu a cobrança do imposto. Diz que ingressou com Pedido de Restituição protocolado sob o nº 875.962/00, tendo sido atendido o pleito, conforme Parecer DAT/METRO nº 7.004/2001. Por isso, entende que o procedimento adotado, além de encontrar amparo na legislação em vigor, foi chancelado pelo próprio Fisco baiano, tendo em vista que o

ICMS incidente sobre as importações cabe ao Estado onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias.

Em relação à infração 02 alega que não houve qualquer irregularidade no procedimento adotado pela empresa, que teve como propósito tão somente implementar o princípio da não-cumulatividade. Diz que realizou diversas importações de dióxido de titânio no ano de 2000 através do Porto de Santos – SP, manteve a mercadoria importada armazenada naquele Estado para posterior entrega aos clientes, tendo recolhido o ICMS sobre as importações para o Estado de São Paulo, e, seguindo as diretrizes estabelecidas no § 3º, do art. 573, do RICMS-BA, para acobertar as citadas operações, emitiu Nota Fiscal relativa à entrada simbólica das mercadorias importadas sem destaque do imposto, com a informação de que o ICMS relativo à importação foi recolhido em favor do Estado de São Paulo. Em seguida, foi emitida Nota Fiscal de remessa simbólica para acobertar a **entrada** das mercadorias importadas sem destaque do ICMS. O defendant comenta sobre o princípio da não-cumulatividade do ICMS estabelecido no art. 155 da Constituição Federal, cita ensinamentos de Roque Antônio Carrazza e de José Eduardo Soares de Melo. Salienta que, no âmbito estadual, a Lei 7.014/96, em seu art. 28, reproduziu fielmente o princípio da não-cumulatividade, e no mesmo sentido o RICMS, no seu art. 114, também trata de não-cumulatividade. Assim, o autuado argumenta que ao adquirir mercadoria no mercado interno para revender, lhe é assegurado o crédito do ICMS pago pelo seu fornecedor, sendo utilizado esse crédito para deduzir do imposto incidente sobre a venda destas mercadorias. Descreve as operações realizadas e apresenta um organograma para tornar mais clara a situação descrita nas razões de defesa. Salienta que ao adquirir mercadoria no mercado externo para armazenar e revender fora do Estado da Bahia sem que a mercadoria transite pelo seu estabelecimento o crédito decorrente do pagamento do ICMS incidente sobre a importação pertence ao armazém geral, já que o imposto é devido ao Estado de São Paulo, pelo princípio da destinação física. Diz que em se tratando de mercadoria importada do exterior destinado a estabelecimento diverso do importador, se a saída simbólica para o armazém geral for tributada restará violado o princípio da não-cumulatividade. Pede a improcedência deste item do Auto de Infração.

Infrações 04 e 05: Após transcrever o art. 155 da Constituição Federal, o defendant argumenta que, no caso de mercadorias resultantes de processo industrial a adequada aplicação do princípio da não-cumulatividade pode dar margem a equivocadas interpretações, tendo em vista que no processo industrial haverá direito ao crédito do ICMS incidente sobre a matéria prima, como também sobre o material secundário aplicado na produção. Reproduz ensinamentos de Plácido e Silva, e ressalta que a exigência de o bem ser indispensável na composição do produto não pressupõe que tal bem deva compor esse produto, e o que se exige é que esses bens tenha aplicação no processo produtivo e sem ele o produto não possa ser obtido, por isso, entende que o ICMS incidente sobre os bens de consumo aplicados na produção de mercadorias gera direito ao crédito fiscal, desde que esses bens sejam indispensáveis à produção industrial.

O defendant argumenta, ainda, que existe outra questão a ser analisada, qual seja, a exigência constante do Convênio nº 66/88, de que os bens sejam consumidos no processo industrial, e não há no mencionado Convênio a previsão de que os bens sejam consumidos imediata e integralmente. Cita uma decisão do STF, e assegura que a legislação baiana estabelece normas que ratificam os princípios e normas oriundas da Constituição Federal de 1988, Decreto-Lei 406/66 e Convênio 66/88. Reproduz parte do Parecer 01/81 da Procuradoria Fiscal do Estado e um Parecer Normativo CST 65/79, referente ao IPI. O autuado diz que o seu processo industrial “tem como ponto de partida a escória de titânio – produto concentrado de titânio obtido através do processamento da ilmenita (minério que contém alto teor de titânio) - que passa por secagem para retirada da umidade, e, em seguida, é encaminhado à moagem na qual o tamanho das partículas é bastante reduzido facilitando a sulfatação, etapa seguinte do processo”. Prosseguindo, o defendant descreve cada etapa, relativamente a sulfatação, clarificação, tratamento da lama, cristalização, centrifugação, filtração, evaporação, calcinação, moagem,

ressuspensão, lavagem, filtragem, micronização. Em seguida, informa a aplicação de cada um dos produtos cujos créditos fiscais foram considerados indevidos. Diz que já houve diligência fiscal realizada pela ASTEC na qual ficou esclarecido que a empresa tem direito ao crédito fiscal decorrente de produtos utilizados no tratamento de água captada no Rio Capivara para fins de processo como Cal Hidrata, Cloro Líquido, Hipoclorito de Sódio, conforme decisão da 6ª Junta de Julgamento Fiscal no Acórdão JJF Nº 1.351/2000. O defendantre conclui que não pode prosperar a exigência fiscal porque nega o entendimento da própria Secretaria da Fazenda.

Quanto à Diferença de alíquotas, diz que, tendo sido demonstrada a improcedência da autuação quanto aos créditos fiscais considerados indevidos, pede em consequência que também seja declarada improcedente esta infração, pelas mesmas razões. Assim, pede a improcedência das infrações 04 e 05.

O defendantre acrescenta aos argumentos já apresentados, a alegação de que ocorreu erro material cometido pela fiscalização, tendo em vista que a empresa foi autuada em 1997 por ter utilizado crédito fiscal decorrente da aquisição de alguns produtos que constituem objeto do presente lançamento. Como foi julgado procedente em parte, o autuado apresentou **Denúncia Espontânea** em relação aos produtos cuja glosa foi mantida pelo CONSEF, tendo recolhido o imposto devido no período compreendido entre **janeiro de 2000 e abril de 2003**. Assim, analisando o demonstrativo referente às infrações 04 e 05 do presente Auto de Infração, diz que constatou que estão sendo exigidos valores pagos na autuação fiscal anterior. Cita como exemplo o ICMS incidente sobre FLUITEC no mês 05/2002, afirmindo que foram consideradas três notas fiscais de números 8959, 8999 e 9052, todas no valor de R\$11.500,00. Diz que as notas fiscais 8999 e 9052 estão listadas na fl. 2/7 do demonstrativo do exercício de 2002, do presente Auto de Infração, compondo indevidamente o montante do imposto exigido. Por isso, alega que é imprescindível uma **revisão do lançamento com o objeto de sanar os erros**, excluindo os valores indicados no doc 08 (fls. 2851 a 2854).

Infrações 06 e 07: Argumenta que os produtos que aparecem com maior freqüência no levantamento fiscal são: a perlita aditivada e o FLUITEC; a empresa denunciou espontaneamente e recolheu em 2003 o ICMS correspondente ao crédito que havia sido utilizado indevidamente, referente à aquisição dos mencionados produtos no exercício de 2000. Entretanto, as autuantes lançaram equivocadamente o imposto destacado nos Conhecimentos de Transporte que já foram pagos anteriormente. Diz que, afora os citados produtos, foi também efetuada a glosa dos créditos fiscais relativos às aquisições de pó de alumínio, e em relação a esse produto, ficou esclarecido que se trata de insumo empregado no processo produtivo, portanto, não há dúvida de que o transporte desse produto gera direito a crédito fiscal.

Por outro lado, em relação à diferença de alíquota incidente sobre o pó de alumínio, tal exigência é uma consequência da glosa do crédito fiscal decorrente do serviço de transporte, e, seguindo a mesma linha de raciocínio, restando demonstrado o direito ao aproveitamento do crédito fiscal, a exigência da diferença de alíquota perde completamente o sentido.

Infração 08: Alega que as autuantes se equivocaram ao entender que o transporte foi realizado a preço FOB, mas, “sendo essas operações meras transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, não se pode cogitar em preço, qualquer que seja ele (FOB ou CIF), pelo simples fato de não se tratar de vendas, nas quais, aí sim, a fixação de um preço seria da natureza do ato”.. Diz que, na verdade, as despesas de transporte das mercadorias transferidas foram realizadas pelo estabelecimento remetente, conforme evidenciam as cópias dos CTRCs acostados às fls. 2859 a 2896. Referente ao direito aos créditos fiscais, o defendantre transcreve o art. 93, III, “b”, do RICMS/97, concluindo que não há dispositivo legal que vede o direito a utilizar crédito fiscal relativo aos serviços de transporte que a empresa contratou. Diz que “ratificar o procedimento adotado pela Fiscalização é negar o exercício de um direito expressamente assegurado pela legislação”, e pela importância que o legislador atribuiu ao crédito fiscal, previu a possibilidade

de instituir vedações, ao dispor ao final do art. 93: “*salvo disposição em contrário*”. Conclui que está clara a insubsistência desta infração.

Infração 09: O autuado informa, inicialmente, que contrata com diversas empresas a prestação de serviços de transporte e em estrita observância ao disposto nos arts. 380 a 382 do RICMS-BA procede à retenção e ao recolhimento do ICMS devido pelas empresas transportadoras, na condição de contribuinte substituto. Diz que, “a despeito do zelo e da organização com que conduziram os trabalhos de levantamento, as Auditoras Autuantes cometiveram diversos equívocos quando da elaboração do Anexo VI ao auto, falhas que, se adquadadamente sanadas, elidirão totalmente a exigência perpetrada”. Apontou as seguintes falhas:

- Desconsideração do crédito presumido a que as transportadoras fazem jus quando do cálculo do ICMS: As autuantes utilizaram a alíquota de 17% para as operações internas e 12% e 7% para as operações interestaduais. Mas o art. 96, inciso XI, do RICMS-BA permite que as empresas transportadoras apurem o ICMS devido em sua operações através de um regime especial concedido com crédito presumido. Diz que é imprescindível a realização de revisão do lançamento.

- Cálculo do imposto retido e não recolhido relativo à prestação de serviços de transporte de pessoal: Após citar diversos dispositivos legais pertinentes, o autuado diz que procedeu à retenção do ICMS devido nas operações de serviços de transporte que contratou levando em conta os créditos que a empresa contratada fazia jus, por isso reteve, em cada prestação, o valor correspondente a 7% do total da operação e as autuantes, desconsiderando as disposições legais vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores, apuraram o ICMS sem proceder a quaisquer espécies de abatimento, pelo que **solicita revisão** quanto a este aspecto.

- Exigência da retenção em prestações iniciadas em outras unidade da Federação: Alega que no Anexo VI ao Auto de Infração foram incluídas notas fiscais relativas a operações de transporte que consistiram na coleta do produto no estabelecimento da filial no Estado da Paraíba e posterior entrega no Município de Camaçari, e as autuantes entenderam que por se tratar de serviços de transporte prestados por autônomos, sendo o autuado tomador dos serviços, deveria ser responsabilizada pelo pagamento do ICMS devido pelos serviços contratados. Mas, de acordo com a Cláusula Segunda do Convênio 25/90, o legislador paraibano atribuiu a responsabilidade pelo pagamento do ICMS incidente sobre a prestação do serviço de transporte ao estabelecimento remetente das mercadorias. Assim, em que pese o tomador do serviço de transporte ser o estabelecimento destinatário das mercadorias, situado no Estado da Bahia, o responsável tributário nessas operações é o remetente, ou seja, o estabelecimento situado no Estado da Paraíba, e por isso, não há como prosperar o lançamento, por inexistência de legitimidade ativa do Estado da Bahia.

- Inadequada imputação da responsabilidade referente às prestações não sucessivas: Inicialmente, cita o art. 380 do RICMS-BA, apresentando o entendimento de que existem dois pressupostos objetivos e cumulativos a serem verificados para que se possa imputar ao tomador dos serviços de transporte a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto incidente sobre esses serviços: a) o tomador dos serviços ser contribuinte normal do imposto; b) deve haver continuidade na prestação dos serviços de transporte. Alega que no levantamento fiscal (Anexo VI) as autuantes incluíram os Conhecimentos de Transporte emitidos pelas empresas Concórdia Transportes Rodoviários Ltda, ETM Empresa de Transporte Montreal Ltda, Ilport Operadoras Portuárias S/A e Armazéns Gerais Columbia S/A, que prestaram serviços à impugnante de maneira esporádica, no exercício de 2000. Por isso, o deficiente entende que não há dúvida de que em relação ao atendimento do primeiro pressuposto estabelecido na legislação foi atendido, mas o segundo pressuposto não se verificou, de acordo com a interpretação dada ao dispositivo regulamentar mencionado. Cita o art. 6º da Lei Complementar 87/96 e o art. 8º, V, da Lei 7.014/96, argumentando que as prestações sucessivas de serviços de transporte são todas aquelas que uma

vez iniciadas tenham continuidade por um período de tempo razoável, para que se justifique a atribuição de responsabilidade pelo pagamento do imposto a um terceiro, e entende que os serviços de transporte prestados pelas citadas empresas não se constituíram prestações sucessivas.

- Extinção do crédito tributário decorrente da obrigação principal pelo pagamento: Diz que foram incluídos no levantamento fiscal os Conhecimentos de Transporte emitidos pela Atlas Transportes Ltda, no exercício de 2000; que o ICMS foi devidamente destacado nos Conhecimentos de Transporte emitidos pela Atlas, sendo recolhido o imposto aos cofres públicos. Por isso, não pode prosperar a exigência fiscal, e neste caso, não tendo cometido a infração relativa à falta de retenção do ICMS, o máximo que pode ser exigido, é o pagamento de multa por descumprimento de obrigação acessória.

- Inaplicabilidade da multa indicada no Auto de Infração: Diz que restou demonstrada a existência de inúmeras falhas cometidas pela fiscalização, e ciente da correção de seus procedimentos a empresa anexa aos autos os documentos comprobatórios de suas alegações e disponibiliza em sua sede a documentação para comprovar que não houve retenção de quaisquer valores a título de ICMS devido em decorrência da contratação de serviços de transporte. Por isso, o autuado entende que não pode ser compelido ao pagamento da multa de 150% do valor do imposto, estando adstrita somente à cobrança da multa de 60% do valor do imposto, conforme art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei 7.014/96.

Infração 11: O defendente esclarece, inicialmente, que embora conste na descrição dos fatos que a acusação se refere tão somente a serviços de transporte iniciados e finalizados em outras unidades da Federação, alguns Conhecimentos de Transporte que foram incluídos no levantamento fiscal dizem respeito a operações de transporte de insumos adquiridos em São Paulo pelo estabelecimento autuado, que geram direito ao crédito fiscal, conforme legislação em vigor. Assim, argumenta que os serviços de transporte foram indevidamente incluídos no demonstrativo elaborado pelas autuanteras, tendo em vista que estão vinculados ao processo industrial da empresa, uma vez que viabilizaram a aquisição de insumo, sem o qual o mencionado processo industrial se tornaria inviável. São serviços de transporte iniciados no Estado de São Paulo que acobertaram aquisições de “cavacos de ferro”, insumos empregados pelo estabelecimento autuado no seu processo produtivo, cujo nome técnico é limalha de ferro. O defendente conclui que tem direito ao crédito do ICMS incidente sobre a prestação do serviço de transporte iniciado em outra unidade da Federação, sendo o tomador do serviço.

Quanto aos serviços de transporte das mercadorias do armazém geral situado em Santo André – São Paulo para os estabelecimentos de clientes do impugnante nos diversos Estados do Sudeste, o autuado alega que também tem direito aos respectivos créditos fiscais. Cita os arts. 93, III, “c” e 97, II, “b”, do RICMS/97, e diz que as únicas situações previstas na legislação que ensejam a vedação ao crédito do ICMS são: prestação de serviço de transporte não atrelada à comercialização e prestações de serviços que resultem em operações subsequentes não alcançadas pela tributação. O autuado diz que o transporte das mercadorias do armazém geral para os seus clientes está vinculado às operações de comercialização. Destaca que realiza dois tipos de operações envolvendo armazéns gerais situados no Estado de São Paulo: as operações que tiveram por objeto mercadorias importadas e aquelas que tiveram por objeto a sua própria produção. Diz que na primeira operação citada os serviços de transporte contratados entre o armazém e o estabelecimento de seus clientes não geram crédito fiscal já que a remessa é simbólica da mercadoria para o armazém geral. Nas operações que tiveram por objeto as mercadorias produzidas pelo autuado, diz que as mercadorias saíram fisicamente de seu estabelecimento para o armazém geral situado no Estado de São Paulo sendo entregues posteriormente nos estabelecimentos de seus clientes. Salienta que as despesas relativas aos serviços de transporte foram suportados pelo estabelecimento autuado, tendo em vista que foram

operações efetuadas a preço CIF, conforme evidenciam os Conhecimentos de Transporte. Cita o art. 95, I, do RICMS-BA, e assegura que tem direito à utilização do crédito fiscal referente ao imposto anteriormente cobrado sobre o serviço de transporte CIF. Por fim, o defendant pede que seja declarada a decadência do direito do Fisco Estadual ao lançamento do ICMS referente ao exercício de 2000, e inteiramente improcedentes as infrações 01, 02, 04, 05, 06, 07, 08, 09 e 11 do presente Auto de Infração.

As autuantes, em sua informação fiscal às fls. 3274 a 3293 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando, referente à alegação de que houve decadência quanto aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2000, o Auto de Infração foi lavrado em 19/12/2005 e dado ciência ao autuado em 20/12/05, estando no prazo previsto no art. 965 do RICMS-BA.

Em relação à primeira infração, dizem que o autuado ratifica a realização de operações de importação de dióxido de titânio no exercício de 2000, com desembarço no Estado de São Paulo e armazenado naquele Estado para posterior revenda a seus clientes localizados em São Paulo e nos Estados do Sudeste. Entendem que os argumentos apresentados pelo autuado não deve prosperar, uma vez que as mercadorias foram importadas pela **MILLENNIUM INORGANICS CHEMICALS DO BRASIL S/A** e após o desembarço as mercadorias foram objeto de remessa para armazenamento (CFOP 699), e esses estoques foram administrados pela **MILLENNIUM INORGANICS – BA**, apesar de as mercadorias permanecerem armazenadas para atendimento aos clientes do autuado localizados em São Paulo e demais Estados do Sudeste. Cita o art. 573, do RICMS/97 e afirma que o autuado utilizou o mencionado dispositivo regulamentar de forma incorreta uma vez que as mercadorias foram importadas pelo estabelecimento localizado no Estado da Bahia, desembaraçadas no Porto de Santos, remetidas para o armazém geral, mas a propriedade permaneceu com o autuado, tendo em vista que não houve transmissão de propriedade. Salienta que em dezembro de 1999 o estoque de dióxido de titânio registrado no Livro Registro de Inventário era de 2.089,52 toneladas, e em 31/12/00 era de 1.105,66 toneladas, e na planilha que anexou aos autos está demonstrado o fluxo mensal de estoque mantido no armazém geral. Diz que o autuado está classificado no grupo de empresas monitoradas, e, “chamou à atenção da administração da IFEP o alto saldo credor registrado”. Foi efetuada diligência determinada pela Inspetoria Fiscal, foi realizada uma auditoria sumária, sendo emitido parecer favorável ao autuado, em 24/08/00, que seguiu uma estratégia operacional de racionalização de custos procurando utilizar esse parecer. O autuado recolheu o ICMS aproveitando os benefícios da anistia em vigor no Estado de São Paulo. Salienta que o citado parecer foi emitido de forma precária, uma vez que as notas fiscais de vendas não foram confrontadas, já que o fiscal não recebeu essas notas fiscais de vendas, estranhando a autuante a inexistência de qualquer posicionamento da Diretoria de Tributação, considerando o montante creditado, de R\$4.581.588,93. O autuado creditou-se do valor do ICMS pago no período de agosto de 1999 a março de 2000, obteve restituição da correção monetária e pagou ao Fisco do Estado de São Paulo com os benefícios da anistia. Informa, ainda, que as operações de importação apuradas nesta autuação são posteriores a março de 2000, não incluindo as operações contidas no período de agosto de 1999 a março de 2000. Ratifica integralmente o conteúdo desta infração e pede a sua procedência.

Infração 02: argumentam que não existe na Legislação Estadual previsão específica para não tributação de envio de mercadoria importada para armazém geral localizado fora deste Estado, e o autuado criou uma regra para atender sua estratégia tributária de redução de impostos, causando prejuízo para os cofres públicos estaduais. Diz que não cabe à Fiscalização a análise da harmonização de preceitos constitucionais, legais e regulamentares que tratam da não cumulatividade, e o autuado esqueceu que o Direito Tributário é totalmente vinculado às normas públicas, todas as operações devem estar de acordo com as normas específicas. Reafirma o conteúdo da infração e pede a sua subsistência.

Infração 03: Lembram que essa infração foi reconhecida, tendo sido efetuado o pagamento do débito integral.

Infrações 04 e 05: Argumentam que a fiscalização exigiu ICMS referente à utilização indevida de créditos fiscais de produtos não afetados diretamente no processo produtivo, mas que fazem parte da operacionalização das unidades, tais como: tratamento de água de refrigeração, tratamento de efluentes, tratamento de lamas, limpeza da fábrica, etc.

Salientam que os produtos utilizados no tratamento de água de refrigeração não participam do processo produtivo de forma direta, servem para conservar os equipamentos expostos à água de refrigeração, e a função desses produtos é de conservação e preservação dos equipamentos, não são afetados ao processo produtivo, nem são elementos indispensáveis à composição do produto final.

Quanto ao produto QUEMIFLOC CH 414, FLUCULANTE CATIÔNICO, dizem que é utilizado na unidade de clarificação, não se integrando ao produto final, tendo como objetivo apenas acelerar o processo de decantação dos sólidos existentes no licor.

FLUOCULANTE ANIÔNICO FLONEX 15739 AUXILIAM NA RECUPERAÇÃO DO TiO₂: não se incorpora ao produto final, e tem como finalidade acelerar o processo de decantação, e dessa forma, maximizar a recuperação de TiO₂ nas correntes de descarte.

PÓ DE ALUMÍNIO: informam que, de acordo com os esclarecimentos prestados nas razões de defesa, se trata de um insumo utilizado como agente redutor no tratamento ácido, que visa a eliminação de pequenas quantidades de metais e impurezas contidas no licor após a filtração que sucede à hidrólise. Afirmam que não faz parte do produto final, não tem participação intrínseca no processo produtivo.

Em relação às alegações do autuado de que foram cometidos erros pela fiscalização nas infrações 04 e 05, as autuantes argumentam que a fiscalização foi surpreendida com os questionamentos do autuado e os valores apresentados nas planilhas do defendant divergem daqueles originalmente apurados no decorrer da ação fiscal. Em relação à Denúncia Espontânea apresentada pelo autuado sob o nº 6000006753038, de 16/12/2003, dizem que não constam planilhas que indiquem os produtos e as respectivas notas fiscais e seus valores, e por isso, inexistem elementos para que a fiscalização possa realizar o confronto com os seus levantamentos. Em relação aos questionamentos apresentados pelo autuado, de que houve superposições de valores de notas fiscais, dizem que foi deduzido dos valores mensais apurados o valor recolhido pelo contribuinte na Denúncia Espontânea, e como no Auto de Infração há exigência de imposto relativo ao crédito indevido e diferença de alíquotas, foi necessário fazer um rateio para que pudesse apropiar separadamente os valores devidos a título de créditos indevidos e diferença de alíquota. Dessa forma, foi criado um índice com base no ICMS total devido e calculada a participação nesse valor, relativamente às parcelas de crédito indevido e diferença de alíquota. Salientam que “os produtos utilizados no tratamento de água - captação do rio capivara (aquatec B23, M52, Cal Hidrata, Cloro Líquido e Hipoclorito de Sódio) reconhecidos com direito ao crédito no Acórdão nº 1351/00 da 6ª Junta de Julgamento Fiscal, foram retirados das planilhas originalmente elaboradas, que serviram de base à constituição das infrações 04 e 05”. Informam, também, que os novos valores apurados em decorrência das alterações efetuadas foram lançadas no **novo demonstrativo acostado aos autos** (fl. 3369) juntamente com a informação fiscal.

Infrações 06 e 07: As autuantes informam que os valores apurados no levantamento fiscal se referem a Conhecimentos de Transporte e as infrações 04 e 05 são valores relativos a notas fiscais, e por isso, são absurdas as alegações apresentadas pelo defendant. Assegura que os documentos que embasaram as infrações 06 e 07 se referem aos serviços de transporte realizado para escoamento das mercadorias relacionadas nas infrações 04 e 05, e como a totalidade do imposto denunciado foi deduzido das infrações 04 e 05, persiste a cobrança dos valores apurados

nas infrações 06 e 07, em que pese o autuado ter afirmado que existem conhecimentos de transporte em seu levantamento de Denúncia Espontânea. Como não foi possível fazer a correlação entre os documentos fiscais utilizados pela fiscalização e aqueles considerados na Denúncia, os valores das infrações 06 e 07 foram conceituados como imposto a recuperar. Por fim, pedem a procedência total das infrações 06 e 07.

Infração 08: Informam que o autuado, ao realizar operações de transferências de mercadorias para a sua filial no Estado do Rio Grande do Sul, contrata o frete, realiza o pagamento e se credita do valor pago, anulando o débito inicial. Não inclui o frete na base de cálculo da mercadoria, o que não gera um débito de ICMS. A transportadora emite um Conhecimento de Transporte, gerando um débito do ICMS, que é anulado pelo contratante (o autuado) ao se creditar do valor do imposto destacado no conhecimento. Transcreve o art. 95, inciso I, alínea “c”, do RICMS/97, e diz que nas operações de vendas a preço CIF o frete compõe a base de cálculo do ICMS, sendo tributado integralmente. Cita o art. 56, do RICMS e lembra que existem julgados do CONSEF pela procedência total desse tipo de infração.

Infração 09: As autuantes informam que constataram que não foi considerado o crédito presumido de 20% do total das saídas tributadas, e por isso, fizeram o necessário ajuste na planilha que anexou aos autos, tendo realizado, também, ajustes em relação às prestações de serviço de transporte de pessoal, aplicando a alíquota de 7% durante todo o exercício de 2000. Diz que é pertinente a alegação de que os conhecimentos que têm na coluna destinada à inscrição estadual “isentos”, se tratam de transportes iniciados neste Estado, o que se infere que são serviços de transporte prestados por autônomos, cabendo ao autuado fazer a substituição tributária. Por isso, fizeram a exclusão deste item das planilhas que constituem o novo levantamento fiscal (fl. 3430). Dizem que não deve ser acatada a alegação do autuado de que as empresas Concórdia Transporte Rodoviário, ETM Empresa de Transportes Montreal, Willport Operadoras Portuária e Armazéns Gerais Colúmbia prestaram serviços de transporte durante o exercício de 2000, por três ou quatro meses seguidos. Salientam que o RICMS-BA estabelece a responsabilidade para recolhimento do imposto ao contratante do serviço, o autuado, e no caso concreto, não se enquadra na legislação e doutrina que o autuado apresenta em sua defesa.

Quanto ao argumento defensivo de que houve extinção do crédito tributário em relação à empresa Atlas Transporte Ltda., as autuantes apresentam o entendimento de que a cobrança do imposto é devida, não houve o pagamento porque não foi efetuada a retenção, consequentemente, não há que se falar em enriquecimento ilícito para o Estado., salientando que a multa indicada é a prevista na legislação.

Infração 11: As autuantes informam que retificaram dos demonstrativos, acatando a alegação defensiva de que foram incluídos conhecimento de transporte de insumos contratados a preço FOB. Dizem que não tem procedência a alegação de que houve serviço de transporte contratados, iniciados e finalizados no Estado de São Paulo. Dizem que em relação à transferência de dióxido de titânio do Porto de Santos para o Armazém Geral em Santo André não tem amparo legal no RICMS-BA, o creditamento do ICMS sobre o frete. As despesas são geradas a partir do Armazém Geral, e não tem procedência seu creditamento no Estado da Bahia. Por fim, dizem que “foram realizados os ajustes com a retirada dos conhecimentos referentes ao transporte de cavaco de ferro e aplicados no **novo demonstrativo, às fls. 3432 a 3442**.

Por fim, elaboraram novo demonstrativo de débito do Auto de Infração (**fls. 3444 a 3450**).

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal e demais documentos acostados aos autos pela autuante, o contribuinte apresentou nova manifestação (fls. 3453 a 3513), alegando:

1 – Decadência do direito de o Fisco Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2000. Diz que o entendimento sustentado pelas autuantes em relação ao art. 965, I, do RICMS-BA não pode prevalecer sobre o comando do art. 150, § 4º, do CTN.

Assim, o defendant reitera a sua pretensão de ver os débitos relativos ao exercício de 2000 excluídos do presente lançamento, por entende que já se verificou o transcurso do prazo decadencial.

2 – Quanto à falta de recolhimento do ICMS sobre as importações realizadas através do Porto de Santos (primeira infração), o defendant alega que as importações de dióxido de titânio realizadas no ano de 2000 decorreram do aumento da demanda por este produto, e não foi por outra razão que a empresa, além de produzir o dióxido de titânio, teve que importar o citado produto para que pudesse atender a demanda do mercado interno. Diz que as autuantes se equivocaram ao reiterar a exigência do ICMS sobre as mencionadas importações, “sob o argumento de que não teria havido a imediata transferência da propriedade das mercadorias importadas”. O defendant afirma que, de acordo com o art. 573, do RICMS-BA, “a regra da destinação física pressupõe a ocorrência de dois fatos: a) entrada física da mercadoria importada em estabelecimento situado em Estado diverso daquele em que está localizado o estabelecimento importador; e b) a transmissão de propriedade sem que a mercadoria transite pelo estabelecimento importador”. O autuado salienta que promoveu a subsequente venda das mercadorias importadas sem que as mesmas transitasse pelo seu estabelecimento situado na Bahia, o que não é questionado pelas autuantes. Salienta que entre agosto de 1999 e março de 2000, recolheu o ICMS incidente sobre operações de importações idênticas às que são objeto do presente Auto de Infração, e o Fisco do Estado de São Paulo promoveu a cobrança do imposto em seu favor, com base na legislação em vigor. Comenta sobre o Pedido de Restituição protocolado sob o nº 875.962/00, tendo o seu pleito atendido, conforme Parecer DAT/METRO Nº 7.004/2001.

3 – Em relação à infração 02, o defendant alega que não há qualquer irregularidade no procedimento adotado pela empresa, que teve como propósito tão somente implementar o princípio da não-cumulatividade, consagrado na Constituição Federal, na LC 87/96, na Lei Estadual 7.014/96 e no art. 114 do RICMS-BA. Assim, argumenta que em se tratando de mercadoria importada do exterior destinada a Estado diverso do estabelecimento importador (autuado), se a saída simbólica para o armazém geral for tributada, será violado o princípio da não-cumulatividade porque terá que pagar o imposto sem aproveitar o crédito fiscal da operação anterior, que é a importação. Diz que embora saiba que as saídas de mercadorias para armazéns gerais situados em outras unidades da Federação é fato gerador do ICMS, por que tal operação, se enquadraria na regra geral do ICMS, entende que não se pode aplicar tal regra sem harmoniza-la com o princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Infrações 04 e 05: Diz que as autuantes abateram de forma inadequada os valores que estavam sendo indevidamente exigidos por mero erro material, haja vista que não confrontaram as planilhas que comprovam que os valores exigidos já tinham sido recolhidos através de processo de Denúncia Espontânea. Salienta que a despeito de ter sido demonstrado o seu processo produtivo, as autuantes continuam impondo o estorno dos créditos fiscais decorrentes das aquisições de floculante catiônico, floculante aniónico e pó de alumínio. Pede a revisão do lançamento para corrigir os erros apontados.

Infrações 06 e 07: Alega que as autuantes ignoraram o princípio da verdade material, privilegiando a praticidade aplicar índice de rateio, sem levar em consideração os argumentos e provas acostadas aos autos quando da impugnação inicial. Assim, reitera todas as alegações apresentadas em relação às infrações 04 e 05, e diz que está juntando um demonstrativo de débito contemplando apenas o ICMS referente aos serviços de transporte realizados para o escoamento das mercadorias relacionadas nas infrações 04 e 05 e os conhecimentos de transporte que foram objeto das infrações 06 e 07. Pede a improcedência dessas infrações.

Infração 08: Diz que as autuantes se confundiram em relação à tributação das operações de transferência entre estabelecimentos com direito ao crédito fiscal decorrente da contratação de

serviços de transporte e o fato de o frete não ser incluído na base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações de transferência não impede o remetente, na condição de tomador do serviço, de se creditar do imposto pago pela transportadora, de acordo com o art. 93, III, “b”, do RICMS. Salienta que as autuantes se equivocaram ao afirmar que o autuado não teria direito ao crédito decorrente da contratação de serviço de transporte a preço CIF, porque sendo essas operações meras transferências entre estabelecimentos da mesma empresa não se pode cogitar em preço, qualquer que seja FOB ou CIF.

Infração 09: Afirma que as autuantes cometem equívoco nos ajustes que realizaram, em relação ao ICMS devido sobre a prestação de serviço de transporte de pessoal, uma vez que alocaram na competência maio/00 o ICMS devido no mês de abril. Por isso, o valor correto do mês de maio deveria ser R\$6.126,53, e em junho o valor seria de R\$3.063,27. Contesta as demais informações prestadas pelas autuantes quanto às empresas que alegou que foram contratadas de maneira esporádica, e quanto ao recolhimento do imposto efetuado pela Atlas Transporte Ltda, diz que as autuantes, ao desconsiderarem tais pagamentos, “negligenciaram mais uma vez a busca da verdade material”. Contestou, a multa indicada na autuação, alegando que a penalidade descrita no Auto de Infração é inaplicável ao caso em exame.

Infração 11: Alega que no novo demonstrativo elaborado pelas autuantes não foram excluídos os CTRCs de números 1311 e 406116, e por isso, impõe-se o refazimento do mencionado demonstrativo. Contesta os demais itens do levantamento fiscal, alegando que o direito à utilização dos créditos de ICMS relativos a contratação de serviços de transporte tem expressa previsão regulamentar. Pede a total improcedência desta infração.

Considerando as alegações defensivas e a necessidade de corrigir os equívocos apontados pelo contribuinte, esta JJF, deliberou converter o presente processo em diligencia à Infaz de origem (fl. 3522) para as autuantes:

1 - Em relação às infrações 04 e 05, fazer o confronto dos demonstrativos apresentados pelo autuado e notas fiscais originais com o levantamento fiscal, fazendo as exclusões dos valores efetivamente recolhidos através da Denúncia Espontânea.

2 – Quanto às infrações 06 e 07, adotar o mesmo procedimento acima citado, tendo em vista a alegação defensiva de que também incluiu valores referentes a Conhecimentos de Transporte na Denúncia Espontânea indicada nas razões de defesa, tendo sido informado pelo deficiente que anexou aos autos novas planilhas referentes aos Conhecimentos de Transporte que foram objeto dessas infrações.

3 – Referente à infração 09:

a) se manifestar quanto ao equívoco alegado pelo autuado referente ao ajuste efetuado, de que foi alocado na competência maio/2000 o ICMS devido em abril, devendo fazer a necessária correção;

b) apurar se, efetivamente, foram emitidos Conhecimentos de Transporte pela empresa Atlas Transportes Ltda., com o imposto destacado nos mencionados documentos fiscais, juntando as cópias aos autos.

4 – Se pronunciar quanto ao argumento defensivo de que no novo demonstrativo, não foram excluídos os CTRCs de números 1311 e 406116, na infração 11.

Em atendimento, foi prestada nova informação fiscal (fls. 3525 a 3529), pelas autuantes, que apresentaram os seguintes esclarecimentos:

1 – Em relação às infrações 04 e 05, foi realizada a exclusão dos demonstrativos originais, das seguintes notas fiscais: Exercício de 2000 – NFs 2851 e 9915 (cal hidratada); Exercício de 2002 – NFs 63673, 44991, 47242, 48583, 50966, 52176 (hipoclorito de sódio). Informam que as demais notas

fiscais citadas pelo defendant na planilha às fls. 36/37 de sua manifestação, não foram expurgadas dos demonstrativos por se tratarem de aquisições de sulfato de alumínio, nalcolyte, não contemplados no acórdão JJF 1351/00, da 6^a Junta de Julgamento Fiscal. Entendem que não assiste razão ao autuado em relação à inclusão nos levantamentos dos mencionados produtos, porque os mesmos não estão afetos aos equipamentos. Dizem que a água tratada do rio capivara não se destina apenas ao processo produtivo, mas também para a manutenção dos equipamentos, e o creditamento total dos produtos utilizados no tratamento da água se traduz em prejuízo ao erário estadual. Assim, foram acostados aos autos novos demonstrativos (fls. 3537 a 3539).

2 – Quanto às infrações 06 e 07, informam que foram expurgados os valores do ICMS sobre fretes, devido pelas aquisições de FLUITEC, por constar o imposto nas planilhas apresentadas pelo contribuinte, que serviram de base para a Denúncia Espontânea. Quanto aos demais valores consignados nas planilhas que fundamentam essas infrações, dizem respeito às aquisições de Perlita, produto que não consta nas planilhas originais das infrações 04 e 05. Em relação aos produtos sulfato de alumínio e pó de alumínio, afirmam que não possuem valores denunciados nas planilhas do autuado. Foram elaborados novos demonstrativos, fls. 3540 a 3542.

Em seguida, as autuantes analisam as alegações defensivas, apresentando as seguintes considerações:

- Acolhem as alegações defensivas quanto à alocação dos valores do ICMS nos meses de maio e abril de 2000, e por isso, retificaram a planilha referente à apuração do imposto a recolher.

- Não concordam com o autuado em relação à empresa Atlas Transporte Ltda., IE 01.175.880, argumentando que, de acordo com a legislação do ICMS, esse contribuinte está conceituado como contribuinte substituído, estando fora dessa ação fiscal. Citam e transcrevem os arts. 380 e 382 do RICMS/97, salientando que o autuado, em sua manifestação à fl. 3500 dos autos, admite que não foi realizada a retenção do imposto, consequentemente, não houve o recolhimento do tributo devido. Portanto, não deve ser acatada a alegação de que houve o pagamento do ICMS pelo contribuinte substituído pelo fato de haver destacado o imposto nos Conhecimentos de Transporte, e nesta ação fiscal não cabe fazer averiguação junto a contribuintes substituídos, se realizaram, ou não, o recolhimento do ICMS, invertendo a responsabilidade perante o RICMS-BA.

- Dizem que na manifestação à fl. 3501, o autuado posiciona-se no sentido de apresentar o livro RAICMS da empresa que ora figura como contribuinte substituído, mas não é esse o procedimento que se baseia a fiscalização de contribuintes substitutos tributários, haja vista que na ação fiscal se toma por base os livros e documentos fiscais do contribuinte substituto, e se assim não fosse, ficaria sem sentido o Regime da Substituição Tributária.

Referente à infração 09, as autuantes elaboraram nova planilha à fl. 3543 do PAF.

Por fim, as autuantes informam que em relação à infração 11, acataram os argumentos defensivos quanto aos Conhecimentos de Transporte de números 1311 e 406116, sendo refeitas as planilhas que foram acostadas aos autos (fls. 3544 a 3553).

Intimado a tomar conhecimento da nova informação Fiscal, o defendant apresenta manifestação às fls. 3556 a 3574, destacando os equívocos indicados na impugnação inicial, que consistiram na classificação como material de consumo de produtos que são produtos intermediários, indispensáveis no processo produtivo do autuado. O defendant não concorda com as autuantes quanto à manutenção da exigência fiscal referente aos produtos pó alumínio e nalcolyte. Descreve a utilização desses produtos pela empresa e conclui que é impossível negar o dírito ao crédito do ICMS nas notas fiscais de aquisição de tais produtos.

Quanto ao erro apontado nas razões de defesa que consistiu na inclusão no levantamento fiscal de notas fiscais cujo imposto já havia sido objeto de denúncia espontânea, o defendant alega que ao cotejar o valor remanescente da autuação, foi surpreendido com a seguinte constatação:

“na maioria das competências o valor remanescente da exigência, depois de abatidos os valores pagos e excluídos os produtos, cujo crédito é assegurado pela legislação, é maior do que o valor originalmente lançado”. Diz que, na diligência, as autuantes incluíram notas fiscais que não tinham sido objeto do lançamento original. Além disso, abateram do valor devido mensalmente, todo o valor pago na denúncia, quando deveriam utilizar os valores parciais. Pede que seja retificada a planilha, porque não condiz com as alegações defensivas, tendo sido prejudicado, inclusive o erário estadual, na medida em que o procedimento adotado acaba por devolver ao contribuinte o pagamento de valores que são efetivamente devidos. Salienta que na hipótese de revisão que ensejar cobrança de tributo que não seja objeto de lançamento original, a autoridade administrativa deve promover novo lançamento. Cita o art. 28, do RPAF/99, e diz que é imperiosa a determinação de nova diligência para que sejam sanadas as irregularidades.

Em relação às infrações 06 e 07, o defendente alega que as autuantes também incorrerem em erro na execução dos trabalhos porque ainda persistem nas planilhas revisadas os valores do ICMS sobre os fretes relativos às aquisições de Perlita, os quais foram integralmente extintos através da Denúncia Espontânea, e por isso, a manutenção da cobrança de tais valores torna-se injustificada. “Ao que tudo indica, tal incongruência é fruto de um equívoco de interpretação em relação a nomenclatura do produto ora discutido”, Perlita Ativada Perlimax, isso porque as autuantes se referem ao produto como Perlita, enquanto os demonstrativos da Denúncia Espontânea denominam tal produto como “Auxiliar de Filtração Perlimax”. Entretanto, são exatamente os mesmos produtos.

Relativamente aos Conhecimentos de Transporte da empresa Atlas Transporte Ltda., as autuantes não se dispuseram a cumprir a solicitação do órgão julgador. Diz que há fortes indícios de que o imposto exigido foi integralmente recolhido pela Atlas Transporte, tendo sido acostados aos autos alguns Conhecimentos de Transporte que demonstram o destaque do imposto devido na operação. Diz que está acostando aos autos os seguintes documentos:

- Todos os Conhecimentos de Transporte, que foram objeto da autuação, com o destaque do ICMS devido.
- Folhas dos Livros Registro de Saída onde os Conhecimentos de Transporte foram escriturados.
- Livro Registro de Apuração do ICMS dos meses correspondentes
- Documentos de Arrecadação correlatos.

O defendente afirma que, “fazendo-se o cotejo entre a documentação ora acostada, fica evidenciado que os conhecimentos de transporte listados pela Fiscalização encontram-se abarcados no Livro Registro de Saídas da aludida empresa, que por sua vez, recolheu todo o imposto estadual ao qual estava obrigada”. Pede que, em atenção ao princípio da verdade material, sejam considerados os pagamentos realizados pela Atlas Transportes Ltda. Por fim, o autuado requer seja determinada nova diligência, para que sejam comprovadas as alegações defensivas, o que implicará na correções das falhas apontadas.

Considerando que ainda persistiam divergências, e que o autuado apontou outros equívocos constatados no levantamento fiscal e na revisão efetuada pelas autuantes, esta JJF, converteu o presente processo em nova diligência à Infaz de origem (fl. 3719), para as autuantes:

1 – Em relação às infrações 04 e 05, tendo em vista a alegação defensiva de que na diligência, foram incluídas notas fiscais que não tinham sido objeto do primeiro levantamento, refazer os demonstrativos com os necessários ajustes, excluindo as notas fiscais que não constavam no lançamento original.

Em relação às infrações 06 e 07, considerando a alegação defensiva de que ainda persistem nas planilhas revisadas os valores do ICMS sobre os fretes relativos às aquisições de Perlita, os quais foram integralmente extintos através da Denúncia Espontânea, e que há equívoco de

interpretação em relação à nomenclatura do produto, Perlita Ativada Perlimax, porque as autuantes se referem ao produto como Perlita, enquanto os demonstrativos da Denúncia Espontânea denominam tal produto como “Auxiliar de Filtração Perlimax”, as autuantes apurar se, efetivamente são os mesmos produtos, e em caso positivo, excluir do levantamento fiscal os valores que foram incluídos na Denúncia Espontânea, conforme alegado pelo deficiente.

Infração 08: Considerando a alegação defensiva de que as despesas de transporte das mercadorias transferidas foram realizadas pelo estabelecimento remetente, conforme evidenciam as cópias dos CTRCs acostados às fls. 2859 a 2896, e tendo em vista que diversos Conhecimentos de Transporte acostados aos autos pelo deficiente, foi consignado “frete CIF” e em outros foi assinalado no quadro frete pago, as autuantes devem refazer o demonstrativo de fls. 64/65, excluindo os mencionados CTRCs relativos ao frete CIF.

Na informação fiscal à fl. 3722, as autuantes informam, em relação às infrações 04 e 05, que foram realizados os ajustes com base nas planilhas que fundamentaram essas infrações, tendo acostado aos autos as novas planilhas (fls. 3723 a 3729).

Com relação às infrações 06 e 07, dizem que acatam as alegações defensivas, e concordam com a exclusão dessas infrações do presente lançamento.

Quanto à infração 08, esclarecem que foi enviado e-mail ao deficiente pedindo o seu posicionamento quanto à existência de frete no custo da transferência do produto, e não houve atendimento. Citam o art. 56, do RICMS/97, salientando que já existem decisões do CONSEF pela procedência de autuações nessa matéria, a exemplo do acórdão que acostou aos autos.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, o autuado apresenta nova manifestação às fls. 3742 a 3752, aduzindo que embora tenha evidenciado na impugnação inicial e na manifestação anterior, os equívocos cometidos pelas autuantes quando da elaboração do levantamento que originou a exigência fiscal, na diligência atual ainda permanece parte significativa desses erros. Diz que o principal desacerto consiste na manutenção de notas fiscais cujo imposto creditado e a diferença de alíquota já haviam sido objeto de denúncia espontânea, tendo sido indicadas as notas fiscais que deveriam ser excluídas, desde a defesa inicial. Salienta que ao analisar o valor remanescente da autuação, em diversos meses o imposto exigido ficou maior do que o originalmente lançado, após os ajustes, e nesta última diligência fiscal, as autuantes apenas excluíram as notas fiscais que não constavam no levantamento original, mantendo as demais notas fiscais cujo imposto destacado e correspondente diferença de alíquota foram pagos por meio de denúncia espontânea. Por isso, pede que sejam excluídos os mencionados valores já pagos, preservando o princípio da verdade material e para evitar o enriquecimento ilícito por parte do Estado. Salienta que, acertadamente, as autuantes admitiram a improcedência das infrações 06 e 07, o que implica no reconhecimento pelas autuantes de que os serviços de transporte listados no levantamento fiscal acobertaram operações que não foram de uso e consumo do estabelecimento, e por isso, entende que não há como sustentar tese diversas para justificar a cobrança consubstanciada nas infrações 04 e 05. Assim, argumenta que as autuantes adotaram condutas distintas perante situações idênticas, tornando imperiosa a necessidade de revisão do lançamento com vista a sanar injustificável contradição da fiscalização.

Quanto à infração 08, alega que as autuantes insistem na manutenção do inadequado raciocínio econômico que as levou a exigir o imposto em questão, e que não foi cumprido o determinado na diligência fiscal. Por isso, apresenta o entendimento de que seja determinada a realização de nova diligência por fiscal estranho ao feito.

VOTO

O autuado suscita preliminar de nulidade, alegando **decadência** do crédito tributário quanto aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2000, apresentando o entendimento que neste caso, se aplica o prazo decadencial, conforme disciplinado no art. 150, § 4º, do CTN.

A legislação estabelece que o direito da fazenda pública de constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 965 do RICMS/97, que está de acordo com o art. 173, I do CTN.

Assim, observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

No caso em exame, em relação aos créditos tributários relativos ao exercício de 2000, somente seriam desconstituídos se o lançamento fosse efetuado a partir de 01/01/2006, o que não ocorreu, tendo em vista que o Auto de Infração em lide foi lavrado em 19/12/2005.

Portanto, fica rejeitada a preliminar de nulidade, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

No mérito, o autuado impugnou somente as infrações 01, 02, 04, 05, 06, 07, 08, 09, e 11, requerendo a improcedência dos itens contestados. Assim, considero procedentes as infrações 03, 10, 12 e 13, não impugnadas, haja vista que não existe controvérsia.

A primeira infração trata de falta de recolhimento do ICMS pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento. Refere-se à importação dióxido de titânio, efetuada pelo defendant no exercício de 2000, tendo sido desembaraçada a mercadoria no Estado de São Paulo, e recolhido o imposto naquele Estado, de acordo com o princípio do destino físico, e as mercadorias ingressaram imediatamente no armazém geral, mediante uma nota fiscal de remessa sem destaque do imposto.

O autuado alega que, seguindo o princípio da destinação física, recolheu o imposto estadual incidente sobre as importações em favor do Estado de São Paulo. Diz que as mercadorias por ele importadas jamais vieram fisicamente para o seu estabelecimento situado na Bahia, tendo sua entrada física ocorrido em armazéns gerais situados no Estado de São Paulo, num primeiro momento, e nos estabelecimentos de seus clientes situados em São Paulo, Paraná e Santa Catarina, por ocasião da revenda, inexistindo dúvida de que a revenda das mercadorias foi efetuada sem que as mesmas transitasse pelo seu estabelecimento situado na Bahia, e de acordo com o art. 330, I do RICMS-BA, a empresa está obrigada a arrolar em seu Livro Registro de Inventário as mercadorias importadas mantidas em estoque nos armazéns gerais situados em São Paulo na data do encerramento do balanço anual, se as mesmas ainda não tiverem sido vendidas.

Quanto à importação de mercadorias procedentes do exterior, o art. 13, Inciso I, alínea “d”, da Lei 7.014/96, estabelece:

“Art. 13. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

d) importados do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física”.

O RICMS-BA/97, no seu artigo 573, inciso I, estabelece a mesma regra:

“Art. 573. Nas operações de importação de mercadorias ou bens procedentes do exterior, cabe o recolhimento do imposto sobre elas incidente à unidade federada:

I - onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias ou bens, quando destinados a unidade federada diversa da do domicílio do

importador, sempre que houver transmissão de sua propriedade ou de título que os represente sem que os mesmos transitem pelo estabelecimento importador;”

Constato que a legislação tributária, de forma clara, estabelece que o ICMS incidente na importação de mercadorias procedentes do exterior, pertence ao Estado onde ocorrer a entrada física da mercadoria importada.

Portanto, se houve entrada física da mercadoria no estabelecimento situado no Estado de São Paulo e o autuado pagou o ICMS ao Estado onde está localizado o estabelecimento do destino físico das mercadorias, entendo que a interpretação da legislação em vigor à época dos fatos, leva à conclusão de que não cabe nenhuma exigência do imposto pelo estado da Bahia, haja vista que está devidamente comprovado que as mercadorias não transitaram “fisicamente” pelo estabelecimento neste Estado.

A Constituição Federal estabelece, na alínea “a” do inciso IX do § 2º do artigo 155, que o ICMS incidirá também “sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço”.

Observo, também, que § 1º do artigo 573 do RICMS/97 estabelece:

“§ 1º O imposto será recolhido pelo importador, em favor da unidade federada em cujo território tiver ocorrido a entrada física das mercadorias ou bens, por meio de documento de arrecadação previsto em sua legislação ou da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE).”

Saliento, ainda, que é pacífico o entendimento prevalente nas decisões do CONSEF, de que na importação, o ICMS é devido ao Estado onde ocorre a entrada física das mercadorias ou bens, quando não transitarem fisicamente pelo estabelecimento importador, a exemplo da decisão proferida pela 1ª CJF no Acórdão de nº 052-11/04, cuja ementa transcrevo a seguir:

“ACÓRDÃO CJF Nº 0052-11/04

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. MERCADORIA DESEMBARAÇADA EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO E DESTINADA FISICAMENTE A BAHIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas operações de importação de mercadorias, quando destinadas a unidade federada diversa da do domicílio do importador, sempre que houver transmissão de sua propriedade sem que as mesmas transitem pelo estabelecimento importador, o imposto caberá a unidade federada onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias. Infração caracterizada. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”

Assim, embora o fato gerador do ICMS ocorra no ato do desembaraço aduaneiro (aspecto temporal), a lei considera-o verificado no local da situação do estabelecimento onde ocorra a entrada física da mercadoria importada do exterior (aspecto espacial). Portanto, concluo pela insubsistência desta infração.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte realizou operações de saídas de mercadorias para armazém geral localizado fora do Estado da Bahia, emitindo notas fiscais com CFOP 6.99, sem o destaque do ICMS.

O defendente alega que realizou diversas importações de dióxido de titânia no ano de 2000 através do Porto de Santos – SP, manteve a mercadoria importada armazenada naquele Estado para posterior entrega aos clientes, tendo recolhido o ICMS sobre as importações para o Estado de São Paulo, e, seguindo as diretrizes estabelecidas no § 3º, do art. 573, do RICMS-BA, para acobertar

as citadas operações, emitiu Nota Fiscal relativa à entrada simbólica das mercadorias importadas sem destaque do imposto, com a informação de que o ICMS relativo à importação foi recolhido em favor do Estado de São Paulo. Em seguida, foi emitida Nota Fiscal de remessa simbólica para acobertar a **entrada** das mercadorias importadas sem destaque do ICMS.

Saliento que o § 3º, do art. 573, do RICMS/97, prevê:

“Art. 573.

(...)

§ 3º Para documentar a operação, o importador emitirá Nota Fiscal relativa à entrada simbólica das mercadorias ou bens, sem destaque do imposto, na qual deverá constar, além dos demais requisitos, no campo próprio, a indicação de que o ICMS relativo à importação foi recolhido em favor do Estado onde ocorreu a entrada física das mercadorias ou bens.”

Assim, o autuado argumenta que, para acobertar as operações emitiu Nota Fiscal relativa à entrada simbólica das mercadorias importadas sem destaque do ICMS, e em seguida, emitiu Nota Fiscal de remessa simbólica para acobertar a entrada no depósito das mercadorias, também sem destaque do imposto. Diz que em se tratando de mercadoria importada do exterior destinado a estabelecimento diverso do importador, se a saída simbólica para o armazém geral for tributada restará violado o princípio da não cumulatividade.

Na descrição dos fatos da primeira infração, as autuanteras informam que o autuado importou dióxido de titânio no exercício de 2000, desembaraçou a mercadoria em São Paulo, recolhendo o ICMS naquele Estado, as mercadorias ingressaram imediatamente no armazém geral, mediante nota fiscal de remessa sem destaque do ICMS, não houve a transmissão imediata das mercadorias para os clientes, uma vez que foram guardadas em armazém geral, sendo entregues aos clientes localizados em São Paulo, Paraná e Santa Catarina.

Observo que as autuanteras confirmam as alegações defensivas, de que o autuado manteve a mercadoria importada armazenada no Estado de São Paulo para posterior entrega aos clientes, tendo recolhido o ICMS sobre as importações para o mencionado Estado. Neste caso, entendo que assiste razão ao autuado, quando emitiu a Nota Fiscal correspondente à entrada simbólica das mercadorias, sem destaque do ICMS, tendo em vista que o imposto relativo à importação foi recolhido em favor do Estado onde ocorreu a entrada física, estando tal procedimento em conformidade com o § 3º, do art. 573, do RICMS/97.

Por outro lado, se a entrada simbólica foi efetuada com a emissão de Nota Fiscal sem destaque do ICMS, não se pode exigir o destaque do imposto na emissão das Notas Fiscais de remessa simbólica para acobertar a posterior saída das mercadorias para o depósito, haja vista que não houve o crédito do tributo pelas entradas, também simbólica, no estabelecimento autuado. Portanto, é insubstancial a exigência fiscal neste item da presente autuação, considerando que assiste razão ao autuado ao afirmar que, se a saída simbólica para o armazém geral for tributada restará violado o princípio da não cumulatividade.

Infração 04: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Produtos químicos destinados às unidades de tratamento de água de refrigeração, tratamento de lama, conservação dos equipamentos e produtos de limpeza.

Infração 05: Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Produtos químicos destinados às unidades de tratamento de água de refrigeração, tratamento de lama, conservação dos equipamentos e produtos de limpeza.

Considerando a alegação do autuado de que, analisando o demonstrativo referente às infrações 04 e 05 do presente Auto de Infração, constatou que estão sendo exigidos valores pagos na autuação fiscal anterior, o PAF foi convertido em diligência, por esta JJF, para as autuantes fazerem o confronto entre os demonstrativos apresentados pelo defendant e as notas fiscais originais com o levantamento fiscal, fazendo as exclusões dos valores efetivamente recolhidos através de Denúncia Espontânea.

Em atendimento ao solicitado, as autuantes informam que foi realizada a exclusão dos demonstrativos originais, das seguintes notas fiscais: Exercício de 2000 – NFs 2851 e 9915 (cal hidratada); Exercício de 2002 – NFs 63673, 44991, 47242, 48583, 50966, 52176 (hipoclorito de sódio). Por isso, foram acostados aos autos novos demonstrativos elaborados pelas autuantes (fls. 3537 a 3539)

Em sua manifestação após a revisão efetuada pelas autuantes, o defendant alega que ao cotejar o valor remanescente da autuação, foi surpreendido com a seguinte constatação: “na maioria das competências o valor remanescente da exigência, depois de abatidos os valores pagos e excluídos os produtos, cujo crédito é assegurado pela legislação, é maior do que o valor originalmente lançado”. Diz que, na diligência, as autuantes incluíram notas fiscais que não tinham sido objeto do lançamento original. Além disso, abateram do valor devido mensalmente, todo o valor pago na denúncia, quando deveriam utilizar os valores parciais.

Em nova revisão, as autuantes elaboraram novos demonstrativos (fls. 3723 a 3733), que também foram contestados pelo defendant, sob a alegação de que houve a manutenção de notas fiscais cujo imposto creditado e a diferença de alíquota já haviam sido objeto de denúncia espontânea, e que foram indicadas as notas fiscais que deveriam ser excluídas, desde a defesa inicial, ou seja, após os ajustes, e nesta última diligência fiscal, as autuantes apenas excluíram as notas fiscais que não constavam no levantamento original, mantendo as demais notas fiscais cujo imposto destacado e correspondente diferença de alíquota foram pagos por meio de denúncia espontânea.

Confrontando o último demonstrativo das autuantes (fls. 3723 a 3733) com as planilhas apresentadas pelo contribuinte (fls. 2851 a 2854), referentes a diversos valores pagos através de Denúncia Espontânea, constato que os mencionados valores não foram excluídos do levantamento fiscal, quando da revisão efetuada pelas autuantes. Como não houve qualquer contestação na informação fiscal quanto a esses dados apresentados pelo defendant, concluo pela sua exclusão, ficando alterado o imposto exigido, conforme demonstrativo abaixo, elaborado com base no último levantamento efetuado pelas autuantes. Infração subsistente em parte.

MÊS/ANO	CRED INDEV	DIF. ALIQ	MÊS/ANO	CRED INDEV	DIF. ALIQ	MÊS/ANO	CRED INDEV	DIF. ALIQ
jan/00	4.048,54	4.693,68	jan/01	7.839,09	6.537,35	jan/02	6.583,08	8.245,00
fev/00	3.752,63	6.285,14	fev/01	2.791,80	3.988,29	fev/02	3.199,02	3.245,00
mar/00	2.926,27	4.637,94	mar/01	4.140,77	5.915,36	mar/02	-	-
abr/00	4.258,96	5.893,43	abr/01	2.825,41	3.748,26	abr/02	6.905,52	8.540,00
mai/00	2.261,66	3.230,94	mai/01	3.179,53	4.542,18	mai/02	8.356,31	9.776,76
jun/00	2.904,01	4.801,64	jun/01	3.276,54	4.680,77	jun/02	4.414,03	6.305,76
jul/00	1.365,87	2.480,30	jul/01	7.844,32	11.206,15	jul/02	9.215,11	13.164,44
ago/00	4.436,94	6.338,50	ago/01	3.286,87	4.695,53	ago/02	10.046,39	14.351,99
set/00	3.209,97	4.040,70	set/01	2.522,24	3.073,65	set/02	13.559,22	19.370,32
out/00	6.330,97	8.771,76	out/01	12.066,48	7.474,91	out/02	7.993,13	11.418,76
nov/00	1.762,28	1.700,09	nov/01	12.105,66	7.209,78	nov/02	12.986,80	18.552,57
dez/00	4.998,92	7.141,31	dez/01	2.490,43	3.288,54	dez/02	7.437,97	10.625,68

TOTAL	42.257,02	60.015,43	TOTAL	64.369,14	66.360,77	TOTAL	90.696,58	123.596,28
CRÉDITO INDEVIDO:	197.322,74							
DIF DE ALÍQUOTA:	249.972,48							

Infração 06 : Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributáveis. Serviços de transporte de materiais de uso ou consumo utilizados nas unidades de tratamento de água, lamas, efluentes, anti-incrustantes, anti-corrosivos e materiais de limpeza.

Infração 07: Deixou de recolher o ICMS referente à diferença de alíquota na utilização de Serviço de Transporte cuja prestação teve inicio em outra unidade da Federação, não sendo vinculada a operação de prestação subsequente alcançada pela incidência do imposto. Serviço de transporte interestadual de materiais de consumo utilizados nas unidades de tratamento de água, lama, efluentes, anti-corrosivos, biocidas.

O defensor alega que os produtos que aparecem com maior freqüência no levantamento fiscal são: a perlita aditivada e o FLUITEC, e a empresa denunciou espontaneamente e recolheu em 2003 o ICMS correspondente ao crédito que havia sido utilizado indevidamente, referente à aquisição dos mencionados produtos. Entretanto, as autuantes lançaram equivocadamente o imposto destacado nos Conhecimentos de Transporte que já foram pagos anteriormente. Quanto às aquisições de pó de alumínio, diz que ficou esclarecido que se trata de insumo empregado no processo produtivo.

Estas infrações também foram objeto de diligência fiscal, tendo sido informado pelas autuantes que foram expurgados os valores do ICMS sobre fretes, pelas aquisições de FLUITEC, por constar o imposto nas planilhas apresentadas pelo contribuinte, que serviram de base para a Denúncia Espontânea. Quanto às aquisições de Perlita, dizem que o mencionado produto que não consta nas planilhas originais das infrações 04 e 05. Em relação aos produtos sulfato de alumínio e pó de alumínio, afirmam que não possuem valores denunciados nas planilhas do autuado. Foram elaborados novos demonstrativos, fls. 3540 a 3542.

Em nova manifestação, o autuado alega que ainda persistem erros nos novos demonstrativos elaborados pelas autuantes, haja vista que os débitos foram pagos mediante Denúncia Espontânea, e o equívoco cometido pelas autuantes é fruto de interpretação errada quanto à nomenclatura do produto em questão: “Perlita Ativada Perlimax, enquanto na Denúncia Espontânea foi denominado tal produto como “Auxiliar de Filtração Perlimax”

Efetuada nova diligência, foi informado pelas autuantes que acatam as alegações defensivas, e concordam com a exclusão dessas infrações do presente lançamento. Assim, concluo pela insubsistência destas infrações.

Infração 08: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, na condição de remetente, relativo a frete de mercadorias saídas por transferência a preço FOB cuja prestação do serviço de transporte foi efetuada por transportadora, conforme demonstrativos às fls. 64/65 dos autos.

O defensor alega que, “sendo essas operações meras transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, não se pode cogitar em preço, qualquer que seja ele (FOB ou CIF), pelo simples fato de não se tratar de vendas, nas quais, aí sim, a fixação de um preço seria da natureza do ato”. Diz que, na verdade, as despesas de transporte das mercadorias transferidas foram realizadas pelo estabelecimento remetente, conforme evidenciam as cópias dos CTRCs acostados às fls. 2859 a 2896.

Tendo em vista que em diversos Conhecimentos de Transporte acostados aos autos pelo defendantefoi consignado “frete CIF” e em outros foi assinalado no quadro frete pago, foi solicitado para que as autuantes refizessem o demonstrativo às fls. 64/65, excluindo os mencionados CTRCs relativos ao frete CIF.

As autuantes informam à fl. 3722, que solicitaram ao defendantef a comprovação quanto à inclusão do frete no custo da transferência do produto, e não houve atendimento ao pedido.

A legislação estabelece que a base de cálculo do ICMS, nas operações de transferências de mercadorias para estabelecimento situado em outra unidade da Federação pertencente ao mesmo titular, é o valor correspondente ao custo da mercadorias produzida, compreendendo o custo da matéria prima, material secundário e mão de obra (RICMS/97, art. 56, inciso V, alínea “b”).

No caso em exame, embora conste em alguns CTRCs a expressão “frete CIF”, não ficou comprovado pelo autuado que o valor do frete integrou a base de cálculo das transferências, e por isso, acato a decisão das autuantes em não excluir os mencionados Conhecimentos de Transporte do levantamento fiscal.

Vale salientar, que em situação semelhante, a 1^a Câmara de Julgamento Fiscal decidiu pela subsistência da exigência fiscal, por entender que “restou caracterizado o prejuízo ao Estado da Bahia pois o direito ao crédito do ICMS sobre os serviços de transporte é do adquirente da mercadoria, devendo o Estado destinatário arcar com a concessão do crédito”. Portanto, concluo pela subsistência desta infração.

Infração 09: Deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais. O contribuinte, como tomador de serviços de transportes sucessivos em operações de fretes interno e interestaduais e contratação de transporte de pessoal, apurou a menor o valor a recolher do ICMS referente a essas operações.

Analizando as alegações defensivas, as autuantes informaram que não foi considerado o crédito presumido de 20% do total das saídas tributadas, e por isso, efetuaram o necessário ajuste na planilha que anexaram aos autos, tendo realizado, também, ajustes em relação às prestações de serviço de transporte de pessoal, aplicando a alíquota de 7% durante todo o exercício de 2000. Dizem que é pertinente a alegação defensiva de que os conhecimentos que têm na coluna destinada à inscrição estadual “isentos”, se tratam de transportes iniciados neste Estado, o que se infere que são serviços de transporte prestados por autônomos, cabendo ao autuado fazer a substituição tributária. Por isso, fizeram a exclusão deste item das planilhas que constituem o novo levantamento fiscal (fl. 3430).

O defendantef, em nova manifestação, aponta equívocos quanto aos valores relativos aos meses de abril e maio de 2000, alegando, também, que houve recolhimento do imposto pela empresa Atlas Transporte Ltda., que as autuantes não consideraram tais pagamentos.

Em atendimento à diligência deliberada por esta JJF, as autuantes informam que acatam a alegação defensiva de que foi alocado na competência 05/2000 o ICMS devido em 04/2000. Por isso, foi elaborada nova planilha à fl. 3543.

Quanto à alegação defensiva referente à empresa Atlas, não pode ser acatada, haja vista que não há previsão legal para fiscalizar o contribuinte substituído, e lhe exigir o pagamento do imposto que a própria legislação atribui responsabilidade do contribuinte substituto. Se houve pagamento indevido pelo substituído, este deve requerer a restituição do indébito. Infração parcialmente subsistente, acatando-se o demonstrativo das autuantes à fl. 3543, após a revisão efetuada.

Infração 11: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas. Serviços de transporte iniciados em São Paulo (armazém geral

localizado em Santo André), referente a mercadorias destinadas a clientes em São Paulo, Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul, conforme demonstrativo à fl. 178.

O defensor alega que os serviços de transporte foram indevidamente incluídos no demonstrativo elaborado pelas autuantes, tendo em vista que estão vinculados ao processo industrial da empresa, uma vez que viabilizaram a aquisição de insumo, sem o qual o mencionado processo industrial se tornaria inviável. São serviços de transporte iniciados no Estado de São Paulo que acobertaram aquisições de “cavacos de ferro”, insumos empregados pelo estabelecimento autuado no seu processo produtivo, cujo nome técnico é limalha de ferro.

Considerando que as autuantes realizaram os ajustes com a retirada dos conhecimentos referentes ao transporte de cavaco de ferro e elaboraram **novo demonstrativo, às fls. 3432 a 3442**, o defensor alega que não foram excluídos os CTRCs de números 1311 e 406116. Assim, em novo pronunciamento, as autuantes acataram os argumentos defensivos quanto aos mencionados Conhecimentos de Transporte, sendo refeitas as planilhas que foram acostadas aos autos (fls. 3544 a 3553).

Acatando os novos demonstrativos elaborados pelas autuantes, concluo pela subsistência parcial desta infração, sendo devidos os valores indicados no demonstrativo abaixo, com base nas planilhas elaboradas pela autuante às fls. 3544 a 3553. Infração parcialmente subsistente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	IMPROCEDENTE	-
02	IMPROCEDENTE	-
03	PROCEDENTE	23.997,58
04	PROCEDENTE EM PARTE	197.322,74
05	PROCEDENTE EM PARTE	249.972,48
06	IMPROCEDENTE	-
07	IMPROCEDENTE	-
08	PROCEDENTE	9.895,24
09	PROCEDENTE EM PARTE	25.300,57
10	PROCEDENTE	7.620,19
11	PROCEDENTE EM PARTE	32.226,56
12	PROCEDENTE	12.415,77
13	PROCEDENTE	3.767,79
TOTAL	-	562.518,93

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206955.0011/05-4, lavrado contra **MILLENIUM INORGANIC CHEMICALS DO BRASIL S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$562.518,93, sendo R\$159.446,78 atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$143.665,78, e 150% sobre R\$15.780,99 previstas no art. 42, incisos, II, “a” e “f”, V, “a” e VII, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes; e R\$403.072,15 acrescido das multas de 60% sobre R\$393.552,57, e 150% sobre R\$9.519,58 previstas no artigos, incisos e Lei acima citados, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR